

## **RESUMEN:**

El Pleno del Tribunal Constitucional ha amparado a una médico a la que se ha vulnerado su derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo tras asignarle unos periodos de descanso retribuido (por reducción de jornada por cuidado de hijos), al salir de la guardia diferentes al de sus compañeros médicos.

La sentencia razona que "la reducción de jornada ordinaria en cómputo anual como la complementaria (en número de guardias) es fruto de un derecho (el cuidado de hijos), cuyo ejercicio no puede generarle un menoscabo en la asignación del descanso retribuido derivado de la realización de unas guardias que, aun menores en su número, son de la misma duración que para el resto de los trabajadores: 10 horas".

Por tanto, "ante una misma situación (guardias de 10 horas), que generan el derecho a un descanso retribuido (de 7 horas) no puede la empleadora asignarle otro de (4,69), so pretexto de que ya tiene reducido tanto el número de horas ordinarias que debe trabajar como el número de guardias que obligatoriamente debe realizar. No existe, pues, una justificación razonable que legitime el diferente trato recibido".

El Tribunal ha estudiado el recurso de amparo de una médico del servicio de Urgencias de un hospital de Málaga que realizaba una jornada ordinaria de 1.523 horas de trabajo y otra complementaria de 44 guardias al año. Cada guardia generaba un descanso de veinticuatro horas al día siguiente y a efectos retributivos se tomaban 7 de esas horas como de trabajo efectivo (descanso retributivo). La recurrente solicitó la reducción de jornada por motivos de guarda legal para el cuidado de los hijos menores de doce años.

La empresa sanitaria al reducirle la jornada laboral y también las guardias le redujo el cómputo de descanso retribuido como saliente de guardia, que pasó de 7 a 4,69 horas. Esta decisión del hospital fue avalada tanto por un juzgado social de Málaga como por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga.

La recurrente acudió al Tribunal Constitucional en amparo al considerar que estas decisiones judiciales son contrarias al principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE), ya que produce un trato injustificado entre trabajadores a tiempo completo y trabajadoras con jornada reducida.

## **TEXTO:**

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; la magistrada doña Encarnación Roca Trías; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho y don Cándido Conde-Pumpido Tourón, ha pronunciado

## **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 500-2019, promovido a instancia de doña XXXX, representada por el procurador de los tribunales don Manuel María Martínez de Lejarza Ureña y asistida por el letrado don Jesús Manuel Guzmán Ruiz, contra la sentencia de 5 de diciembre de 2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictada en el recurso de suplicación núm. 1546-2018, y la sentencia de 10 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga, recaída en los autos núm. 100/2018. Ha comparecido y efectuado alegaciones 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 Sedeño Ferrer. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Santiago Martínez-Vares García.

### I. Antecedentes

1. En fecha 23 de enero 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 XXXX, contra las resoluciones judiciales antes mencionadas por las que se desestimó su demanda frente a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol.

2. Los hechos en los que se fundamenta el presente recurso de amparo y que son recogidos en el relato de hechos probados de las resoluciones judiciales recurridas, sucintamente expuestos, son los que a continuación se indican:

a) Doña XXXX (en adelante, la recurrente) viene prestando servicios como médico 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 (7 horas al día), a lo que se unen 440 horas más en concepto de jornada anual complementaria, por realización de guardias (44 guardias de 10 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 7 horas por saliente. En las citadas 1523 horas anuales de jornada se encuentran incluidas no solo las horas realmente realizadas, sino también la que se reconocen como trabajadas por cada saliente (308 horas, a razón de 7 horas por 44 salientes).

b) Con fecha de 29 de noviembre de 2017, la recurrente solicitó a la empresa una reducción de su jornada laboral para atender al cuidado de hijo en un 33 por ciento, 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 reducción solicitada se aplicó en términos anuales, de tal forma que las horas trabajadas por cada jornada y cada guardia no sufrieron reducción alguna (7 y 10 horas, respectivamente), sino que lo que se vio afectado fue el número total de días y guardias al año, pasando a ser 30 guardias y 1020.41 horas de jornada habitual al año (en lugar de las 44 y 1523).

c) Por Resolución del director gerente de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, de 29 de diciembre de 2017, se le reconoció a la recurrente el derecho a la reducción de 3 jornada en un 33 por ciento con efectos desde el 1 de enero de 2018, fijándose la jornada ordinaria reducida a realizar en 879,71 horas anuales. Habiéndose fijado una cantidad de horas superior a la calculada por la recurrente, presentó reclamación previa que fue desestimada mediante resolución de 16 de abril de 2018.

