

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 26/2011, de 14 de marzo de 2011

Sala Primera

Rec. de amparo n.º 9145/2009

(BOE de 11 de abril de 2011)

### SUMARIO:

**Derecho a la igualdad.** *Vulneración del derecho a no ser discriminado por las circunstancias familiares:* denegación de asignación de horario nocturno que no analiza su necesidad para conseguir un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares ni cuáles fueran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo. Son los Tribunales ordinarios los que tienen que ponderar si la empleadora al adoptar la decisión concreta, en relación con la normativa que afecta a la conciliación de la vida familiar y laboral, ha respetado su dimensión constitucional, valorando por un lado las efectivas necesidades de conciliación comunicadas por el trabajador y por otro las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo. Voto particular.

### PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 14, 24.1, 39 y 117.3.  
Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), arts. 49.1 y 50.1 b).  
RDLeg. 1/1995 (TRLET), arts. 34.8, 36.3 y 37.4.

### PONENTE:

*Don Manuel Aragón Reyes.*

Sala Primera. Sentencia 26/2011, de 14 de marzo de 2011. Recurso de amparo 9145-2009. Promovido por don Germán Higuelmo Pérez respecto al Auto del Tribunal Supremo y a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y de un Juzgado de lo Social de Palencia que le denegaron el derecho a realizar su jornada laboral en horario nocturno por guarda de un hijo. *Vulneración del derecho a no ser discriminado por las circunstancias familiares:* denegación de asignación de horario nocturno que no analiza su necesidad para conseguir un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares ni cuáles fueran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo. Voto particular.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Javier Delgado Barrio, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps y doña Adela Asua Batarrita, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 9145-2009, promovido por don Germán Higuelmo Pérez, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Esperanza Álvaro Mateos y asistido por la Abogada doña Esperanza de Lorenzo Romero, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia de 15 de febrero de 2008, dictada en los autos núm. 529-2007, así como contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 9 de julio de 2008, que desestima el recurso de suplicación núm. 660-2008 interpuesto contra la anterior, y contra el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009, que inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2888-2008. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha comparecido y formulado alegaciones el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en la representación que legalmente ostenta. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 30 de octubre de 2009, don Germán Higuelmo Pérez interesó el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio a fin de recurrir en amparo contra las

resoluciones judiciales referidas en el encabezamiento. Efectuada la designación de profesionales del turno de oficio, que recayó en la Procuradora de los Tribunales doña Esperanza Álvaro Mateos y en la Abogada doña Esperanza de Lorenzo Romero, mediante diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 30 de noviembre de 2009 se tuvieron por efectuadas las indicadas designaciones y se confirió plazo de treinta días a la citada Procuradora para presentar la demanda de amparo, que efectivamente tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 22 de enero de 2010.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El recurrente en amparo presta sus servicios laborales para la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, con la categoría de Ayudante técnico educativo, en una residencia de educación especial de Palencia. Al negociar el calendario laboral del curso escolar 2007-2008 entre dicho centro público y el personal ayudante técnico educativo se establecieron para este personal ocho puestos con el denominado horario ordinario o escolar (siete de lunes a viernes de 9:30 a 17:00 horas, y uno a tiempo parcial, de lunes a viernes de 11:00 a 16:00 horas) y otros ocho puestos en régimen de turnos rotativos de mañana, tarde y noche (tres puestos de lunes a viernes de 07:30 a 15 horas; tres puestos de lunes a viernes de 14:30 a 22:00 horas; y dos puestos de lunes a jueves de 22:00 a 07:30 horas), pudiendo optar los trabajadores por uno u otro régimen en función de sus intereses, con preferencia según un criterio de mayor antigüedad, habiendo elegido el recurrente prestar sus servicios en régimen de turnos rotativos. Posteriormente, el recurrente solicitó a la Consejería poder realizar todas las jornadas del curso 2007-2008 en horario de noche con el fin de conciliar la vida laboral y familiar, sin que conste que su solicitud le fuese contestada.

b) Tras presentar reclamación previa, que le fue desestimada por no existir en el centro para el curso escolar 2007-2008 según el calendario pactado ningún puesto específico de ayudante técnico educativo con horario nocturno independientemente de los restantes puestos sujetos a turnicidad, el recurrente formuló demanda sobre reconocimiento de derecho a realizar su jornada en horario nocturno durante el curso 2007-2008, demanda que dio lugar a los autos núm. 529-2007 seguidos ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia, de los que trae causa este recurso de amparo. Entre otros extremos, alegaba el recurrente que su pretensión de desempeñar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008 no es caprichosa sino que obedece a la necesidad de atender a sus dos hijos de corta edad.

c) La demanda fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia de 15 de febrero de 2008. El Juzgado, tras recordar que el art. 70 del convenio colectivo para el personal laboral de la Administración general de la Junta de Castilla y León y sus organismos autónomos establece que en la negociación de los calendarios laborales de los centros se garantizará el cumplimiento de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, señala que esta ley introdujo una serie de medidas en distintos textos legales, que se concretan en permisos, reducciones de jornada, excedencias, etc., pero sin que se reconozca un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno de trabajo por motivos familiares.

