

Vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación como consecuencia de la injustificada reducción del tiempo de descanso retribuido por cada "saliente de guardia" que deriva del ejercicio del derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo en el cálculo de la jornada reducida: discriminación indirecta en el cómputo del descanso retribuido que ignora que la reducción de jornada ordinaria y complementaria trae causa del ejercicio del derecho de cuidar a los hijos y que las guardias realizadas, bien que menores en número, son de la misma duración que para el resto de trabajadores.*

Palabras clave: *Reducción de jornada por cuidado hijos, discriminación indirecta, cómputo de salientes de guardia médica.*

Abstract: *Violation of the right not to suffer discrimination on grounds of sex in the calculation of the reduced working hours: indirect discrimination in the calculation of banding or extra pay that ignores that the reduction of ordinary and supplementary working hours derives from the exercise of the right to care for children and that the guards carried out, although less in number, are of the same duration as for the rest of the workers.*

Keywords: *Reduction in working hours due to childcare, indirect discrimination, due nights shifts, compensatory offs, extra pay day.*

I. Introducción

La sentencia objeto de comentario resuelve un recurso de amparo que plantea "un problema o faceta de un derecho fundamental" que el propio Alto Tribunal considera de "especial trascendencia constitucional", y sobre el que no había doctrina previa, en la medida en que se denuncia una diferencia de trato en materia retributiva entre trabajadores a tiempo completo y parcial, derivada del ejercicio de derechos asociados con la maternidad (FJ 2).

En ella se analiza la controversia surgida entre las partes en torno al cómputo de las guardias de las trabajadoras con reducción de jornada por cuidado de hijos y/o familiares. Concretamente, se trataba de una médico de urgencias que solicitó y obtuvo reducción de jornada del 33 por cien por cuidado de hijo. La empresa aplicó dicha reducción no solo sobre la jornada anual, dando lugar a un número menor de horas de trabajo en jornada ordinaria y también del número total de guardias a realizar (pasando de 44 a 30), sino también sobre el tiempo de descanso retribuido computable por cada saliente de guardia (de siete horas por cada guardia de diez horas), obviando la empresa que las guardias tienen la misma duración, ya sean

realizadas por trabajadores a tiempo completo como con jornada reducida. Hay que tener en cuenta que el abono de horas de descanso remunerado por guardia está determinado por las horas de la jornada de guardia, siendo una remuneración por lo penoso de la guardia y no depende de las horas de jornada ordinaria.

A juicio del Ministerio Fiscal dicho sistema de cálculo implica una doble reducción de la que deriva una diferencia de trato injustificada y contraria al principio de igualdad, ya que conlleva que se abonen a los trabajadores con reducción de jornada menos horas de descanso remunerado por guardia que a los trabajadores con jornada completa. Asimismo se plantea la concurrencia de una discriminación indirecta por razón de sexo en tanto que siendo las mujeres las que principalmente se encargan de la atención de los menores, por lógica son las que en mayor medida utilizan la reducción de jornada para atender al cuidado de los hijos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia 79/2020, de 2 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de amparo núm. 500/2019.

ECLI: ECLI:ES:TC:2020:79.

Fuente: BOE núm. 207, de 31 de julio de 2020.

Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado es el sistema de cómputo de los “salientes de guardia” de los médicos de urgencias que conduce al reconocimiento a las trabajadoras con jornada reducida de un menor tiempo de descanso retribuido por la realización de guardias médicas obligatorias de idéntica duración y si dicho método es o no discriminatorio.