d) 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 y libertades públicas. 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. Si cada guardia de 10 horas debía generar 7 horas de descanso retribuido efectivo por saliente de guardia (lo que debía suponerle 210 horas por realizar 30 guardias), según los cálculos realizados por la empresa tan solo se le debían reconocer 140,7 horas. Tal diferencia se debía a que la empresa aplicaba también la reducción del 33 por ciento (esto es, el porcentaje de reducción de jornada solicitado) sobre el descanso retribuido por saliente de guardia. Se solicitó, en consecuencia, que se reconociese la infracción del art. 14 CE y que se aceptase la reducción en los términos interesados, 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 6250 euros en concepto de daños por la lesión de los derechos fundamentales.

e) La demanda fue desestimada mediante sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Málaga, de 10 de mayo de 2018, que descartó que se hubiese producido un error en el cálculo efectuado por la empresa en la determinación del número de horas anuales que debía prestar servicios la actora atendiendo a la reducción de la jornada en un 33 por ciento. En tal sentido, se señaló que las guardias se le redujeron de 44 a 30, y que las horas de "saliente de guardia" se disfrutaban e imputaban dentro de la jornada ordinaria, por lo que a esta última (1523 horas) se habían de restar, como así hizo la empresa, las 210 horas de "salientes de guardia" (ya reducida), lo cual daba un resultado de 1313 horas, cantidad sobre la que debía aplicarse después la reducción de jornada del 33 por ciento. En suma, el Juzgado concluyó que la jornada anual de la actora, una vez reducida en tal porcentaje, era de 879,71 4 horas, tal y como había calculado la demandada. No apreciándose error en los cálculos, se negó la existencia de la discriminación denunciada.

f) La recurrente presentó dos escritos solicitando la aclaración y complemento de la sentencia del Juzgado al amparo del art. 267 LOPJ con relación a dos extremos, a saber, de un lado, la existencia de un error en la fundamentación, al afirmarse que la actora no había alegado en su demanda la existencia de una condición más beneficiosa; y, de otro lado, la falta de pronunciamiento sobre una de las peticiones declarativas de derechos realizadas en la demanda. Se accedió a la primera aclaración mediante auto del Juzgado, de 21 de mayo de 2018, que procedió a la subsanación del error advertido en la fundamentación de la sentencia, siendo desestimada la otra petición de complemento de

la sentencia por medio de auto de 17 de mayo de 2018, por incompatibilidad de la petición con el objeto del procedimiento.

g) 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 lo decidido en la instancia al considerar que el cálculo realizado por la demandada era correcto ya que procedía aplicar la reducción del 33 por ciento no solo a la jornada ordinaria sino también a las horas de trabajo efectivo reconocidas por saliente de guardia. En consecuencia, se negó la infracción del art. 14 CE y se rechazó el derecho a la indemnización reclamada por lesión de derechos fundamentales.

h) La recurrente presentó escrito al amparo del art. 267.5 LOPJ quejándose de que se había procedido a convalidar el cómputo realizado por la administración demandada sin llegar a analizarse el fondo del recurso, esto es, la discriminación que suponía la aplicación de dicho cómputo en relación con los demás trabajadores. Se indicó, en tal sentido, que eran seis los argumentos de esa parte para sustentar la discriminación y que no se había contestado a ninguno de ellos.

i) Por medio de auto de 13 de diciembre de 2018 se desestimó la solicitud de complemento de sentencia al no compartir la Sala la valoración realizada por la parte actora. Se subrayó que en la sentencia cuestionada se había considerado por la Sala que el cálculo realizado por la demandada, utilizando un parámetro distinto al de la actora, era correcto y 5 desmontaba la supuesta discriminación alegada. Y que, de no estar de acuerdo la parte con la argumentación ofrecida al respecto, podía acudir al recurso de casación para la unificación de doctrina.

3. El recurso de amparo se dirige frente a la sentencia de 5 de diciembre de 2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (recurso núm. 1546-2018) y la sentencia de 10 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga (autos núm. 100/2018) por vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) como consecuencia del ejercicio del derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos. Afirma la parte recurrente que al calcular la empresa la reducción de la jornada solicitada realiza un cómputo de los salientes de guardia que quebranta el referido derecho fundamental, ya que por un mismo trabajo (guardias obligatorias de diez horas) las trabajadoras con jornada reducida obtienen un menor tiempo de descanso retribuido.

