

Reducción de jornada por cuidado de hijo y discriminación indirecta por razón de sexo: cálculo del descanso (retribuido como trabajo efectivo) tras la realización de guardias médicas

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: *La búsqueda de la igualdad permite constatar, dentro de la discriminación genérica de la mujer, un fenómeno más específico y más grave, el de la mujer con responsabilidades familiares, que es objeto de una doble discriminación por su condición femenina y por su posición familiar como cuidadora. Esta circunstancia es todavía más preocupante, si cabe, cuando se trata de pretericiones sibilinas amparadas en parámetros aparentemente neutros como la aplicación del principio de proporcionalidad en las reducciones de jornada por cuidado de hijo, capaz de provocar que la realización de guardias médicas vaya acompañada de un consecuente menor tiempo de descanso retribuido.*

Palabras clave: *Reducción de jornada. Conciliación de la vida laboral y familiar. Discriminación indirecta por razón de sexo. Cuidado de hijo. Guardia médica.*

Abstract: *The search for equality makes it possible to identify, within the generic discrimination against women, a more specific and more serious phenomenon, that of women with family responsibilities, who are subject to double discrimination because of their female condition and because of their family position as carers. This circumstance is even more worrying, if possible, when it comes to sibylline preteritions covered by apparently neutral parameters such as the application of the principle of proportionality in the reduction of working hours for childcare, which means that medical on-call duty is accompanied by a consequent reduction in paid rest time as effective work*

Keywords: *Reduction of working hours. Reconciliation of work and family life. Indirect sex discrimination. Childcare. Medical on-call duty.*

I. Introducción: la mujer y el rol de cuidadora

Sin duda, la maternidad, la paternidad y el cuidado de la familia constituyen elementos de gran importancia en el desarrollo de la personalidad y en la evolución del conjunto de la sociedad. Idéntico papel cabe atribuir al mantenimiento y progreso en el empleo en tanto en cuanto condicionan la inserción social, el crédito moral y las posibilidades económicas de llevar una vida autónoma^[1]. No obstante, la ecuación equilibrada del plano familiar y laboral encuentra múltiples obstáculos en su camino, muy especialmente, para el sexo femenino, no en vano son las mujeres, quienes sufren frecuentes interrupciones en su desarrollo profesional por asumir el rol de cuidadoras, lo que a menudo conlleva dificultades para acceder al mercado de trabajo

y mantener su empleo, así como menores posibilidades en su progresión profesional o para retomar tardíamente su carrera ^[2].

Como con acierto se ha dicho, la búsqueda de la igualdad permite constatar, dentro de la discriminación genérica de la mujer, un fenómeno más específico y más grave, el de la mujer con responsabilidades familiares, que es objeto de una doble discriminación por su condición femenina y por su posición familiar, lo cual implica una precariedad laboral y una minoración salarial, que derivan de la competencia desigual entre hombres y féminas en el mercado laboral^[3].

Teniendo en cuenta, así, que la maternidad y el tiempo de vida familiar penaliza a las mujeres trabajadoras^[4], la vertebración legal tradicional de las medidas de conciliación ha contemplado, explícita o implícitamente, la situación de las féminas y su habitual sometimiento a una doble jornada: trabajo y familia. Inicialmente la mayor parte de estas medidas presentaba un marcado carácter femenino^[5], lo que enfatizaba estereotipos de género, al pivotar sobre la posibilidad de otorgar tiempo (ausencias al trabajo), de forma remunerada o no, para que la trabajadora, cuidadora clásica y tradicional de los menores, de los mayores, de los enfermos y de las personas con discapacidad, pudiera atender sus responsabilidades domésticas, minorando el período dedicado a sus actividades laborales^[6]. Tal perspectiva ha provocado la desvinculación del entorno laboral y un denostado efecto boomerang al considerar muchos empresarios que se trataba de una mano de obra más cara^[7].

