



Roj: **STSJ AND 6525/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:6525**

Id Cendoj: **18087340012024101429**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2024**

Nº de Recurso: **1590/2023**

Nº de Resolución: **1453/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FRANCISCO JOSE VILLAR DEL MORAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**CON SEDE EN GRANADA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**MR**

**SENT. NÚM. 1453/2024**

**ILTMO. SR. D. FRANCISCO JOSÉ VILLAR DEL MORALILTMA. SRA. D<sup>a</sup>. RAFAELA HORCAS BALLESTEROS  
ILTMA. SRA. MARIA MILAGROSA VELÁSTEGUI GALISTEO MAGISTRADOS**

En la ciudad de Granada, a veintisiete de junio de dos mil veinticuatro.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Iltmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación núm. **1590/2023**, interpuesto por D<sup>a</sup> Rafaela contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. nº 6 de Granada, en fecha 25 de mayo de 2023, en Autos núm. 18/2023, ha sido Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado **D. FRANCISCO JOSÉ VILLAR DEL MORAL**.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Rafaela en reclamación sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, contra SERVICIO ANDALUZ DE SALUD siendo parte el MINISTERIO FISCAL y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 25 de mayo de 2023, con el siguiente fallo: " Estimo la presente demanda, declaro la nulidad del acto vulnerador de derechos fundamentales y condeno al SAS a abonar a la actora en concepto de indemnización la cantidad total de 11.890,53 euros. "

**Segundo.-** En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

"1º.- La trabajadora D<sup>ña</sup>. Rafaela , cuyas circunstancias personales constan en autos, viene prestando servicios para el SERVICIO ANDALUZ DE SALUD desde el día 27 de mayo de 2019 en el programa de formación de la especialidad de medicina de familia (MIR tercer año) en el Distrito de Atención Primaria Granada-Metropolitano.

Su contrato de formación comprende también la obligación de realizar 4 ó 5 guardias al mes.

(folio 39 del expediente administrativo)



2º.- En fecha 26 de octubre de 2021 comunica su situación de embarazo y se acordó en fecha 3 de noviembre de 2021 adaptar su puesto de trabajo, evitando jornadas de más de 8 horas y el trabajo nocturno de acuerdo con el informe de la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales.

(folios 52 y ss del expediente)

3º.- Entre el 22 y el 26 de noviembre de 2021 la actora es dada de baja por enfermedad común.

(folios 50 y 51)

El fecha 24 de diciembre de 2021 se suspende el contrato por riesgo de embarazo (doc. 14 de los aportados por la actora)

El 4 de julio de 2022 comienza la licencia por maternidad.

(docs. 18 y 19 de los aportados por la actora)

Del 24 de octubre al 20 de noviembre de 2022 disfruta de descanso por maternidad adicional y del 21 de noviembre al 30 de diciembre de 2022 de lactancia acumulada.

4º.- En el mes de octubre de 2021 la actora realizó 5 guardias de atención continuada, siendo 1 de 24 horas y 4 de 17 horas.

En el mes de noviembre de 2021 la actora solo realizó 2 turnos de jornada complementaria (guardias): 1 de 12h (sábado 13 noviembre de 8 a 20h) y 1 de 7h (el 4 noviembre de 15-22h, horario de atención continuada que se añade a su jornada habitual en horario de mañana).

A partir del día 19/11/2021, se suspendieron las restantes guardias programadas para ese mes (los días 23 y 30 de noviembre) en el área de observación hospitalaria en aplicación de las nuevas medidas estipuladas por la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales a propuesta de la Unidad Docente. En el mes de diciembre la actora no realizó ninguna guardia en aplicación de esas mismas medidas.

(doc. 10 de los aportados por la actora, certificado de la Jefa de Estudios de la Unidad docente multidisciplinar, que se da por reproducido)

5º.- En la nómina emitida y percibida en el mes de diciembre de 2021 (correspondiente al mes de noviembre de 2021), la actora percibió la cantidad de 362,37 euros brutos por las dos guardias efectivamente realizadas en noviembre.

En por los meses de agosto, septiembre y octubre la actora percibió respectivamente en concepto de jornada complementaria las cantidades de 1.878,83, 1.342,15 y 1.511,64 euros brutos.

(folios 79 y ss del expediente administrativo)

6º.- El salario base y complemento grado de formación durante cada mensualidad hasta octubre de 2022 ascendió a 1.425,21 euros.

En total el SAS abona a la actora en 2022, entre complementos y salarios, la cantidad total de 11.716,7 euros.

(folio 60 y ss del expediente)

7º.- La prestación abonada por la Seguridad Social durante la suspensión del contrato por riesgo por embarazo y la maternidad es de 74.05 euros por día, habiendo percibido un total de 22.216 euros en tal concepto.

(docs. 15 y 19 de los aportados por la actora).

