|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 1/2009 |
| Fecha | de 12 de enero de 2009 |
| Sala | Sala Primera |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 6715-2003 |
| Asunto | Recurso de amparo 6715-2003 |
| Fallo | Estimar el incidente de ejecución promovido por doña Raquel García Mateos y, entendiendo inadecuadamente ejecutada nuestra STC 3/2007, de 15 de enero, anular la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 6 de septiembre de 2007, dictada enautos 537-2003. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado el día 28 de noviembre de 2007 el Procurador de los Tribunales don Roberto Granizo Palomeque, actuando en nombre y representación de doña Raquel García Mateos, presentó recurso de amparo constitucional (núm. 9167-2007) contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 6 de septiembre de 2007, dictada en autos 537-2003, que desestimó la demanda interpuesta por doña Raquel García Mateos contra la empresa Alcampo, SA., en materia de reducción de jornada por guarda legal de un hijo menor de seis años.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda son, en síntesis, los siguientes:

a) La demandante de amparo prestaba servicios profesionales de carácter fijo para la empresa Alcampo, S.A., con categoría profesional de cajera-dependienta, desarrollando su jornada de trabajo en turnos rotativos de mañana y tarde, de lunes a sábado, de 10 a 16 horas y de 16 a 22:15 horas.

b) En fecha 26 de febrero de 2003 solicitó a la empresa la reducción de su jornada de trabajo, por guarda legal de un hijo menor de seis años, al amparo de lo dispuesto en el art. 37.5 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET). El horario reducido que solicitó fue el de tarde, de 16:00 a 21:15 horas, de lunes a miércoles.

c) Mediante carta de 21 de marzo la empresa comunicó a la trabajadora su negativa a la reducción solicitada, señalando que el horario reducido a aplicar debía desarrollarse en turnos rotativos de mañana y tarde y de lunes a sábado.

d) Tras el preceptivo intento de conciliación, celebrado sin avenencia, la trabajadora presentó demanda bajo la modalidad procesal de concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal (art. 138 bis de la Ley de procedimiento laboral: LPL), cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, que dictó Sentencia el 25 de septiembre desestimatoria de la pretensión actora. La Sentencia, tras exponer los antecedentes del caso y las posiciones de las partes, recuerda la doctrina establecida por otra Sentencia anterior del mismo Juzgado dictada el 24 de octubre de 2002 en demanda promovida contra la misma parte demandada y, al igual que en aquélla, concluye que la solicitud de reducción de jornada no se atiene a los límites imperativamente establecidos en el art. 37 LET, dado que en una interpretación lógica de aquél debe entenderse que la jornada reducida solicitada debe estar comprendida dentro de los límites de la jornada ordinaria realizada, mientras que en la solicitud presentada se excluyen, por una parte, varios de los días laborables de trabajo (desde el jueves al sábado) y de otra se suprime por completo el turno de mañana, de manera que lo que se plantea no es meramente una reducción de la jornada sino una modificación de la misma.

e) Contra la anterior resolución interpuso la demandante recurso de amparo constitucional ante este Tribunal. El recurso fue estimado por Sentencia 3/2007, de 15 de enero, reconociendo el derecho de la demandante a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), anulando la Sentencia del Juzgado de lo Social y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que por el órgano judicial se dictase, con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

La Sentencia comienza por afirmar que no corresponde al Tribunal la determinación de qué interpretación haya de darse a la expresión “dentro de su jornada ordinaria” utilizada en el primer párrafo del apartado 6 del art. 37 LET para definir los límites dentro de los cuales debe operar la concreción horaria de la reducción de jornada a aplicar, cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE), y ni siquiera determinar si la concreta reducción de jornada solicitada por la demandante de amparo se enmarca o no dentro de dichos límites y debe entenderse o no, en consecuencia, amparada por su derecho a la reducción de jornada. Sin embargo, sí le corresponde valorar desde la perspectiva constitucional, y a la vista del derecho fundamental invocado, la razón o argumento en virtud del cual la Sentencia impugnada niega al solicitante de amparo el derecho a la reducción de jornada solicitada, toda vez 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 la resolución judicial impugnada, porque es perfectamente posible que se den resoluciones judiciales que no infrinjan el derecho proclamado en el art. 24.1 CE, por contener una fundamentación que exprese razones —de hecho y de Derecho— por las que el órgano judicial adopte una determinada decisión, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de derechos fundamentales como los aquí en juego, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de la decisión adoptada.

A partir de estas consideraciones, afirma el Tribunal 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 reducción de su jornada por guarda legal, o indebidamente restrictivas del mismo, de manera 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 en juego. Los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino 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.

Sentado todo lo anterior, en el fundamento jurídico 6 de la Sentencia señala el Tribunal lo siguiente:

“6. En el asunto ahora sometido a nuestra consideración el órgano judicial ha denegado la reducción de jornada solicitada por la trabajadora, convalidando la previa decisión denegatoria de la empresa, con base a consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que efectúa de la expresión ‘dentro de su jornada ordinaria’ utilizada por el apartado 6 del art. 37 LET al referirse a la decisión de la trabajadora respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada. A juicio del órgano judicial, la jornada reducida propuesta por la trabajadora no se ajustaba a los límites establecidos en el citado precepto, al pretenderse el establecimiento de una jornada a desarrollar exclusivamente de lunes a miércoles y en horario de tarde, siendo así que la jornada ordinaria de la trabajadora se desarrollaba de lunes a sábados y en turnos rotativos de mañana y tarde.

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 su ejercicio del derecho a la reducción de 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.

El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba, 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 la Sentencia recurrida 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; y 92/2005, de 18 de abril, FJ 5).