Dicho enfoque jurídico inicial ha sufrido un replanteamiento, comenzando a asumirse que, para conseguir un buen punto de equilibrio, procede adoptar medidas que permitan la asunción de responsabilidades familiares tanto por hombres como por mujeres, así como promulgar normas políticas tendentes a equiparar las obligaciones entre los dos sexos, con el objetivo último de facilitar que las actuaciones previstas puedan ser solicitadas en igual medida por ambos^[8]. Los derechos legales de conciliación han pasado progresivamente a encontrar su razón de ser en el reparto de los tiempos de trabajo y vida (personal y familiar) de las personas trabajadoras y en la lógica de la corresponsabilidad de las tareas familiares y domésticas entre los sexos para terminar con el papel tradicional de la mujer y del hombre en la sociedad y en la familia. Se trata de que varones y féminas compartan su tiempo de trabajo con su tiempo de cuidados familiares y de necesidades vitales, rompiendo la tradicional separación del “mundo remunerado masculino” frente al “mundo no productivo femenino”, en el que la organización social patriarcal ha situado las tareas reproductivas y de cuidados familiares y domésticos^[9].

Ahora bien, pese a tales avances y a la formulación actual de los derechos de conciliación de forma neutra, lo cierto es que en la práctica siguen siendo las mujeres las principales destinatarias de tales posibilidades, tal y como sucede en paradigmático ejemplo con la posibilidad que otorga el art. 37.6 ET, que atribuye por razones de guarda legal de un menor de doce años o cuidado de familiar “el 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”. Ello unido a un incremento ficticio de las cotizaciones hasta un 100 por 100, esto es, como si no se hubiera producido tal reducción durante los dos primeros años por cuidado de menor de 12 años o durante el primer año cuando se trate de atender a un familiar.

Precisamente la minoración en la dedicación puede conllevar problemas no sólo por la rebaja en la retribución inherente sino porque puede llegar a encubrir “discriminaciones indirectas”, derivadas de una práctica aparentemente inocua pero capaz de poner a personas de un sexo (el femenino) en desventaja particular con respecto a personas del otro. Se estaría, pues, ante una preterición de este tipo cuando concurren dos presupuestos: los datos estadísticos disponibles muestran que el porcentaje de mujeres afectadas es considerablemente superior al de los hombres, sin que dicha realidad esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo^[10].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional.

Número de sentencia y fecha: sentencia núm.168/2020, de 16 de noviembre.

Tipo y número recurso: Recurso de amparo 2587-2019.

ECLI:ES:TC:2020:168

Fuente: BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020, págs. 118563 a 118567.

Ponente: Excmo. Sr. Magistrado Don Antonio Narváez Rodríguez.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El pronunciamiento analizado resuelve un recurso de amparo contra la Sentencia de 20 de marzo de 2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (rec. 2168/2018) y la Sentencia de 25 de junio de 2018 del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga (núm. 229/2018).

La recurrente viene prestando servicios como médica del área de urgencias en la agencia pública hospitalaria Costa del Sol de Marbella (Málaga). La jornada anual ordinaria para los médicos de su área es de 1523 horas (siete horas al día), a las que se suman 440 horas más en concepto de jornada anual complementaria, por realización de guardias (cuarenta y cuatro guardias de diez horas cada una). Además, estas guardias obligatorias generan un descanso en el día posterior (“saliente de guardia”) de veinticuatro horas, de las cuales se computan y remuneran como efectivamente trabajadas siete horas por saliente. De esta manera, en las referidas 1523 horas anuales de jornada se encuentran incluidas no solo las horas realmente realizadas, sino también las que se reconocen como trabajadas por cada saliente (308, a razón de siete horas por cuarenta y cuatro).