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por D<sup>a</sup> Rafaela , recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado por el contrario SERVICIO ANDALUZ DE SALUD Y MINISTERIO FISCAL. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.- Se alza la parte actora contra la sentencia que estimó la demanda y declaro la nulidad del acto vulnerador de derechos fundamentales y condenó al SAS a abonar a la actora en concepto de indemnización la cantidad total de 11.890,53 euros.**

Argumentaba la juzgadora a quo:

"...Alega la actora que se le ha causado una discriminación por razón de sexo a causa de su situación de embarazo al haberse reducido sus retribuciones por dicho motivo desde el mes siguiente al comienzo de



la adaptación de puesto de trabajo por razón de los riesgos a los que estaba expuesta por su condición de embarazada.

Solicita por ello que se declare la nulidad de la conducta vulneradora y se condene al SAS a abonarle una indemnización por daños morales de 7.501 euros y otra de daños materiales por importe de 24.120,76 euros.

El SAS niega que exista discriminación, tratándose en todo caso de una cuestión de legalidad ordinaria, a la que igualmente se opone. El Ministerio Fiscal considera este procedimiento de tutela de derechos fundamentales es el cauce adecuado para las pretensiones de la actora.

La cuestión controvertida referente a la merma de retribuciones durante la adaptación del puesto de trabajo, como bien indica la actora, se encuentra ya resuelta por STS 43/2017 de 24 enero de la Sala IV del TS que al respecto dispone:

"...3. Pues bien, aunque no existe una norma legal o convencional que asegure el mantenimiento del importe de las guardias no realizadas durante el periodo afectado por la situación de adaptación del puesto de trabajo, sí conviene reflexionar sobre los efectos que la situación provoca en la remuneración de la trabajadora en atención al marco general de protección que la ley española dispensa a las situaciones de riesgo durante el embarazo y lactancia. El citado art. 26 LRPL sigue el mismo esquema del art. 5 de la Directiva, sobre las consecuencias de los resultados de la evaluación. La protección de la maternidad se dispensa a través de tres grados de actuación: adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo puesto, cambio de puesto o función, y suspensión del contrato de trabajo. 4. En el presente caso nos encontramos en el estadio primero, en que se adoptan medidas para evitar la exposición al riesgo, consistente éste en el trabajo nocturno y a turnos ( art. 26.1 LRPL y art. 7 de la Directiva 92/85). Para estos supuestos, la ley nacional no hace mención alguna a las consecuencias retributivas de esa adaptación, rigiéndose, por tanto, este supuesto por la regla genérica del art. 11.1) de la Directiva que, en esencia, consagra el derecho al "mantenimiento de una remuneración y/ o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras"; siendo ésta la disposición interpretada por el TJUE en el sentido que antes hemos expuesto. Sin embargo, si la adaptación no fuera posible, para el cambio de puesto de trabajo el art. 26.2 LPRL impone la conservación de las retribuciones del puesto de origen; y, finalmente, ante la imposibilidad de adoptar alguna de las dos medidas previas, la suspensión del contrato de trabajo genera el derecho a la prestación de Seguridad Social ( arts. 26.3 LPRL, 45.1 d) y 48.5 del Estatuto de los trabajadores - ET- y arts. 134 a 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social -LGSS-, según el texto aplicable al presente caso). 5. Pues bien, en el Ordenamiento jurídico español la trabajadora que, por razón de su situación de riesgo durante el embarazo o lactancia, debe ser protegida con la suspensión del contrato de trabajo -por no ser posible la adaptación o el cambio de puesto-, pasa a percibir la prestación consistente en el 100 por 100 de la base reguladora correspondiente, la cual es la misma que la establecida para la prestación de incapacidad temporal por contingencia profesionales ( arts. 135 y 135 ter LGSS). Esto comporta tomar como base reguladora la correspondiente al mes anterior a la baja y, por ende, a incluir en la misma el salario percibido en dicha mensualidad, incluyendo, en suma, todos los complementos salariales. Se desprende de ello que, de no ser posible la adaptación o el cambio de puesto, a la trabajadora se la hubiera compensado con una prestación que mantendría el más perfecto equilibrio con el salario que venía percibido antes de incurrir en situación de riesgo, y tal equilibrio se produciría por incluirse en aquel el importe del complemento de atención continuada que hubiera percibido en la mensualidad anterior. Cabría pues afirmar que en esos supuestos de suspensión del contrato no hay duda del respeto al principio del mantenimiento de los derechos retributivos de las trabajadoras.

6. Se hace así difícil sostener que cuando la adaptación del puesto es posible, como en el caso, la trabajadora afectada pueda sufrir una disminución salarial que, no sólo se produce en relación con la situación habitual de prestación de servicios -esto es, cuando no habiendo riesgos, se realizan efectivamente las guardias-, sino incluso con respecto a los emolumentos percibidos en el caso de suspensión del contrato de trabajo, en que, como hemos visto, las cotizaciones por las guardias médicas del mes anterior tendrán reflejo también en la prestación. Si nuestro Ordenamiento jurídico dispensa esa protección equilibrada en el caso de la necesidad de abandonar la efectiva prestación de servicios por riesgos del embarazo o lactancia, cabe afirmar que está estableciendo un nivel de compensación mínima específicamente dispensado a las trabajadoras respecto del cual cualquier minoración habrá de ser rechazada. Estamos aquí ante una reducción salarial que va más allá de la pérdida de un concreto complemento, sino que sitúa a la trabajadora en un nivel de tratamiento retributivo inferior incluso a la situación de no prestación de servicios, con lo que se pone en juego el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la legislación nacional, en consonancia con la Directiva 92/85. (...) Así, al igual que en la citada sentencia, en el presente caso al adaptarse el puesto de trabajo la actora por su embarazo, la misma dejó de hacer guardias y, en consecuencia, de ser remunerada por las mismas, constituyendo ello una reducción salarial contraria a la normativa comunitaria de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas. Pero esa