Seguidamente, la Sentencia se refiere al procedimiento para la elaboración de los calendarios laborales en los centros docentes dependientes de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León, establecido en una instrucción de 6 de junio de 2007, y se señala que en el centro de trabajo del demandante los trabajadores con categoría de ayudantes técnicos educativos vienen realizando el trabajo en dos horarios desde, al menos, el curso 2003-2004: el horario ordinario o de «jornada escolar», realizado por ocho trabajadores (siete de lunes a viernes de 9:30 a 17:00 horas; y uno de lunes a viernes de 11:00 a 16:00 horas, adscrito a tiempo parcial), y el horario rotatorio, en turnos de mañana, tarde y noche, al que están adscritos ocho trabajadores (tres de mañana, tres de tarde y dos de noche), rotando todos los trabajadores adscritos a este régimen, que fue el elegido por el demandante, a pesar de haber podido optar por el denominado horario «escolar», coincidente prácticamente en cuanto a su duración con el horario en que habitualmente los menores se encuentran en los centros educativos. Se prosigue razonando que el turno fijo de noche, cuya adscripción solicita el demandante durante el curso 2007-2008, no existe dentro del centro y de la categoría a la que aquél pertenece (ayudante técnico educativo), sino que todos los trabajadores de dicha categoría que voluntariamente han elegido el régimen de turnos rotativos de mañana, tarde y noche se van turnando durante los correspondientes horarios. Se razona, en fin, que no es cierta la afirmación del demandante relativa a la existencia de un pretendido turno fijo de noche en cuanto al personal que desempeña puestos de la categoría de enfermeras, pues también se rota en esta categoría; lo que sucede es que existe un acuerdo entre el personal de esa categoría para que una persona hiciera todas las noches, conformidad que no existía, en cambio, en la categoría de ayudantes técnicos educativos a la que pertenece el demandante, habiendo manifestado la mayoría de los trabajadores de esta categoría que eligieron el régimen de turnos su interés por realizar el horario nocturno.

d) Frente a la anterior Sentencia, el demandante interpuso recurso de suplicación, fundado en la infracción del art. 14 CE en relación con el art. 27 CE, y del art. 36.3 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET) en relación con el art. 54 del convenio colectivo para el personal laboral de la Administración general de la Junta de

Castilla y León. En síntesis, el demandante afirmaba en su recurso que la denegación de su pretensión de realizar su jornada laboral durante el curso 2007-2008 en horario de noche con el fin de conciliar la vida laboral y familiar es una decisión que contraviene el art. 36.3 LET, en relación con el art. 54 del convenio colectivo, normativa de la que se deduce, según el demandante, que al existir en el centro de trabajo jornadas de mañana, tarde y noche, los trabajadores pueden adscribirse voluntariamente al turno de noche, como sucede en el caso de la categoría de enfermeras, por lo que no puede establecerse un trato discriminatorio para su categoría de ayudantes técnicos educativos. Además, sostenía el demandante que la denegación de su pretensión constituye una decisión discriminatoria por razón de su paternidad, dado que los problemas respecto a la adscripción a un determinado horario comienzan en el año 2003, habiendo sido padre en el año 2002. Por todo ello concluía solicitando que se revocase la Sentencia de instancia y se declarase su derecho a realizar su jornada durante el curso 2007-2008 en horario nocturno.

e) El recurso de suplicación fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 9 de julio de 2008. La Sala, en primer lugar, descarta la lesión del art. 27 CE, ante la falta de vinculación de este precepto constitucional con la cuestión controvertida. En cuanto a la vulneración del art. 14 CE, señala que el recurrente efectúa dos referencias a la discriminación en su recurso: de un lado, relativa a los trabajadores que con la categoría de enfermera trabajan en la misma residencia; de otro lado, relacionada con su paternidad. Respecto a lo primero, considera la Sala que en el caso enjuiciado existen circunstancias que justifican la diferencia de trato entre las enfermeras y los ayudantes técnicos educativos (categoría esta última del recurrente), ya que las categorías profesionales y los cometidos son distintos, y las enfermeras también rotan, sin perjuicio de que exista un acuerdo entre el personal de esta categoría que permitía que una misma persona hiciera el horario de noche, conformidad que en el caso de los ayudantes técnicos educativos no concurría. Por otro lado, con relación a la «discriminación por paternidad», la Sala señala que no se advierte tampoco que exista discriminación por tal motivo, «ya que no consta en la sentencia, ni se intenta introducir en los hechos probados, que el recurrente haya sido padre en el año 2002; además, no se desarrolla una argumentación que lleve a la Sala a advertir siquiera la presencia de un indicio discriminatorio por esta causa, más aún cuando al menos desde el curso 2003-2004 algunos de los trabajadores con la categoría de [ayudantes técnicos educativos] ya vienen trabajando a turnos».

La Sala razona seguidamente que tampoco infringe la Sentencia de instancia el art. 36.3 LET, por ser evidente que este precepto establece una limitación para desempeñar el turno de noche durante más de dos semanas consecutivas, pero, sin embargo, no reconoce el derecho del recurrente a permanecer indefinidamente en el turno de noche. Y lo mismo ocurre en el art. 54 del convenio colectivo para el personal laboral de la Administración General de la Junta de Castilla y León, sin que tampoco se trate en el litigio de una reducción de jornada de los miembros de una misma unidad familiar de las previstas en el art. 79 del referido convenio colectivo, sino de una pretensión de asignación de un horario de trabajo nocturno, para el que el recurrente carece de cualquier derecho superior al de sus compañeros de trabajo.

f) Contra la anterior Sentencia el recurrente formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que, entre otros extremos, señalaba que no pretende una adscripción indefinida al turno de noche, sino durante el curso 2007-2008, e insistía en que la negativa a asignarle al turno de noche durante dicho curso escolar impide la conciliación de su vida laboral y familiar y supone un trato discriminatorio. Tras la apertura del trámite de audiencia a las partes sobre la inadmisibilidad del recurso, que fue evacuado por el recurrente mediante escrito en el que se hacía hincapié en la vulneración del derecho a la no discriminación (art. 14 CE), por el resultado lesivo para la conciliación de su vida laboral y familiar de la negativa a su pretensión de realizar su jornada en horario nocturno, el recurso fue inadmitido por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009 por falta de contenido casacional.

