

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9779 *Sala Primera. Sentencia 91/2020, de 20 de julio de 2020. Recurso de amparo 1765-2019. Promovido por doña Teresa María Pilar García Fernández en relación con 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 menores en número son de la misma duración que para el resto de trabajadores).*

ECLI:ES:TC:2020:91

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 y don Cándido Conde-Pumpido Tourón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1765-2019, promovido a instancia de doña Teresa María Pilar García Fernández, representada por el procurador de los tribunales don Manuel Martínez de Lejarza Ureña y asistida por el letrado don Jesús Manuel Guzmán Ruiz, contra la sentencia de 20 de febrero de 2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, dictada en el recurso de suplicación núm. 1587-2018, y la sentencia de 23 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga, recaída en los autos núm. 109/2018. 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 Alfredo Montoya Melgar.

I. Antecedentes

1. En fecha 18 de marzo de 2019 tuvo entrada en el registro general de este tribunal la demanda de amparo presentada por el procurador de los tribunales don Manuel Martínez de Lejarza Ureña, en nombre y representación de doña Teresa María Pilar García Fernández, contra las resoluciones judiciales arriba 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 Teresa María Pilar García Fernández (en adelante, 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 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 salientes).

b) La recurrente solicitó a la empresa una reducción de su jornada laboral por cuidado de hijo menor de 12 años para el año 2018 en un 50 por 100, 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 resolución del director gerente de la mencionada agencia de 29 de diciembre de 2017 accedía 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 manifestaba que existía un exceso en las horas de reducción solicitadas, haciendo un cálculo distinto, según el cual la trabajadora debía realizar más horas de trabajo efectivo de las que ella estimaba procedentes en su solicitud de reducción de jornada.

c) Contra esta resolución interpuso reclamación previa a la vía judicial, que dio lugar a una nueva resolución de fecha 17 de abril de 2018, desestimando su reclamación y justificando la estimación de las horas de trabajo efectivo que debía hacer la demandante del siguiente modo:

«Primero, porque, como usted misma reconoce, al menos para el saliente, la jornada diaria es de siete horas, pero no en su caso, ya que se encuentra reducida al 67 por 100, por tanto, su jornada diaria, incluso para el saliente, es de 4,69 horas.

Segundo, porque, al calcular su jornada reducida según el 33 por 100 de la jornada anual de 1523, ya ha utilizado como horas de reducción el 33 por 100 de todos los días de trabajo incluidos los salientes, luego de las siete horas originales de un saliente de guardia ya ha hecho uso de 2,31 horas como reducción de jornada, lo cual sería correcto así planteado, siempre que al restar los salientes de jornada trabajada no se quitaran siete horas, ya que ello lleva de forma irrefutable a que por cada saliente usted ha detruido 2,31 horas para su reducción de jornada, y las usa, y otras siete horas de la jornada de trabajo al 67 por 100, y no las trabaja, y eso hace un total de 9,31 horas por cada saliente, y que incurra en un defecto en su jornada de trabajo de 2,31 horas por cada saliente, lo que hace un total de setenta y siete horas de trabajo menos».

Añadiendo en esta resolución, después de unas cuadrículas con los cálculos efectuados con la reducción de jornada al 50 por 100, que el defecto de horas en litigio son 78,50.

d) Disconforme con el cálculo de la jornada reducida que había realizado su empleadora, la recurrente ejerció la acción de concreción horaria 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; 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 de 6250 € por daños por tutela de derechos fundamentales.

e) La demanda fue desestimada mediante sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga, de 23 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 50 por 100. Señala la sentencia que «resulta que con la reducción de jornada el número de guardias ya ha sido reducido (de cuarenta y cuatro a veintidós), por la demandada se descuentan los salientes, que se imputan dentro de la jornada ordinaria, al 100 por 100 en la jornada al 100 por 100, es decir siete horas, en la jornada reducida se descuentan los salientes, horas de trabajo efectivo que se descuentan dentro de la jornada ordinaria, conforme a la reducción, en este caso al 50 por 100, es decir 3,5 horas. De imputarse siete horas completas de saliente de guardia resultaría que el número de horas de prestación de servicios sería menor al que corresponde. Es por ello que no se aprecia error en los cálculos de la empresa demandada».

f) 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 en Málaga), de 20 de febrero de 2019, que confirmó lo decidido en la instancia al entender que, «como al calcular la jornada anual —761,5— ya se ha aplicado el porcentaje del 50 por 100 de la jornada sin reducción, al calcular el número de horas salientes de guardia debe efectuarse el mismo ajuste del 50 por 100, 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 [...]. Es evidente, por tanto, que la agencia al computar la jornada anual disponible de la demandante, una vez computadas las horas salientes de guardia no ha incurrido en infracción alguna de los arts. 14 CE, 37.5 y 55 ET y 22 y 23 del Convenio colectivo de la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol».