reducción de emolumentos no solo operó durante el periodo de adaptación de puesto de trabajo sino también durante todo el periodo de baja y suspensión laboral por riesgo de embarazo, maternidad y lactancia dado que las retribuciones en esos periodos toman como referencia el salario en el momento de la baja o la licencia correspondiente y si entonces no se estaba cobrando lo mismo que cualquier mes, sino menos, el importe a percibir en adelante queda igualmente mermado. De manera que si para el cálculo de lo que debe abonarse en concepto de jornada complementaria a partir del riesgo por embarazo se hace un promedio de lo efectivamente cobrado en tal concepto en los tres meses anteriores a la fecha de la suspensión de la relación, las cantidades a las que debe atenderse son las que debía haber percibido de no haberse encontrado en adaptación de puesto por razón de su embarazo, y no las efectivamente cobradas que lógicamente son inferiores al no comprender las guardias obligatorias (dado que la adaptación del puesto excluía trabajo prolongado más allá de 8 h y nocturno y, por tanto, la realización de guardias).

Esta merma de retribuciones desde el mismo momento en que la situación laboral de la actora varía a consecuencia de su embarazo es contraria al principio de indemnidad salarial establecido para la protección de toda mujer embarazada y que el propio SAS pretende garantizar mediante la mejora voluntaria aplicada desde 2021 para completar las retribuciones realmente percibidas por la trabajadora en caso de determinadas contingencias, entre las que se encuentra la maternidad (Acuerdo aportado como doc. 26 por la actora). La Resolución 55/2010 reguladora de las Retribuciones del personal de Centros e Instituciones Sanitarias establece que se regula en el Real Decreto 1146/2006 y en el Acuerdo de 31 de julio de 2007, del Consejo de Gobierno, que aprueba el Acuerdo de 19 de febrero de 2007, de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad de Andalucía, para la mejora de las condiciones de trabajo del personal con relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud. El citado Acuerdo establece que será de aplicación al personal con relación laboral especial de residencia para la formación especializada en Ciencias de la Salud, siempre que medie un contrato de trabajo con el Servicio Andaluz de Salud. Dicho Acuerdo, aportado por la actora como doc 25 regula las retribuciones de los médicos residentes y el Acuerdo aportado como doc. 26 regula la antes referida mejora estableciendo para diversas situaciones, entre las que se encuentran la maternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia que con fecha 25 de junio de 2020 se acordó en la Mesa de Negociación modificar el Acuerdo de dicha Mesa de 19 de febrero de 2007, en orden a incluir un nuevo apartado 4.3 para garantizar la totalidad de las retribuciones que se viniesen percibiendo por los conceptos fijos y periódicos y, en su caso, el abono del importe necesario hasta completar la media aritmética de las retribuciones devengadas por los servicios efectivamente realizados de atención continuada por jornada complementaria durante los tres meses inmediatos anteriores a la fecha de la baja o suspensión del contrato. Por tanto, como hemos señalado, esa merma de retribuciones desde la adaptación de puesto de trabajo por razón del embarazo resulta ya contraria a las normas nacionales y comunitarias aplicables.

Pero además, la expuesta contravención de la norma conlleva un acto de discriminación directa contra la mujer. Tal y como indica la precitada STS, la apreciación de la efectiva concurrencia de una situación contraria a la protección de la igualdad de mujeres y hombres resultaría en este caso en una discriminación directa. La práctica o norma que está en juego no es neutra, sino única y exclusiva de la condición femenina, pues solo respecto de las mujeres cabe exigir el cumplimiento de las obligaciones empresariales que a la postre, se derivan de las disposiciones en materia de prevención de riesgos durante el embarazo y la lactancia. Como dispone el art. 8 LOIMH señala que "constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad". Por tanto, la merma de retribuciones desde la adaptación de puesto de trabajo por razón del embarazo que ha sufrido la actora no solo es ilegal sino que constituye una vulneración de su derecho de igualdad. Con tal pronunciamiento lógicamente se inadmite la alegación de inadecuación de procedimiento de tutela de derechos fundamentales y, además, se estima la pretensión principal de declarar la nulidad y dejar sin efecto el acto de la demandada vulnerador de su derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo consistente en no abonarle su salario íntegro durante el periodo comprendido entre la adaptación de su puesto de trabajo y finalización de la lactancia. Y es que como ya hemos señalado, al calcularse durante los periodos de riesgo de embarazo, maternidad y lactancia las retribuciones de las guardias mediante un promedio de los tres meses anteriores al comienzo de la baja, el cálculo debe hacerse teniendo en cuenta las retribuciones del periodo en el que tenía adaptación de puesto de trabajo. Y si la reducción de su salario durante el mismo a causa del embarazo es contraria a derecho, igualmente lo es el cálculo posterior que se hace.