Señala la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, con cita de jurisprudencia propia a la que se remite (Sentencias de 13 y 18 de junio de 2008), que la petición de cambio de turno carece de amparo legal, ya que el derecho que reconoce al trabajador el art. 37.6 LET de fijar la concreción horaria está vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones, por lo que no es admisible la modificación unilateral del sistema de trabajo a turno. A mayor abundamiento se señala que «análoga conclusión se alcanza si pudiera aplicarse la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres, que si bien ha modificado el art. 34 LET, en el sentido de introducir el apartado ocho, lo condiciona no obstante a los términos que se fijan en la negociación colectiva o acuerdo que se llegue con el empleador, que no existe en el caso de autos». Añade seguidamente la Sala que las consideraciones vertidas por el recurrente en su escrito de alegaciones en el trámite de inadmisión, sobre la pretendida vulneración de derechos fundamentales, «sólo cabe interpretar con el fin de cumplir uno de los requisitos precisos para poder interponer más tarde el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional».

**3.** En la demanda de amparo se aduce que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho del recurrente a la igualdad (art. 14 CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), alegándose la existencia de discriminación por razón de sexo. Con cita de la doctrina sentada en la STC

3/2007, de 15 de enero, se afirma que las Sentencias recurridas en amparo, al rechazar su pretensión de realizar su jornada laboral en el turno de noche por entender que no existe normativa que explícita y directamente contemple este derecho, no han ponderado adecuadamente la dimensión constitucional del asunto ex art. 14 CE, con relación al mandato de protección de la familia y la infancia (art. 39 CE). Los órganos judiciales debieron analizar desde esta perspectiva constitucional en qué medida resultaba necesaria la adscripción del demandante al turno de noche durante el curso 2007-2008 para hacer compatible la vida profesional del trabajador con su vida familiar, y cuáles fueran, en su caso, las dificultades organizativas que esa adscripción pudiera originar en el centro de trabajo en el que presta servicios como ayudante técnico educativo. Sin embargo, los órganos judiciales se han limitado a denegar el turno solicitado por el trabajador con fundamento en consideraciones de estricta legalidad, prescindiendo de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración sobre la importancia que ello tiene para la efectividad del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, implícito según el recurrente en su ejercicio del derecho a adscribirse al turno de noche durante el curso 2007-2008 para atender al cuidado de sus dos hijos menores, de acuerdo con los arts. 36.3 y 34.8 LET.

Se añade en la demanda de amparo que el rechazo de su pretensión de realizar su jornada laboral en horario nocturno para poder lograr una efectiva conciliación de su vida laboral y familiar, no sólo le discrimina a él, sino también a su esposa, trabajadora y madre, que se ha visto obligada, para poder atender adecuadamente a los hijos de la pareja, a reducir su jornada, con la consiguiente merma de retribuciones, resultando así obstaculizado su desarrollo profesional como mujer con relación al varón, lo que supone convertir a su esposa en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo.

La demanda de amparo expone asimismo las razones por las que el recurrente considera que el asunto planteado reviste especial trascendencia constitucional a los efectos previstos en los arts. 49.1 *in fine* y 50.1 b) LOTC. En este sentido el recurrente viene a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso en la necesidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie acerca de un aspecto como el planteado en este caso en el que la negativa a reconocer al padre trabajador un derecho para la mejor conciliación de la vida familiar y laboral supone a su vez una discriminación indirecta de la mujer trabajadora, pues con ello se consigue que, *de facto*, sea sólo la mujer la que atienda al cuidado de la familia, lo que supone un serio obstáculo a la igualdad de sexos y la perpetuación de una tendencia histórica, todavía muy arraigada, que diferencia los roles entre padres y madres a efectos laborales.

4. Mediante providencia de 19 de julio de 2010 la Sala Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requerir atentamente a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y al Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia, para que en el plazo de diez días remitieran testimonio de las actuaciones respectivas, interesándose al propio tiempo el emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, ya personado, para que pudieran comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda de amparo presentada.

5. Mediante diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 30 de septiembre de 2010 se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones y por comparecido y parte al Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en la representación que legalmente ostenta; procediendo asimismo, conforme a lo establecido en el art. 52.1 LOTC, a dar vista de las actuaciones por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

6. El Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León presentó su escrito de alegaciones en el Registro General de este Tribunal el 29 de octubre de 2010. Interesa, en primer lugar, la inadmisión del recurso de amparo por ausencia de justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso [arts. 49.1 *in fine* y 50.1 b) LOTC]. Subsidiariamente, solicita que el recurso de amparo sea desestimado, por entender que no existe vulneración alguna de los derechos del recurrente a la igualdad (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Señala el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León que la denegación de la pretensión del recurrente de realizar su jornada siempre durante el turno de noche obedece a que no existe un turno fijo de noche en el centro en el que presta servicios y en la categoría profesional a la que pertenece. Ello no implica discriminación alguna para el recurrente y menos aún cuando lo que se alega es una discriminación indirecta por razón de sexo referida a su esposa, es decir, a persona distinta del recurrente en amparo. Además, la situación laboral de la esposa del recurrente no ha sido objeto de enjuiciamiento en ninguna de las resoluciones judiciales impugnadas en amparo, por lo que no ha sido aportado dato alguno sobre la situación laboral de aquella que permita llegar -siquiera indiciariamente- a examinar la discriminación indirecta que se denuncia.