Se recuerda después cuál es, al amparo del convenio colectivo aplicable, la jornada laboral del resto de trabajadores que comparten con la recurrente (médico de urgencias en el Hospital Costa del Sol de Marbella) el mismo centro de trabajo, condiciones y categoría. Aclara que cuando se realiza la jornada de forma completa se trabajan 1523 horas ordinarias, a lo que hay que añadir una jornada complementaria obligatoria consistente en 44 guardias anuales de 10 horas cada una durante el turno de noche. Cada guardia genera el descanso de las 24 horas siguientes (saliente de guardia) en el día posterior al que se realiza la guardia, así como el reconocimiento de 7 horas como efectivamente

trabajadas. Esas 7 horas de saliente de guardia son horas que están incluidas en las 1523 horas de la jornada sin guardias.

Dicho lo que antecede, precisa la recurrente que la reducción de jornada se realiza de forma anual y no en cómputo diario, de forma que no se reducen las jornadas ni las guardias, sino que se le asigna a la trabajadora un número menor de unas y otras, proporcional a la reducción solicitada. Es decir, la jornada sigue siendo de 7 horas cada una y cada guardia mantiene su duración de 10 horas. De este modo, si un trabajador solicita reducción de jornada, por ejemplo, al 67 por ciento, la empresa le exige realizar el 67 por ciento de las 1523 horas, más el 67 por ciento de las jornadas complementarias (guardias). Si bien todos los trabajadores que hacen guardias de 10 horas (como la actora) y que no tienen reducción de jornada tienen derecho a descansar en las 24 horas siguientes (saliente de guardia) siendo retribuidas 7 horas 6 por cada saliente, en su caso, a pesar de trabajar el mismo número de horas por cada guardia que cualquier otro trabajador (10 horas), no se le reconocen las 7 horas de descanso retribuido ligadas a cada saliente, sino tan solo 4,69 horas al aplicar la empresa también la reducción de jornada solicitada (33 por ciento) a tales horas de saliente. Se produce, por consiguiente, una evidente y flagrante discriminación derivada de la situación de reducción de jornada para la conciliación familiar, que, además, afecta especialmente a las mujeres ya que porcentualmente son el colectivo que en mayor número solicita tal reducción, aunque la norma no haga distinción y sea un derecho que también corresponde a los hombres.

Llegados a este punto, la recurrente compara el distinto modo en el que cada una de las partes computan los salientes de guardia, por cuanto que sobre los hechos no existe discrepancia alguna entre ellas. Según los cálculos realizados por la actora, al aplicar la reducción del 33 por ciento solicitada, la jornada a realizar es de 810,41 horas. A resultas de aplicar el referido porcentaje a la jornada ordinaria y al número de guardias, se obtienen las cifras de 1020,41 horas ordinarias de trabajo y 30 guardias. Dado que cada guardia (de 10 horas) le genera 7 horas de descanso retribuido al trabajador, las 30 guardias le suponen un total de 210 horas de descanso retribuido, cantidad que se debe restar de la jornada a realizar (1020,41 menos 210 horas), dando como resultado la jornada antes señalada de 810,41 horas. A esa jornada habría que añadir la jornada complementaria (por guardias) que ascendería a 300 horas más (al tener que realizar 30 guardias de 10 horas). Los cálculos de la empresa arrojan una jornada más elevada, a saber, de 879,71 horas.

La diferencia estriba, como se ha dicho, en el modo en el que se calculan los salientes de guardia. Las 30 guardias no generarían, a juicio de la empresa, 210 horas de descanso retribuido sino tan solo 140,7 horas, al aplicar la reducción del 33 por ciento sobre esas horas de saliente de guardia. Señala la recurrente que con tal cálculo, lo que hace la demandada es aplicarle una doble reducción desfavorable y que produce discriminación, en tanto que, primero reduce en un 33 por ciento el número de guardias a realizar (pasando de 44 a 30), para después proceder nuevamente a la reducción al aplicar sobre las 210 horas resultantes de cada saliente de guardia el 33 por ciento. Ciertamente, según los cálculos de la demandada, a las 1523 horas ordinarias le resta 210 horas (30 guardias por 7 horas de descanso retribuido por guardia), y al resultado de esta operación (1313), que la empresa denomina horas disponibles, le aplica la reducción del 33 por ciento, dando

como resultado 879,71 horas. Con ello, los salientes de guardia no generarían 7 horas de trabajo efectivo por cada guardia de 10 horas, tal 7 y como se reconoce al resto de trabajadores, sino que en su caso tan solo supondrían 4,69 horas por guardia. En definitiva, de todo ello se puede deducir que por el mismo número de guardias (horas de trabajo en cada guardia) la trabajadora con reducción de jornada obtiene una compensación menor al tener que trabajar más que otros trabajadores (la diferencia está en 69 horas anuales), añadiendo que los cálculos propuestos por la empresa resultan erróneos ya se calcule la reducción por días o anualmente. Se señala que el principal argumento de la demandada es que si tuviera la trabajadora la jornada reducida diaria, las horas que disfrutarían de saliente de guardia serían 4,69 horas por cada guardia, lo que es cierto, señala la recurrente, pero siempre que el cálculo se realice sobre 44 guardias, y no sobre las guardias ya reducidas (30). De otro modo, se le aplica injustificadamente una doble reducción.