Llegados a este punto y reconocida la vulneración del derecho fundamental de igualdad de la actora, procede establecer las consecuencias indemnizatorias de dicha vulneración de conformidad con el art. 183 de la LRJS. Los daños morales son de reconocimiento directo sin necesidad de acreditación por entenderlo ya desde hace tiempo la jurisprudencia y por encontrarse actualmente reconocido expresamente en el art. 27 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En cuanto a su alcance, se entiende adecuada y proporcionada a las circunstancias del caso, ponderando la gravedad de la vulneración



de derechos y el posible daño moral causado a la actora, una indemnización equivalente al importe mínimo de 7.501 euros previsto en el art. 40 de la LISOS como sanción para infracciones muy graves. Reclama igualmente la actora la cantidad de 24.120,76 euros por daños materiales equivalentes a la merma retributiva sufrida a causa de la supresión de guardias durante la adaptación de puesto de trabajo, afectando ello al prorrateo de las guardias a aplicar durante la licencia por riesgo de embarazo, maternidad y lactancia y también, como consecuencia, a la base reguladora conforme a la cual se le abonaría las prestaciones derivadas del embarazo (que son el 100% de lo que se percibe al momento de comenzar la suspensión de la relación laboral).

En el mes de noviembre, cuando comenzó la adaptación de puesto de trabajo por razón del embarazo de la actora, la misma solamente hizo dos guardias dejando de hacerlas ya hasta finales de diciembre cuando se suspende la relación laboral por riesgo de embarazo. Entre el 3 de noviembre de 2021 y el 24 de diciembre de 2021, como ha quedado probado, el servicio de prevención de riesgos acordó que determinadas situaciones laborales constituirían un riesgo para el embarazo de la actora y se recomendaba evitar jornadas de más de 8 horas y el trabajo nocturno, entre otras cosas. A causa de ello se realizaron solamente dos guardias ese mes y se suprimieron las restantes previstas a partir de entonces. Por esas dos guardias se le abonó la cantidad de 362,37 euros. No obstante, en aplicación de la doctrina jurisprudencial indicada, resulta injustificada y discriminatoria una merma retributiva durante ese periodo; por lo que ha de atenderse también para ese lapso a las mejoras que el SAS tiene establecidas en el art. 4.3 introducido por el Acuerdo de la Mesa de 2021, y las cantidades que debió recibir la actora son las resultantes de aplicar el prorrateo de guardias de los meses previos a la adaptación de jornada (agosto a octubre de 2021) para obtener así la retribución real que venía percibiendo la misma en tal concepto. Dicha cantidad asciende a 1.577,54 euros y es la que debió abonarse por noviembre de 2021, por lo que restando lo que efectivamente se percibió, se adeudan 1.215,77 euros de jornada complementaria en ese mes. Abonar solamente las guardias efectivamente realizadas supondría perjudicar directamente a la gestante por el hecho de su embarazo pues es tal situación la que impide a la actora realizar todas las guardias obligatorias y cuya retribución constituye la mitad de su salario.

Por el mes de diciembre de 2021, que nada se abonó, se debe a la actora la cantidad que reclama de 1.538,58 euros (hecho un nuevo promedio con los tres meses anteriores) de jornada complementaria, sin que el SAS haya acreditado que tal cantidad se haya abonado.

A partir de enero de 2022, estando ya en riesgo de embarazo la actora, la cantidad total que debió percibir era la correspondiente al mes anterior al momento de la baja con los cálculos correctos. Esto es, si le habría correspondido por diciembre la cantidad de 1.425,41 euros por salario base y complemento, como puede verse en todas las nóminas aportadas por el demandado en el expediente, y 1.542,6 euros por las guardias/jornada complementaria (siendo este el promedio de las guardias de octubre a diciembre), la cantidad total que le correspondería a la demandante cada mes desde entonces sería la de 2.963,99 euros.

A la vista de la resolución del INSS que establece el contenido de la prestación durante el riesgo por embarazo y la maternidad, docs. 15 y 19 de los aportados por la actora, se percibieron 74,05 euros día o, lo que es igual, 2.221,60 euros que reconoce la actora en la liquidación que aporta hasta octubre de 2022 incluido dicho mes.

A dicha cantidad percibida en concepto de prestación por la Seguridad Social hay que añadir las cantidades abonadas por el SAS y que la propia actora reconoce con las nóminas que aporta por un total de 11.716,7 euros brutos ( resultantes de jornada complementaria entre enero y octubre de 2022 por importe de 701,65 euros salvo enero y octubre, meses en los que se paga algo menos en tal concepto; y abono de retribuciones básicas de noviembre y diciembre de 2022).

De manera que la actora debió haber recibido 35.567,88 euros por los 12 meses de 2022 y recibió 33.932,7 euros (22.216 euros de prestación de la Seguridad Social y 11.716,7 euros por parte del SAS).