El día 16 de enero de 2018, la recurrente solicitó una reducción de jornada laboral por cuidado de hijo al amparo del art. 37.6 ET y del art. 23 del Convenio Colectivo de la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol, siendo reconocido dicho derecho por Resolución del Director Gerente de 16 de febrero de 2018, que concretaba la nueva dedicación en los siguientes términos: la jornada quedaba minorada en un 33 por 100, pasando de 1523 a 879,1 horas anuales. La aplicación de la rebaja se materializaba en parámetros anuales, de tal forma que las horas trabajadas por cada día y cada guardia no sufrieron alteración alguna (siete y diez horas respectivamente), pues únicamente se vio afectado el número total de días y guardias al año, pasando estas últimas a ser treinta (en lugar de cuarenta y cuatro). Además, en vez de computar siete horas de permiso retribuido como trabajo efectivo por cada saliente, este parámetro se rebaja también proporcionalmente a 4,69 horas.

Disconforme la trabajadora con este último cálculo respecto del permiso retribuido como trabajo efectivo por “saliente de guardia” presentó demanda ante la jurisdicción social, que fue desestimada tanto en primera instancia como en suplicación, planteando recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

IV. Posición de las partes

La médico recurrente alega que la concreción horaria de la rebaja temporal solicitada por cuidado de hijo provoca una desigualdad de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores con jornada reducida, lesiva de los derechos a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE), derivada del modo en el que la empresa había computado el trabajo efectivo consecuente a cada saliente de guardia, pues por un mismo trabajo (guardias obligatorias de diez horas) se atribuye una cantidad subsiguiente menor de descanso retribuido (en lugar de 7 horas, 4,69).

Teniendo en cuenta que ni el Juzgado de lo Social ni el Tribunal Superior de Justicia que enjuiciaron con carácter previo el asunto apreciaron esta vulneración, la recurrente solicita en amparo que se anulen las sentencias impugnadas e interesa que se condene a la empresa a abonar una indemnización por lesión de sus derechos fundamentales.

Por su parte, la empresa postula la desestimación del recurso de amparo, señalando que no concurre la infracción constitucional denunciada, sino que la discrepancia planteada radica en el cómputo de la jornada reducida de la recurrente, quien insta únicamente una fórmula más adecuada a sus intereses. La agencia pública empresarial sanitaria considera que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria que no incide en el ámbito del derecho fundamental alegado por la trabajadora, sin que proceda indemnización alguna. En todo caso, afirma que el cálculo realizado por la empresa es correcto al derivar de la aplicación del principio de proporcionalidad tras la reducción de la jornada por cuidado de hijo practicada a instancia de la doctora.

Interviene también el Ministerio Fiscal para efectuar un triple cúmulo de alegaciones:

Por una parte, como cuestión previa, indica que, aunque el recurso de amparo se dirija formalmente contra las referidas sentencias de la jurisdicción social, lo cierto es que tales pronunciamientos judiciales de instancia y suplicación no hacen sino reiterar las resoluciones administrativas dictadas por la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol, integrada en la Consejería de Sanidad de la Junta de Andalucía. En consecuencia, al tratarse de una Administración Pública, el plazo para interponer el recurso de amparo sería de veinte días hábiles (y no de treinta), pues se aplicaría el art. 43.2 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC), en lugar del art. 44.2, siendo necesario conocer con claridad la fecha de notificación para poder determinar si concurre o no la causa de inadmisión por extemporaneidad del art. 50.1 a) LOTIC en relación con el art. 43.2.

Por otra, en el caso de que no concurriese tal motivo de inadmisibilidad, considera que procede estimar el recurso de amparo, pues la diferencia de trato que se produce entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores con jornada reducida por razones de guarda legal como consecuencia del sistema de cálculo utilizado por la empresa resulta injustificada, porque unos y otros trabajan las mismas horas durante la jornada de guardia y, sin embargo, a la recurrente y a los demás trabajadores (trabajadoras, in casu) con reducción de jornada se les abonan menos horas de descanso remunerado por guardia. En consecuencia, se vulnera el derecho a la igualdad ante la Ley y opera una discriminación indirecta por razón de sexo, no en vano son las féminas las que en mayor medida se acogen a la reducción de la jornada para atender al cuidado de los hijos.

