

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

13453 *Sala Primera. Sentencia 124/2020, de 21 de septiembre de 2020. Recurso de amparo 1767-2019. Promovido por doña Silvia María Cantos Rueda 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:2020:124

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Alfredo Montoya Melgar, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1767-2019, promovido por doña Silvia María Cantos Rueda contra la sentencia núm. 330/2019, de 20 de febrero, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, por la que se desestima el recurso de suplicación núm. 1614-2018, interpuesto contra la sentencia núm. 266/2018, de 22 de junio, del Juzgado de lo Social núm. 10 de Málaga, pronunciada en los autos núm. 122-2018. Ha sido parte la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol, representada por la procuradora de los tribunales doña Úrsula Cabezas Manjavacas y defendida por el letrado don Andrés Daniel Sedeño Ferrer. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el 18 de marzo de 2019, doña Silvia María Cantos Rueda, con la representación procesal y asistencia letrada expresada en el encabezamiento, interpuso recurso de amparo contra la sentencia núm. 330/2019, de 20 de febrero, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, por la que se desestima el recurso de suplicación núm. 1614-2018, interpuesto contra la sentencia núm. 266/2018, de 22 de junio, del Juzgado de lo Social núm. 10 de Málaga, pronunciada en los autos núm. 122-2018.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La demandante de amparo viene prestando servicios como médico del servicio de urgencias en el hospital Costa del Sol de Marbella (Málaga), gestionado por la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol. La jornada anual ordinaria para los

médicos de urgencias es de 1523 horas (siete horas al día), a lo que se unen 440 horas más en concepto de jornada anual complementaria, por realización de guardias (cuarenta y cuatro guardias de diez horas cada una de ellas). Estas guardias, que resultan obligatorias, generan un descanso en el día posterior —saliente de guardia— de veinticuatro horas, y de ellas, se computan como trabajadas siete horas por saliente. En las citadas 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 días salientes de guardia).

b) Al amparo del art. 37.6 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores y del art. 23 del convenio colectivo de la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol, la recurrente solicitó a la empresa una reducción de su jornada laboral durante el año 2018, en un 50 por 100, para el cuidado de un hijo menor de doce años. La resolución del director gerente de la mencionada agencia, de 29 de diciembre de 2017, accedió a la reducción de jornada solicitada, con fecha de inicio el 1 de enero de 2018 y fecha de fin el 31 de diciembre de 2018, pero haciendo un cálculo distinto al propuesto en la solicitud, según el cual la trabajadora debía realizar más horas de trabajo efectivo de las que ella estimaba procedentes, al computársele únicamente el 50 por 100 de las horas reconocidas como saliente de guardia.

c) Contra esta resolución interpuso reclamación previa a la vía judicial, que dio lugar a una nueva resolución de fecha 24 de mayo de 2018, que desestimó su reclamación y justificó la estimación de las horas de trabajo efectivo por remisión a la resolución recurrida.

d) Disconforme con el cálculo de la jornada reducida que había realizado su empleadora, la recurrente ejerció acción judicial en concreción horaria por reducción de jornada por motivos familiares. Solicitó en su demanda la aceptación íntegra de la solicitud de reducción de jornada presentada con la concreción horaria pedida; el reconocimiento de que el cómputo de horas que contempla la jornada de saliente de guardia en su caso debe ser el mismo siempre que la guardia tenga la misma duración en situación de reducción de jornada como en situación distinta; que se reconozca la violación del derecho a la igualdad en la que incurre la resolución impugnada; y se condene a la empresa a una indemnización por daños y perjuicios por tutela de derechos fundamentales, así como por cada jornada que la empresa le obligase a hacer en detrimento de la solicitud formulada.

