

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

16815 *Sala Segunda. Sentencia 168/2020, de 16 de noviembre de 2020. Recurso de amparo 2587-2019. Promovido por doña María del Mar Pérez Ortega respecto de las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, y un juzgado de esa capital, desestimatorias de su demanda sobre cálculo de jornada reducida. Vulneración de los derechos a la igualdad ante la ley y a no padecer discriminación por razón de sexo: STC 79/2020 (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 menor en número son de la misma duración que para el resto de trabajadores).*

ECLI:ES:TC:2020:168

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Encarnación Roca Trías, presidenta; los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2587-2019, promovido por doña María del Mar Pérez Ortega contra la sentencia de 20 de marzo de 2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictada en el recurso de suplicación núm. 2168-2018, y la sentencia de 25 de junio de 2018 del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga, recaída en los autos núm. 229-2018. Ha comparecido y efectuado alegaciones la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Antonio Narváez Rodríguez.

I. Antecedentes

1. El día 23 de abril de 2019 tuvo entrada en el registro general de este tribunal la demanda de amparo presentada por el procurador de los tribunales don Manuel María Martínez de Lejarza, en nombre y representación de doña María del Mar Pérez Ortega, contra las resoluciones judiciales mencionadas en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que se fundamenta el presente recurso de amparo son los que se indican a continuación:

a) La recurrente viene prestando servicios como médica del servicio de urgencias en el hospital Costa del Sol de Marbella (Málaga). La jornada anual ordinaria para los médicos de urgencias es de 1523 horas (siete horas al día), a lo 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). Estas guardias obligatorias generan un descanso en el día posterior «saliente de guardia» de veinticuatro horas, de las cuales se computan y remuneran como trabajadas siete horas por «saliente». 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 horas, a razón de siete horas por cuarenta y cuatro «salientes»).

b) El día 16 de enero de 2018 la recurrente solicitó una reducción de su jornada laboral por cuidado de hijo, al amparo del art. 37.6 del texto refundido del Estatuto de los trabajadores y del art. 23 del convenio colectivo de la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol.

c) Por resolución del director gerente de la citada agencia pública de 16 de febrero de 2018 se le reconoció a la recurrente el derecho a la reducción de jornada en un 33 por 100, fijándose la jornada ordinaria reducida a realizar en 879,71 horas anuales. La reducción solicitada se aplicó por la empresa en términos anuales, de tal forma que las horas trabajadas por cada jornada y cada guardia no sufrieron reducción alguna (siete y diez horas, respectivamente); lo que se vio afectado fue el número total de días y guardias al año, pasando a ser treinta guardias (en lugar de cuarenta y cuatro) y 879,71 horas anuales de jornada efectiva (en lugar de 1523).

Disconforme con el cálculo de la jornada reducida realizado por la empresa, la demandante presentó una reclamación previa, que fue desestimada mediante resolución de 7 de mayo de 2018.

d) La recurrente presentó demanda ante la jurisdicción social sobre reducción de jornada por guarda legal, concreción horaria y vulneración de derechos fundamentales. Alegó la existencia de 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), como consecuencia del modo en el que la empresa había computado el trabajo efectivo derivado de cada «saliente de guardia» al calcular la reducción de la jornada por cuidado de hijos.

e) La demanda fue desestimada mediante sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga de 25 de junio de 2018 (autos núm. 229-2018), que descartó que se hubiese producido un error en el cálculo de la jornada reducida realizado por la empresa. No apreciando error en ese cálculo, el juzgado negó la existencia de la discriminación denunciada.

f) Frente a la anterior resolución la recurrente formuló recurso de suplicación, que fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 20 de marzo de 2019.

3. La demanda de amparo aduce que las sentencias impugnadas han vulnerado los derechos de la recurrente a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). Se afirma, en síntesis, que, al calcular la reducción de jornada por cuidado de hijos, la empresa realizó un cómputo de los «salientes de guardia» que quebranta los referidos derechos fundamentales, ya que por un mismo trabajo (guardias obligatorias de diez horas) las trabajadoras con jornada reducida obtienen un menor tiempo de descanso retribuido. La jurisdicción social no reparó esa vulneración constitucional. La recurrente solicita, por ello, que se anulen las sentencias impugnadas; asimismo, interesa que se condene a la empresa a indemnizarla en la cuantía señalada en la demanda formulada ante la jurisdicción social, por la lesión de sus derechos fundamentales.