Los hechos del caso son los siguientes: la recurrente en amparo, médico del servicio de urgencias del hospital Costa del Sol de Marbella (Málaga), (entidad de Derecho público adscrita a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía), venía realizando una jornada ordinaria de 1.523 horas de trabajo (a razón de siete horas al día) y otra complementaria como consecuencia de la realización obligatoria de cuarenta y cuatro guardias al año (en horario nocturno, con una duración de diez horas), cada una de las cuales, no solo generaba al día siguiente en concepto de “saliente de guardia” un descanso de veinticuatro horas, sino que a efectos retributivos, se tomaban siete de esas horas como de trabajo efectivo (descanso retribuido). En el cómputo global de las 1523 horas de jornada ordinaria estaban incluidas las 308 generadas por los salientes de guardia (44 guardias por siete horas cada una). Con posterioridad, solicitó la aplicación de la reducción de jornada por motivos de guarda legal para el cuidado de los hijos menores de doce años (en un 33 por cien) prevista en el art. 37.6 ET, así como en el art. 23 del convenio colectivo aplicable a la entidad empleadora. Esta última, en aplicación de tal previsión, procedió a reducirle, en la misma proporción, el número de horas de su jornada ordinaria (que pasó de 1523 a 1020,41 horas), el número de guardias médicas obligatorias (que pasó de cuarenta y cuatro a treinta), así como el número de horas de descanso retribuido computables por cada saliente de guardia (reduciéndolo de siete a 4,69 horas).

Disconforme con el cálculo de la jornada reducida que había realizado su empleadora, la recurrente presentó demanda en materia de reducción de jornada a la que acumuló acción de daños y perjuicios, así como de tutela de derechos

fundamentales. En ella denunció la existencia de una desigualdad de trato entre trabajadores a tiempo completo y con jornada reducida debido al diferente modo en el que se computó el trabajo efectivo derivado de cada saliente de guardia al calcular la reducción de su jornada laboral, sobre la base de que teniendo las guardias la misma duración, el descanso retribuido por saliente de guardia debía ser el mismo en situación de reducción de jornada. Además, reclamó una indemnización de 1000 euros por cada jornada que la empresa le obligase a hacer de más y, otra, de 6.250 euros, en concepto de daños por la lesión de los derechos fundamentales.

La demanda fue desestimada mediante sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga, de 10 de mayo de 2018, que descartó que se hubiese producido error en el cálculo efectuado por la empresa en la determinación del número de horas anuales que debía prestar servicio la actora atendiendo a la reducción de jornada del 33 por 100.

Frente a la citada sentencia la recurrente formuló recurso de suplicación, que fue desestimado mediante sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de 5 de diciembre de 2018, que confirmó la decisión de la instancia al considerar que la empleadora había efectuado correctamente el cálculo, puesto que procedía aplicar la reducción del 33 por 100 no solo a la jornada ordinaria, sino también a las horas de trabajo efectivo reconocidas por saliente de guardia.

La recurrente presentó escrito de amparo del art. 167.5 LOPJ, dirigido contra las anteriores resoluciones judiciales, alegando que ambas habían procedido a convalidar el cómputo realizado por la administración demandada sin llegar a analizar el fondo del asunto, esto es, la discriminación que suponía la aplicación de dicho cómputo en relación con los demás trabajadores, en la medida en que por un mismo trabajo (guardias obligatorias de diez horas) las trabajadoras con jornada reducida obtienen un menor tiempo de descanso retribuido.

IV. Posición de las partes

La discrepancia entre las partes gira en torno al cálculo de la jornada reducida y al impacto que ha de tener en los descansos retribuidos por saliente de guardia.

Por la parte demandante, la reducción aplicada sobre el descanso retribuido por guardia médica es contraria al principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE. A su juicio, tal decisión empresarial –avalada por las resoluciones judiciales impugnadas– produce una diferencia de trato injustificada entre trabajadores a tiempo completo y trabajadoras con jornada reducida, de manera que, a igualdad de jornada (guardia obligatoria de diez horas), recibe una menor compensación por cada “saliente de guardia” (de 4,69 horas en lugar de siete horas), de modo que tiene que trabajar 69,30 horas más en términos anuales (un total de 879,71 horas en lugar de 810,41). Además, podría producirse una discriminación indirecta por razón de sexo, en la medida que el trato desigual denunciado vendría motivado por el ejercicio de un derecho –el de reducción de jornada para el cuidado de hijos– que, aunque reconocido legalmente tanto a hombres como a las mujeres, se ejercita mayoritariamente por estas últimas.

La parte demandada, por el contrario, rechaza que se hayan visto afectados los derechos fundamentales invocados, y señala que en el recurso se plantea tan solo una cuestión de legalidad ordinaria atinente al cálculo de la jornada reducida, que permite diversas interpretaciones y que, en todo caso, habría sido realizado correctamente por la empresa.