La demanda fue desestimada mediante sentencia núm. 266/2018, de 22 de junio, del Juzgado de lo Social núm. 10 de Málaga (procedimiento núm. 122-2018) que ratificó que las jornadas de guardia efectuadas daban derecho a un día de descanso computable como 3,5 horas trabajadas, y no como siete horas por día saliente, como solicitaba la trabajadora.

e) La demandante de amparo formuló recurso de suplicación, que fue tramitado con el núm. 1614-2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, alegando, entre otros motivos, la vulneración del art. 14 CE insistiendo en la existencia de una discriminación salarial entre empleados a tiempo completo y aquellos otros en reducción de jornada, y de los trabajadores con reducción de jornada con obligación de guardias en relación con esos mismos trabajadores que no realizan guardias.

El recurso fue desestimado por sentencia núm. 330/2019, de 20 de febrero, en la que se puso de manifiesto que la cuestión planteada ya había sido analizada y resuelta por la sala en anteriores sentencias recaídas en los recursos de suplicación núms. 1717 y 1874-2018, a cuyos pronunciamientos se remitía. En dichas resoluciones se incidía en que, si al calcular la jornada anual ya se ha aplicado el porcentaje de reducción de jornada solicitado, al calcular el número de horas salientes de guardia debe efectuarse el mismo ajuste pues, de lo contrario, la demandante aplicaría la reducción de jornada solo para el cálculo de la jornada anual y no lo aplicaría para el cálculo de las horas salientes de guardia.

3. La demandante solicita que se otorgue el amparo por vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), declarándose la nulidad de las resoluciones impugnadas y el derecho a percibir una indemnización. A esos efectos, argumenta que la fórmula del cálculo de reducción de la jornada por cuidado de hijos practicada por la empresa y que ha sido confirmada en vía judicial —esto es, aplicar la reducción del 50 por 100 no solo al número de turnos de guardia a realizar sino también al cómputo del tiempo de descanso por saliente de guardia, a pesar de que estas siguen siendo de diez horas— resulta discriminatoria tanto en la comparación entre trabajadores a tiempo completo y con jornada reducida como entre trabajadores con obligación de hacer guardias y los que no. Con referencia a los primeros, porque tendrían un mayor número de horas por saliente de guardia realizando las mismas horas de guardia que las trabajadoras con reducción de jornada. Indica la recurrente que, siendo obligatoria la realización de las guardias, y teniendo siempre la misma duración de diez horas, que el descanso remunerado sea de menos horas para un colectivo supone una evidente discriminación. Respecto de los segundos, señala que los únicos trabajadores que estando en reducción de jornada no tienen que realizar guardias son los que están en estado de gestación, tienen más de cincuenta y cinco años, o un hijo menor de un año. Estos trabajadores, al estar exentos de guardias, trabajan 1523 horas o la parte proporcional de las mismas en función de su reducción de jornada. Según lo que antecede, la recurrente considera paradójico que cuanto más reducción de jornada se aplica, más perjudicado sale el trabajador en relación con el cómputo de las horas de descanso por saliente de guardia. Recuerda que, si bien las trabajadoras con reducción de jornada perciben en su nómina la misma cuantía por las guardias realizadas, la retribución globalmente considerada, sin embargo, varía al constar menos horas ordinarias de trabajo efectivo debido al cálculo que la empresa realiza de los días salientes de guardia. Con ello, se viene a dificultar al trabajador tomar la decisión de reducir la jornada para cuidado de hijos, al reducirse también de forma claramente discriminatoria sus derechos laborales en relación con el resto de los trabajadores. En otras palabras, por el mismo trabajo se les compensa con menor contraprestación a las trabajadoras que, como la recurrente, están en situación de reducción de jornada para el cuidado de hijos y tienen la obligación de realizar guardias.

4. La Sección Primera de este tribunal, por providencia de 28 de octubre de 2019, acordó la admisión a trámite del presente recurso, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)] porque el recurso 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)]; y dirigir atenta comunicación a los órganos judiciales para que remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones y emplazaran a quienes hubieran sido parte en el procedimiento para que puedan comparecer en el recurso de amparo.

5. La secretaría de Justicia de la Sala Primera, por diligencia de ordenación de 20 de noviembre de 2019, acordó tener por personada a la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol, representada por la procuradora de los tribunales doña Úrsula Cabezas Manjavacas, bajo la dirección del letrado don Andrés Daniel Sedeño Ferrer, y dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52 LOTC.