4. La Sección Cuarta de este tribunal acordó la admisión a trámite del recurso de amparo mediante providencia de 28 de octubre de 2019, apreciando que «concorre en el mismo una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)] porque el recurso plantea un problema o una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)] y puede dar ocasión al tribunal para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2 b)]». Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a fin de que, en un plazo que no excediese de diez días, remitiese certificación o fotocopia adverada de las

actuaciones correspondientes al recurso de suplicación núm. 2168-2018. Asimismo acordó lo propio con relación al Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga, a fin de que remitiese los autos núm. 229-2018 y emplazase a quienes hubiesen sido parte en el procedimiento, excepto a la recurrente en amparo, para que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer si lo deseaban en el presente proceso constitucional.

5. Por medio de escrito registrado en este tribunal el día 18 de noviembre de 2019, la procuradora de los tribunales doña Úrsula Cabezas Manjavacas, en nombre y representación de la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol, solicitó que se la tuviera por personada y parte en el recurso de amparo y se entendieran con ella las sucesivas diligencias.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este tribunal del día 5 de diciembre de 2019 se tuvo por personada y parte a la citada procuradora, en nombre y representación de la referida agencia pública y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se acordó dar vista de todas las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por un plazo común de veinte días, para que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

7. El día 17 de diciembre de 2019 el procurador de los tribunales don Manuel María Martínez de Lejarza Ureña, en representación de la recurrente, presentó un escrito de alegaciones, ratificándose en las realizadas en la demanda de amparo. Asimismo, adjuntó un informe pericial matemático en el que se analiza el controvertido cómputo de las guardias de las médicas del hospital Costa del Sol con reducción de jornada por cuidado de hijos, con el fin de avalar los cálculos realizados por la recurrente. Concluye solicitando que se estime el recurso de amparo, reconociendo la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, con declaración de nulidad de las sentencias impugnadas y condena a la empresa a abonar la indemnización reclamada en vía judicial, por la lesión del derecho fundamental.

8. El día 16 de enero de 2020 la procuradora de los tribunales doña Úrsula Cabezas Manjavacas, en representación de la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol, presentó su escrito de alegaciones en este tribunal, solicitando la desestimación del recurso de amparo. Señala que la infracción constitucional denunciada radica en la forma en que se ha computado la jornada reducida de la recurrente, que postula un cálculo más favorable a sus intereses. Tal cuestión es de legalidad ordinaria y no incide, por tanto, en el ámbito del derecho fundamental alegado por la recurrente. En cualquier caso se afirma que el cálculo realizado por la empresa es correcto y se niega que resulte discriminatorio para las trabajadoras con reducción de jornada. Concluye señalando que, al no existir vulneración de derechos fundamentales, no procede el reconocimiento de indemnización alguna.

9. El 23 de enero de 2020, presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal. 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 no estamos ante un recurso de amparo contra resoluciones judiciales (art. 44 LOTC), sino contra resoluciones administrativas (art. 43 LOTC), dado que las sentencias impugnadas se limitan a confirmar las resoluciones de un ente que forma parte de la administración pública, integrado en la Consejería de Sanidad de la Junta de Andalucía, al que sería imputable la vulneración de los derechos a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo que alega la recurrente. En consecuencia, el plazo para la interposición del recurso de amparo sería de veinte días hábiles (no de treinta) a contar desde la notificación a la recurrente de la sentencia que pone fin a la vía judicial, por lo que el presente recurso de amparo podría ser extemporáneo si se ha interpuesto transcurrido ese plazo; a tal efecto, el fiscal señala que resulta necesario conocer la fecha en que fue notificada a la recurrente la sentencia que desestima el recurso de suplicación, para

poder determinar si concurre o no la causa de inadmisión del art. 50.1 a) LOTC, en relación con el art. 43.2 LOTC.

En caso de que no concurriese esa causa de inadmisibilidad, el Ministerio Fiscal considera que procedería estimar el recurso de amparo. 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 con reducción de jornada se les abonan menos horas de descanso remunerado por guardia que a los trabajadores con jornada completa. En consecuencia, se vulnera el derecho a la igualdad ante la ley. Asimismo, se produce una discriminación indirecta por razón de sexo, porque son las mujeres las que en mayor medida se acogen a la reducción de jornada para atender al cuidado de los hijos.

