

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Sentencia 24/2011, de 14 de marzo de 2011

Sala Segunda

Rec. de amparo n.º 1091/2009

(BOE de 11 de abril de 2011)

SUMARIO:

Derechos y deberes fundamentales. Derecho a la igualdad. Supuesta vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de sexo y a la tutela judicial efectiva: denegación a la trabajadora de su adscripción permanente al turno de mañana para el cuidado de su hija recién nacida resultante de una interpretación de la ley que pondera los derechos constitucionales afectados. Nos encontramos con una doble regulación jurídica que no se puede confundir, pues ha de distinguirse entre la posibilidad de solicitar una reducción de jornada para el cuidado de hijos con la consiguiente reducción de salario (que fue la opción elegida por la trabajadora en el caso resuelto en nuestra STC 3/2007), que supone el reconocimiento de un derecho exigible al amparo del artículo 37.5 de la LET, de aquellos otros supuestos (como es el caso que ahora se plantea) en los que se pretende una adaptación de la duración y distribución de la jornada a las concretas necesidades del trabajador con el objeto de conciliar vida privada, familiar y laboral y que tiene apoyo en un precepto diverso, esto es, el artículo 34.8 de la LET, que a diferencia del anterior, condiciona los cambios pretendidos en la jornada sin reducción de ésta ni de salario a la existencia de un pacto colectivo o individual.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 14 y 24.1.
RD Leg. 1/1995 (TRLET), art. 34.8, 37 y 39.

PONENTE:

Don Luis Ignacio Ortega Álvarez.

Sala Segunda. Sentencia 24/2011, de 14 de marzo de 2011. Recurso de amparo 1091-2009. Promovido por doña Margarita Cortés Fernández frente a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha y de un Juzgado de lo Social de Albacete que desestimaron su demanda de reconocimiento de derecho. Supuesta vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de sexo y a la tutela judicial efectiva: denegación a la trabajadora de su adscripción permanente al turno de mañana para el cuidado de su hija recién nacida resultante de una interpretación de la ley que pondera los derechos constitucionales afectados.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Eugeni Gay Montalvo, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Francisco José Hernando Santiago, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1091-2009 promovido por doña Margarita Cortés Fernández, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ascensión Peláez Díez y bajo la asistencia del Letrado don Javier S. Berzosa Lamata, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 3 de diciembre de 2008, que desestima el recurso de suplicación núm. 32-2008 formulado contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Albacete, de 16 de octubre de 2007, recaída en autos núm. 420-2007 sobre reclamación de derecho, y frente a esta última. Ha comparecido Telefónica de España, S.A.U., representada por el Procurador de los Tribunales don Juan Antonio García San Miguel y Orueta y asistida por el Letrado don Mario Huerta Gutiérrez. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Con fecha de 4 de febrero de 2009 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito por el que la Procuradora de los Tribunales doña Ascensión Peláez Díez, en la representación mencionada, dedujo demanda de amparo contra las resoluciones judiciales que se indican en el encabezamiento de esta Sentencia, por entender que vulneran los arts. 14 y 24.1 CE.

2. La demanda de amparo tiene su origen en los siguientes hechos:

a) La recurrente en amparo viene trabajando para la empresa Telefónica de España, S.A.U., con antigüedad de 1 de agosto de 1992, con categoría de operadora de primera. Se encuentra adscrita al centro de atención al cliente, en el cual existen tres turnos, uno de mañana (de 8 a 15:30 horas) y dos de jornada partida (de 9 a 14 y de 16:30 a 19 horas; y de 9:30 a 13 y de 15:30 a 19 horas), turnos que son cubiertos por once trabajadores, incluida la actora, que rotan cada cuatro semanas (cada trabajador realiza cuatro semanas en turno de mañana, otras cuatro en turno partido, otro turno en el siguiente partido y, así sucesivamente). Cuando el centro de Albacete tiene saturación de llamadas (al igual que el resto de centros de España), las llamadas se derivan a otra ciudad.

b) La recurrente dio a luz a una hija nacida el 17 de noviembre de 2006 y forma una unidad monoparental. El día 19 de abril de 2007 solicitó de la empresa la adscripción permanente a un turno de mañana por considerarlo más idóneo para el cuidado de su hija, petición que le fue denegada el 10 de mayo de 2007.