Tampoco cabe advertir vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) según el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, pues las resoluciones judiciales han dado respuesta congruente,



motivada y fundada en Derecho a la pretensión deducida por el recurrente, llegando a la conclusión, en aplicación de lo dispuesto en el art. 36.3 LET y el convenio colectivo para el personal laboral de la Administración General de la Junta de Castilla y León, de que esa pretensión no tiene encaje legal. En suma, el recurrente viene a manifestar su discrepancia con la interpretación que los órganos judiciales han hecho de la legalidad aplicable, lo que resulta ajeno al derecho garantizado por el art. 24.1 CE.

Por último, en cuanto a las alegaciones del recurrente relativas a que las resoluciones judiciales han impedido o menoscabado su derecho a la conciliación laboral y familiar, sostiene el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León que esta queja resulta incomprensible, habida cuenta que el recurrente, pudiendo elegir la «jornada escolar» que viene a coincidir con el horario escolar de los menores en los centros educativos, eligió el horario rotatorio, con turnos de mañana, tarde y noche, y la razón que alegó al solicitar un horario fijo de noche fue la de poder atender a sus hijos pequeños, en edad escolar.

7. La representación procesal del recurrente presentó su escrito de alegaciones en este Tribunal el 4 de noviembre de 2010, remitiéndose íntegramente a las formuladas en la demanda de amparo.

8. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones en este Tribunal el 10 de noviembre de 2010. Señala el Fiscal que la demanda de amparo incurre en cierta confusión en cuanto a la argumentación sobre la titularidad del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), pues si bien en algunos pasajes el recurrente invoca su propio derecho a compaginar la vida laboral y familiar, en otros alude a los perjuicios que la decisión de denegarle el desempeño de su jornada en horario nocturno ocasiona a su esposa. Pues bien, si la lesión del derecho fundamental que se invoca se entiende referida a la esposa del recurrente, no cabe análisis alguno de la cuestión, ya que se trataría de la pretensión de remedio de un derecho fundamental ajeno (por todas, STC 174/2002).

Si, en cambio, de lo que se trata -continúa el Fiscal- es de la pretendida lesión del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo del propio recurrente, resulta difícil sostener que la decisión enjuiciada constituya una conducta discriminatoria, al ser un varón el recurrente en amparo, toda vez que, como se recuerda en la STC 3/2007, que cita el mismo recurrente en apoyo de su pretensión, la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer.

Siendo esto así, sólo cabría plantearse la hipótesis, según el Fiscal, de si con la negativa al recurrente de adaptar su jornada laboral para atender al cuidado de sus hijos menores se está consolidando una posición subsidiaria del varón respecto a tales cometidos familiares, produciéndose entonces una discriminación directa por razón de sexo, en línea con lo declarado recientemente por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010, que resuelve una cuestión prejudicial planteada en relación con el art. 37.4 LET (disfrute del permiso de lactancia por los padres trabajadores). De acuerdo con esta Sentencia, el art. 37.4 LET, al establecer que los padres trabajadores sólo pueden disfrutar del referido permiso si también la madre del niño tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena, introduce una diferencia de trato por razón de sexo no justificada que se opone a los arts. 2.º y 5.º de la Directiva 76/207/CEE. Y ello porque tal regulación, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria respecto al ejercicio de su función parental.

Ahora bien, a juicio del Fiscal el supuesto contemplado en la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el que se plantea en el presente recurso de amparo no son asimilables. En primer lugar, porque lo resuelto en aquella Sentencia no es una afectación del derecho a la no discriminación del varón, sino del derecho a la no discriminación de la mujer revelado de modo indirecto a través de aquél, ya que al situar la norma al varón en una posición subsidiaria en relación con los cometidos parentales, lo que en realidad se hace es condicionar automáticamente la posición de la mujer, situándola como obligada principal en el desempeño de esas funciones familiares. En segundo lugar, porque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea examina la adecuación de la norma estatal al Derecho comunitario, mientras que en el recurso de amparo este Tribunal ha de resolver sobre la pretendida lesión del derecho fundamental de quien resulta ser titular del mismo, y no sobre las consecuencias en relación con la situación de un tercero ajeno al recurso de amparo, en este caso la esposa del recurrente.