Por último, el Ministerio Fiscal, para el caso de que no sea aceptado el óbice de no admisión por caducidad de la acción que plantea, interesa el otorgamiento del amparo por considerar que el sistema de cálculo empleado por la parte demandada para fijar la jornada reducida de la recurrente en amparo produce una diferencia de trato contraria al art. 14 CE, en su doble vertiente de derecho a la igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo.

V. Normativa aplicable al caso

Las principales disposiciones aplicables al caso son:

- Art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.
- Arts. 43 y 44 de la LOTC (Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), para dirimir la procedencia e interposición del recurso de amparo y sus plazos:

Artículo 43 LOTC

“Uno. Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente, de acuerdo con el artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución.

Dos. El plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial.

Tres. El recurso sólo podrá fundarse en la infracción por una resolución firme de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos o libertades susceptibles de amparo”.

Artículo 44 LOTC

“Uno. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c) Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.

Dos. El plazo para interponer el recurso de amparo será de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial”.

Art. 37.6 ET (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores):

“Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de

edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

El progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (...).

Las reducciones de jornada contempladas en este apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”.

VI. Doctrina básica

Con una sistemática muy clara, el Tribunal Constitucional analiza en los fundamentos jurídicos 2, 3, y 4 de la presente sentencia diferentes cuestiones, unas de carácter procedimental y, otras, de orden sustantivo que le permiten resolver el presente recurso de amparo en los términos expresados en el FJ 5:

- Especial trascendencia constitucional

El TC aprecia la concurrencia de especial trascendencia constitucional (en los términos establecidos en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, apartados a) y b)), por tratarse de un problema atinente a un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no había doctrina de este Tribunal, en la medida en que se denuncia una diferencia de trato en materia retributiva entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial derivada del ejercicio de derechos asociados con la maternidad. Además, el recurso le permitiría aclarar la doctrina existente sobre discriminación indirecta por razón de sexo.

- Óbice de procedibilidad: extemporaneidad de la demanda

En respuesta al óbice de procedibilidad opuesto por el fiscal, que considera que el recurso se ubica en el ámbito del art. 43 LOTC (contra actos de administraciones públicas) al dirigirse frente a una decisión administrativa y que, por tanto, resulta inadmisibles por extemporáneo, por haberse formulado fuera del plazo de interposición de veinte días (“plazo de caducidad improrrogable y no susceptible de suspensión”), el TC procede a analizar la naturaleza de la decisión que ha originado la queja de la recurrente para dilucidar si se trata de un acto administrativo impugnables a través de la vía del art. 43 LOTC.

Entiende el Alto Tribunal que la entidad empleadora, a pesar de tener naturaleza pública, se rige en este caso por el Derecho privado y, por ende, por las normas procesales comunes, al tratarse de un mero acto de gestión del personal laboral empleado en los hospitales que se rigen por el Estatuto de los Trabajadores y por el convenio colectivo de aplicación. Por consiguiente, estaríamos ante un recurso de amparo que debe quedar encuadrado en el art. 44 LOTC, porque aunque la lesión la haya causado originariamente la agencia demandada, es a los órganos judiciales a quienes corresponde –ex art. 53.2 CE- tutelar el derecho reconocido en el art. 14 CE, de modo que al confirmar la decisión adoptada por la empleadora, es a ellos a quienes es imputable la lesión, siendo las resoluciones judiciales dictadas el acto público aquí impugnado, respecto de las que opera el plazo de interposición de treinta días previsto en el art. 44.2 LOTC.

- Doctrina constitucional aplicable sobre la discriminación indirecta por razón de sexo

En orden a determinar si se ha producido la infracción del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo denunciada, el Tribunal Constitucional pasa sucinta revista a su doctrina sobre el contenido de los derechos fundamentales invocados.

Recuerda, en primer lugar, que el derecho a la igualdad del art. 14 CE exige que a supuestos de hecho iguales se apliquen iguales consecuencias jurídicas, lo que veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable (SSTC 253/2004, 22 diciembre, FJ 5 y 91/2019, de 3 julio, FJ 4 a, entre otras muchas). El de igualdad se trata de un juicio relacional que exige que se haya introducido una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas equiparables y que el término de comparación no resulte caprichoso. Una vez comprobado este presupuesto obligatorio, procede determinar la licitud o ilicitud de la diferencia de trato (entre otras, SSTC 27/2004, 4 marzo, FJ 2, 111/2018, de 17 octubre, FJ 7 y 86/2019, de 19 de junio, FJ 6).