c) Con fecha de 19 de junio de 2007 la recurrente presentó contra la citada empresa demanda sobre reconocimiento de derecho -que dio lugar a los autos núm. 413-2007 seguidos ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Albacete-, con el objeto de que se le reconociera el derecho a adscribirse a cualquiera de los turnos de mañana pues consideraba que la denegación de su petición vulneraba el derecho a adecuar su jornada en los términos previstos en el apartado 8 del art. 34 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, en adelante LET (apartado añadido por la disposición adicional décimo primera.3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

d) La demanda fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Albacete, de 29 de noviembre de 2007, al apreciarse que la actora no tenía derecho al cambio pretendido dado que no había solicitado una reducción de jornada al amparo del art. 37 LET, sino la adscripción a un turno fijo de mañana que no era el que tenía asignado, y la estimación de esa pretensión hubiera conllevado la alteración de la jornada y del resto de los turnos de los trabajadores afectados, que de forma indirecta, hubieran visto sustancialmente modificadas sus condiciones de trabajo sin causa justificativa.

e) Disconforme con la anterior decisión la parte actora formuló recurso de suplicación (núm. 32-2008) en el que denunció, tanto la incorrecta interpretación del art. 34.8 LET (instando a que se interpretarse teniendo en cuenta el art. 39 CE y la STC 3/2007, de 15 de enero), como la infracción de los arts. 14 y 24.1 CE al haberse resuelto la controversia en términos de estricta legalidad sin tener en cuenta su dimensión constitucional.

f) El recurso de suplicación fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 2008. La Sala comienza destacando la complejidad del tema planteado, indicando al respecto que, posiblemente, aun no estaba resuelto de modo lo suficientemente satisfactorio para todos los intereses en juego, atendiendo a que concurrían junto a intereses patronales -que se debían tener en cuenta también- otros de rango preferente debido a su origen constitucional, a saber, los que derivan de la obligación de protección de la familia (art. 39.1 CE), teniendo una primacía indiscutible el interés y protección de los hijos menores. Dicho lo anterior, considera necesario distinguir entre dos regulaciones jurídicas: de un lado, la prevista para las personas que pretenden una reducción de jornada por razón de guarda legal, al tener a su cuidado un menor, persona con discapacidad, o familiar directo que no pueda valerse por sí mismo, en los términos previstos en el art. 37.5 LET; de otro lado, la que, recogida en el art. 34.8 LET, permite que se pueda adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo, para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (situaciones más amplias en cuanto que incluyen también la vida personal), y que queda sujeta a un condicionante muy importante al especificar la norma «en los términos que se establezca en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando en su caso lo previsto en aquélla». Quiere ello decir, prosigue diciendo la Sentencia, que estamos ante una diversa regulación según que lo pretendido sea una reducción de jornada o una distribución de la misma en un determinado horario. Y añade que «en este segundo caso, que es lo perseguido por el accionante, realmente no existe lo que se podría contemplar como un reconocimiento de un derecho efectivo tangible y exigible, en cuanto que la remisión bien a la negociación colectiva o al acuerdo individual para su efectiva implantación, comporta que, hasta que la misma no se produzca, estamos, de una parte, ante un derecho carente de todo contenido eficaz, y de otro, ante un llamamiento, una invocación a los interlocutores sociales, y a empresarios y trabajadores, para que hagan algo que, incluso sin la existencia del precepto, podían ya hacer, como es negociar esa posibilidad de conciliación, que

no está sujeta en realidad a mínimos legales de clase alguna». A lo anterior, se adiciona que «inexistente en el caso acuerdo convencional al respecto, y desde luego, no existiendo tampoco en el ámbito puramente contractual, ante la negativa patronal de acceder a lo solicitado, la petición realizada por la trabajadora, que sin duda parece que es razonable, en atención a las exigencias normales que derivan de su situación de maternidad monoparental, carece sin embargo de un soporte normativo o contractual que permita poder hacerlo jurídicamente eficaz. Lo que no está en contra, en el entender de esta Sala, de la STC n.º 3, de 25-1-07, que está referida a otro precepto distinto del Estatuto laboral (al 37,5). En esta misma dirección, debe reconocerse que restrictiva, va la STS de 18-6-08, que si bien viene referida a una situación que era anterior a la introducción del art. 34,8 ET, también *obiter dicta* se refiere a ella. Situación la actual, se insiste, sin duda no claramente resuelta, como es prueba el Voto particular discrepante que acompaña a dicha Sentencia de unificación de doctrina, que este Tribunal pondera, si bien considera debe de seguir la tesis mayoritaria, sin perjuicio de evolución normativa o jurisprudencial, o de una eventual intervención del Tribunal Constitucional. Y sin que en absoluto pueda aceptarse que existe una infracción del artículo 14 del texto constitucional toda vez que lo que no existe en realidad, es una regulación positiva que de cobijo a la concreta petición de la reclamante». Por todo ello, la Sala desestima el recurso formalizado y confirma la Sentencia de instancia objeto del mismo.