En fin, según el Ministerio Fiscal, procedería otorgar a la recurrente el amparo solicitado por vulneración de su derecho de igualdad ante la Ley y a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE), declarando en consecuencia la nulidad de las sentencias impugnadas, al igual que las resoluciones administrativas confirmadas en vía judicial. Sin embargo, no cabe acceder a la pretensión indemnizatoria, por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria, ajena, por tanto, a la jurisdicción constitucional.

V. Normativa aplicable al caso

La Sentencia objeto de comentario versa sobre un supuesto de reducción de jornada por razones de conciliación, regulado en el art. 37.6 ET, en virtud del cual: "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”.

Procede también traer a colación lo dispuesto en el art. 23.2 del Convenio Colectivo de la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol, conforme al cual: “el trabajador, que por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de diez años o a un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un cuarto, un tercio 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. Se solicitará por escrito del trabajador ejercitando su derecho a la elección del periodo de la reducción y la concreción horaria del mismo. Dicha solicitud deberá hacerse con quince días de antelación a la fecha del disfrute. La reducción de jornada tendrá una duración máxima de un año prorrogable por años naturales hasta la edad límite fijada en convenio. El trabajador presentará junto a la solicitud, la documentación acreditativa del hecho causante de la reducción de jornada. El trabajador solicitante podrá recibir una mejora en sus retribuciones de salario base y complemento funcional, durante el tiempo de reducción de jornada, del diez por ciento siempre que realice una dedicación exclusiva al cuidado del menor o familiar, y se acredite la no realización de ningún tipo de actividades económicas, laborales, profesionales o mercantiles”.

Teniendo en cuenta que la recurrente alega una vulneración del derecho de igualdad y del principio de no discriminación derivada del modo de cálculo del trabajo efectivo consecuente a cada “saliente de guardia”, lo que considera perjudicial para el colectivo femenino que es el que normalmente se acoge a la reducción de jornada, es menester también hacer referencia a la definición de discriminación indirecta por razón de sexo incorporada al art. 6 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIEMH), que se refiere a “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Constitucional acuerda la admisión a trámite del recurso de amparo mediante providencia de 28 de octubre de 2019, apreciando que “concorre una especial trascendencia constitucional”, pues plantea, de un lado, un problema o una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal, en la medida en que se denuncia una diferencia de trato retributiva entre trabajadores a tiempo completo y parcial derivada del ejercicio de derechos asociados a la maternidad; y, de otro, puede dar ocasión para aclarar o cambiar su doctrina sobre discriminación indirecta por razón de sexo, no en vano aun cuando existen pronunciamientos diversos sobre tal tiempo de discriminación, el Tribunal tiene la oportunidad de insistir en la necesidad de cumplimiento de su jurisprudencia en la materia abundando para ello en sus parámetros generales y su concreción aplicativa, como consecuencia de un proceso de revisión interna (art. 50.1 LOTC)^[11]. Por providencia de 12 de noviembre de 2020, se fija el día 16 del mismo mes para la deliberación y votación.

Tras descartar el óbice de la extemporaneidad en el planteamiento del recurso alegado por el Ministerio Fiscal, porque en realidad no se trata de un recurso de amparo bajo el régimen del art. 43 LOTC (resoluciones administrativas), sino del art. 44 LOTC (sentencias judiciales). En efecto, con independencia de la naturaleza jurídico-pública de la clínica, lo cierto es que en el presente caso no ejerce ninguna potestad pública sino que actúa como simple empleadora, de manera que la demanda de amparo tiene lugar frente a los pronunciamientos judiciales de instancia y de suplicación, habiendo sido presentada dentro del plazo de 30 días habilitado al efecto.