6. El día 17 de diciembre de 2019, el procurador de los tribunales don Manuel Martínez de Lejarza Ureña, en representación de la demandante, presentó escrito de alegaciones ratificándose en las realizadas en la demanda de amparo. Asimismo, adjuntó con el escrito un informe pericial en el que se analiza matemáticamente el controvertido cómputo de las guardias de las trabajadoras en reducción de jornada por cuidado de hijos y/o familiares, con el fin de avalar los cálculos realizados por esa parte en su recurso de amparo. Se termina solicitando que se estime el recurso de amparo

reconociéndose a la recurrente la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación, con nulidad de las sentencias recurridas y el reconocimiento de la indemnización reclamada como sanción.

7. La parte comparecida (agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol), por escrito registrado el 26 de diciembre de 2019, solicita que se desestime el recurso, argumentando que la controversia planteada queda limitada a una mera cuestión de cálculo matemático de la jornada reducida y su impacto sobre el descanso tras la guardia y su cómputo. La discrepancia se apoya en una distinta interpretación sobre el número de horas efectivas de trabajo que no incide en el derecho fundamental invocado, pues para ello hubiera sido preciso que el acto empresarial hubiera tenido la intención de discriminar a la demandante o, que sin tenerla, hubiera incidido en la esencia del derecho fundamental. Tales circunstancias no se habrían producido, dado que ni el acto discutido resulta arbitrario (al ser posibles varias interpretaciones para realizar el cálculo, como lo ponen de relieve diversas resoluciones judiciales favorables obtenidas ante otras reclamaciones similares en el hospital de Marbella), ni de calificarse como erróneo habría afectado al derecho de la recurrente a solicitar la reducción de jornada y a no ser discriminada por ello, pues en ningún momento se le ha denegado tal derecho. Se afirma que la demandante está exigiendo un derecho a la diferenciación, esto es, tener un trato distinto de los demás trabajadores por tener jornada reducida. Se insiste además en que la forma de cómputo practicada por la empresa no resulta errónea, sino que es coherente con la reducción de jornada solicitada y concedida que se extiende al cómputo de las horas reconocidas como trabajadas durante los días salientes de guardia.

8. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado en este tribunal el 10 de enero de 2020, interesa que se estime el recurso por vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), anulándose las resoluciones judiciales impugnadas y también las administrativas, con retroacción de actuaciones, pero sin que quepa hacer ningún pronunciamiento sobre la petición indemnizatoria.

Tras exponer la jurisprudencia constitucional aplicable al caso, argumenta que la cuestión a dilucidar es si es contrario al art. 14 CE que, trabajando los colectivos sin reducción de jornada y los que sí la tienen 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, 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. 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 50 por 100 el número de guardias anuales a realizar, sino que después se vuelve a aplicar la reducción del 50 por 100 al calcular las horas de descanso retribuido por cada saliente de guardia al no atribuirle a la trabajadora siete horas por guardia (como ocurre con los trabajadores a tiempo completo), sino solo 3,5 (al aplicar la reducción del 50 por 100 también a las siete horas de descanso retribuido que genera cada guardia). Este modo de cálculo obvia la circunstancia de que las guardias tienen siempre la misma duración (diez horas), ya sean realizadas por trabajadores a tiempo completo como con jornada reducida. Y siendo así, las horas de abono que se obtienen por el descanso de cada guardia de diez horas no pueden ser menos para los trabajadores que, fuera de cada servicio de guardia concreto, tienen reducción de jornada, porque en cada una de las guardias que realizan su jornada es completa al trabajar las mismas diez horas que el resto de los trabajadores. 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.

Recuerda posteriormente que 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 50 por 100, se debe reducir en la misma proporción las horas a retribuir por cada descanso del 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 50 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 apoyada en lo penoso de la guardia. No tiene relación, por lo tanto, 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.