Por tanto, existe una diferencia entre lo percibido y lo que le correspondería de 1.635,18 euros durante todo 2022 (disfrutándose durante el mismo de licencia por riesgo de embarazo, licencia de maternidad con las cuatro semanas adicionales que reconoce el SAS y lactancia acumulada).

A dicha cantidad habrá que sumar lo debido de las guardias de noviembre de 2021 y diciembre de 2021, 1.215,77 y 1.538,58 euros respectivamente. Todo hace un total de 4.389,53 euros, cantidad en que se cuantifica el daño patrimonial sufrido por la actora y que ha de ser indemnizado por la demandada, responsable de la vulneración de su derecho fundamental de igualdad y no discriminación.

No pueden reconocerse todas las cantidades que la actora reclama y que desglosa en su escrito de conclusiones pues suma, a las cantidades abonadas de menos, la mejora voluntaria del SAS, doblando prácticamente la cantidad que comprendía su salario mensual hasta entonces (retribuciones básicas y guardias), no siendo eso lo que garantiza la norma y establece la interpretación jurisprudencial reflejada en la sentencia del TS referida, que es precisamente que lo que ha de garantizarse es durante el embarazo y la



maternidad, la trabajadora continúe percibiendo sus retribuciones íntegras (ni más ni menos). Se estima así la presente demanda en su integridad, acordando la nulidad del acto vulnerador del derecho de igualdad de la actora consistente en no abonar a la misma sus retribuciones íntegras desde el comienzo de la adaptación de su puesto de trabajo, así como condenándose al SAS a abonar a la actora en concepto de indemnización la cantidad total de 11.890,53 euros (4.389,54 + 7501 euros)".

Segundo.- Planteamiento del recurso, que ha sido impugnado de contrario. El Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la sentencia, por ser ajustada a derecho.

Se formula un único motivo de recurso según lo establecido en el artículo 193.c) LRJS a efectos de examinar infracciones de normativa sustantiva y de la jurisprudencia. Se alega la vulneración del artículo 14 CE, de los arts. 179.3, 182.1.d) y 183.1 LRJS y de la jurisprudencia consagrada en la STSS 43/2017, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2017:633) en relación con el derecho y 214/2022, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:907) respecto a la cuantificación de la indemnización en concepto de daños materiales efectuada en la sentencia.

En este recurso de suplicación se sostiene que la sentencia debe integrar como indemnización en concepto de daños y perjuicios las diferencias salariales que la trabajadora ha dejado de percibir en relación con la prestación por riesgo durante el embarazo (disfrutada desde el 24/12/2021 a 03/07/2022) y por nacimiento y cuidado de menor (disfrutada desde el 04/07/2022 a 23/10/2022).

En concreto, esta parte cuantifica tal diferencia en la cantidad de 7.423,9 euros, adicional a la que ya le reconoce la sentencia de instancia.

1. Dicha cantidad es la suma total a la que ascienden las minoraciones retributivas sufridas por la actora en su prestación por riesgo de embarazo y por nacimiento y cuidado de menor.

La propia sentencia reconoce a partir de la documental aportada por la parte demandada (expediente administrativo) y por la demandante (docs. 15 y 19 de los autos) que la actuación lesiva de la demandada consistente en dejar de retribuir el promedio de guardias correspondientes de la trabajadora durante el periodo de adaptación de su puesto de trabajo repercutió negativamente en la base reguladora de la demandante ya que la cantidad que debió percibir cada mes que disfrutó de la prestación por riesgo de embarazo y por nacimiento y cuidado de menor asciende a 2.963,99 euros en lugar de 2.221,60 euros.

Por tanto, la actora debió haber percibido no 22.216 euros en total por tales prestaciones, sino 29.639,9 euros (es decir, una diferencia a favor de la actora ascendente a 7.423,9 euros).

Sin embargo, de manera irrazonable la sentencia no integra dicha cantidad en los daños materiales provocados a la actora por la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación.

2. Como se expresa en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, la actora ha alegado como pretensión principal de su demanda que "se le ha causado una discriminación por razón de sexo a causa de su situación de embarazo al haberse reducido sus retribuciones por dicho motivo desde el mes siguiente al comienzo de la adaptación de puesto de trabajo por razón de los riesgos a los que estaba expuesta por su condición de embarazada". En su fundamento de derecho tercero, la sentencia estima la pretensión principal de la actora al declarar la nulidad y dejar sin efecto el acto de la demandada vulnerador de su derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo "consistente en no abonarle su salario íntegro durante el periodo comprendido entre la adaptación de su puesto de trabajo [04/11/2022] y finalización de la lactancia [30/12/2022]".

En concreto, la sentencia de instancia determina los daños patrimoniales provocados por tal actuación del siguiente modo: "al calcularse durante los periodos de riesgo de embarazo, maternidad y lactancia las retribuciones de las guardias mediante un promedio de los tres meses anteriores al comienzo de la baja, el cálculo debe hacerse teniendo en cuenta las retribuciones del periodo en el que tenía adaptación de puesto de trabajo. Y si la reducción de su salario durante el mismo a causa del embarazo es contraria a derecho, igualmente lo es el cálculo posterior que se hace".