A continuación, puntualiza la recurrente que la discriminación denunciada se produciría con relación al resto de los trabajadores a tiempo completo y a los trabajadores que no tienen que realizar guardias. Con referencia a los primeros, por cuanto que 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 resulta evidente que siendo la realización de las guardias obligatoria, 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 55 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, considera el recurrente paradójico que cuanto más reducción de jornada se aplica, más perjudicado sale el trabajador en relación al cómputo de las horas de descanso por saliente de guardia. Y recuerda que si bien las trabajadoras con reducción de jornada perciben en su nómina la misma cuantía por las guardias realizadas (en el bien entendido que cobran 30 guardias en lugar de 44), la retribución globalmente considerada, sin embargo, varía al constar menos horas ordinarias de trabajo efectivo debido al cálculo que la empresa realiza de los 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 trabajadores. En otras palabras, por el mismo trabajo se les compensa con menor contraprestación a las 8 trabajadoras que, como la recurrente, están en situación de reducción de jornada para el cuidado de hijos y tienen la obligación de realizar guardias. El amparo que se solicita de este Tribunal es, por consiguiente, que se exija a la empresa demandada que aplique de forma no discriminatoria el derecho a la reducción de jornada por cuidado familiar a los trabajadores que así lo solicitan en relación con el cómputo de horas que se convalidan como horas de trabajo efectivo en los salientes de guardia. De esta forma, si una hora de guardia de un trabajador a tiempo completo da lugar a 0,7 horas de saliente, no puede dar lugar a 0,49 horas a una persona con reducción de jornada. Solicita posteriormente que también se le indemnice por la cantidad señalada en la demanda como consecuencia de la lesión de su derecho fundamental.

4. Por providencia de 28 de octubre de 2019, la Sala Primera, Sección Segunda, de este Tribunal, acordó la admisión a trámite del recurso de amparo, apreciando que "concorre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 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, con sede en Málaga, a fin de que en el plazo que no excediese de diez días, remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes, al recurso de suplicación núm. 1546-2018. Asimismo, acordó lo propio con relación al Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga a fin de que remitiese los autos núm. 100/2018 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 recurso de amparo.

5. Por medio de escrito que tuvo entrada el día 18 de noviembre de 2019 en el registro general de este Tribunal, 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 tuviera a esa parte como personada 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 Primera de este Tribunal, de 22 de noviembre de 2019, se tuvo por personada y parte a la Procuradora doña Úrsula 9 Cabezas Manjavacas en nombre y representación de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, en la misma diligencia 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 dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

7. En fecha 3 de enero de 2020, doña Úrsula Cabezas Manjavacas, en la representación que ostenta, presentó su escrito de alegaciones en el registro general de este Tribunal solicitando la desestimación del recurso de amparo. Comienza indicando que en la vía judicial se han planteado demandas sobre idéntica cuestión por otras trabajadoras del mismo centro de trabajo, y que todas, al igual que la recurrente en amparo, han obtenido pronunciamientos desestimatorios de la pretensión formulada en las dieciséis sentencias de los Juzgados de lo Social que se han ido dictando. Dicho esto, subraya que en el recurso de amparo la infracción constitucional se centra en la forma en que se ha realizado por la demandada el cómputo de la jornada de la trabajadora, y que lo que postula la parte actora es que se realice un cálculo distinto que le resulta más favorable a sus intereses. Tal cuestión no incidiría, sin embargo, en el ámbito de los derechos fundamentales desde el momento en que la discusión se centra en un cálculo matemático relativo a una distinta interpretación sobre el número de horas efectivas de trabajo y en donde la discrepancia principal, por lo tanto, se centraría en la forma de computar las horas generadas por saliente de guardia. En tal sentido, señala que para que existiera una incidencia en el derecho fundamental sería 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

resultaría arbitrario (al ser posibles varias interpretaciones para realizar el cálculo), 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. Con base en ello, se afirma que la cuestión debatida en los autos resulta de mera legalidad ordinaria (forma en que debe computarse la reducción de jornada) y que lo que la actora está exigiendo es un derecho a la diferenciación, esto es, tener un trato distinto de los demás trabajadores por tener jornada reducida.