3. La recurrente en amparo formula su demanda contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 3 de diciembre de 2008 y la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Albacete, de 16 de octubre de 2007, imputándoles la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Sostiene que las citadas Sentencias, al validar la decisión judicial de rechazar su solicitud de adscripción al turno de mañana para poder atender al cuidado de su hija, le han privado, por su condición de mujer, del disfrute de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral. En este sentido, sostiene que los órganos judiciales, sin fundamento, han restringido el ejercicio del derecho a adoptar la distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que garantiza el derecho al empleo de las trabajadoras con responsabilidades familiares y el respeto al principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

Después, la recurrente precisa que toma como fundamento la doctrina recogida en la STC 3/2007, de 15 de enero, y realiza una síntesis de la jurisprudencia constitucional que considera aplicable al caso con relación al derecho a la igualdad y no discriminación, y, en concreto, del derecho a la no discriminación por razón de sexo, especificando, con base a ella, que lo que sostiene en su recurso es la existencia de una discriminación por razón de sexo de carácter indirecto. Para ello, cita, en concreto, la STC 253/2004, de 22 de diciembre, y la doctrina emanada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencias de 27 de junio de 1990, asunto *Kowalska*; 7 de febrero de 1991, asunto *Nimz*; 4 de junio de 1992, asunto *Bötel*; y 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour-Smith*). Y desde esa perspectiva, prosigue diciendo que las Sentencias recurridas restringen sin fundamento el ejercicio del derecho a la adscripción permanente a un turno de mañana para el cuidado de su hija, lo que, a su juicio, implica una discriminación de la mujer trabajadora, que es notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tal derecho. Considera, por tanto, que se debe valorar a la vista del derecho invocado, la razón o argumento en virtud del cual los órganos judiciales negaron ese derecho a la solicitante de amparo. Para ello, recuerda que conforme a reiterada doctrina constitucional (SSTC 30/2000, de 31 de enero; 173/2001, de 26 de julio; 126/2003, de 30 de junio; 92/2005, de 18 de abril; y 326/2005, de 12 de diciembre), estando en juego un derecho fundamental sustantivo, el control no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de la decisión judicial, sino que es preciso verificar si la misma resulta o no vulneradora del ejercicio de los derechos fundamentales alegados. Añade que no resulta cuestionable la posibilidad de una afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo como consecuencia de decisiones contrarias al ejercicio del derecho de la mujer trabajadora a la adscripción permanente al turno de mañana para el cuidado de su hija. Siendo ello así, es lo cierto que el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental que está en juego.

Con relación a lo mantenido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia respecto de la inexistencia del reconocimiento de un derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada, que sea efectivo, tangible y exigible, al quedar condicionado a la existencia de negociación colectiva o acuerdo individual, señala la recurrente que con tal argumentación la Sala deja vacío de contenido el derecho de distribución de jornada para el cuidado de hijos. Indica al respecto que, desde el punto de vista constitucional, cuando el legislador redactó la Ley Orgánica 3/2007 e introdujo a través de su disposición adicional décimo primera el apartado 8 en el art. 34 LET, no quiso limitar el ejercicio del derecho de la trabajadora a adaptar la distribución de la jornada para el cuidado del hijo, como lo evidencia la redacción del precepto.

Llegados a este punto, continua diciendo que son trasladables al caso de autos los razonamientos contenidos en la STC 203/2000, resolución referida a una institución próxima en contenido y finalidad a la ahora considerada, cual fue la de la excedencia para el cuidado de hijos solicitada por trabajadora interina, y en la que

se apreció que la falta de reconocimiento del derecho producía en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y, sobre todo, laboral, que afectaban mayoritariamente a las mujeres que se hallan en situación de interinidad, al ser ellas, hoy por hoy, las que de forma casi exclusiva la solicitan. Entiende la recurrente que las anteriores consideraciones, realizadas por el Tribunal Constitucional con relación a la solicitud de excedencia para el cuidado de hijos son íntegramente trasladables al supuesto aquí analizado referido a la solicitud por una trabajadora de su adscripción permanente a un turno de mañana para el cuidado de su hija. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en relación con el tema de la excedencia, los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la vulneración del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, ya que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde.