3. En su escrito de demanda la actora solicitaba, además de la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, el abono de una indemnización por daños morales y otra por daños materiales.

**Respecto a la indemnización por daños morales, esta parte se muestra conforme con lo declarado en la sentencia de instancia.**

En cambio, respecto a la segunda cantidad correspondiente a daños materiales, se cuantificaba en la demanda en el importe de 24.120,76 euros equivalentes a la merma retributiva sufrida por la actora a causa de la supresión de guardias durante la adaptación de puesto de trabajo durante el periodo comprendido entre la



adaptación de su puesto de trabajo [04/11/2022] y finalización de la lactancia [30/12/2022]. Esta merma retributiva comprende los siguientes conceptos por los siguientes importes:

- Prorratio de las jornadas complementarias (guardias) realizadas y/o programadas en los meses de noviembre y diciembre de 2021. Tal merma asciende a 2.753,75 euros.

- Merma experimentada en la prestación por riesgo durante el embarazo y por nacimiento y cuidado del menor debido al inadecuado cálculo de la base de cotización por parte de la demandada. Tal merma asciende a 9.615,08 euros.

- Mejora voluntaria que se debió abonar durante el periodo comprendido entre los meses de enero y diciembre de 2022. Tal merma se cuantifica en la cantidad de 11.751,93 euros.

4. Una vez declarada en la sentencia la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo de la actora y, además, determinado el periodo durante el cual se produce tal lesión -esto es, el periodo comprendido entre la adaptación de su puesto de trabajo [24/12/2021] y finalización de la lactancia [30/12/2022]-, la sentencia procede a cuantificar el importe de la indemnización de conformidad con el artículo 183 LRJS.

5. En cuanto a la cuantía de la indemnización en concepto de daños materiales, estimada por esta parte en la cantidad de 24.120,76 euros, la sentencia tan solo estima en concepto de indemnización por daños materiales la cantidad de 4.389,53 euros.

Dicha cuantía está integrada por la diferencia entre lo percibido y lo que le correspondería de 1.635,18 euros durante todo 2022 (disfrutándose durante el mismo de licencia por riesgo de embarazo, licencia de maternidad con las cuatro semanas adicionales que reconoce el SAS y lactancia acumulada) y las remuneraciones de las guardias de noviembre de 2021 y diciembre de 2021, por un total de 1.215,77 y 1.538,58 euros respectivamente.

6. En cuanto a los 19.731,23 euros restantes reclamados por la actora en su demanda al objeto de cuantificar el importe total de los daños y perjuicios causados (de acuerdo con la minoración sufrida en su prestación por riesgo durante el embarazo, en su mejora voluntaria prevista al efecto en el Acuerdo de 12 de enero de 2021 y en su prestación por nacimiento y cuidado del menor), la sentencia sostiene que no procede abonar tales importes dado que no es eso lo que garantiza la norma ni lo que establece la interpretación jurisprudencial reflejada en la sentencia del TS referida. 7. En este punto, es preciso traer a colación la doctrina establecida en materia de cuantificación de daños morales y daños materiales por parte de la Sala IV del Tribunal Supremo. En concreto, la STS 214/2022, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:907) recuerda la distinción básica en este ámbito cuando precisa que "los artículos 179.3 y 183 LRJS diferencian los daños y perjuicios con una repercusión material o patrimonial directa y los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental".

Mientras respecto al primer tipo de daños concierne a la parte demandante establecer "las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada", respecto a los segundos, al tratarse de daños morales, se le exime de efectuar tal especificación "cuando resulte difícil su estimación detallada".

8. Pues bien, en un caso idéntico al planteado en este proceso, la STS 43/2017, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2017:633) establece en cuanto al criterio de cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios que: "No hay duda de que el efecto pernicioso directo sufrido por la trabajadora consiste en la falta de una parte del salario que habitualmente venía percibiendo, siendo razonable calcular tal perjuicio en el promedio ponderado del importe que mensualmente le era abonado por tal concepto hasta el momento de la adaptación del puesto".

9. Sin embargo, la sentencia recurrida aplica de manera irrazonable este criterio jurisprudencial al caso de la actora. En concreto, a juicio de esta parte existe una manifiesta contradicción entre declarar en sentencia que se deja sin efecto el acto consistente en no abonarle a la trabajadora su salario íntegro durante el periodo comprendido entre la adaptación de su puesto de trabajo [04/11/2022] y finalización de la lactancia [30/12/2022]; a continuación declarar en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia que la actora debió percibir en concepto de prestación por riesgo durante el embarazo y por nacimiento y cuidado de menor la cantidad de 2.963,99 euros en lugar de 2.221,60 euros (lo que asciende a un total de 7.423,9 euros de diferencia en el periodo descrito de acuerdo con los documentos 15 y 19 aportados por esta parte en autos); y, finalmente, declarar que no procede abonar al menos tal cantidad.