Llegados a este punto, se reitera que no se discute el derecho a la reducción de jornada, que ha sido reconocido e incluso favorecido por la entidad demandada, sino que la discrepancia entre las partes gira en torno al cálculo de la jornada reducida y al impacto que 10 ha de tener en él los descansos retribuidos por saliente de guardia. Mientras que la reducción del 33 por ciento según los cálculos empresariales da lugar a una jornada de 879,71 horas al año, en el cómputo de la trabajadora resulta solo de 810,41 horas. Se considera que el cálculo realizado por la recurrente es erróneo, pues la reducción del 33 por ciento ha de operar también sobre los salientes de guardia, pues, de otro modo, los parámetros del cálculo no resultarían homogéneos. Se subraya que la jornada diaria no es de 7 horas sino de 4,69 horas una vez aplicada la reducción, y que por cada saliente corresponde a la actora el cómputo como trabajo efectivo de 4,69 horas. Al reclamar 7 horas por saliente, la trabajadora estaría solicitando una reducción mayor que la que realmente le corresponde (un 38,25 por ciento en lugar del 33). Por consiguiente, se niega que el cálculo realizado por la empresa resulte discriminatorio para las trabajadoras con reducción de jornada y se señala que si el cálculo de la reducción se hiciese de forma diaria y no anual, como establece el Estatuto de los trabajadores, el resultado sería idéntico al realizado por la demandada.

Finalmente, se termina indicando que al no haber vulneración de derechos fundamentales no procede el reconocimiento de indemnización alguna. En cualquier caso, y dado que la recurrente insiste en ese punto, se manifiesta que la que se solicita y se fija en relación al art. 8.12 de la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social no procedería y que, además, el art. 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social exige que se establezca prudencialmente en caso de que la prueba de su importe exacto sea muy difícil. La actora, sin embargo no ha realizado el más mínimo esfuerzo en plantear los parámetros para el cálculo de la indemnización, lo que provoca indefensión a la parte demandada, máxime cuando no hay daño alguno que indemnizar.

8. El día 17 de diciembre de 2019 el procurador de los tribunales don Manuel María Martínez de Lejarza Ureña, en representación de doña XXXX, 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.



9. El día 8 de enero de 2020, presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal. Antes de analizar el fondo de la cuestión realiza una observación previa en cuanto al objeto del enjuiciamiento. Indica que aunque la demanda se dirige expresamente contra las sentencias del Juzgado de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia, dado que las mismas 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, lo que se imputa a las sentencias impugnadas en la demanda de amparo no es haber vulnerado por sí mismos los derechos a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo, sino no haber reparado la vulneración ya producida en las resoluciones del ente público. Por tal motivo, el Fiscal considera aplicable la doctrina sentada en la STC 15/2011, de 28 de febrero, FJ 2, relativa a decisiones judiciales desestimatorias que no alteran la situación jurídica creada por el acto de la Administración presuntamente lesivo del derecho fundamental, y que no son, por tanto, en sí mismas causas de lesión. No encontrándonos en un amparo contra decisiones judiciales (art. 44 LOTC), sino en el caso de un amparo contra una resolución administrativa (art. 43 LOTC), el plazo para la interposición del recurso de amparo sería de 20 días y no de 30. Así las cosas, habiendo sido notificado el auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 13 de diciembre de 2018 (que desestimó la solicitud del complemento de sentencia) el 18 de diciembre de 2018, a las 15:27:34, el tiempo válido para interponer el recurso de amparo se extendía hasta el 23 de enero de 2019 a las 15 horas, y habiendo tenido entrada en el Tribunal Constitucional el recurso de amparo el día 23 de enero de 2019 a las 19:56:01, estaría presentado fuera de plazo y procedería acordar su inadmisión.

No obstante lo anterior, para el caso de que se considerase temporáneo, el Fiscal pasa a analizar el fondo del asunto planteado, no sin antes referirse a la doctrina constitucional que considera aplicable al caso, relativa al derecho a la igualdad (resumida recientemente en la STC 91/2019, de 3 de julio), a la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral (STC 214/2006, de 3 de julio), y a la discriminación indirecta (con cita, nuevamente, de la STC 91/2019). Señala que la diferencia de trato o discriminación alegada por la actora consistiría en que a los trabajadores con jornada reducida se les abonaría menos horas de descanso retribuido por saliente de guardia que a los de a tiempo completo, cuando la duración de las guardias en ambos supuestos es idéntica (10 horas). En el caso de la demandante (con una reducción de jornada del 33 por ciento) se le abonarían solo 4,69 horas por guardia de 10 horas, mientras que los trabajadores sin reducción de jornada obtendrían 7 horas por guardias de la 12 misma duración. 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.