Indica la recurrente que en el asunto sometido a consideración, el órgano judicial confirmó la decisión de la empresa de denegarle el derecho de adaptar la distribución de su jornada para hacer posible su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, con base a consideraciones de estricta legalidad. Esta fundamentación de la resolución judicial prescinde de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en el ejercicio del derecho a adaptar la distribución de la jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. Esto es, los órganos judiciales no valoraron adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE en la cuestión que les fue planteada. A este respecto, añade que la dimensión constitucional de la medida contemplada en el apartado 8 del art. 34 LET, tanto desde la perspectiva del art. 14 CE (derecho a la no discriminación por razón de sexo) como del art. 39 CE (protección de la familia y de la infancia), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Y entiende la recurrente, que a ello contribuye el tenor del propio precepto legal que no contiene ninguna precisión sobre la forma de ejercer el trabajador su derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para cuidado familiar y hacer compatible su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Sin embargo, las Sentencias recurridas impiden el ejercicio del derecho por la ausencia de pacto, prevaleciendo, entonces, las exigencias organizativas de la empresa sobre los criterios y necesidades del trabajador, lo que impide una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego. Al haberse procedido de esa manera, entiende la recurrente que el derecho fundamental de la trabajadora no ha sido debidamente tutelado.

Por todo lo anterior, la recurrente sostiene que «la negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora su derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo por motivos familiares, sin analizar en qué medida el ejercicio de ese derecho resulta necesario para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve, ni su ejercicio puede estar condicionado a la obtención de un pacto previo con la empresa, ni cuáles serían las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con la doctrina anteriormente citada».

Finalmente, se concluye indicando que el recurso tiene trascendencia constitucional por su importancia para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. Se precisa que puede que el órgano judicial haya adoptado una decisión que no infringe el derecho proclamado en el art. 24.1 CE, por contener una fundamentación que expresa razones de hecho y de Derecho, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de derechos fundamentales como los que están en juego, no expresa de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de la decisión adoptada. La conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa está expresamente descartada por la Constitución. Con la interpretación dada al art. 34.8 LET por las Sentencias recurridas, se condiciona el disfrute de un derecho con vertiente constitucional a la existencia de un pacto individual o colectivo, o, lo que es lo mismo, a su concesión o no por la empresa, produciendo, en la práctica, unos perjuicios en el ámbito familiar que afectan mayoritariamente a las mujeres. Y se termina diciendo que el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra las Sentencias recurridas, no es tanto, ni sólo, que hayan renunciado a interpretar la normativa aplicable al caso de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado. En virtud de lo anterior, se solicita que se otorgue el amparo reconociendo el derecho a la no discriminación por razón de sexo y a la tutela judicial efectiva, anulando las Sentencias recurridas.

4. Por providencia de 15 de septiembre de 2009 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, se acordó la admisión a trámite de este recurso de amparo, así como, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley

Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requerir a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha para que remitiese certificación o fotocopia adverbada de las actuaciones correspondientes al recurso de suplicación núm. 32-2008, y, al Juzgado de lo Social núm. 3 de Albacete, para que hiciese lo propio con relación a los autos núm. 420-2007 y para que emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, al objeto de que pudiesen comparecer en este proceso constitucional.

5. Por escrito de fecha 27 de octubre de 2009, el Procurador de los Tribunales don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, actuando en nombre y representación de Telefónica de España, S.A.U., se personó en los presentes autos.

6. Por diligencia de ordenación de 30 de octubre de 2009 de la Sala Segunda, se tuvo por personado y parte en el procedimiento a don Juan Antonio García San Miguel y Orueta en representación de la empresa Telefónica de España, S.A.U., y se acordó dar vista de las actuaciones a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para que pudiesen presentar alegaciones conforme a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, condicionando todo ello a que el citado Procurador acreditase debidamente en el plazo de diez días la representación que decía ostentar.

7. Con fecha de 5 de noviembre de 2009, el Procurador don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, acredita la representación de Telefónica de España, S.A.U., en cumplimiento del requerimiento que le fue realizado por diligencia de ordenación de 30 de octubre de 2009.

