



Roj: **STSJ M 2319/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:2319**

Id Cendoj: **28079340042015100103**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **23/02/2015**

Nº de Recurso: **807/2014**

Nº de Resolución: **115/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 2319/2015,**
STS 633/2017

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 4 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG : 28.079.00.4-2014/0000863

Procedimiento Recurso de Suplicación 807/2014

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid 47/2014

Materia : Derechos Fundamentales

J.S.

Sentencia número: 115/2015

Ilmas. Sras:

Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA

En Madrid a veintitrés de febrero de dos mil quince habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por las Ilmas. Sras. citadas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A



En el Recurso de Suplicación 807/2014, formalizado por el Sr. Letrado D. Andrés Cabrera Herrera en nombre y representación de D^a Felisa , contra la sentencia de fecha nueve de junio de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid , en sus autos número 47/2014, seguidos a instancia de la parte recurrente frente al HOSPITAL UNIVERSITARIO PRÍNCIPE DE ASTURIAS (Servicio Madrileño de Salud) y MINISTERIO FISCAL, ha sido Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- La actora, D^a Felisa , viene prestando servicios para el Servicio Madrileño de la Salud con una antigüedad del 21/05/13, categoría de **Médico Interno Residente** de primer año en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias.

SEGUNDO.- La prestación de servicios se inició en virtud de un contrato de trabajo suscrito el 21/05/13 para la formación con especialista en Medicina Intensiva por sistema de residencia.

En su cláusula cuarta se estipuló la jornada laboral y descansos en los siguientes términos:

CUARTA. JORNADA LABORAL Y DESCANSOS.

La prestación de servicios docente-asistenciales del **residente** será de 1.667,5(4) horas anuales en régimen de dedicación a tiempo completo, sin que la jornada ordinaria pueda exceder de 37,5 horas semanales de promedio en cómputo semestral, todo ello sin perjuicio de lo acordado en el convenio colectivo de aplicación. Dicha prestación de servicios será incompatible con la realización de cualquier otra actividad pública o privada en los términos previstos en el artículo 20.3 de la ley 44/2003 de ordenación de las profesiones sanitarias.

La jornada laboral asegurara el cumplimiento de los programas formativos. Dentro de las posibilidades organizativas y funcionales de cada centro, se procurara disponer la jornada de los **residentes** de forma que la ordenación del tiempo de trabajo no perjudique su formación.

No obstante lo anterior y con la misma finalidad docente-asistencial, el **residente** estará obligado a realizar, por encima de las horas que se citan en el apartado A) de esta cláusula, las horas de jornada complementaria que el programa formativo establezca, con sujeción a los límites que en cuanto a la jornada máxima y descansos, se determinan en el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.

Las horas que se realicen en concepto de atención continuada no tendrán la consideración de horas extraordinarias y se retribuirán de la forma establecida en la cláusula quinta.

D) El **Residente** dedicará las horas que preste en concepto de atención continuada a la asistencia urgente y/o especializada en las Unidades Asistenciales que, oída la Comisión de Docencia, determine la Dirección del Centro, para cumplir con lo establecido en el programa formativo, desarrollando la actividad de acuerdo con la organización funcional del centro para cumplir con los fines propios de la institución sanitaria."

TERCERO.- De acuerdo con el "Protocolo docente de Medicina Interna" del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, la actora debe realizar una serie de guardias médicas en el Servicio de Urgencias; el número concreto de estas guardia (4 - 5) viene determinado por las necesidades del servicio.

CUARTO.- Durante el año 2013 y hasta abril de 2014 la actora realizó las siguientes guardias médicas:

"D. Pablo , SUBDIRECTOR DE GESTIÓN Y SERVICIOS GENERALES DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO "PRÍNCIPE DE ASTURIAS",

C E R T I F I C A: Que según los antecedentes obrantes en esta Dirección de Gestión, D. Felisa , con N.I.F. NUM000 , presta servicios en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias, con categoría de M.I.R.- 1 er año, especialidad en MEDICINA INTENSIVA, desde el 21 de Mayo de 2013, continuando en la actualidad. Ha permanecido en situación de Permiso de Maternidad del 17/10/2013 al 06/01/2014