10. Tal y como sostuvo esta parte en su demanda y en el acto de juicio, la minoración respecto a las percepciones correspondientes a las guardias que debió percibir la actora en relación con los meses de noviembre y diciembre de 2021 se ha proyectado negativamente tanto en la prestación por riesgo durante el embarazo percibida entre el 24 de diciembre de 2021 y el 3 de julio de 2022 como la prestación por nacimiento y cuidado del menor disfrutada desde el 3 de julio hasta el 23 de octubre de 2022. Con una indudable



naturaleza de hecho probado, la sentencia de instancia declara en su fundamento de derecho cuarto que: "A partir de enero de 2022, estando ya en riesgo de embarazo la actora, la cantidad total que debió percibir era la correspondiente al mes anterior al momento de la baja con los cálculos correctos. Esto es, si le habría correspondido por diciembre la cantidad de 1.425,41 euros por salario base y complemento, como puede verse en todas las nóminas aportadas por el demandado en el expediente, y 1.542,6 euros por las guardias/jornada complementaria (siendo este el promedio de las guardias de octubre a diciembre), la cantidad total que le correspondería a la demandante cada mes desde entonces sería la de 2.963,99 euros.

A la vista de la resolución del INSS que establece el contenido de la prestación durante el riesgo por embarazo y la maternidad, docs. 15 y 19 de los aportados por la actora, se percibieron 74.05 euros día o, lo que es igual, 2.221,60 euros que reconoce la actora en la liquidación que aporta hasta octubre de 2022 incluido dicho mes".

11. La propia sentencia reconoce a partir de la documental aportada por la parte demandada (expediente administrativo) y por la demandante (docs. 15 y 19 de los autos) que la actuación lesiva de la demandada consistente en dejar de retribuir el promedio de guardias correspondientes de la trabajadora durante el periodo de adaptación de su puesto de trabajo repercutió negativamente en la base reguladora de la demandante ya que la cantidad que debió percibir cada mes que disfrutó de la prestación por riesgo de embarazo y por nacimiento y cuidado de menor asciende a 2.963,99 euros en lugar de 2.221,60 euros.

Por tanto, la actora debió haber percibido no 22.216 euros en total por tales prestaciones, sino 29.639,9 euros (es decir, una diferencia a favor de la actora ascendente a 7.423,9 euros).

Si no percibió tal cantidad se debe única y exclusivamente al perjuicio provocado por la actuación de la demandada consistente en no abonarle a la actora el promedio ponderado del importe que mensualmente le era abonado por tal concepto hasta el momento de la adaptación del puesto.

12. En conclusión, la resolución de instancia realiza un cálculo irrazonable en concepto de daños materiales. A diferencia del supuesto de los daños morales que son, por definición, difícilmente estimables (por este motivo la jurisprudencia ha adoptado el criterio, entre otros, de atender a lo dispuesto en la LISOS), los daños materiales no tienen esta característica. En el supuesto de estos últimos, una vez declarada la vulneración de derechos fundamentales, basta con determinar con la mayor precisión posible el perjuicio concreto padecido, a partir del que se deberá establecer la condena. Esto se desprende de la dinámica reparadora de los derechos fundamentales establecida de manera reiterada por la jurisprudencia constitucional, que ha entendido que dicha reparación debe realizarse "in natura", y aspirando al principio de indemnidad de los derechos fundamentales. En definitiva, cuando se ha producido un daño, la reparación debe ser íntegra, ya que lo contrario supone no restituir íntegramente el derecho fundamental lesionado.

13. Es cierto que el órgano judicial puede apartarse de estos criterios de forma justificada (a cuyo efecto, se ve obligado a motivar de forma reforzada su resolución). Sin embargo, no es esto lo ocurrido aquí. En este caso, en la resolución impugnada se han atendido a criterios que, por su propia naturaleza, resultan insuficientes, en tanto que desechan la posibilidad de restituir completamente el perjuicio causado. Así, no puede resarcirse el perjuicio causado en el derecho fundamental y, por tanto, se perpetúa el daño provocado por su vulneración.

14. Lo expuesto se deduce de lo que a continuación se indica. En primer lugar, porque, de acuerdo con el criterio de cuantificación contenido en la STS 214/2022, esta parte ha aportado las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada. En concreto, a través del expediente administrativo que consta en autos y de los documentos 15 y 19 aportados por esta parte, la propia sentencia de instancia declara que existe una diferencia entre lo que la demandante debió percibir en concepto de prestación por riesgo y por cuidado y nacimiento de menor (2.963,99 euros) y lo que realmente percibió por el equivocado cálculo efectuado por la demandada (2.221,60 euros). En segundo lugar, en contra de lo sostenido por la sentencia recurrida, tal criterio de cuantificación respecto al daño material resultado razonable de acuerdo con la doctrina contenida en la STS 43/2017. De hecho, la sentencia de instancia integra en el importe en concepto de daños y perjuicios una parte de diferencia entre lo percibido y lo que le correspondería a la actora que asciende a 1.635,18 euros durante todo 2022, reconoce incluso que tal cantidad corresponde al periodo de licencia por riesgo de embarazo, licencia de maternidad con las cuatro semanas adicionales que reconoce el SAS y lactancia acumulada, pero no integra la diferencia mensual entre la cuantía que debió percibir la actora por las prestaciones de riesgo durante el embarazo y por nacimiento y cuidado de menor.