3. El recurso de amparo se dirige frente a la sentencia de 20 de febrero de 2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (recurso núm. 1587-2018) y la sentencia de 23 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga (autos núm. 109-2018) 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 (médica 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 cuarenta y cuatro guardias anuales de diez horas cada una durante el turno de noche. Cada guardia genera el descanso de las veinticuatro horas siguientes (saliente de guardia) en el día posterior al que se realiza la guardia, así como el reconocimiento de siete horas como efectivamente trabajadas. Esas siete 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 siete horas cada una y cada guardia mantiene su duración de diez horas. De este modo, si un trabajador solicita reducción de jornada, por ejemplo, al 67 por 100, la empresa le exige realizar el 67 por 100 de las 1523 horas, más el 67 por 100 de las jornadas complementarias (guardias). Si bien todos los trabajadores que hacen guardias de diez horas (como la actora) y que no tienen reducción de jornada tienen derecho a descansar

en las veinticuatro horas siguientes (saliente de guardia) siendo retribuidas siete horas por cada saliente, en su caso, a pesar de trabajar el mismo número de horas por cada guardia que cualquier otro trabajador (diez horas), no se le reconocen las siete horas de descanso retribuido ligadas a cada saliente, sino tan solo 3,5 horas al aplicar la empresa también la reducción de jornada solicitada (50 por 100) 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 50 por 100 solicitada, la jornada a realizar es de 827,5 horas. A resultas de aplicar el referido porcentaje a la jornada ordinaria y al número de guardias, se obtienen las cifras de 761,5 horas ordinarias de trabajo y veintidós guardias (220 horas). Dado que cada guardia (de diez horas) le genera siete horas de descanso retribuido al trabajador, las veintidós guardias le suponen un total de 154 horas de descanso retribuido, por lo que en la jornada total a realizar debe computarse la diferencia entre 220 horas de guardia menos 154 horas de saliente. Es decir, sesenta y seis horas, que sumadas a las 761,5 horas de jornada ordinaria da un número de horas totales de trabajo en el año 2018 de 827,5 horas. Los cálculos de la empresa arrojan una jornada más elevada, a saber, de 911 horas.

Por tanto, la diferencia está en 83,5 horas de trabajo que anualmente un trabajador a jornada completa cobraría y la trabajadora que reduce su jornada no, habiendo trabajado las mismas horas. Señala la recurrente que la empresa acepta reducir las horas ordinarias de 1523 al 50 por 100 de forma que ambas partes estarían de acuerdo en que esta reducción supone 761,5 horas de trabajo anual. Pero las guardias son obligatorias, y la empresa no reduce en modo alguno las horas de las guardias sino el número de ellas. Así, los trabajadores al 100 por 100 de la jornada deben hacer cuarenta y cuatro guardias, y los que tengan el 50 por 100 de las jornadas deben hacer veintidós.

Pero, continúa la recurrente, las guardias son de diez horas por la noche para todos, y al descontarse el 50 por 100 de los salientes de guardia, lo que hace la demandada es aplicar una doble reducción desfavorable y que produce discriminación, en tanto que, primero reduce en un 50 por 100 el número de guardias a realizar (pasando de cuarenta y cuatro a veintidós), para después proceder nuevamente a la reducción al aplicar sobre las 154 horas resultantes de cada saliente de guardia el 50 por 100. Con ello, los salientes de guardia no generarían siete horas de trabajo efectivo por cada guardia de diez horas, tal y como se reconoce al resto de trabajadores, sino que en su caso tan solo supondrían 3,5 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, 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 3,5 horas por cada guardia, lo que es cierto, señala la recurrente, pero siempre que el cálculo se realice sobre cuarenta y cuatro guardias, y no sobre las guardias ya reducidas (veintidós). 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 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, considera la 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 veintidós guardias en lugar de cuarenta y cuatro), 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 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 0,35 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 Primera, 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 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, 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. 1587-2018. Asimismo, acordó lo propio con relación al Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga a fin de que remitiese los autos núm. 109-2018 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 2 de diciembre 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 3 de febrero de 2020, se tuvo por personada y parte a la procuradora doña Úrsula 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. El día 12 de febrero de 2020 el procurador de los tribunales don Manuel Martínez de Lejarza Ureña, en representación de doña Teresa María Pilar García Fernández, 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.

8. El día 27 de febrero 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. Como la vulneración, de existir, se habría realizado en las resoluciones administrativas, posteriormente confirmadas por las sentencias directamente impugnadas, en caso de producirse la estimación del recurso, deberá dar lugar también a la nulidad de dichas resoluciones administrativas.

A continuación, 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 abonarían 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 (diez horas). En el caso de la demandante (con una reducción de jornada del 50 por 100) se le abonarían solo 3,5 horas por guardia de diez horas, mientras que los trabajadores sin reducción de jornada obtendrían siete horas por guardias de la 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 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, 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 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.