No obstante lo anterior, el Fiscal considera que puede apreciarse la existencia de una vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) por falta de ponderación de la dimensión constitucional del asunto planteado en el Auto dictado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, pues al resolver la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contenido casacional, en el fundamento jurídico segundo se limita a descartar las alegaciones del recurrente referidas al derecho a la igualdad por considerarlas un mero alegato de carácter instrumental para posibilitar la ulterior interposición del recurso de amparo. En consecuencia, interesa el Fiscal que se otorgue el amparo por lesión del derecho a la igualdad (art. 14 CE), declarando la nulidad del referido Auto ordenando que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado,

para que por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se proceda a dictar nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

9. Por providencia de 10 de marzo de 2011, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 14 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El demandante de amparo imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haber rechazado, mediante una interpretación restrictiva de los arts. 36.3 y 34.8 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET) y del convenio colectivo aplicable, su pretensión de realizar en horario nocturno todas las jornadas durante el curso 2007-2008 en el centro en que presta servicios, con el fin de atender al cuidado de sus dos hijos de corta edad, lo que implica privarle del ejercicio de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral por consideraciones de estricta legalidad, sin ponderar la dimensión constitucional del asunto planteado. Además, sostiene el recurrente que el rechazo de su pretensión implica a su vez convertir a su esposa, trabajadora y madre de los menores, en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo a su esposa, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos.

A la estimación del recurso de amparo se opone el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, quien considera que la demanda incurre en el óbice de admisibilidad consistente en el defecto insubsanable de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso [arts. 49.1 *in fine* y 50.1 b) LOTC)]; subsidiariamente, interesa la desestimación del recurso de amparo, por entender que no existe lesión alguna de los derechos del recurrente a la no discriminación y a la tutela judicial efectiva.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), al apreciar una ausencia de ponderación de la dimensión constitucional del asunto planteado en el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que acuerda la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contenido casacional.

2. Con carácter previo a cualquier otra consideración, resulta necesario resolver la objeción de inadmisibilidad planteada por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, quien considera, conforme ha quedado expuesto, que el recurrente no ha dado cumplimiento en su demanda a la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 *in fine* LOTC).

Pues bien, este óbice ha de ser rechazado, pues, como ha quedado expuesto en los antecedentes, la demanda de amparo contiene una argumentación destinada a satisfacer la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, argumentación que debe entenderse suficiente a estos efectos, pues no se limita a razonar la existencia de la vulneración de derechos fundamentales por las resoluciones judiciales impugnadas (AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2, y 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 2, por todos). Ello sin perjuicio, claro está, de la apreciación por parte de este Tribunal acerca de si, cumplida aquella exigencia por el recurrente, el recurso de amparo reviste efectivamente una especial trascendencia constitucional que justifique una decisión sobre el fondo, atendiendo a los criterios señalados por el art. 50.1 b) LOTC: «a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2).

En el caso que ahora nos ocupa este Tribunal ha entendido que concurre el requisito sustantivo o de fondo de la «especial trascendencia constitucional» que impone el art. 50.1 b) LOTC para la admisión del recurso de amparo, porque, como a continuación se pone de manifiesto, le permite perfilar, como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales, la doctrina constitucional sobre el derecho a la no discriminación en el ámbito laboral, cuando es un varón el que insta una modificación de sus condiciones de trabajo para el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar, fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del trabajador varón en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares. En efecto, nuestra doctrina ha tenido ocasión de abordar en diversas ocasiones, desde la perspectiva de la interdicción de la discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), en relación con el mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), diferentes asuntos en los que se enjuiciaban decisiones empresariales, validadas judicialmente, que podían suponer un trato peyorativo para la mujer trabajadora, al impedir o dificultar su pretensión de hacer compatibles su trabajo y su vida familiar. El presente asunto permite, como se ha señalado, analizar la incidencia de este tipo de decisiones aparentemente contrarias a la conciliación de la vida familiar y profesional cuando es un hombre el afectado, y examinar si en estos casos puede apreciarse la existencia de una discriminación por razón de sexo o si la eventual lesión ha de incardinarse en alguno de los otros motivos de discriminación que, con carácter no exhaustivo, enumera el art. 14 CE.

3. En otro orden de consideraciones debemos advertir que la invocación en la demanda de amparo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) carece de sustantividad propia, porque con la referencia al mismo se limita el demandante a denunciar que las resoluciones judiciales recurridas en amparo, al validar la decisión empresarial denegatoria de la asignación del horario nocturno que había solicitado, no le ha otorgado la tutela judicial efectiva pretendida, porque no ha ponderado la dimensión constitucional del problema suscitado, lo que, en definitiva, reconduce la cuestión al análisis de la lesión del derecho fundamental a la no discriminación (art. 14 CE).

Por otra parte, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la lesión del derecho fundamental que se invoca, en cuanto referida a la esposa del demandante de amparo, ha de quedar fuera de nuestro examen, pues a través del recurso de amparo sólo pueden protegerse, en principio, los derechos fundamentales y libertades públicas de los directamente afectados, entendiéndose como tales los titulares del derecho subjetivo presuntamente vulnerado, que son los únicos que pueden conseguir de este Tribunal la protección del propio derecho, sin que puedan lograrlo en relación con derechos fundamentales ajenos, a salvo los supuestos de representación u otros de carácter marcadamente excepcional (por todas, SSTC 141/1985, de 22 de octubre, FJ 1; 11/1992, de 27 de enero, FJ 2; 83/2000, de 27 de marzo, FJ 2; y 174/2002, de 9 de octubre, FJ 4).

Nuestro enjuiciamiento debe centrarse, por tanto, en determinar si el demandante de amparo ha sido objeto de una decisión contraria al derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo o por cualquier otra circunstancia personal o social (art. 14 CE), sin perjuicio de que esa decisión pudiera, además, conllevar una repercusión negativa para su mujer, en cuanto pudiera haberse visto obligada por ello, como sostiene el recurrente, a reducir su jornada laboral para cuidar de los hijos de la pareja.