En consecuencia, procede otorgar a la recurrente el amparo solicitado, por vulneración de sus derechos a la 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, así como de las resoluciones administrativas confirmadas por aquellas. No procede, en cambio, acceder a la pretensión indemnizatoria, por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria, ajena, por tanto, a la jurisdicción constitucional.

10. Mediante providencia de fecha 12 de noviembre de 2020, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

Único. *Aplicación de la doctrina sentada por la STC 79/2020, de 2 de julio.*

El presente recurso de amparo tiene por objeto determinar si la minoración aplicada por la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol sobre el descanso retribuido de la demandante por cada guardia médica, como consecuencia de la reducción de jornada por guarda legal de menores de doce años, es contraria al principio de igualdad e interdicción de discriminación que reconoce el art. 14 CE. Así lo entiende la demandante, mientras que la empresa sostiene que no ha existido lesión alguna de derechos fundamentales y que lo planteado es una cuestión de mera legalidad ordinaria. Por su parte, el Ministerio Fiscal solicita la estimación del recurso de amparo, siempre que se confirme que este ha sido presentado dentro del plazo de veinte días establecido en el art. 43.2 LOTC. Todo ello por las razones que han quedado expuestas en el relato de antecedentes.

El Pleno de este tribunal, mediante la reciente STC 79/2020, de 2 de julio, ha estimado un recurso de amparo (recurso avocado núm. 500-2019) sustancialmente idéntico al presente, interpuesto por los mismos motivos por otra facultativa del hospital Costa del Sol de Marbella a la que también le fue aplicada la minoración sobre el descanso retribuido por guardia médica, como consecuencia de la reducción de jornada por guarda legal de menores de doce años, decisión empresarial que fue confirmada, como en este caso, por la jurisdicción social. También en aquel caso el Ministerio Fiscal interesó el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE), siempre que este tribunal no apreciase la extemporaneidad de la demanda de amparo, por haber sido interpuesta fuera del plazo de veinte días que establece el art. 43.2 LOTC.

En la STC 79/2020, tras descartar el óbice de extemporaneidad alegado por el fiscal, porque no se trata de un recurso de amparo del art. 43 LOTC, sino del art. 44 LOTC, dado que la agencia pública interviene como empleadora, sin ejercer potestad pública alguna, se concluye que la diferencia de trato denunciada por la demandante no obedece a una justificación objetiva y razonable que la legitime. Por ello, estima la demanda de amparo, declarando vulnerado el derecho de la recurrente a la igualdad ante la ley y a la no discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE).

También en este caso debemos descartar, por la misma razón, que la demanda de amparo, presentada en el registro de este tribunal dentro del plazo establecido por el art. 44.2 LOTC, sea extemporánea. Asimismo, siendo el presente recurso de amparo sustancialmente coincidente al resuelto por el Pleno en la STC 79/2020, procede remitirse a esta, dando por reproducidos sus fundamentos jurídicos. En consecuencia, debemos declarar que las sentencias impugnadas en el presente recurso de amparo, que negaron a la demandante, al calcular su jornada anual, el reconocimiento del mismo número de horas de trabajo efectivo por cada «saliente de guardia» que al resto de los trabajadores del hospital con jornadas a tiempo completo, han vulnerado su derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE).

No procede realizar pronunciamiento alguno sobre la pretensión indemnizatoria anudada a la lesión del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación indirecta por razón de sexo, por tratarse de una cuestión ajena a la jurisdicción constitucional (STC 79/2020, FJ 6 *in fine*).

En fin, como en el caso de la STC 79/2020, el otorgamiento del amparo conlleva la nulidad de las sentencias impugnadas, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la sentencia del juzgado de lo social, para que sea dictada otra nueva, respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por doña María del Mar Pérez Ortega y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado el derecho de la recurrente a la igualdad ante la ley y a la no discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE).

2.º Reestablecerla en su derecho y, a tal fin, anular la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga de 25 de junio de 2018, recaída en los autos núm. 229-2018, y la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 20 de marzo de 2019, dictada en el recurso de suplicación núm. 2168-2018, que la confirmó.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga de 25 de junio de 2018, a fin de que se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil veinte.—Encarnación Roca Trías.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.