8. Con fecha de 2 de diciembre de 2009, se presenta escrito de alegaciones por el Procurador de los Tribunales don Juan Antonio García San Miguel y Orueta en representación de Telefónica de España, S.A.U., interesando la desestimación del recurso de amparo. Se comienza indicando que la cuestión controvertida consiste en determinar si la legislación vigente ampara de manera directa el cambio de turno de un trabajador con el objeto de hacer posible la conciliación de su vida familiar y laboral. Y a este respecto, se señala que con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, se introdujeron modificaciones en el régimen jurídico de la reducción de jornada por cuidado de hijos (apartados 4 y párrafo 1 del apartado 5, del art. 37 LET), pero que, en cuanto a la concreción horaria de la jornada reducida, la mencionada Ley no realizó ninguna modificación en el apartado 6 del art. 37 LET, de tal modo que, si bien la ley permite que el trabajador pueda reducir su jornada de trabajo dentro del horario que tiene establecido, tal derecho no le exime de la realización de los turnos a los que esté sujeto. A pesar de lo anterior, la parte recurrente realiza una interpretación subjetiva del art. 34.8 LET, obviando que la norma establece que la distribución de la jornada pretendida se hará en los términos que se establezcan en la negociación colectiva. Esta circunstancia supone que, teniendo la actora una jornada laboral con turnos rotativos, que ha sido pactada con la empresa y reconocida en negociación colectiva, la actora obligatoriamente tiene que someterse a la realización de los turnos rotativos y que su solicitud de asignación permanente al turno de mañana supone un abuso de derecho, una alteración de las condiciones de trabajo pactadas, además de un quebranto para la empresa y para el régimen de trabajo de sus compañeros, ya que estos últimos verían incrementados los turnos de jornada partida al realizar la actora solo el turno de mañana. Se termina diciendo que el hecho de que la demanda se interpusiese por una mujer y que ésta no haya recibido una resolución a su favor en la Sentencia recurrida, no supone por sí la discriminación por razón de sexo que se alega, pues el Juzgado de instancia, en estricta aplicación de la legalidad, adopta la resolución con independencia del sexo de la parte actora, compareciendo en juicio con todas las garantías procesales aplicables, y el hecho de que la Sentencia no le haya sido favorable, no es motivo para alegar la vulneración del art. 24 CE, ya que lo que no existe es una norma que ampare jurídicamente la petición de cambio de turno que realiza. En definitiva, las Sentencias recurridas en amparo han sido dictadas en estricta aplicación del art. 34.8 LET y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, valorándose los intereses en juego, a saber, no sólo los de la actora, sino también teniendo en cuenta las modificaciones que hubiera producido la estimación en la jornada de sus compañeros de trabajo.

9. Con fecha de 10 de diciembre de 2009 se presenta escrito de alegaciones por el Ministerio Fiscal en el que se comienza diciendo que el caso planteado posee una reseñable similitud con el resuelto en la STC 3/2007, de 15 de enero, en el que también se adujo que la interpretación judicial había ocasionado una discriminación indirecta por razón de sexo. En el caso de autos, el Juzgado de lo Social desestimó la demanda al considerar que la actora no podía ejercitar el derecho pretendido al solicitar una jornada que no era la que le correspondía, sobre la base de la necesaria vinculación de la petición a los márgenes marcados por la jornada ordinaria, como prevé el art. 37.5 y 6 LET. Por su parte la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, corrigiendo el entendimiento del objeto efectuado previamente, señaló que lo pretendido por la actora no era una reducción de jornada y posterior adaptación o distribución de la misma, sino solo esto último, indicando como norma de legalidad ordinaria aplicable al supuesto, la contenida en el art. 34.8 LET, en el que se defiende el modo de distribución de la jornada a

lo que se establezca, en su caso, en la negociación colectiva o en el acuerdo al que se llegue con el empresario siempre que se respete lo previsto en dicha negociación. Con tal prevención legal, la Sala consideró que existía un vacío normativo que impedía contemplar el supuesto de hecho y tal entendimiento fue el que determinó la desestimación del recurso de suplicación. A la vista de lo que precede, el Fiscal entiende que ninguna de las resoluciones judiciales contiene una concreta ponderación del derecho fundamental a la no discriminación, ya que no se llegan a plantear la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituye o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. En consecuencia, no se habría valorado - conforme a lo establecido en la STC 3/2007- la dimensión constitucional ex art. 14, dejando sin la tutela debida el derecho fundamental invocado. Por todo ello, el Fiscal interesa que se otorgue el amparo mediante el reconocimiento a la actora de su derecho fundamental a no padecer discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y que se declare la nulidad de las Sentencias impugnadas, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera, para que el Juez de lo Social proceda a ponderar las circunstancias concurrentes en el caso, a la luz de las exigencias derivadas del derecho fundamental comprometido.

