

Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2020, de 2 de julio **(BOE n.º 207, de 31 de julio de 2020)**

DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO Y EJERCICIO DE DERECHOS DE CONCILIACIÓN: LA NATURALIZACIÓN DEL VÍNCULO

El pasado 2 de julio de 2020 el Tribunal Constitucional (en adelante TC), en sentencia del Pleno, estimó el recurso de amparo interpuesto por una médica del servicio de urgencias del Hospital Costa del Sol de Marbella. El amparo se solicitaba por el perjuicio sufrido al ejercer un derecho de conciliación, concretamente una reducción de jornada por guarda legal con arreglo al art. 37.6 ET y entender la recurrente vulnerado su derecho a la igualdad y no discriminación. A grandes rasgos, la empresa consideraba que la compensación económica de las horas realizadas durante las guardias —aun realizando la trabajadora el mismo número de horas que el resto— debía minorarse en proporción a la reducción de jornada solicitada.

El TC aprecia en su sentencia que no solo ha habido un comportamiento contrario al principio de igualdad, al no existir una justificación razonable que legitime el diferente trato recibido, sino que también ha existido una discriminación indirecta por razón de sexo porque, aunque el método es formalmente neutro, perjudica a un mayor número de mujeres que de hombres, al formar la demanda de amparo parte de una serie de recursos en que todas las recurrentes son mujeres médicos. Sobre la discriminación por razón de sexo, aclara que no solo es aquel trato peyorativo relacionado directamente con el sexo de la víctima, ni el que tenga una conexión directa como el embarazo o la maternidad, sino que también se extiende al ejercicio de los «derechos asociados a la maternidad». Esta discriminación se produce no solo cuando se niega uno de esos derechos, sino también cuando, pese a su inicial reconocimiento y ejercicio, se le causa 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.

La sentencia que se comenta llama nuestra atención, principalmente, por dos aspectos concretos:

El primero de ellos tiene que ver con el propio estado de salud de la jurisdicción ordinaria. Sorprende la ceguera con que los tribunales, concretamente el Juzgado de lo Social n.º 6 de Málaga y el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía juzgan el error empresarial en la aplicación del art. 37.6 ET en este caso concreto y que obliga no solo a la recurrente, sino a todo un grupo de trabajadoras, a llegar hasta el amparo constitucional en un asunto que, ciertamente, no presentaba muchas dudas interpretativas.

Los hechos, en resumen, son estos: la trabajadora en cuestión venía realizando una jornada anual ordinaria de 1.523 horas y 440 horas complementarias en concepto

de 44 guardias obligatorias. Su jornada diaria es de 7 horas y cada guardia realizada es de 10 horas. La compensación de las guardias se traduce en un descanso de 24 horas en el día saliente de las cuales 7 horas se computan como trabajadas. Esas 7 horas por cada una de las 44 guardias, en total 308 horas anuales, se encuentran incluidas dentro del cómputo de la jornada ordinaria de 1.523 horas.

El 29 de noviembre de 2017 la trabajadora, al amparo del art. 37.6 ET y del art. 23 del convenio colectivo, solicitó a la empresa una reducción de jornada para el cuidado de hijo de un 33%. La reducción se aplicó en cómputo anual de manera que su jornada anual después de la reducción del 33% quedó fijada en 1.020,41 horas ordinarias (en vez de 1.523 horas) más 30 guardias anuales (en vez de 44). Al aplicarse la reducción en cómputo anual no se vio afectada por la misma ni la jornada diaria, que seguía siendo de 7 horas, ni tampoco la jornada de las guardias que seguía siendo de 10 horas.

El problema surge cuando la empresa aplica a la compensación de las guardias una reducción del 33% sobre el descanso retribuido por saliente, de manera que, si con carácter general cada guardia de 10 horas genera 7 horas retribuidas, en este caso concreto, entiende que las mismas 10 horas trabajadas deben compensarse con un 33% menos de horas retribuidas. Por poner un ejemplo aún más sencillo de entender, empleando el mismo argumento empresarial sería como pretender que la trabajadora con esa jornada reducida del 33% tuviese derecho a un 33% menos de días anuales de vacaciones, además de percibirlos en la cuantía ya reducida por ese 33%. Obviamente, aunque la recurrente realiza menos jornadas ordinarias de trabajo y menos guardias fruto de esa reducción de jornada, las que realiza las lleva a cabo al igual que el resto de sus compañeros. Por tanto, ante una misma situación no puede la empleadora asignar un trato diferente sin una justificación razonable.