Durante el año 2013 y 2014 (hasta abril) ha realizado las siguientes guardias médicas:



Guardias
realizadas
Junio/2013
Julio/2013
Agosto/2013
Febrero/2014
Marzo/2014
Abril/2014
Percibidas en
nómina
Julio/2013
Agosto/2013
Septiembre/2013
Marzo/2014
Abril/2014
Mayo/2014
GUARDIAS FESTIVAS

(24 horas)

2
3
3
2
3
1

GUARDIAS LABORABLES

(17 horas)

3
3
3
4
3
5

Y para que así conste, para su presentación en Juzgado de lo Social, se expide el presente certificado en Alcalá de Henares, a 19 de Mayo de 2014."

QUINTO.- *El promedio mensual de guardias festivas (855 € cada una) y de guardias laborales (484,08 € cada una) retribuidas a la actora en ese período asciende a 1.339,03 €.*

SEXTO.- *El 07/06/13 el indicado Hospital emitió el siguiente informe sobre la adaptación del puesto de trabajo de la actora, a la razón embarazada de 22 semanas de gestación:*

"Según la Ley 31/95 de 8 de Noviembre, artículo 26 relativo a la Protección a la Maternidad, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, el RD 664/97 de 12 de Mayo, relativo a la Protección de Riesgos Biológicos, el RD 665/1997 de 12 de mayo, RD 1124/2000 y RD 349/2003, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos y mutágenos durante el trabajo, el RD 374/2001, relativo a los riesgos de los agentes químicos durante el trabajo,

el RD 39/97 de 17 de Enero, relativo al Reglamento de los Servicios de Prevención y su modificación por el RD 298/2009 de 6 de Marzo, Anexos VII y VIII relativo a la Seguridad y Salud de la Embarazada y RD 39/99 de 5 Noviembre, sobre Conciliación de la Vida Laboral y Familiar.

Y realizado el Examen de Salud Laboral a **Da Felisa**, embarazada de 22 semanas de gestación que desarrolla su actividad laboral con Categoría: **MIR-1 del Servicio de Medicina Intensiva**, una vez estudiada la evaluación de riesgos de su puesto de trabajo en relación con su declaración de embarazo, presentada en este Servicio de Prevención y el Informe del Especialista en Ginecología.

Se le considera APTA para desempeñar las tareas inherentes a su categoría y puesto de trabajo con las siguientes recomendaciones de interrumpir la actividad laboral en caso de:

Exposición a: Citostáticos, Gases Anestésicos, Formaldehído, Oxido de Etileno y Radiaciones Ionizantes.

Evitar en la medida de lo posible, tareas en su trabajo en los que el riesgo no este definido. Evitar la movilización manual de cargas sin ayudas mecánicas o de otros trabajadores.

Evitar el trabajo nocturno desde el primer día de embarazo, en caso contrario la trabajadora firmará un documento de consentimiento previo.

Evitar el trabajo a turnos, en caso contrario la trabajadora firmará un documento de consentimiento previo.

Evitar cargar pesos más de 10kg de forma repetida (4 o más veces por turno de 8 horas) a partir de las 18 semanas, 5 a 10kg semana 20, intermitente (menos de 4 veces en turno de de 8 horas) 5 a 10Kg semana 26.

Evitar la bipedestación de forma prolongada (más de 4 horas el día) a partir de la 22 semanas de gestación

Evitar inclinaciones por debajo de la rodilla repetidamente (más de 10 veces por hora) a partir de las 18 semanas.

Si dichas medidas recomendadas no resultaran técnica u objetivamente posibles o no puedan razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado."

SEPTIMO.- El 07/06/13 la actora comunicó que había sido informada de su derecho a evitar el trabajo nocturno y a turnos desde el primer día de embarazo y declaró "voluntariamente su consentimiento de continuar realizándolo bajo su responsabilidad".