4. Definido así el objeto del presente recurso de amparo, debemos comenzar recordando que la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; y 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4).

De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; y 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3, entre otras muchas), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.º 2 CE (SSTC 128/1987, FFJJ 7 y ss.; 19/1989, FJ 4; 28/1992, de 9 de marzo, FJ 3; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 3/1993, de 14 de enero, FJ 3; y 109/1993, de 25 de marzo, FJ 5, por todas).

Desde esta perspectiva, resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo que alega el recurrente, pues, como advierte el Fiscal en sus alegaciones, el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres.

Por otra parte, el examen de las resoluciones impugnadas en amparo evidencia que el recurrente no ha sido objeto de una diferencia de trato por razón de sexo, pues la denegación de su pretensión de ser adscrito al horario nocturno con carácter fijo durante el curso 2007-2008 no se fundamenta en que sea trabajador varón, lo que excluye que nos hallemos ante una hipotética discriminación directa por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE.

5. Lo anterior no es obstáculo, conforme a nuestra doctrina (por todas, SSTC 59/1987, de 19 de mayo, FJ 1; 262/1988, de 22 de diciembre, FJ 3; y 99/2000, de 10 de abril, FJ 6), para que la queja del recurrente en amparo pueda ser analizada desde la perspectiva del mismo derecho fundamental a la no discriminación, pero en relación con otro de los motivos concretos de prohibición de discriminación que el art. 14 CE enumera, concretamente el referido a las circunstancias personales o sociales, pues lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la



negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral.

La prohibición de discriminación entre mujeres y hombres (art. 14 CE), que postula como fin y generalmente como medio la parificación, impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia Roca Álvarez, de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/2009, que considera que la exclusión de los padres trabajadores del disfrute del permiso de lactancia cuando la madre del niño no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena (art. 37.4 LET) constituye una diferencia de trato por razón de sexo no justificada que se opone a los arts. 2.º y 5.º de la Directiva 76/207/CEE. Y ello porque tal exclusión «no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social..., ni una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que puedan surgir en la vida social», y sí, en cambio, una medida que puede «contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental».

En definitiva, la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas posteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares.

**6.** Sentado cuanto antecede, para dar cumplida respuesta a la queja que se nos plantea debemos partir de la consideración de que no corresponde a este Tribunal determinar si la concreta pretensión del recurrente de realizar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008 se encuentra o no amparada por lo dispuesto en los arts. 36.3 y 34.8 LET o en el convenio colectivo aplicable, por ser esta una cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE).

Sin embargo, debemos igualmente afirmar, como hemos hecho en anteriores ocasiones, que sí nos corresponde valorar desde la perspectiva constitucional que nos es propia, y a la vista del derecho fundamental concernido, la razón o argumento en virtud del cual las resoluciones judiciales impugnadas validan la decisión de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León por la que se niega al demandante de amparo la asignación del horario nocturno que solicitaba. Hemos sostenido reiteradamente que, estando en juego un derecho fundamental sustantivo y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas, sino que será preciso analizar si las mismas resultan o no lesivas del ejercicio del derecho fundamental sustantivo alegado (entre otras muchas, SSTC 30/2000, de 31 de enero, FJ 4; 173/2001, de 26 de julio, FJ 4; 14/2002, de 28 de enero, FJ 4; 92/2005, de 18 de abril, FJ 5; 326/2005, de 12 de diciembre, FJ 5; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 4).

Desde esta perspectiva de enjuiciamiento que nos corresponde cabe observar que en el asunto sometido a nuestra consideración los órganos judiciales han denegado la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante, confirmando la previa decisión denegatoria de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, con fundamento en consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que efectúan de lo dispuesto en los arts. 36.3 y 34.8 LET y en diversos preceptos del convenio colectivo para el personal laboral de la Administración general de la Junta de Castilla y León.

Así, conforme ha quedado expuesto en los antecedentes de la presente resolución, en la Sentencia del Juzgado de lo Social se desestima la pretensión del demandante, en síntesis, porque en la normativa aplicable no se reconoce un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno de trabajo por motivos familiares, sin que tampoco exista el turno fijo de noche cuya adscripción solicita el demandante durante el curso 2007-2008, dentro del centro y de la categoría a la que aquél pertenece, sino que todos los trabajadores de dicha categoría que voluntariamente (como el propio demandante) han elegido el régimen de turnos rotativos de mañana, tarde y noche, van turnando en los correspondientes horarios. Esta Sentencia es confirmada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que, tras señalar que no se advierte la presencia de



ningún indicio de la «discriminación por paternidad» que alega el recurrente, razona que ni el art. 36.3 LET ni el convenio colectivo aplicable ni norma alguna reconocen al recurrente un pretendido derecho a realizar su jornada laboral en horario nocturno. En fin, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo señala que la pretensión del recurrente carece de amparo legal, tanto si se aplica el art. 37.6 LET, como si se aplicase el art. 34.8 LET, en la redacción resultante de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres; y añade que las alegaciones del recurrente en el trámite de inadmisión sobre la pretendida lesión del derecho fundamental a la no discriminación (art. 14 CE) sólo cabe entenderlas con el propósito de cumplir el requisito de la invocación previa en la vía judicial para poder interponer posteriormente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Pues bien, la reseñada fundamentación de las resoluciones judiciales impugnadas en amparo prescinde de toda ponderación de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación del trabajador recurrente pudiera tener su pretensión de desempeñar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008 por motivos familiares, y, en su caso, las dificultades que esta pretensión del trabajador pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma.