De lo anteriormente razonado deduce que la diferencia de trato resulta injustificada porque ambos colectivos trabajan las mismas horas durante la jornada de guardia y, sin embargo, con el sistema aplicado por la empresa se abonan a la recurrente y a los demás trabajadores que están con reducción de jornada menos horas de descanso remunerado por guardia que a los trabajadores con jornada completa. Asimismo, el fiscal considera que también concurre en este caso 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.

En cuanto a los efectos de la estimación del recurso, el fiscal considera que además de proceder declarar nulas las sentencias directamente impugnadas, procede también acordar la nulidad de las resoluciones administrativas que produjeron directamente la vulneración de los derechos constitucionales mencionados y que luego fueron convalidadas por las sentencias impugnadas. Ahora bien, respecto a la petición de indemnización por la declaración de la existencia de la vulneración (art. 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social), el fiscal considera que la valoración de los perjuicios a que se refiere dicho precepto es una problemática de legalidad ordinaria, y, por lo tanto, no es una cuestión que deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional.

9. Por providencia de 17 de septiembre de 2020 se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 21 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

Único. Aplicación de la jurisprudencia establecida en la STC 79/2020, de 2 de julio (recurso de amparo avocado 500-2019)

El objeto de este recurso es determinar si ratifican la vulneración del derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación (art. 14) las decisiones judiciales que confirman el cómputo de reducción de la jornada de trabajo por motivos de guarda legal para el cuidado de los hijos menores, conforme al cual, aun haciéndose una guardia con la misma duración y condiciones que el resto de trabajadores, sin embargo, se produce también una reducción del número de horas de descanso retribuido computables por cada saliente de guardia que es indebidamente proporcional a su reducción de jornada.

Este objeto es idéntico al resuelto por el Pleno de este tribunal en la STC 79/2020, de 2 de julio, y con posterioridad en las SSTC 90/2020 y 91/2020, de 20 de julio, a cuyos razonamientos nos remitimos expresamente. En dichas resoluciones argumentamos que dicha fórmula de cómputo (i) vulnera el derecho a la igualdad, ya que, siendo comparable la situación subjetiva de quienes hacen un servicio de guardia de idéntica duración, carece de una justificación objetiva y razonable que se genere un descanso retribuido diferenciado derivado de la realización de unas guardias que, aun menores en su número anual por contar con una reducción de jornada por el cuidado de hijos menores, son de la misma duración diaria que para el resto de los trabajadores; y (ii)

vulnera la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo porque, aunque la fórmula de cómputo es formalmente neutra, supone un trato peyorativo en las condiciones de trabajo de un número mayor de mujeres que de hombres, como consecuencia del ejercicio de un derecho asociado con la maternidad como es el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijos.

Por tanto, debe estimarse el presente recurso de amparo por vulneración del art. 14 CE, lo que ha de conllevar la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de ellas para que se adopte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido, sin que proceda realizar pronunciamiento alguno en este momento respecto de la solicitud del reconocimiento de una indemnización por la vulneración declarada; no solo por ser una cuestión que quedó imprejuizada en la vía judicial (STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 9), sino también porque el reconocimiento de una eventual indemnización no puede ser pretendido como una consecuencia automática y necesaria de la estimación del recurso de amparo, pues el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado se realiza, en principio, mediante las medidas previstas en el fallo de nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, siendo algo que debe ser llevado a cabo por la jurisdicción ordinaria (por todos, AATC 233/2001, de 25 de julio, FJ 3, y 270/2008, de 15 de septiembre, FJ único).

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 Silvia María Cantos Rueda y, en su virtud:

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

2.º Restablecerle en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de la sentencia núm. 330/2019, de 20 de febrero, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, pronunciada en el recurso de suplicación núm. 1614-2018, y la de la sentencia núm. 266/2018, de 22 de junio, del Juzgado de lo Social núm. 10 de Málaga, pronunciada en los autos núm. 122-2018.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de las resoluciones citadas, para que el órgano judicial adopte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid, a veintiuno de septiembre de dos mil veinte.—Juan José González Rivas.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Alfredo Montoya Melgar.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.