OCTAVO.- El 26/08/13 solicitó al Hospital lo siguiente:

"1º.- Me sea concedida la adaptación de puesto de trabajo en el mes de septiembre por hallarme en el 8º mes de gestación, por especial sensibilidad hacia el embarazo, permitiéndome la exención de los turnos prolongados y guardias según la normativa vigente. (DIRECTIVA 92/85/CEE DEL CONSEJO de 19 de octubre de 1992 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período, de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89 /391/CEE).

2º.- Además de esta solicitud, expresar mi profundo malestar por la falta de colaboración e información del Servicio de Prevención de Riesgos de este Hospital Universitario que se ha negado a, informarme y cooperar en la prevención de riesgos, y mantenimiento de la salud durante el embarazo; manifiesto por escrito que no asumiré los riesgos de continuar realizando turnos prolongados y en horario nocturno si me veo obligada por esta Gerencia."

La anterior solicitud fue aceptada el 03/09/13.

NOVENO.- La actora no realizó guardias médicas en el mes de septiembre y hasta el 17 de octubre de 2013.

DECIMO.- La actora permaneció en situación de descanso maternal desde el 17/10/13 hasta el 06/11/14.

UNDECIMO.- El 20/12/13 la actora solicitó lo siguiente:

"Yo, Felisa, Trabajadora de este Hospital Universitario solicito de cara a mi incorporación el día 7 de enero de 2014 tras mi licencia maternal, la adaptación de puesto de trabajo por riesgo durante la lactancia según la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995), artículo 26 "Protección de la Maternidad" que lleva implícita el mantenimiento del cobro del salario junto a todos los conceptos cobrados en la última nómina generada previa a dar a luz, en este caso la nómina de septiembre.

De no concedérseme la adaptación y el cobro de la nómina según marca la ley, entenderé denegada la solicitud de adaptación de puesto de trabajo por esta gerencia.

A la espera de su respuesta, por escrito a esta trabajadora, y sin otro particular reciban un cordial saludo."

DUODECIMO.- El Servicio de Prevención de Riesgos y Salud laboral del indicado Hospital emitió el 13/01/14 el siguiente informe:

"Según la Ley 31/95 de 8 de Noviembre, artículo 26 relativo a la Protección a la Maternidad, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, el RD 664/97 de 12 de Mayo, relativo a la Protección de Riesgos Biológicos, el RD 665/1997 de 12 de mayo, RD 1124/2000 y RD 349/2003, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos y mutágenos durante el trabajo, el RD 374/2001, relativo a los riesgos de los agentes químicos durante el trabajo, el RD 39/97 de 17 de Enero, relativo al Reglamento de los Servicios de Prevención y su modificación por el RD 298/2009 de 6 de Marzo, Anexos VII y VIII relativo a la Seguridad y Salud de la Embarazada y RD 39/99 de 5 Noviembre, sobre Conciliación de la Vida Laboral y Familiar y RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud.

Una vez estudiada la evaluación de los riesgos específicos inherentes a su puesto de trabajo y teniendo en cuenta las rotaciones que debe realizar para su formación como **Residente**, de Dña. **Felisa**, actualmente en situación de LACTANCIA, que desarrolla su actividad laboral con Categoría: **MIR-1 de MEDICINA INTENSIVA**, se recomienda evitar en la medida de lo posible la exposición a:

Citostáticos, Gases Anestésicos, Formaldehído, Oxido de Etileno y Radiaciones Ionizantes, especialmente el equipo portátil (evitar su proximidad a 2m como mínimo).

Situaciones de contención a pacientes, la exposición a pacientes aislados, así como la exposición a factores de estrés psicosocial en su puesto de trabajo.

Evitar en la medida de lo posible, el trabajo nocturno desde el primer día de lactancia, en caso contrario la trabajadora firmará un documento de consentimiento previo.

- Se recomienda realizar las medidas necesarias en su puesto de trabajo para que la extracción, recogida y conservación de la leche materna se realice en las mejores condiciones, para la trabajadora lactante.

- Se recomienda la adaptación de la jornada laboral, según la normativa vigente de la Comisión de Docencia, para **Residentes** en situación de Gestación/Lactancia.

CONCLUSION: Por todo ello se le considera APTA para su trabajo habitual, con la recomendación de seguir las medidas preventivas de control existentes de contención del riesgo en el HUPA.