Entrando en el fondo del asunto, el Tribunal Constitucional entiende que la diferencia de trato alegada por la demandante, derivada de no reconocer el mismo número de horas de trabajo efectivo remunerado por cada “saliente de guardia” que al resto de compañeros que no había reducido su jornada por razones familiares, ha vulnerado los derechos a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación indirecta por razón de sexo. Ante una misma situación (guardias de diez horas), los trabajadores a tiempo completo generan un derecho a un descanso retribuido de siete horas, mientras las trabajadoras que han reducido su jornada por cuidado de hijo disfrutaban un derecho al descanso retribuido inferior de 4,69 horas.

Se otorga, por tanto, el amparo solicitado, deviniendo nulas las sentencias impugnadas, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la sentencia del juzgado de lo social, para que sea promulgada otra nueva, respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

En fin, el Alto Intérprete de la Norma Fundamental aclara también que no procede realizar consideración alguna sobre la pretensión indemnizatoria anudada a la lesión del derecho fundamental al que alude el art. 14 CE por tratarse de una cuestión ajena a la jurisdicción constitucional.

VII. Parte dispositiva

La sentencia del Tribunal Constitucional 168/2020, de 16 de noviembre, objeto del presente comentario, estima el recurso de amparo interpuesto por la recurrente por entender que concurre discriminación indirecta por razón de sexo en el cómputo del descanso retribuido subsiguiente a la realización de las guardias médicas. Y ello por ignorar que aun cuando se ha producido una reducción de la jornada ordinaria y complementaria en un 33 por 100 en cómputo anual a solicitud de la trabajadora por razones de conciliación de la vida laboral y familiar, lo cierto es que las guardias realizadas son de la misma duración que para el resto de trabajadores a tiempo completo. Por tanto, una misma situación (guardias de diez horas) genera un derecho al descanso retribuido inferior para las trabajadoras a tiempo parcial por cuidado de hijo (4,69 horas) frente al resto de compañeros que trabajan a tiempo completo (7 horas).

A la luz de tal perjuicio, se ordena reestablecer a la recurrente en su derecho y, a tal fin, se anulan la sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de Málaga de 25 de junio de 2018, recaída en los autos núm. 229-2018, y la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 20 de marzo de 2018, dictada en el recurso de suplicación núm. 2168/2018.

Igualmente, se decide retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la citada Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga de 25 de junio de 2018, a fin de que se provea una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

VIII. Pasajes decisivos

La Sentencia del Tribunal Constitucional 168/2020, de 16 de noviembre, remite en sus fundamentos a un pronunciamiento previo sobre un caso idéntico, la Sentencia 79/2020, de 2 de julio, haciendo suyos los razonamientos vertidos en esta última, los cuales, en síntesis, se reproducen a continuación^[12]:

1.- Sobre la extemporaneidad de la demanda de amparo. El Ministerio Fiscal entiende que en la medida en que el empresario forma parte del sector público, el recurso se plantea frente a una decisión administrativa, de manera que el plazo para su formulación es de veinte días de caducidad a la luz del art. 43.2 LOTC. Ahora bien, este óbice es superado por el Máximo Intérprete de la Constitución entendiendo que aun cuando la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol donde presta servicios la recurrente está adscrita a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, en realidad en el presente caso actúa como empresario, realizando meros actos de gestión de los recursos humanos a su servicio, para lo cual maneja el Estatuto de los

Trabajadores y el pertinente convenio colectivo. Por tanto, no se está dilucidando un recurso de amparo por la vía del art. 43 LOTC (contra actos de las Administraciones Públicas), sino que debe quedar encuadrado en el art. 44 LOTC, ya que, en la actuación controvertida, la agencia no ejerce potestad pública alguna, desarrollando facultades únicamente de orden jurídico privado. En consecuencia, 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 tanto en instancia como en suplicación, es a ellos a quienes les es imputable la lesión, operando frente a estas sentencias el plazo de interposición del recurso de amparo, que es de treinta días a la luz del art. 44.2 LOTC^[13].