En segundo lugar, el Alto Tribunal revisa la vertiente de prohibición de discriminación, entre otros motivos “por razón de sexo”, que deriva del derecho a la igualdad. Tal tipo de discriminación no solo comprende la “discriminación directa” (el trato peyorativo que se funda pura y simplemente en la constatación del sexo de la persona afectada), sino también la “discriminación indirecta”, es decir aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso en los miembros de un determinado sexo (SSTC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2, y 91/2019, de 3 de julio, FJ 4.c). En concreto, la protección constitucional vinculada a factores diferenciales que inciden en las mujeres no se detiene en el embarazo y subsiguiente maternidad, sino que se extiende también al ejercicio por la trabajadora de “derechos asociados a la maternidad”, que si bien son reconocidos por el ordenamiento jurídico indistintamente al hombre y a la mujer, inciden de modo singular en las mujeres, al ser las que principalmente asumen el cuidado de los hijos de corta edad (STC 233/2007, de 5 noviembre, FJ 7, a) y 108/2019, de 30 de septiembre, FJ 2, entre otras).

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Constitucional decide otorgar el amparo a doña Pilar Prados Torres y, en su virtud:

1º Declarar que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE).

2º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, anular la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga, de 10 de mayo de 2018, autos núm. 100-2018, y la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de 5 de diciembre de 2018, dictada en el recurso de suplicación núm. 1546-2018, que las confirmaron.

3º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga de 10 de mayo de 2018, a fin de que se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado”.

VIII. Pasajes decisivos

... La cuestión a dilucidar, por lo tanto, es si trabajando ambos colectivos en los servicios de guardia durante diez horas ininterrumpidas en la misma franja horaria, sin diferencia alguna en el servicio que prestan en cada guardia, es contrario al art. 14 CE que se reduzcan las horas de descanso remunerado de los trabajadores que tienen

reducción de jornada en la misma proporción en que tienen reducida su jornada ordinaria de trabajo. (AH 9, párr. 2)

Señala el fiscal que el sistema de cálculo utilizado por la empresa implica, como dice la demandante, una doble reducción. En efecto, no solo reduce en un 33 por 100 el número de guardias anuales a realizar (que pasan de cuarenta y cuatro a treinta guardias al año), sino que después se vuelve a aplicar la reducción del 33 por 100 al calcular las horas de descanso retribuido por cada saliente de guardia al no atribuirle a la trabajadora 7 horas por guardia (como ocurre con los trabajadores a tiempo completo), sino sólo 4,69 (al aplicar la reducción del 33 por 100 también a las siete horas de descanso retribuido que genera cada guardia). (...) Y subraya después el fiscal que la diferencia de trato que se advierte resulta mayor cuanto mayor es la reducción de jornada ordinaria que se le ha concedido al trabajador, pues la reducción del abono se hace en la misma proporción que la reducción de jornada. De este modo, incluso entre los trabajadores con reducción de jornada se produciría una diferencia de trato según el tanto por ciento de reducción de jornada al que se hubieran acogido. (AH. 9, párr 3)

(...) la empresa justifica la disminución de abono de horas de descanso remunerado por guardia a los trabajadores a tiempo parcial con el argumento de que como lo que se les debe abonar es una jornada y las horas de su jornada ordinaria están reducidas al 33 por 100, se debe reducir en la misma proporción las horas a retribuir por cada servicio de guardia. Señala el fiscal que ese argumento justificaría la reducción si lo que se redujera para la demandante fuera la duración de cada guardia, de tal modo que si trabajase un 33 por 100 menos en cada guardia, procedería también reducir en igual porcentaje las horas de descanso retribuido por guardia. (...) Hay que tener en cuenta que el abono de horas de descanso remunerado por guardia está determinado por las horas de la jornada de guardia, siendo una remuneración por lo penoso de la guardia. No tiene, por lo tanto, relación con las horas de jornada ordinaria. Si una jornada de guardia no se reduce (es una jornada completa de diez horas), no hay reducción de la penosidad, y, por lo tanto, no hay justificación para reducir las horas remuneradas de la jornada de descanso (una jornada completa de siete horas) por haber realizado esa guardia. AH 9, párr. 4).