Si dichas medidas recomendadas no resultaran técnica u objetivamente posibles o no puedan razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo/

lactancia, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado."

DECIMOTERCERO.- Asimismo, la Comisión de Docencia del indicado Hospital acordó el 14/01/14 lo siguiente:

"La adaptación de la Jornada Laboral de la **residente** de primer año de Medicina Intensiva, D^a Felisa, se establece de acuerdo a lo aprobado en la Reunión de la Comisión de Docencia del 7 de noviembre de 2013 y después de la pertinente reunión con la **residente** y su tutora, para la individualización de la misma (documento que se adjunta).

En horario vespertino, a partir de las 15 horas y hasta las 22 horas. Al menos 6 jornadas al mes de este tipo.

Y en horario diurno en jornadas de 12 horas (de 10 a 22 horas en fines de semana y/o festivo; al menos dos jornadas al mes en este formato).

En esta modalidad realizarán 66 horas/mes de atención continuada/guardia, versus las 90-95 horas que, suelen realizar sus compañeros que hacen guardias en el formato habitual.

Para que la jornada diaria no supere las 12 h, el día que realice actividad vespertina se incorporará a su actividad matutina a la 10 h.

Queda pendiente la aprobación en la Comisión de Docencia que se celebrará el 30 de enero de 2014."

DECIMOCUARTO.- En reunión del día 07/11/13, la Comisión de Docencia había adoptado el siguiente acuerdo:

"La adaptación del horario de trabajo en el caso de **residentes** en periodo de gestación, de forma que no suponga una disminución del número anual de horas establecido, pero que les permita realizar jornadas no superiores a 12 horas, se realizará de forma individualizada, con una **propuesta del residente** y su **tutor** y la posterior **aprobación** por parte de la **Comisión de Docencia**.



En este sentido, se tendrán en cuenta los acuerdos que se establecieron, en la reunión ordinaria de la Comisión de Docencia del 17 de junio de 2010, en relación a las recomendaciones que la norma contempla para las **residentes** que, en estado de gestación, soliciten una adecuación de sus condiciones de trabajo y que hace referencia a las guardias.

Para poder cumplir con sus objetivos formativos

Las **Médico-Residentes** que en su programa figura la realización de Guardias-Atención continuada

y deseen modificar sus condiciones de trabajo siguiendo las recomendaciones de la norma y nuestro Servicio de Salud Laboral, en cuanto a evitar "en la medida de lo posible" el trabajo nocturno,

Esta Comisión Local de Docencia propone como alternativas posibles la actividad siguiente:

1. Desempeñar la misma actividad que la que se realiza en las guardias de su especialidad y año de residencia.

En horario vespertino, a partir de las 15 horas y hasta las 22 horas. Al menos 6 jornadas al mes de este tipo.

Y en horario diurno en jornadas de 12 horas (de 10 a 22 horas en fines de semana y/o festivo; al menos dos jornadas al mes en este formato.

En esta modalidad realizarán 66 horas/mes de atención continuada/guardia, versus las 90-95 horas que suelen realizar sus compañeros que hacen guardias en el formato habitual.

2. Optar por seguir realizando guardias en el formato habitual hasta el último trimestre de gestación, momento en que podrán adherirse a la modalidad anterior, pero en formato de 3 jornadas vespertinas y 1 de 12 horas en fin de semana/ festivo.

Deben ser conscientes que de no realizar guardias ni ninguna de las modalidades propuestas de atención continuada/guardias, la evaluación al finalizar el año será un negativo recuperable teniendo que recuperar actividad suficiente en guardias, para compensar las pérdidas de oportunidad formativa. Esta recuperación podría llegar a ser de la totalidad del año, ya que se sumarán las pérdidas por el permiso de maternidad."

DECIMOQUINTO.- Finalmente, el Comité de Evaluación del indicado Hospital propuso la prórroga del contrato de la actora durante tres meses (desde el 20/05/14 -fecha en que hubiese pasado a MIR/2- hasta el 20/08/14) a fin de ser evaluada el 20/08/14.