15. Por ello, en consonancia con la normativa y la jurisprudencia expuesta de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al declarar la sentencia que (i) la cantidad total que le correspondería a la demandante cada mes desde entonces sería la de 2.963,99 euros en lugar de 2.221,60 euros por prestación de riesgo durante el embarazo (disfrutada desde el 24/12/2021 a 03/07/2022) y por nacimiento y cuidado de menor (disfrutada desde el 04/07/2022 a 23/10/2022) y que (ii) tal minoración tiene su origen en la ilegal detracción sufrida por la actora respecto a las guardias que debió percibir durante el periodo de adaptación de su puesto de trabajo,





debe estimarse también la pretensión de esta parte y debe declararse el abono de 7.423,9 euros en concepto de indemnización por daños materiales, que se debe adicionar a los ya declarados en la sentencia de instancia. Por lo expuesto, suplica sentencia que incremente la indemnización por daños materiales a 7.423,9 euros que se debe adicionar a los ya declarados en la sentencia de instancia.

Tercero.- Al no haber formulado expreso motivo de revisión fáctica, la Sentencia recurrida no infringe ninguna norma ni jurisprudencia, siendo la pretensión de la actora en el recurso planteado lo que resulta contrario a la norma y criterio jurisprudencial.

La Sentencia recurrida realiza un pormenorizado cálculo, llegando a la conclusión de que lo que la actora debe percibir son las cantidades íntegras durante los periodos de adaptación del puesto por el embarazo, permiso por riesgo en el embarazo, permiso por maternidad, permiso adicional, y lactancia acumulada, y para alcanzar dicha indemnidad retributiva, aplica la fórmula establecida de realizar la media aritmética de los tres meses anteriores en los que realizó guardias médicas completas, antes de la adaptación del puesto (agosto, septiembre y octubre de 2021). Obtenida la cantidad que debió percibir y sustraída la que realmente percibió, se obtiene la diferencia que el SAS debe abonar a la demandante, de tal forma que indica el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia que "No pueden reconocerse todas las cantidades que la actora reclama y que desglosa en su escrito de conclusiones pues suma, a las cantidades abonadas de menos, la mejora voluntaria del SAS, doblando prácticamente la cantidad que comprendía su salario mensual hasta entonces (retribuciones básicas y guardias), no siendo eso lo que garantiza la norma y establece la interpretación jurisprudencial reflejada en la sentencia del TS referida, que es precisamente que lo que ha de garantizarse es durante el embarazo y la maternidad, la trabajadora continúe percibiendo sus retribuciones íntegras /( ni más ni menos)."

En efecto, el error de la recurrente estriba en que no cuantifica correctamente los abonos percibidos a partir del mes de enero de 2022, pues si la cantidad que debía cubrir la prestación de seguridad social ascendía a 2.963, 99 euros mensuales, y se le abonó por la gestora 2.221,60 euros, existiría una diferencia mensual de 742, 3 euros, y como el SAS a virtud del acuerdo de mejora voluntaria le ha abonado a razón de 701, 65 euros mensuales, con las matizaciones que reseña la sentencia respecto a enero , octubre y noviembre a diciembre de 2022, nunca tendrá derecho a percibir la cantidad complementaria de 7.423, 9 euros que auspicia sobre la reconocida en la sentencia, pues de acceder a los solicitado la cuantía a percibir por retribuciones íntegras mensuales no sería de 2.963,99 euros mensuales, sino cercana a los 3.500 euros mensuales, cantidad que nunca percibiría de seguir en activo.

Por otra parte, se está cuestionando indirectamente los criterios de cálculo de una prestación que ha sido abonada por el INSS, para incrementarla, al discutirse el importe de la base reguladora y el procedimiento adecuado debe de ser el de prestaciones de seguridad social, con intervención como parte de la Gestora, que en los presentes autos no ha litigado como parte, es el del capítulo VI del libro II de la LRJS.

**En definitiva, desestimamos el recurso y confirmamos la sentencia.**

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Rafaela contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. nº 6 de Granada, en fecha 25 de mayo de 2023, en Autos núm. 18/2023, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Rafaela , sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, contra SERVICIO ANDALUZ DE SALUD, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el art. 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los DIEZ DÍAS siguientes al de su notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del art. 221, debiéndose efectuar, según proceda, las consignaciones previstas en los arts. 229 y 230 de la misma, siendo la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala la abierta en la entidad bancaria Santander Oficina C/ Reyes Católicos, 36 de esta Capital con núm. 1758.0000.80.1590.23. Si el ingreso se efectuare por transferencia bancaria, habrá de hacerse en la cuenta del Banco de Santander ES55 0049 3569 9200 0500 1274, debiendo indicar el beneficiario y en "concepto" se consignarán los 16 dígitos del número de cuenta 1758.0000.80.1590.23. Y pudiendo sustituir tal ingreso por aval bancario solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, sin cuyos requisitos se tendrá por no preparado el recurso.

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



**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada en audiencia pública fue la anterior sentencia el mismo día de su fecha. Doy fe.

*"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y ex Reglamento general de protección de datos (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos)"*

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