10. La parte recurrente en amparo no ha presentado escrito de alegaciones en el trámite abierto conforme al art. 52.1 LOTC.

11. Por providencia de 10 de marzo de 2011 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 14 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes, el recurso de amparo se dirige frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 2008 y la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Albacete de 16 de octubre de 2007, recaídas en los autos núm. 420-2007 sobre reclamación de derecho. Son dos las quejas que se formulan por la recurrente de amparo: de un lado, afirma la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) por entender que ha sido privada, por su condición de mujer, del disfrute de un derecho íntimamente ligado a la conciliación de la vida familiar y laboral, al confirmarse la decisión empresarial de denegación de su solicitud de adscribirse permanentemente al turno de mañana para cuidar a su hija; de otra parte, la del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al resolver los órganos judiciales la controversia en estrictos términos de legalidad sin haber realizado una ponderación desde el punto de vista del derecho fundamental invocado, tal y como exige la STC 3/2007, de 15 de enero, cuyos razonamientos, que se consideran trasladables al de autos, se reproducen en parte a lo largo de toda la demanda de amparo.

La representación procesal de Telefónica de España, S.A.U., interesa la desestimación del recurso de amparo toda vez que la parte recurrente no solicita una reducción de jornada al amparo del art. 37 del texto refundido de la Ley del estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, (en adelante, LET) sino una distribución de la jornada en virtud del art. 34.8 LET, obviando que esta norma indica que se hará en los términos previstos en la negociación colectiva y que no existe una norma jurídica que ampare su solicitud. En sentido contrario se manifiesta el Ministerio Fiscal que considera que el caso planteado guarda similitud con el resuelto en la STC 3/2007, de 15 de enero, y que entiende que ninguna de las resoluciones judiciales recurridas ponderaron (conforme a lo exigido en la citada Sentencia constitucional) el derecho a la no discriminación por razón de sexo, motivo por el cual interesa la estimación del recurso de amparo por vulneración del art. 14 CE.

2. Debemos comenzar nuestro análisis por la alegación relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que la parte recurrente sostiene al considerar que las resoluciones judiciales no han resuelto la controversia ponderando su dimensión constitucional, tal y como exigió la STC 3/2007, de 15 de enero, dado que, de ser estimada esta queja, habríamos de ordenar la retroacción de las actuaciones para que se dictase otra respetuosa con los derechos fundamentales invocados.

Conviene recordar que la recurrente en amparo venía prestando sus servicios para la demandada en régimen de trabajo a turnos y que solicitó de la empresa su adscripción de forma permanente al turno de mañana para atender mejor al cuidado de su hija recién nacida. Denegada su solicitud por la empresa, formuló demanda de reconocimiento de derechos fundamentando su petición en el art. 34.8 LET. Este art. 34, que regula la jornada de trabajo, establece en su apartado 8 que «el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla». La pretensión de la actora fue desestimada en la vía judicial, tanto en la instancia como en suplicación, al considerarse que la reclamación de la trabajadora no tenía soporte

normativo ya que pedía una distribución de la jornada con base en un precepto que requería, para llevarla a cabo, la existencia de un pacto, ya fuera colectivo o individual, pacto que, sin embargo, en el caso de autos no se había producido.

Disconforme con la desestimación de su pretensión, la recurrente sostiene la vulneración del art. 24.1 CE alegando los razonamientos contenidos en la STC 3/2007, de 15 de enero, resolución en la que, como ha quedado expuesto anteriormente, el Ministerio Fiscal también apoya su solicitud de estimación del amparo, por considerar que en ella se enjuició un caso sustancialmente igual al de autos. Sin embargo, los razonamientos contenidos en la STC 3/2007 citada no resultan trasladables al presente recurso, tal y como se interesa, al no guardar los casos examinados la identidad que se predica.