La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la proclamación del derecho a la igualdad sino que a continuación el precepto se refiere a la prohibición de discriminación, entre otros motivos, "por razón de sexo". Tal tipo de discriminación comprende no solo el tratamiento peyorativo que se funda en la pura y simple constatación del sexo de la persona afectada, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo y la maternidad (...). No obstante, esta protección constitucional vinculada a factores diferenciales que inciden en las mujeres no se detiene en el embarazo y subsiguiente maternidad, sino que se extiende también al ejercicio por la trabajadora de los "derechos asociados a la maternidad". Tales derechos, aunque son reconocidos por el ordenamiento jurídico indistintamente al hombre y a la mujer con el objeto de estimular cambios en la cultura familiar y promover el reparto de responsabilidades, sirven principalmente para compensar las dificultades y desventajas que agravan la posición de la mujer trabajadora. (FJ 4).

(...) estamos en disposición de pronunciarnos sobre si se ha producido una diferencia de trato contraria al art. 14 CE como consecuencia de que la empleadora al calcular la reducción de jornada por motivos de guarda legal para el cuidado de los hijos menores, no solo aplicó la reducción al número de horas de la jornada ordinaria (que pasó de 1523 a 1020,41 horas, en jornadas diarias de siete horas) y al número de guardias médicas obligatorias (que pasó de cuarenta y cuatro a treinta, en jornadas diarias de diez horas), sino también al número de horas de descanso retribuido computables por cada saliente de guardia (reduciéndolo de siete horas a 4,69 horas). (FJ 5, párr. 1).

No hay que descuidar que la reducción tanto de la jornada ordinaria (en cómputo anual) como de la complementaria (en número de guardias) es fruto de un derecho (el

cuidado de los hijos), cuyo ejercicio no puede generarle un menoscabo en la asignación del descanso retribuido por la realización de unas guardias que, aun menores en número, son de la misma duración que para el resto de los trabajadores a jornada completa. (...) No existe, pues, una justificación razonable que legitime el diferente trato recibido. (FJ 5, párr. 4).

(...) También puede apreciarse una discriminación indirecta por razón de sexo porque el método de cálculo usado por la empleadora para asignarle los períodos de descanso retribuidos por cada “saliente de guardia”, le ha provocado un “perjuicio efectivo y constatable” que ha generado, en este caso, un “trato peyorativo en sus condiciones de trabajo” (STC 233/2007) fruto del ejercicio de un derecho asociado con la maternidad (como es el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijos). Y aunque aquel método es formalmente neutro, ha perjudicado a un número mayor de mujeres que de hombres (STC 91/2019), pues esta demanda de amparo forma parte de una serie de recursos en que todas las recurrentes, a fecha del dictado de esta sentencia, son mujeres médicos. (FJ 5, párr. 5).

IX. Comentario

Frente a lo que se había planteado por la parte demandada como un simple problema de legalidad ordinaria en el cálculo aritmético de las horas resultantes de la aplicación de la reducción de jornada por cuidado de hijos, se ve atribuir, en sede constitucional, la necesaria trascendencia que conduce al otorgamiento del amparo solicitado por vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, al apreciar que el cálculo de la reducción de jornada realizada por la empresa por motivos de guarda legal que afecta no solo a las horas de jornada ordinaria en cómputo anual y al número de guardias médicas obligatorias (jornada complementaria), sino también al número de horas de descanso retribuido computables por cada saliente de guardia, conduce a una diferencia de trato injustificada derivada del ejercicio del derecho de conciliación que produce un “perjuicio efectivo y constatable” que atenta contra el derecho a la igualdad y a la no discriminación indirecta por razón de sexo.

En palabras del Tribunal Constitucional “la discriminación por razón de sexo no solo se produce cuando a la mujer trabajadora se le niega uno de los derechos asociados a la maternidad”, sino también cuando, pese a su inicial reconocimiento y ejercicio, “se le cause un perjuicio efectivo y constatable” consistente en un “trato peyorativo en sus condiciones de trabajo”, o en “una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas”.