Pero lo cierto es que los tribunales no alcanzaron a descifrar tan compleja operación, confirmando el cálculo correcto de la empresa. Sin embargo, más grave nos parece aún que ni siquiera se planteasen sopesar la dimensión constitucional de los derechos de conciliación (SSTC 3/2007 y 26/2011; STS 23 de julio de 2020, n.º 713/2020), ni la doctrina sentada en la Sentencia de 10 de enero de 2017 del Tribunal Supremo (en adelante TS) Rec. 283/2015, que establece que «para evitar toda discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental no pueden estar en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores que no se hayan acogido a tal permiso» (Fundamento Jurídico 4). Cabe añadir al respecto que la STS de 10 de enero de 2017 era conocida por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ya que precisamente el TS anuló su sentencia de 4 de junio de 2015, en ese caso para unificar doctrina.

Pero el segundo aspecto que llama nuestra atención es la insistencia con la que el TC se refiere a los derechos de conciliación como «derechos asociados a la maternidad» (Fundamentos Jurídicos 2, 4, 5), derechos que, «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» (Fundamento Jurídico 4).

La denominación «derechos asociados a la maternidad», en tanto que ejercitados mayoritariamente por mujeres, se empleó en la STC 233/2007 de 5 de noviembre, que ahora se cita como doctrina constitucional aplicable, para «subrayar la conexión de constitucionalidad y la protección constitucional implicada, que enlaza con la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE)». Al ser mayoritariamente las mujeres las que en la práctica tienen dificultades para compatibilizar vida laboral y familiar, si se les limitan los derechos de esa naturaleza o se les perjudica o relega laboralmente a consecuencia de su ejercicio, se reproducirá la diferenciación histórica que conlleva una situación de clara discriminación por razón de sexo en la relación laboral, pues esos obstáculos dificultarán el mantenimiento de las mujeres en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones con los hombres (Fundamento jurídico 6 STC 233/2007).

Resulta incomprensible a estas alturas que el TC siga sin preguntarse por las causas de esta discriminación histórica, esos «factores diferenciales que inciden en las mujeres», sin cuestionar su aplicación sistémica y dando por supuesto que del hecho de que sean mayoritariamente las mujeres quienes solicitan estos derechos se deduce el derecho exclusivo de ellas a ejercerlo. Con esta argumentación no solo se contribuye a naturalizar el vínculo de las mujeres con las tareas de cuidado, sino que muestra el uso perverso de la discriminación indirecta ya que, paradójicamente, «el reconocimiento constitucional a las mujeres del derecho a no ser discriminadas se convierte en un regalo envenenado (en un falso privilegio) para las propias mujeres que refuerza su vinculación a roles infravalorados y, en definitiva, perpetúa su discriminación estructural».

Si retrocedemos al siglo XX recordaremos que estos derechos, efectivamente, se reconocieron con el objetivo de «proteger» a las mujeres trabajadoras para que pudiesen seguir realizando la conocida doble jornada, es decir, seguir cuidando (familia y hogar) al mismo tiempo que se incorporaban al mercado de trabajo, de acuerdo con las directrices de las políticas de empleo de la Unión Europea. La configuración de estos primeros «derechos asociados a la maternidad», bien de titularidad femenina, o de titularidad neutra pero pensados como derechos no retribuidos o de ausencia (suspensiones, reducciones), acabó reafirmando la situación de subdiscriminación de las mujeres trabajadoras. Por ello hubo que cambiar la estrategia y empezar a mirar al otro cincuenta por ciento de la población al que hasta ese momento los poderes públicos se habían abstenido, por acción o por omisión, de atribuir cualquier responsabilidad a este respecto. Los varones, o bien no eran acreedores de estos derechos, o bien no estaban dispuestos a perder su remuneración y apartarse de su trabajo para dedicarse al cuidado alejándose de su rol de *breadwinner*. Es lo que se conoce como la corresponsabilidad. Así, llegados al siglo XXI, unos nuevos «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral» acaban proclamándose en el artículo 44 de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres de forma que «se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio». La propia exposición de motivos reconoce la necesidad de actuar para corregir la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales de manera

que «mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa».

¿Por qué entonces el TC, apartándose de la voluntad del legislador orgánico, afirma que la finalidad principal de estos derechos es la de compensar las dificultades y desventajas que gravan la posición de la mujer trabajadora ignorando el papel activo que la norma confiere por fin al varón? Cuesta admitir esta labor antipedagógica y renuente con la igualdad efectiva de mujeres y hombres, por no hablar del callejón sin salida en el que podría encontrarse en un futuro el TC cuando sea un varón el que solicite el amparo en un conflicto semejante y sufra los mismos perjuicios por el ejercicio de uno de esos derechos «asociados a la maternidad». ¿Cuál será entonces la respuesta del TC? ¿No otorgará el amparo? ¿Se verá obligado a desempolvar la STC 26/2011, de 14 de marzo, para reconocer una discriminación por circunstancias familiares? Y si es así, ¿seguirá aplicando una causa discriminatoria diferente para cada uno de los sexos por el ejercicio de un derecho asociado exclusivamente al cuidado? Recordemos que en la STC 26/2011 el TC rechazó reconocer el derecho del solicitante a la no discriminación por razón de sexo, por tratarse de un varón y considerar que no podía aplicársele esta causa discriminatoria: «[...] resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo que alega el recurrente, pues, como advierte el Fiscal en sus alegaciones, el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres» (Fundamento jurídico 4 STC 26/2011).