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 ciento el número de guardias anuales a realizar (que pasan de 44 a 30 guardias al año), sino que después se vuelve a aplicar la reducción del 33 por ciento 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 ciento también a las 7 horas de descanso retribuido que genera cada guardia). Por consiguiente las 30 guardias no le generan a la actora 210 horas de descanso retribuido, sino solo 140,7. Este modo de cálculo obvia la circunstancia de que las guardias tienen

siempre la misma duración (10 horas), ya sean realizadas por trabajadores a tiempo completo como con jornada reducida. Y siendo así, el abono del descanso por guardia no puede ser menor 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 10 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.

Se 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 33 por ciento, 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 ciento 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 13 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 10 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 7 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 a 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 LRJS), 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.

10. Mediante providencia de 13 de febrero de 2020, el Pleno de este Tribunal, a propuesta del presidente, conforme a lo establecido en el art. 10.1.n) de la LOTC, acordó recabar para sí el conocimiento de este recurso de amparo.

11. Por providencia de treinta de junio de 2020 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día dos de julio del mismo año.

## **II. Fundamentos jurídicos**

*1. Objeto del recurso de amparo y posiciones de las partes.* La recurrente en amparo, médico del servicio de urgencias del Hospital Costa del Sol de Marbella (Málaga), dependiente de la Agencia Sanitaria Costa del Sol (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 7 horas al día) y otra complementaria como consecuencia de la realización obligatoria de 44 guardias al año (en horario nocturno, con una duración de 10 horas), cada una de las cuales, no solo generaba al día siguiente ("saliente de guardia") un descanso de veinticuatro horas, sino que, a efectos retributivos, se tomaban 7 de esas horas como de trabajo efectivo (descanso retribuido). De este modo, en el cómputo anual de las 1.523 horas de jornada ordinaria quedaban incluidas las 308 horas generadas por los "salientes de guardia". Posteriormente, 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 ciento) prevista tanto en el art. 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en lo sucesivo, LET), como en el art. 23 del Convenio colectivo de la citada Agencia. En aplicación de tal previsión, la empleadora procedió a reducirle, en la misma proporción, el número de horas de su jornada ordinaria (que pasó de 1.523 a 1.020,41 horas), el número de guardias médicas obligatorias (que pasó de 44 a 30), así como el número de horas de descanso retribuido computables por cada saliente de guardia (reduciéndolo de 7 a 4,69 horas).

Para 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 médica obligatoria de 10 horas), recibe una menor compensación por cada "saliente de guardia" (de 4,69 horas en lugar de 7 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 horas). Además, podría producirse también 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 los 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 su parte, el Fiscal, partiendo de que se ha planteado un recurso de amparo por la vía del art. 43 LOTC frente a un acto administrativo, propone la inadmisión del recurso por extemporáneo al considerar que se ha presentado una vez transcurrido el plazo de veinte días al que está sujeta su interposición. No obstante, y para el caso de que no se aprecie la concurrencia del citado óbice de admisibilidad, 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 prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo.

2. *Especial trascendencia constitucional.* En la providencia de admisión a trámite del recurso de amparo se apreció que concurría en el mismo la especial trascendencia constitucional prevista en los apartados a) y b) del FJ 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio. Ciertamente, este Tribunal valoró, de un lado, que el recurso planteaba un problema o faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no hay doctrina de este Tribunal, en la medida en que en este caso 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. De otro lado, el recurso permitía además aclarar la doctrina existente sobre la discriminación indirecta por razón de sexo pues, aun cuando existen pronunciamientos diversos de este Tribunal sobre tal tipo 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 concreción aplicativa, evitando, en lo posible, dudas ulteriores sobre su alcance que puedan dar lugar a inaplicaciones objetivas de la misma (STC 146/2019, de 25 de noviembre, FJ 2).

3. *Óbice de procedibilidad: extemporaneidad de la demanda.* Antes de entrar a analizar la vulneración denunciada en el presente proceso de amparo, es necesario dar respuesta al óbice de procedibilidad opuesto por el Fiscal. Partiendo de que la queja de la recurrente se ubica en el ámbito del art. 43 LOTC por dirigirse frente a una decisión administrativa, considera que el recurso resulta inadmisibles por extemporáneo, al haberse formulado fuera del plazo de interposición de veinte días [art. 50.1.a) en relación con el art. 43.2 LOTC]. En efecto, habiéndose notificado el auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 13 de diciembre de 2018 (desestimatorio de la solicitud del complemento de sentencia) el día 18 de diciembre de 2018, el tiempo válido para interponer el recurso de amparo se extendía hasta las 15:00 horas del día 23 de enero de 2019, cuando lo cierto es que el recurso de amparo tuvo entrada en este Tribunal Constitucional a las 19:56:01 de ese mismo día 23 de enero.