Durante esa prórroga la actora continuó prestando servicios y percibiendo las correspondientes retribuciones."

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "DESESTIMANDO la demanda interpuesta por D^a Felisa frente a HOSPITAL UNIVERSITARIO PRINCIPE DE ASTURIAS debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos formulados en su contra."

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 03/11/2014, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO.- Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día para los actos de votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La dirección letrada de la parte demandante interpone un primer motivo de suplicación al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en el que postula la adición de un nuevo hecho probado -quinto bis- que diga: "Como consecuencia de la adaptación de puesto de trabajo efectuado por el empleador público, la actora no efectuó guardias médicas en el mes de Septiembre de 2013 por cuya razón, al abonarse éstas a mes vencido, en la nómina de Octubre de 2013, ninguna cantidad le fue consignada en concepto de guardias médicas durante el tiempo en que estuvo en adaptación del puesto de trabajo."

De los actuales ordinales cuarto y noveno se infiere el contenido que el recurrente trata de adicionar, además de no ser contradicho por la parte demandada, resultando innecesaria su introducción en sede fáctica, que debe permanecer incólume.

SEGUNDO .- Los motivos segundo y tercero de suplicación tienen cobertura en el art. 193 c) de la LRJS y entienden vulneradas las SS TJCE dictadas en los asuntos SIMA (3.10.2000) y JAEGER (9.10.2003) -seguidas



en los asuntos Pfeifer y Dellas, del Tribunal Supremo de 18.02.2003 y 17.01.2000 , sosteniendo que el tiempo dedicado a la atención continuada (guardias) es tiempo de trabajo.

Denuncia también la vulneración de los arts. 14 CE , 26 Ley 31/1995 , 6 y 58 LO 3/2007 , 17 ET , 25 y concordantes de la Directiva 92/85 CEE , de 19 de octubre (no relacionamos las sentencias de TSJ al no alcanzar el valor jurisprudencial exigible por la norma de aplicación) y STC 233/2007, de 5 de noviembre .

La sentencia impugnada desestimó la demanda de tutela formulada por la actora, razonando que no se trata de un supuesto de pérdida retributiva como consecuencia de su embarazo y maternidad, sino que fueron adaptadas las condiciones de tiempo y trabajo tanto a esa situación como a las previsiones formativas, y así al no haber podido realizar las guardias médicas se prorrogó su contrato laboral, recuperando su acción formativa y llegando en su momento a un número similar de guardias que sus compañeros.

Presupuestos fácticos necesarios para resolver la controversia deducida son los que siguen:

-La prestación de servicios de la actora se inicia el 21.05.2013 en virtud de un contrato de trabajo para la formación como especialista en Medicina Intensiva por el sistema de Residencia.

-En junio de 2013 la demandante comunicó que había sido informada de su derecho a evitar el trabajo nocturno y a turnos desde el primer día el embarazo, declarando voluntariamente su consentimiento de continuar realizándolo bajo su responsabilidad. A finales del mes de agosto solicitó la adaptación de puesto de trabajo en septiembre por hallarse en el 8º mes de gestación y la exención de guardias, lo cual fue aceptado por el Hospital.

-Realizó guardias médicas hasta agosto de 2013; no las realizó en septiembre y permaneció en situación de descanso maternal desde el 17.10.2013.

-El citado contrato fue prorrogado durante tres meses (desde el 20.05.2014 hasta el 20.08.2014) a fin de que pudiera ser evaluada en esta última fecha, dado que el programa formativo del MIR (RD 1146/2006, regulador de la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de Salud) y el Protocolo docente de Medicina Interna del Hospital Universitario Príncipe de Asturias prevén la realización de una serie de guardias médicas.

El plano de análisis hemos de situarlo, no en la calificación como tiempo de trabajo de aquél que estuviere dedicado a la atención continuada (guardias) tal y como se infiere de la doctrina comunitaria invocada en el recurso y su proyección en nuestra jurisprudencia, sino en una dimensión diferente: en la determinación de si el hecho de no realizar guardias médicas y, correlativamente, su falta de abono, por mor de la adaptación del puesto de trabajo en el citado mes de septiembre derivada de una situación de embarazo, constituye o no una discriminación para la trabajadora, cuando fue prorrogado su contrato a fin de pudiera completar la actividad formativa, realizando las correspondientes guardias, y poder ser evaluada.