En relación con el juicio de igualdad, el Tribunal considera que las situaciones subjetivas que la recurrente contrasta constituyen un término de comparación válido, al tratarse de supuestos de hecho iguales en la medida que, aun realizando menos guardias obligatorias (treinta en lugar de cuarenta y cuatro) como consecuencia de la reducción de jornada para el cuidado de hijos, las que realiza son, al igual que el resto de sus compañeros, de diez horas de duración.

De otro lado, estima que el argumento utilizado por la empleadora para justificar esta diferencia de trato de que la recurrente en amparo realiza la jornada de trabajo (tanto la ordinaria como la complementaria de forma reducida) es inasumible y lo tilda de “arbitrario” o “carente de una justificación objetiva y razonable” (FJ 5). A juicio del Tribunal, debe tenerse en cuenta que la reducción de jornada tanto de la ordinaria (en cómputo anual) como de la complementaria (en número de guardias) es fruto de un derecho (el cuidado de los hijos), cuyo ejercicio no puede generarle un menoscabo en la asignación del descanso retribuido de la realización de unas guardias que, aun menores en número, son de la misma duración que para el resto de los trabajadores (a jornada completa de diez horas). Por tanto, ante una misma situación (guardias de diez horas) que generan el derecho a un descanso retribuido (de siete horas), no puede la empleadora asignarle otro (de 4,69 horas), con el pretexto de que ya tiene reducido el número de horas ordinarias que debe trabajar como el número de guardias que obligatoriamente debe realizar.

Más aun, el Tribunal Constitucional aprecia una discriminación indirecta por razón de sexo en el método utilizado por la empleadora para asignarle los periodos de descanso retribuido por cada “saliente de guardia”, que provoca un “perjuicio efectivo y constante” consistente en un trato peyorativo en sus condiciones de trabajo fruto del ejercicio de un derecho asociado con la maternidad (como es el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijos). Tal sistema de cálculo, formalmente neutro, perjudica a mayor número de mujeres que de hombres, ya que “esta demanda de amparo forma parte de una serie de recursos en que todas las recurrentes son mujeres médicos”.

Concluye el Alto Tribunal otorgando el amparo solicitado por vulneración del derecho a la igualdad, sin discriminación por razón de maternidad, reconocido en el art. 14 CE. Ello le lleva a anular las sentencias judiciales impugnadas que negaron a la recurrente el reconocimiento del mismo número de horas por saliente de guardia que al resto de trabajadores con jornadas a tiempo completo. Asimismo, el restablecimiento de sus derechos vulnerados requiere la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la primera de las resoluciones judiciales a fin de que sea dictada una nueva resolución respetuosa con tales derechos constitucionales. Por último, en relación con la solicitud de una indemnización por infracción del derecho a la igualdad y a la no discriminación, el Tribunal Constitucional declara que tal reconocimiento no puede ser pretendido como una consecuencia automática de la estimación del recurso de amparo, siendo algo que debe ser llevado a cabo por la jurisdicción ordinaria (AATC 233/2001, de 25 de julio, FJ 3, y 270/2008, de 15 de septiembre, FJ único).

X. Apunte final

En esta Sentencia 79/2020, de 31 de julio, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo sobre un asunto que consideró de especial relevancia constitucional en materia de discriminación indirecta por razón de sexo, al versar el recurso sobre un particular problema- concretamente, una diferencia de trato en materia retributiva entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial como consecuencia del ejercicio de derechos de conciliación- sobre el que no había ningún pronunciamiento previo.

En su FJ 4, revisa y aclara la doctrina existente sobre este derecho fundamental reconocido en el art. 14 CE, y aprovecha la oportunidad para “insistir en la necesidad de cumplimiento de su jurisprudencia en la materia, abundando para ello en sus parámetros generales y concreción aplicativa”, para evitar, en la medida de lo posible, “dudas ulteriores sobre el alcance que puedan dar lugar a inaplicaciones objetivas de la misma” (FJ 2 y STC 146/2019, de 25 noviembre, FJ 2).