Hay que recordar, a este respecto, que el plazo de interposición del recurso de amparo es "de caducidad, improrrogable y no susceptible de suspensión y, por consiguiente, de inexorable cumplimiento", por lo que no consiente prolongaciones artificiales ni puede quedar al arbitrio de las partes (entre muchas, SSTC 85/2004, de 10 de mayo, FJ 2; y 41/2009, de 9 de febrero, FJ 3). Ahora bien, de cara a la determinación del concreto plazo de interposición del recurso de amparo es imprescindible analizar primero, la naturaleza de la decisión que ha originado la queja de la recurrente, para dilucidar si se trata de un

acto administrativo impugnado a través de la vía del art. 43. LOTC.

Como se ha señalado, el acto al que se imputa la lesión del derecho fundamental previsto en el art. 14 CE emana de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol. Pues bien, sin que sea este el momento de realizar un minucioso estudio de la naturaleza jurídica de la citada "agencia" y de los actos que realiza, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante una entidad de Derecho público adscrita a la Consejería de salud de la Junta de Andalucía, entre cuyas funciones está la gestión y administración del Hospital Costa del Sol de Marbella [art. 6 b).1º de los Estatutos de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, aprobados por el Decreto 98/2011, de 19 de abril (BOJA núm. 83, de 29 de abril)], en el que presta sus servicios la recurrente en amparo. Tal entidad, a pesar de tener naturaleza pública, se rige por el Derecho privado en todos los actos que realiza, salvo los que estén relacionados con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tiene atribuidas (arts. 9, 10 y 11 de la Ley del Parlamento de Andalucía 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía; y 30 y 31 de sus Estatutos). En consonancia con ello, la Agencia se rige por las normas procesales comunes sobre competencia y jurisdicción "aplicables a las personas de Derecho Privado", sin perjuicio de las especialidades que pudieran proceder en virtud de su naturaleza de Entidad de Derecho Público (art. 31.1 de sus Estatutos).

Teniendo en cuenta lo que antecede, hay que precisar que la resolución cuestionada no es fruto del ejercicio de potestades administrativas de la Agencia demandada, al tratarse de un mero acto de gestión del personal laboral empleado en los hospitales a ella adscritos, que se rige por el Estatuto de los Trabajadores y por el convenio colectivo de aplicación. Por consiguiente, no estamos ante un recurso de amparo por la vía del art. 43 LOTC (contra actos de las administraciones públicas), sino ante un recurso de amparo que debe quedar encuadrado en el art. 44 LOTC ya que, en la actuación controvertida, la Agencia intervino como empleadora, sin ejercer potestad pública alguna (potestad de imperio), desarrollando facultades de orden jurídico-privado que le reconoce el ordenamiento laboral (en sentido similar, SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 1; y 29/2013, de 11 de febrero, FJ 1). 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, es a ellos a quienes les es imputable la lesión, siendo las resoluciones judiciales dictadas el acto del poder público aquí impugnado, respecto de las que opera el plazo de interposición de treinta días (art. 44.2 LOTC).

*4. Doctrina constitucional aplicable.* En orden a determinar si se ha producido la infracción del derecho a la igualdad y no discriminación que la recurrente denuncia, es necesario recordar brevemente el contenido que define los derechos fundamentales invocados.

Conforme a reiterada doctrina constitucional, el derecho a la igualdad reconocido en el primer inciso del art. 14 CE exige que a iguales supuestos de hecho 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, de 22 de diciembre, FJ 5; 117/2011, de 4 de julio, FJ 4; 149/2017, de 18 de diciembre, FJ 4; y 91/2019, de 3 de julio, FJ 4 a), entre otras muchas]. Lo que prohíbe el

principio de igualdad, en definitiva, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado [STC 91/2019, FJ 4 a)]. El juicio de igualdad, siendo relacional, exige como presupuestos obligados, de un lado, que se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas; de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia de trato (SSTC 27/2004, de 4 de marzo, FJ 2; 149/2017, de 18 de diciembre, FJ 5; 111/2018, de 17 de octubre, FJ 7; y 85/2019, de 19 de junio, FJ 6).