2.- Sobre la infracción del derecho a la igualdad y a la no discriminación. El primero de estos derechos exige que “a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, lo que veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar como arbitrarios o carentes de justificación objetiva y razonable”^[14]. O dicho en otros términos, “lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado”^[15].

Por su parte, la prohibición de discriminación por razón de sexo comprende “no sólo el tratamiento peyorativo que se funda en la pura y simple constatación de sexo de la persona afectada, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa o inequívoca como sucede con el embarazo y la maternidad”^[16]. Es más, no se detiene en estas dos últimas circunstancias, sino que se extiende también al ejercicio por la trabajadora de los “derechos asociados a la maternidad”, no en vano son las mujeres las que principalmente asumen el cuidado de los hijos de corta edad, sufriendo, por ende, mayores dificultades para su inserción laboral y el mantenimiento en el mercado de trabajo^[17].

Entrando más en profundidad en este segundo concepto, el Tribunal Constitucional subraya que “la discriminación por razón de sexo no solo se produce cuando a la mujer trabajadora se le niega uno de esos derechos asociados a la maternidad, sino también cuando, pese a su inicial reconocimiento y ejercicio, se le cause un perjuicio efectivo y constatable que consista en un trato peyorativo en sus condiciones de trabajo o en una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales en la relación laboral, por la exclusiva razón del ejercicio previo de este derecho”^[18].

Todo ello sin olvidar que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo comprende la denominada “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 sobre los miembros de un determinado sexo^[19].

3.- Sobre el presente recurso de amparo. Trasladando estas consideraciones previas vertidas en la Sentencia 79/2020 al presente supuesto de hecho, el Tribunal Constitucional entiende que la empresa, al calcular la reducción de jornada por motivos de guarda legal para el cuidado de hijos, no sólo aplicó la minoración al número de horas de la jornada ordinaria (de 1523 a 879,1, en jornadas de siete horas) y al número de guardias médicas obligatorias (de 44 a 30, en jornadas diarias de diez horas de guardia), sino también —y aquí es donde está el problema— al número de horas de descanso retribuido como trabajo efectivo computables por cada saliente de guardia (de siete horas a 4,69 horas).

Aun realizando menos guardias obligatorias (30 en lugar de 44), fruto de la reducción de jornada para el cuidado de hijos, las efectivamente realizadas tienen la misma duración que las que llevan a cabo el resto de compañeros que trabajan a tiempo completo (diez horas). Por tal razón, la diferencia de trato (esto es, el menor

número de horas de descanso retribuido como trabajo efectivo por saliente de guardia) no puede considerarse justificada, pues el método de cálculo utilizado por la empleador aun siendo aparentemente neutro ha provocado un “perjuicio efectivo y constatable en la trabajadora”, que ha generado “un trato peyorativo en sus condiciones de trabajo”, fruto del ejercicio de un derecho asociado con la maternidad, en concreto, el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijo.

IX. Comentario

Es una realidad incuestionable que los ingresos brutos que reciben las mujeres por razón del trabajo son inferiores a los que reciben los hombres. El reciente Informe mundial sobre salarios de la OIT de 2 de diciembre de 2020, bajo el título “los salarios y el salario mínimo en tiempos de la Covid-19” pone de manifiesto que a escala mundial la brecha salarial de género oscila entre el 16 y el 22 por 100.

No puede pasar desapercibida, pues, la desventaja comparativa para la mujer en el orden relacional retributivo con el varón, bien se maneje el criterio de la “ganancia media anual” por sujeto, o bien otras magnitudes como la “ganancia por hora”^[20]. El manido recurso a la estadística da sobradas muestras de esta deplorable premisa: la brecha salarial (definida por la Comisión Europea como “la diferencia existente entre los salarios percibidos por los trabajadores de ambos sexos, calculada sobre la base de la diferencia media entre los ingresos brutos por hora de todos los trabajadores”)^[21] alcanza en España el porcentaje del 23 por 100, 17 puntos porcentuales por encima del promedio de la Unión Europea, al tiempo que las mujeres cobran un 12,7 por 100 menos por hora^[22].