De conformidad con la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre medidas para promover la mejora de la salud y seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, los artículos 37.4 y 39 del Estatuto de los Trabajadores , Convenio 111 de la OIT, de 25 de junio de 1958, y Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, la protección de la condición biológica y de la salud de aquélla ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo. Así, el riesgo de pérdida del empleo junto a la desigualdad retributiva, como consecuencia de la maternidad de la mujer trabajadora, son elementos claves a la hora de hacer efectivo el principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales STS 20.01.2015).

Partiendo de la trascendencia de tal problemática, sin embargo, en el supuesto de autos no se observa que concurriera una conducta de discriminación respecto de la trabajadora afectada por la adaptación del puesto de trabajo y no realización de las guardias cuya retribución postula. Efectivamente fue la actora la que solicitó dicha adaptación en el mes de septiembre, atendido su avanzado estado de embarazo, adaptación aceptada por la parte empresarial, resultando de esta forma protegida la situación de embarazo.

El punto de discrepancia opera, por ende, sobre la falta de percibo o abono por guardias no realizadas en ese lapso, pero obviando la parte actora la situación compensatoria o de reequilibrio respecto del resto de sus compañeros que se produce con posterioridad, y que en definitiva determinaría la realización de un número de guardias similar y una similar compensación retributiva, con un objetivo esencial: posibilitar la evaluación formativa que regula la normativa de cobertura.

El RD 1146/2006, atinente a la relación laboral especial de residencia para formación de especialistas en ciencias de salud conforma la obligación laboral y académica de realizar el programa formativo íntegro, con la realización del número de guardias perceptivo, según se desprende de su art. 4º.2 d) (tiene el deber de "prestar



personalmente los servicios y realizar las tareas asistenciales que establezca el correspondiente programa de formación para adquirir la competencia profesional relativa a la especialidad").

Precisamente para dar cumplimiento a ese programa y los objetivos de formación, la Comisión de Docencia acordó la vía de recuperación que describe el ordinal 14º y que, respecto de la actora, implicó la prórroga de su contrato, situándola en un plano de igualdad con sus compañeros MIR.

La solución postulada por la demandante, de percibo por guardias no efectuadas tras su propia petición de adaptación, hubiera conducido a entenderse ficticiamente hechas a los efectos formativos señalados, e implicado la innecesidad en parte de la repetida prórroga, con la aparejada consecuencia de su no devengo. Por su parte, el percibo por guardias en ambos periodos (ficticias en uno y reales en otro) situaría a la afectada en una posición mejor a la de los restantes **residentes**, tanto en el plano formativo como en el retributivo, no siendo éste el objetivo previsto por el legislador a la hora de diseñar la protección de la situación de embarazo, sino el de erradicar las conductas discriminatorias desfavorables para la mujer embarazada.

Por otra parte, la consideración de tomar por realizadas las guardias en el mes de septiembre -con la correspondiente retribución-, sin necesidad, por ende, de su realización posterior, sería contraria a las previsiones del citado RD, que establece específicamente la vía para completar el programa de formación en estos casos.

La sentencia recurrida no vulnera la normativa y jurisprudencia invocadas. No ha resultado infringido el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, y la respuesta otorgada en la instancia resulta plenamente respetuosa con la doctrina constitucional en la materia, procediendo su confirmación y la correlativa desestimación del recurso formulado. En su virtud,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Felisa , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid, de fecha de nueve de junio de dos mil catorce , en virtud de demanda formulada por la parte recurrente frente al HOSPITAL UNIVERSITARIO PRINCIPE DE ASTURIAS (Servicio Madrileño de Salud) y MINISTERIO FISCAL, sobre Derechos Fundamentales, confirmamos la expresada resolución.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0807-14 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en C/ Miguel Ángel, 17; 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo *ORDENANTE* , se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO* , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000080714) , pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).



Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