El hecho de que los órganos judiciales no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el art. 39.3 CE, del asunto planteado, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra las resoluciones judiciales recurridas en amparo «no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable 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» (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; 92/2005, de 18 de abril, FJ 5; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 6).

Conforme ya indicamos, la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Ello obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. En relación con las circunstancias familiares concurrentes, conforme a los datos obrantes en las actuaciones, resultaba necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Asimismo era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos fijo (diurno) y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por éste sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones.

En definitiva, la decisión de los órganos judiciales de validar la negativa de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León a reconocer al trabajador recurrente la concreta asignación de horario nocturno solicitada sin analizar hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para lograr la efectiva participación de aquél en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, ni cuáles fueran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo en el que presta servicios, nos lleva a concluir que no ha sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental del recurrente a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE).

**7.** Cuanto ha quedado expuesto conduce al otorgamiento del amparo. Ahora bien, teniendo en cuenta que el trabajador recurrente acudió ante la jurisdicción laboral en demanda de reconocimiento del derecho a realizar su jornada en horario nocturno, para restablecer al recurrente en la efectividad de su derecho será necesario, con anulación de las resoluciones judiciales impugnadas, reponer las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia dicte, con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

## **FALLO**

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Germán Higuelmo Pérez y, en consecuencia:

1.º Reconocer su derecho fundamental a la no discriminación por razón de sus circunstancias familiares (art. 14 CE).

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia de 15 de febrero de 2008, dictada en los autos núm. 529-2007, así como de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 9 de julio de 2008, que desestima el recurso de suplicación núm. 660-2008, y del Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009, que inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2888-2008.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al dictado de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia de 15 de febrero de 2008, a fin de que por este órgano judicial se dicte, con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

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

Dada en Madrid, a catorce de marzo de dos mil once. Pascual Sala Sánchez. Javier Delgado Barrio. Manuel Aragón Reyes. Pablo Pérez Tremps. Adela Asua Batarrita. Firmado y rubricado.

*VOTO PARTICULAR Que formula el Magistrado don PABLO PÉREZ TREMPs a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 9145-2009.*

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros de la Sala debo manifestar mi discrepancia con parte de la fundamentación de la Sentencia, discrepancia que se proyecta sobre el fallo de la misma.

1. Con carácter previo, estimo que procede hacer alguna reflexión sobre la naturaleza del presente recurso de amparo que pudiera tener consecuencias, al menos procesales, sobre el alcance del mismo.

La LOTC dispone que el recurso de amparo constitucional protege frente a las vulneraciones de derechos fundamentales originadas por «las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes» (art. 41.2). A partir de ello, la propia LOTC regula tres vías de acceso a la jurisdicción de amparo en sus arts. 42, 43 y 44, dependiendo de cuál sea la naturaleza legislativa, administrativa o judicial, respectivamente, del acto al que se imputa la lesión.

El presente recurso invocaba que el rechazo por parte de la Residencia de Educación Especial de Palencia, perteneciente a la Junta de Castilla y León, de la pretensión del recurrente de realizar su jornada laboral en el turno de noche supuso una discriminación sexual (art. 14 CE). La naturaleza del ente al que se atribuía esa lesión no cabe duda de que es jurídico-pública. Sin embargo es también cierto que se trata de una decisión de la Administración adoptada en el ámbito del Derecho privado dada la naturaleza de la relación laboral que unía al recurrente con la Junta de Castilla y León. Ahora bien, esa naturaleza de la relación jurídica no comporta, sin más, que estemos ante un acto denunciabile mediante el mecanismo del art. 44 LOTC, ya que no es ajeno a esta jurisdicción el tratamiento de estas vulneraciones como imputables a la Administración, en cuanto tal, aunque su conocimiento en la vía judicial previa, dadas las reglas procesales que organizan la jurisdicción ordinaria, haya correspondido al orden laboral y no al orden contencioso-administrativo (STC 168/2006, de 5 de junio, FJ 3, por ejemplo). Ciertamente, sea cual sea la naturaleza jurídica del acto donde se sitúa el origen de la lesión, en todo caso se verá sometido a la vigencia de la Constitución y, con ello, de los derechos fundamentales (arts. 9.º 1 y 53.1 CE), aunque esa naturaleza jurídica pueda no ser irrelevante para determinar el alcance del derecho fundamental ni, sobre todo, para la imputación procesal de la lesión, que, en un caso, comportará como sujeto pasivo a la propia Administración (art. 43 LOTC) y, en el otro, a los órganos judiciales que revisaron el correspondiente acto (art. 44 LOTC) dada la arraigada construcción de considerar mediata la lesión del particular en este segundo supuesto (STC 112/2010, de 16 de noviembre, entre otra muchas). La consecuencia más clara de dicha consideración es la repercusión procesal que ello tiene, pues en el primer caso la sentencia estimatoria conduciría a declarar la nulidad del acto administrativo, retro trayendo hasta la emisión del mismo, y, en el otro, al momento de la decisión judicial, como en la presente Sentencia hace el fallo.

Advertida esta cuestión, no procede extenderse más al respecto, ya que de todas maneras, como he adelantado, la discrepancia que aquí sostengo alcanza a la *ratio decidendi* de la Sentencia y, con ello, a su fallo, que entiendo que debería haber sido desestimatorio por las razones que a continuación se exponen.