En efecto, hemos de partir de la base de que en el caso resuelto por la STC 3/2007, cuya doctrina pretenden que se aplique al de autos tanto la recurrente en amparo como el Ministerio Fiscal, la parte actora -que venía trabajando en turnos rotativos de mañana y tarde, de lunes a sábado- había solicitado a la empresa para la que trabajaba una reducción de su jornada de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 37.5 LET, norma que reconoce, a quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años, el derecho a reducir la jornada de trabajo con la disminución proporcional del salario, en los términos establecidos en esa norma. Según el apartado 6 de ese mismo precepto, la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute en esos casos, corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria. Pues bien, al amparo de ese art. 37 LET, la trabajadora solicitó la reducción de la jornada, proponiendo un horario reducido en el turno de tarde, de lunes a miércoles. Tal petición fue rechazada por la empresa al considerar que el horario reducido a aplicar se tenía que desarrollar en turnos rotativos de mañana y tarde y de lunes a sábado. Formulada después demanda, fue desestimada en la vía judicial sobre la base de que la solicitud de reducción de jornada no se atenía a los límites imperativamente establecidos en el art. 37 LET, dado que debía entenderse que la jornada reducida solicitada tenía que estar comprendida dentro de los límites de la jornada ordinaria realizada. Posteriormente, la actora formuló recurso de amparo aduciendo la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al entender que se le había limitado, por su condición de mujer, el ejercicio de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral. Finalmente, el recurso de amparo fue estimado por la STC 3/2007, en la que reconocimos el derecho a la no discriminación por razón de sexo de la actora, ordenando la retroacción de las actuaciones al Juzgado para que, valorando las circunstancias concretas allí concurrentes, analizara la controversia no desde términos de estricta legalidad, tal y como consideramos que se había hecho, sino atendiendo a la dimensión constitucional de la medida contemplada en el art. 37.5 y 6 LET, esto es, teniendo en cuenta el derecho fundamental en juego y la importancia que para la efectividad del mismo tenía el derecho a la reducción de jornada por motivos familiares.

3. Las diferencias entre el caso enjuiciado por la STC 3/2007 y el de autos, impiden, sin embargo, trasladar a este último los razonamientos que mantuvimos en el primero. Ciertamente, en el recurso que ahora nos corresponde analizar, la trabajadora no solicitó a la empresa una reducción de su jornada de trabajo para el cuidado de su hija al amparo del art. 37.5 LET -tal y como así ocurrió en el supuesto enjuiciado por la STC 3/2007- sino que, estando sujeta a un régimen de turnos rotativos, su solicitud se dirigió exclusivamente a obtener su adscripción permanente al turno de mañana para poder cuidar mejor a su hija recién nacida, aduciendo como fundamento de su petición, el art. 34.8 LET, norma que, como ha quedado ya recogido, establece «el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla». Y, como han tenido la oportunidad de advertir las resoluciones judiciales recurridas en amparo, nos encontramos con una doble regulación jurídica que no se puede confundir, pues ha de distinguirse entre la posibilidad de solicitar una reducción de jornada para el cuidado de hijos con la consiguiente reducción de salario (que fue la opción elegida por la trabajadora en el caso resuelto en nuestra STC 3/2007), que supone el reconocimiento de un derecho exigible al amparo del art. 37.5 LET, de aquellos otros supuestos (como es el caso que ahora se nos plantea) en los que se pretende una adaptación de la duración y distribución de la jornada a las concretas necesidades del trabajador con el objeto de conciliar vida privada, familiar y laboral y que tiene apoyo en un precepto diverso, esto es, el art. 34.8 LET, que a diferencia del anterior, condiciona los cambios pretendidos en la jornada sin reducción de ésta ni de salario a la existencia de un pacto colectivo o individual. En definitiva, resultando distintas las pretensiones postuladas por las respectivas trabajadoras y diversos los preceptos aplicados en cada caso, las consideraciones que efectuamos en la STC 3/2007 no son trasladables al recurso ahora analizado, pues mientras que en el primer caso la trabajadora solicitó un derecho exigible legalmente, en el de autos, articuló su pretensión al amparo de un precepto que condiciona el derecho a la existencia de un pacto que, en ese caso, no se había producido.