Aunque han sido muchos los esfuerzos, a veces reales, a veces pretendidos, desarrollados por las normas internacionales y europeas, pasando por el texto constitucional, así como por la legislación laboral de desarrollo, la realidad se encarga de demostrar la poca efectividad que han tenido para mejorar estos índices. Como no podía ser de otra manera, el legislador español se ha hecho eco del reconocimiento genérico del derecho a la igualdad formal ligada al salario y a la realización de trabajos iguales y su transformación en una igualdad material, que, como tal, se encuentra conectada a un concepto extenso de retribución y de trabajos de igual valor^[23], dedicando a tal fin el art. 28 ET, al que da soporte la LOIEMH, en su art. 6 referido a los conceptos de discriminación directa e indirecta, y en su art. 13, en lo que atañe a la inversión de la carga de la prueba.

Pese a estas disposiciones, la práctica da buenas muestras de la mayor facilidad con la que concurren las situaciones de discriminación indirecta (más bien, sibilina). Tal es lo que sucede en el presente caso, en el que como consecuencia una reducción de la jornada por cuidado de hijo, el método de cálculo utilizado por la clínica para la que prestaba servicios la trabajadora, médico de profesión, implica un grave perjuicio económico, pues la realización de guardias de la misma duración para toda la plantilla (diez horas) generaba un descanso retribuido inferior (en lugar de siete horas como está previsto para los trabajadores a tiempo completo, sólo 4,69).

Teniendo en cuenta que el vínculo entre la conciliación de la vida familiar y laboral y la desigualdad de la mujer estriba en una segregación hacia la madre o más bien hacia la cuidadora^[24], no planta problema alguno entender que, en el supuesto enjuiciado por la sentencia objeto de comentario, el perjuicio se ha materializado efectivamente pues el Tribunal de Justicia ha ampliado el concepto de retribución a cualquier cantidad, abono o ventaja que el empleado perciba^[25].

X. Apunte final

Pese a que el principio de la igualdad retributiva por razón de sexo ha intentado proyectarse como idea-fuerza desde las normas internacionales y europeas, pasando por la legislación laboral interna, concitando la atención de los órganos judiciales y, cómo no, del Tribunal Constitucional, la realidad de los hechos demuestra con claridad meridiana que tal postulado sigue actuando como una mera referencia cargada de

buenas intenciones, quedando un largo camino por recorrer para conseguir el doble cariz inherente a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria: positivo (promoción de condiciones para su consecución) y negativo (remoción de obstáculos singularmente preocupantes, como sucede en el presente caso, cuando se esconden bajo parámetros aparentemente neutros).

Teniendo en cuenta que la causa última de la situación de preterición de la mujer en el mercado de trabajo deriva de un estereotipo de género asociado al rol de cuidadora y sin olvidar la relevancia constitucional del derecho a la conciliación y su vertiente de derecho fundamental por la conexión del art. 39 con el art. 14 CE^[26], es necesario dar pasos decididos hacia el reconocimiento de derechos de co-responsabilidad familiar a los trabajadores, hombres y mujeres, de forma intransferible, indeterminada e individualizada^[27]. Sólo una redistribución equitativa del trabajo doméstico y de las responsabilidades familiares permitirá a las mujeres competir con los hombres en condiciones de igualdad en el mercado de trabajo, no en vano la conciliación de la vida familiar y laboral no debe ser un problema exclusivamente femenino, de suerte que una de las claves del éxito de las nuevas políticas destinadas a favorecer la armonización de tiempos vitales entre el ámbito familiar y el laboral reside, tal y como aboga la nueva Directiva 2019/1158, en conseguir que los derechos orientados a ese objetivo sean ejercitados indistintamente y en las mismas condiciones por trabajadores y trabajadoras, apostando por el reparto equilibrado de las ocupaciones de cuidado de los hijos y de otros familiares física o mentalmente dependientes^[28]. Todo ello acompañado de la dotación de la red pública de servicios sociales capaz de abarcar el amplio espectro de necesidades existente^[29].