2. Mi principal discrepancia con la posición sostenida por la mayoría es la delimitación del derecho fundamental implicado en las resoluciones judiciales impugnadas. Estoy de acuerdo con la mayoría en que no puede existir lesión sobre el derecho invocado, discriminación por razón de sexo, ya que la denegación al recurrente de que fuera adscrito al horario nocturno no se fundamentaba en su condición de varón. Ahora bien, plantea muchas dudas la conclusión de que la decisión impugnada, en la medida en que pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral del recurrente, es susceptible de ser analizada desde la perspectiva del derecho a la no discriminación pero en relación con las «circunstancias familiares».

Es preciso destacar que ésta es la primera ocasión en que el Tribunal utiliza como categoría discriminatoria las circunstancias familiares. La determinación de una nueva categoría discriminatoria distinta de las expresamente recogidas en el art. 14 CE, tal como ha reiterado este Tribunal, exige que se identifique la existencia del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que hayan situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (por todas, STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4). Pues bien, en el presente caso, la circunstancia de tener dos hijos de corta edad no parece que históricamente haya supuesto una diferenciación que haya colocado a un sector de la población, los hombres, en una situación contraria a la dignidad de la persona que permita identificarla como una categoría discriminatoria en el sentido del art. 14 CE. En realidad, tal como denunció el recurrente y parece reconocerse implícitamente por la propia posición de la mayoría, que cita en su favor la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010, éste sería un supuesto, en su caso, de discriminación indirecta de la mujer, dado que se trata de una medida que contribuiría a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, en el que la función de protección y cuidado de la familia recae principalmente en la mujer. Cuestión distinta es que esta perspectiva tenga que quedar al margen del análisis al no ser un derecho propio del recurrente sino de su esposa, aunque no quepa descartar tampoco un interés legítimo del recurrente para su defensa [art. 162.1 b) CE].

3. Mi segunda discrepancia se dirige a la conclusión alcanzada por la mayoría sobre la inexistencia de una debida ponderación de las circunstancias personales del recurrente tanto en vía administrativa como en vía judicial.

Tal como aparece acreditado en las actuaciones y ha sido recogido en los antecedentes fácticos, la Junta de Castilla y León realizó una primera ponderación, explicando que no existía para el curso escolar 2007/2008, y según el calendario pactado con el personal, ningún turno de ayudante técnico educativo con horario nocturno, de lo que derivaba la imposibilidad de su adjudicación. Igualmente también se realizó una ponderación por parte del Juzgado de lo Social, que volvía a insistir en que el turno fijo de noche no existía dentro del centro y de la categoría a la que pertenecía el recurrente por no haber conformidad entre los trabajadores, por ser una mayoría los que tenían interés en realizar el turno en horario nocturno. Además, el órgano judicial, en contestación directa al argumento del recurrente sobre la necesidad de conciliación de su vida laboral con el cuidado de los dos hijos menores, puso de manifiesto que el recurrente había optado por el horario rotatorio, en turnos de mañana, tarde y noche, a pesar de haber podido optar por el denominado horario «escolar», coincidente prácticamente en cuanto a su duración con el horario en que habitualmente los menores se encuentran en los centros educativos. Esto es, tanto en vía administrativa como en vía judicial aparece una justificación suficiente, concretada en que se ha hecho aplicación del contenido de una medida adoptada en ejecución del convenio, y en la que la perspectiva de las cargas familiares y la efectiva posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral fue valorada, aunque no de la manera pretendida por el recurrente, tomando en consideración aspectos e intereses legítimos que ya la doctrina de este Tribunal ha considerado que también es preciso valorar, como son las exigencias organizativas (por todas, STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 6) y la eventual repercusión de la decisión en las expectativas de conciliación familiar y laboral de los otros trabajadores.

Por tanto, considero que, aplicando la doctrina patrocinada por la posición mayoritaria, debería haberse desestimado el recurso de amparo, pues si se imputa la lesión a los órganos judiciales, éstos han hecho suyo, reforzándolo, el razonamiento de la Administración empleadora, que, como se ha visto, es no sólo razonable, sino incluso respetuoso con las obligaciones familiares, intentando conciliar de la mejor forma posible para todos esas obligaciones y la organización del trabajo, al establecer tres turnos horarios, posibilitando la adscripción voluntaria no solo a un régimen de rotación, sino a un turno fijo en horario escolar coincidente con el horario en el que habitualmente los menores se encuentran en los centros educativos, para facilitar de ese modo la conciliación de la vida profesional con la familiar en caso de menores escolarizados.

4. Por último, es preciso llamar la atención sobre un aspecto que, en cierta medida, ya estaba presente en el Voto particular que formulé al ATC 1/2009, de 12 de enero: las dificultades que comporta para los órganos judiciales la ejecución de un fallo de estas características, porque parece reclamarles un excesivo intervencionismo que puede desembocar, en ciertos casos, en algo cercano al activismo judicial. En efecto, en

este tipo de fallos, al órgano judicial no sólo se le obliga a ponderar -lo cual, como ya he expuesto, fue convenientemente hecho- sino a intervenir con su voluntad en las previsiones normativas, convencionales o contractuales existentes, tomando decisiones en materia organizativa que deben estar al margen de su actuación jurisdiccional, que ha de limitarse a un control externo de esas previsiones.

Madrid, a quince de marzo de dos mil once. Pablo Pérez Tremps. Firmado y rubricado.

RTSS. CEF