Además, si en el caso resuelto por la STC 3/2007 consideramos que la controversia se había resuelto por los órganos judiciales desde el estricto ámbito de la legalidad ordinaria sin tener en cuenta su dimensión constitucional, en el caso de autos no podemos llegar a idéntica conclusión al haberse realizado la ponderación constitucionalmente exigible del derecho fundamental que estaba en juego. Efectivamente, en la Sentencia del Tribunal Superior de

Justicia se destacan los distintos intereses en juego que debían ponderarse, indicando al respecto que junto a los esgrimidos por la empresa demandada, existían otros de rango preferente debido a su origen constitucional, como lo eran los que derivaban de la obligación de protección de la familia (art. 39 CE), destacando a lo largo del fundamento jurídico tercero de la Sentencia, la primacía indiscutible del interés y de la protección de los hijos menores. No sólo se reconoce la posición privilegiada de dichos intereses sino también la razonabilidad de la petición efectuada por la trabajadora, encaminada a la atención de sus necesidades derivadas de la maternidad, pero, tras ello, se realiza un examen de la diversa regulación jurídica contenida en los arts. 37.5 y 34.8 LET, concluyendo que la aplicación del último de los preceptos -el elegido por la actora para encauzar su petición- impedía la estimación al no existir en el caso de autos el acuerdo convencional o contractual requerido por la norma para que ello fuera posible. Es más, la Sala, conocedora de la STC 3/2007, expone los motivos que impiden su traslación al caso (diversidad de los preceptos legales que fueron objeto de controversia), indicando que debía resolver el recurso planteado conforme a la jurisprudencia recaída sobre el tema planteado, sin perjuicio, eso sí, de que se produjese una evolución normativa, un cambio de jurisprudencia o una eventual intervención del Tribunal Constitucional sobre el tema debatido. Cabe concluir, a la vista de tales razonamientos, que la Sala examinó el recurso sin obviar su dimensión constitucional, justificando la imposibilidad de apreciar la infracción del art. 14 CE al no existir en el caso de autos una concreta regulación positiva que diera cobijo a la petición articulada por la reclamante, al amparo del art. 34.8 LET. A la vista de todo lo cual, no cabe apreciar la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se reprocha a las decisiones judiciales impugnadas, al haber abordado su enjuiciamiento teniendo en cuenta la dimensión constitucional de la controversia planteada.

4. Finalmente, tampoco se advierte la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) que se alega sobre la base de que a la actora se le habría restringido sin fundamento su derecho de adaptar la distribución de la jornada laboral, a las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Indica la recurrente a este respecto que cuando el legislador redactó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres -que fue la que incorporó a la Ley del estatuto de los trabajadores el apartado 8 del art. 34 aplicado al caso- no quiso someter a límite alguno el derecho de adaptación de la jornada de trabajo a las necesidades de conciliación familiar y laboral, puesto que dispone que «el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer compatible su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral». Sin embargo, la recurrente, en la transcripción del precepto omite parte de su contenido, pues, a continuación precisa: «en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla». Por consiguiente, y, en contra de lo mantenido en la demanda de amparo, el legislador ha considerado conveniente condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada que examinamos, a lo que se disponga a través de la negociación colectiva o acuerdo entre los propios interesados (empresario y trabajador/a) y, prueba de ello, lo es también que habiendo sido propuesta durante la tramitación parlamentaria de la citada Ley Orgánica una enmienda al proyecto de Ley -la núm. 50- que pretendía incorporar al apartado 8 del art. 34 un nuevo punto referido a la adopción de un régimen más flexible en la elección del horario de trabajo -sobre todo en los casos de familias monoparentales- (Grupo Parlamentario Mixto, «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: proyectos de Ley, 22 de noviembre de 2006, núm. 92-10, pág. 66), sin embargo, tal propuesta no prosperó, manteniendo el precepto su actual contenido, que incluye, sin excepción, la remisión a lo que se establezca en la negociación colectiva o mediante acuerdo entre las partes para que la adaptación de la jornada a las necesidades de conciliación previstas en la norma pueda exigirse. Teniendo en cuenta todo lo expuesto, hemos de apreciar, que no se ha infringido el art. 14 CE que se denuncia, al no haberse producido una indebida restricción del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral que constituya una discriminación por razón de sexo, al aplicar los órganos judiciales, del modo en el que lo hicieron, el art. 34.8 LET.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la demanda de amparo interpuesta por doña Margarita Cortés Fernández.

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

Dada en Madrid, a catorce de marzo de dos mil once. Eugeni Gay Montalvo. Elisa Pérez Vera. Ramón Rodríguez Arribas. Francisco José Hernando Santiago. Luis Ignacio Ortega Álvarez. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. Firmado y rubricado.