Referencias:

1. ^ CASAS BAAMONDE, M.E.: “¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2017, pág. 7.
2. ^ CES: “Conciliación del trabajo y vida familiar: licencias parentales”, *Panorama sociolaboral de la mujer en España. Boletín elaborado por el Area de Estudios y Análisis*, núm. 38, 2004, pág. 1.
3. ^ FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “La doble jornada femenina”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Pamplona (Aranzadi), 2006, pág. 120.
4. ^ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019, pág. 236.
5. ^ BALLESTER PASTOR, M.A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de sexo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2016, pág. 100.
6. ^ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La necesaria reorientación de la conciliación de la vida profesional y familiar y la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 19, 2011, pág. 23.
7. ^ CABEZA PEREIRO, J.: “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”, en CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DO CAMPO, B. (Dir.): *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2011, pág. 85.
8. ^ SSTJUE de 30 de septiembre de 2010, C- 104/09, asunto Roca Álvarez y de 16 de julio de 2015, C-222/14, asunto Maistrellis.

9. ^ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019, pág. 236.
10. ^ STJCE C-167/1997, de 9 de febrero, de 1999, asunto Seymour Smith y Pérez.
11. ^ STCo 155/2009, de 25 de junio.
12. ^ GARCÍA ROMERO, B.: “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”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2020.
13. ^ SSTCo 6/1998, de 21 de enero y 29/2013, de 11 de febrero.
14. ^ SSTCo 117/2011, de 4 de junio ó 149/2017, de 18 de diciembre.
15. ^ SSTCo 27/2004, de 4 de marzo, 111/2018, de 17 de octubre ó 85/2019, de 19 de junio.
16. ^ SSTCo 17/2003, de 30 de enero, 3/2007, de 15 de enero o 2/2017, de 16 de enero.
17. ^ SSTCo 233/2007, de 5 de noviembre, 162/2016, de 3 de octubre y 2/2017, de 16 de enero.
18. ^ SSTCo 233/2007, de 5 de noviembre.
19. ^ SSTCo 145/1991, de 1 de julio y 91/2019, de 3 de julio.
20. ^ OIT: Informe mundial sobre los salarios 2016/2017, Ginebra, 2017, pág. 86.
21. ^ <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender-pay-gap/140319-gpg.es.pdf>.
22. ^ De media, un hombre en España cobra 12,23 euros la hora mientras una mujer percibe 10,64 euros. O dicho en otros términos, el salario medio anual de un hombre en España son 25.727 euros y el de las mujeres 19.745 euros. www.eldiario.es.
23. ^ SERRANO GARCÍA, M.J.: “El derecho a la igualdad retributiva por razón de género”, en VALDÉS DAL-RE, F. y QUINTANILLA NAVARRO, B. (Dir.): *Igualdad de género y relaciones laborales*, Madrid (MTIn), 2008, pág. 128.
24. ^ CABEZA PEREIRO, J.: “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”, en CABEZA PEREIRO, J. y FERNANDEZ DOCAMPO, B. (Dir.): *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2011, pág. 85.
25. ^ SSTJCE C-12/81, de 9 de febrero de 1982, asunto Garland; C-333/97, de 21 de octubre de 1999, asunto Lewen; y C-262/88, de 17 de mayo de 1990, asunto Barber.
26. ^ SSTCo 3/2007, de 15 de enero, y 26/2011, de 14 de marzo.
27. ^ MARTÍNEZ MORENO, C.: “Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Tribuna Social*, núm. 97, 2007, págs. 20 y 22.
28. ^ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019, pág. 238.
29. ^ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La necesaria reorientación de la conciliación de la vida profesional y familiar y la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 19, 2011, pág. 23.