Este problema ha sido abordado recientemente por la STS de 20 de septiembre de 2020, Rec. 70/2019, al juzgar el perjuicio ocasionado a un trabajador que ve disminuido su bonus con ocasión del disfrute del permiso de paternidad. El TS entiende que el desincentivo para el disfrute del permiso acaba perpetuando la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y del cuidado y atención de los hijos, lo cual supone una discriminación por razón de sexo, desde la perspectiva de la corresponsabilidad, puesto que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres comprende la consecución de un reparto equilibrado de responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos. La solución del TS se alinea con la STJUE de 30 de septiembre de 2010, *asunto Roca-Álvarez*, que afirmó que un derecho de conciliación de titularidad femenina contribuía a mantener a los padres en una función subsidiaria respecto del ejercicio de sus funciones parentales y a perpetuar el reparto tradicional de roles entre el hombre y la mujer en relación con los cometidos familiares, situando a la mujer como obligada principal en el desempeño de las mismas. Y ello sin perjuicio de que se produzca al mismo tiempo una discriminación indirecta de la mujer por la negativa al varón del ejercicio de los derechos de conciliación.

Sin embargo, aun considerando que la STS de 20 de septiembre de 2020 es más acorde con el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, también nos resulta

algo forzada, ya que lo resuelto en el *asunto Roca-Álvarez* no era una afectación del derecho a la no discriminación del varón, sino del derecho a la no discriminación de la mujer revelado de modo indirecto a través de aquel, porque el permiso de lactancia exclusivamente femenino situaba al varón en una posición subsidiaria en sus responsabilidades familiares, condicionando automáticamente la de la mujer, al situarla como obligada principal en el desempeño de las mismas.

Cabría preguntarse si no estaríamos más bien ante una discriminación por razón de género. De nuevo nos encontramos con las reticencias de los altos tribunales para reconocer esta categoría de análisis jurídico reivindicada desde el constitucionalismo crítico.

Un último apunte sobre la flexibilidad del TC en la admisión de la especial trascendencia constitucional. Posiblemente su apreciación en este caso obedece más bien a la voluntad de subsanar el error flagrante de la jurisdicción ordinaria que a la posibilidad de plantear un problema o faceta del derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no hay doctrina, así como a aclarar la existente, dado que solo se reproduce la sentada por la STC 233/2007.

Concluimos con palabras de la STC 108/2019, de 30 de septiembre, también citada en la que ahora reseñamos: «Cuando la doctrina constitucional viene acompañada de determinaciones y declaraciones [...] es preciso poner conciencia en su significado, que tiene vocación tuitiva subjetiva, pues así lo implica la consagración constitucional del derecho fundamental a la no discriminación, pero también intención pedagógica y evolutiva, en orden a la afirmación del modelo de convivencia que la norma fundamental refleja» (Fundamento Jurídico 3). En este caso, la doctrina constitucional sobre la efectividad del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo/género debe por tanto profundizar y reflexionar en esa finalidad tuitiva y pedagógica de respuesta histórica, pero también pro futuro. Y no solo en favor de la purificación social y jurídica que precisan concretamente las mujeres trabajadoras cuando se trata de protegerlas de represalias o perjuicios por determinadas circunstancias biológicas asociadas al embarazo, el parto o la lactancia natural. Si del ejercicio de estos derechos para el cuidado se trata, tanto hombres como mujeres vamos a necesitar el amparo de la misma tutela constitucional por el derecho fundamental a conciliar, ya que el acento debe ponerse en el propio concepto de *cuidado* y todas las implicaciones que conlleva para la vida personal y laboral de las personas trabajadoras. Ahora bien, lo deseable es que unas y otros no se vean obligados a escalar por una montaña de instancias jurisdiccionales hasta llegar a la cima constitucional, sino que desde el mismo inicio del trayecto se les facilite el camino.

Nuria RECHE TELLO
Profesora Asociada Doctora de Derecho Constitucional
Graduada Social
Universidad Miguel Hernández de Elche
nuria.reche@umh.es