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 50 por 100, se debe reducir en la misma proporción las horas a retribuir por cada servicio de guardia. Señala el fiscal que ese argumento justificaría la reducción si lo que se redujera para la demandante fuera la duración de cada guardia, de tal modo que si trabajase un 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 por lo penoso de la guardia. No tiene, por lo tanto, relación con las horas de jornada ordinaria. Si una jornada de guardia no se reduce (es una jornada completa de diez horas), no hay reducción de la penosidad, y, por lo tanto, no hay justificación para reducir las horas remuneradas de la jornada de descanso (una jornada completa de siete horas) por haber realizado esa guardia.

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. En fecha 12 de febrero 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 han de tener en él los descansos retribuidos por saliente de guardia.

Señala que el cálculo de la recurrente no es correcto porque al realizarlo lo hace sobre la jornada ya reducida al 50 por 100, por tanto, para que el cálculo sea homogéneo los salientes tendrían que haberse reducido también el 50 por 100. Es decir, la agencia cuando calcula la reducción ya ha descontado los salientes y lo ha hecho a razón de siete horas por saliente, es decir, al 100 por 100 pero sobre la jornada al 100 por 100, por el contrario, si para el cálculo se toma la jornada al 50 por 100, como se hace de contrario, tendrían que descontarse también los salientes al 50 por 100 y no al 100 por 100 pues si no los parámetros de cálculo no serían homogéneos.

Considera que al reclamar siete horas por saliente, la trabajadora estaría solicitando una reducción mayor que la que realmente le corresponde. 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.

10. Por providencia de 16 de julio de 2020 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 20 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

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

El objeto del presente recurso de amparo es determinar si las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación de la recurrente en amparo, como consecuencia de que la empleadora, al calcular la reducción de jornada por motivos de guarda legal para el cuidado de los hijos menores solicitada por la recurrente en amparo, no solo aplicó la reducción al número de horas de la jornada ordinaria (que pasó de 1.523 a 761,5 horas, en jornadas diarias de siete horas) y al

número de guardias médicas obligatorias (que pasó de cuarenta y cuatro a veintidós, en jornadas diarias de diez horas), sino también al número de horas de descanso retribuido computables por cada saliente de guardia (reduciéndolo de siete horas a 3,5 horas).

En concreto, en el presente recurso la recurrente impugna la sentencia de 20 de febrero de 2019, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictada en el recurso de suplicación núm. 1587-2018, y la sentencia de 23 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga, recaída en los autos núm. 109-2018.

Planteado en estos términos el debate, debe indicarse que el Pleno de este tribunal ha dictado recientemente la STC 79/2020, de 2 de julio, en la que ha tenido la oportunidad de resolver el recurso de amparo, promovido contra dos sentencias de contenido coincidente con el de las que ahora se impugnan, donde se dio respuesta a los mismos argumentos que defiende aquí la recurrente, con fallo estimatorio de la demanda. Descartada la concurrencia de algún elemento distintivo que obligue a una fundamentación o resultado diverso a lo declarado entonces, procede la aplicación de la citada sentencia 79/2020.

En el fundamento jurídico 5 de dicha sentencia se afirma que el argumento que ofrece la entidad demandada para justificar la diferencia de trato en la forma de cálculo del descanso retribuido por guardia médica entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores con jornada reducida resulta inasumible, pues se basa en un elemento de diferenciación que debe calificarse de arbitrario o carente de una justificación objetiva y razonable, a saber, el de que la recurrente en amparo realiza la jornada de trabajo (tanto ordinaria como complementaria) de forma reducida.

Hay que tener en cuenta 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 generar 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 diez horas» (STC 79/2020, FJ 5). Dicho de otra manera, aunque la recurrente realiza menos jornadas «ordinarias» de trabajo (761,5 horas anuales en lugar de las 1.523 horas previstas, en jornadas diarias de siete horas), y menos jornadas «complementarias» (veintidós guardias obligatorias en lugar de las cuarenta y cuatro previstas, en jornadas de diez horas), fruto de la reducción para el cuidado de los hijos, las que sí realiza (las veintidós guardias) las lleva a cabo, al igual que el resto de sus compañeros, a jornada completa de diez horas. Por tanto, ante una misma situación (guardias de diez horas), que genera el derecho a un descanso retribuido (de siete horas), no puede la empleadora asignarle otro (de 3,5 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» (STC 79/2020, FJ 5).

Además, «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» (STC 79/2020, FJ 5).

En suma, al carecer la diferencia de trato de una justificación que la legitime, procede estimar la vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo, reconocido en el art. 14 CE.

El otorgamiento del amparo conlleva la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas y 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 el derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE).

Por último, por lo que se refiere a la solicitud de reconocimiento de una indemnización, anudada a la infracción del derecho a la igualdad y a no padecer discriminación, que solicita la recurrente, como señala también la STC 79/2020, FJ 6, «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 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

Otorgar el amparo a doña Teresa María Pilar García Fernández y, en su virtud:

1.º 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).

2.º Reestablecerla en su derecho y, a tal fin, anular la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga, de 23 de mayo de 2018, autos núm. 109-2018, y la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de 20 de febrero de 2019, dictada en el recurso de suplicación núm. 1587-2018, que las confirmaron.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga de 23 de mayo de 2018, a fin de se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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

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