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 (por todas, SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; y 2/2017, de 16 de enero, FJ 5). 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. En efecto, se trata de derechos que inciden de modo singular en las mujeres, al ser las que principalmente asumen el cuidado de los hijos de corta edad y sufren, por ello, mayores dificultades para su inserción laboral y su mantenimiento en el mercado de trabajo [STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 7, a); y posteriores SSTC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 4; 2/2017, de 16 de enero, FJ 5; y 108/2019, de 30 de septiembre, FJ 2]. Ahora bien, es importante subrayar 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 ese derecho [STC 233/2007, FJ 7, c), 2]. En otras palabras, en tales casos la vulneración del art. 14 CE vendría determinada por el menoscabo, de carácter discriminatorio, ocasionado en el patrimonio jurídico de la mujer trabajadora. Y, entre esos derechos asociados a la maternidad que, como se ha dicho, responden a la idea de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo y para la conciliación de su vida 19 laboral y familiar soporta la mujer trabajadora, se encuentran, precisamente, el derecho a la excedencia laboral por cuidado de hijos (art. 46.3 LET) y el derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal (art. 37.6 LET).

En fin, cabe recordar también que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo no sólo comprende la "discriminación directa" a la que se ha hecho referencia, 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 sobre los miembros de un determinado sexo [SSTC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 91/2019, de 3 de julio, FJ 4.c)].

5. *Resolución del recurso de amparo.* Teniendo en cuenta la doctrina sintetizada en el fundamento jurídico precedente, ya 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 1.523 a 1.020,41 horas, en jornadas diarias de 7 horas) y al número de guardias médicas obligatorias (que pasó de 44 a 30, en jornadas diarias de 10 horas), sino también al número de horas de descanso retribuido computables por cada saliente de guardia (reduciéndolo de 7 horas a 4,69 horas).

Como ha quedado expuesto con anterioridad, el juicio de igualdad es de carácter relacional, pues requiere que la diferencia de trato se produzca entre grupos o categorías de personas que puedan considerarse homogéneas o equiparables (STC 149/2017). Y resulta que, en este caso, 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 (30 en lugar de 44, fruto de la reducción de jornada para el cuidado de los hijos), las que realiza son, al igual que el resto de sus compañeros, de 10 horas de duración.

Estando, pues, ante situaciones subjetivas comparables, que son aptas para realizar el juicio de igualdad, debemos ahora comprobar si la diferencia de trato denunciada posee una justificación objetiva y razonable que la legitime. El argumento que ofrece la entidad demandada para justificar la diferencia de trato (y que ha sido aceptado en la vía judicial) es 20 que, dado que la recurrente tiene su jornada habitual reducida en un 33 por ciento, las guardias realizadas no pueden generarle un descanso retribuido equivalente a una jornada de trabajo "ordinaria" completa (de 7 horas), procediendo la empleadora a reducirse a 4,69 horas. Tal argumentación resulta, sin embargo, inasumible, al utilizar la empleadora para justificar la diferencia de trato un elemento de diferenciación que debe calificarse de arbitrario o carente de una justificación objetiva y razonable (STC 91/2019, FJ 4), a saber, el de que la recurrente en amparo realiza la jornada de trabajo (tanto ordinaria como complementaria) de forma reducida.

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 derivado de la realización de unas guardias que, aun menores en su número, son de la misma duración que para el resto de los trabajadores: de 10 horas. Dicho de otra manera, como se ha señalado ya, aunque la recurrente realiza menos jornadas "ordinarias" de trabajo (1.020,41 horas anuales en lugar de las 1.523 horas previstas, en jornadas diarias de 7 horas), y menos jornadas "complementarias" (30

guardias obligatorias en lugar de las 44 previstas, en jornadas de 10 horas), fruto de la reducción para el cuidado de los hijos, las que sí realiza (las 30 guardias), las lleva a cabo, al igual que el resto de sus compañeros, a jornada completa de 10 horas. Por tanto, ante una misma situación (guardias de 10 horas), que generan el derecho a un descanso retribuido (de 7 horas), no puede la empleadora asignarle otro (de 4,69 horas), so pretexto de que ya tiene reducido tanto el número de horas ordinarias que debe trabajar como el número de guardias que obligatoriamente debe realizar. No existe, pues, una justificación razonable que legitime el diferente trato recibido.

Pero no solo eso. 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.

En suma, al carecer la diferencia de trato de una justificación que la legitime, procede estimar la vulneración del derecho a la igualdad, sin discriminación por razón de maternidad, reconocido en el art. 14 CE.

*6. Alcance de la estimación del recurso.* El otorgamiento del recurso de amparo conlleva la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas que negaron a la recurrente, 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 con jornadas a tiempo completo. El restablecimiento de su derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE) requiere, en consecuencia, 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, por lo que se refiere a la solicitud del reconocimiento de una indemnización anudada a la infracción del derecho a la igualdad y a no padecer discriminación que solicita la recurrente, no procede realizar pronunciamiento alguno al respecto en esta sede, 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 todas, 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 otorgar el amparo a doña XXXX 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. Publíquese esta sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a 2 de julio de 2020.