La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas 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 (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras 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. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego.

Dado que esta valoración de las circunstancias concretas no se ha realizado, debemos concluir que no ha sido debidamente tutelado por el órgano judicial el derecho fundamental de la trabajadora. La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran 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 nuestra doctrina”.

f) Devueltas las actuaciones al Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid se procedió por éste a dictar nueva Sentencia, de fecha 6 de septiembre de 2007, en la que nuevamente desestimó la demanda interpuesta por la trabajadora y absolvió a la empresa Alcampo, SA., de sus pretensiones.

En su Sentencia el Juez de lo Social, tras efectuar una síntesis de la doctrina establecida en la STC 3/2007, reflexiona en términos críticos sobre su contenido. Señala, así, la paradoja que a su juicio suscita el hecho de que la proscripción de una discriminación indirecta de la mujer pueda dar origen a una discriminación directa del varón, al no disponer éste de un mismo derecho a obtener una reducción de jornada al margen de los límites de su jornada ordinaria. Cuestiona, en segundo lugar, que las medidas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida familiar con la vida profesional de los trabajadores, tales como la contenida en el art. 37 LET, respondan a una finalidad de protección del principio de igualdad de la mujer en el mantenimiento del empleo. Señala, finalmente, que la Sentencia sugiere incómodas reflexiones sobre los efectos que esa especial protección puede llegar a tener, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas, llevando a consideraciones poco optimistas sobre las consecuencias prácticas que la misma puede llegar a tener en relación con la actitud que el empresario adopte a la hora de efectuar nuevas contrataciones, de forma que una filosofía cargada de buenas intenciones en la protección de los derechos a la igualdad y a la no discriminación de la mujer en el mundo del trabajo pudiera propiciar una actitud en el ámbito empresarial reticente a la contratación de mujeres.

Expuesto lo anterior y afirmando la necesidad de asumir la doctrina constitucional expuesta, señala el Juez de lo Social que la STC 3/2007 le obliga a tomar en consideración las circunstancias concretas del caso, para, en función de las mismas, ponderar en qué medida sea o no atentatoria contra el derecho a la no discriminación de la mujer en materia laboral la denegación de la concreta reducción solicitada, circunstancias concretas que se refieren, no sólo a la situación de la mujer, sino también a las posibilidades organizativas de la empresa. Ello implica, añade la Sentencia, atribuir a cada parte la carga de la prueba de aquellas circunstancias que favorecen su posición en el proceso, de modo que si la empresa debe demostrar la realidad de sus dificultades organizativas, la trabajadora debe demostrar la presencia de factores que determinen la necesidad de aplicar la medida que se debate.

Fijados así los términos de la ponderación a la que entiende le obliga la STC 3/2007, considera el órgano judicial acreditado, en primer lugar, que los viernes y sábados son los días de mayor afluencia de público y de mayor volumen de ventas, lo que implica, en última instancia, una necesidad de mayor aportación de la plantilla laboral de la empresa. Frente a ello, entiende que la trabajadora no ha demostrado circunstancia alguna que pueda ser ponderada en los términos expuestos en la doctrina constitucional examinada, pues la carta transcrita en el hecho cuarto de la demanda no tiene más trascendencia que la de contener meras manifestaciones de parte, respecto de las cuales la trabajadora no ha intentado siquiera hacer prueba en el acto del juicio, lo que le lleva a concluir que no constan razones que aconsejen separarse de la regulación legal del derecho ofrecida por los apartados 5 y 6 del art. 37 LET. En tales circunstancias entiende que recobran su valor los argumentos ofrecidos en la Sentencia anulada, por lo que en el fundamento de derecho tercero procede a reproducir, con alguna actualización legal y jurisprudencial, el contenido íntegro de la fundamentación jurídica de la Sentencia de 25 de septiembre de 2003, anulada por este Tribunal.

3. En su demanda de amparo la demandante entiende que la resolución recurrida vulnera el art. 14 CE, que reconoce el derecho a la no discriminación por razón de sexo, y el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. La Sentencia, además de poder considerarse inmotivada, arbitraria o irrazonable, en la medida en que demuestra una clara resistencia y cuestionamiento hacia la doctrina constitucional, vuelve a vulnerar el derecho a la no discriminación de la trabajadora, al efectuar una ponderación meramente aparente o formalista, haciendo en realidad prevalecer el interés empresarial sobre el interés, evidente, de la trabajadora.

4. Por providencia de 6 de marzo de 2008 la Sección Tercera de este Tribunal, visto el contenido de la demanda de amparo y entendiendo que en la misma no se planteaba una nueva cuestión, sino la disconformidad con la manera en que el Juzgado de lo Social había ejecutado la STC 3/2007, dictada por la Sala Primera, acordó su remisión a dicha Sala para ser tramitada como incidente de ejecución de la indicada Sentencia.

5. Por providencia de 21 de mayo de 2008 la Sala Primera acordó tener por promovido incidente de ejecución de la Sentencia dictada por este Tribunal y, de conformidad con lo prevenido en el art. 88 LOTC, requerir atentamente al Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid para que, en el plazo de diez días, remitiera testimonio de las actuaciones realizadas en el incidente de ejecución de la referida Sentencia de este Tribunal, en los autos 537-2003.

6. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 13 de octubre de 2008 se tuvieron por recibidas las actuaciones solicitadas al Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, dándose vista de las mismas por un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

7. Mediante escrito registrado el día 29 de octubre de 2008 el Procurador de los Tribunales don Roberto Granizo Palomeque, actuando en nombre y representación de doña Raquel García Mateos, presentó sus alegaciones, reiterando los argumentos ya contenidos en la demanda de amparo que dio lugar al presente incidente de ejecución y que han quedado recogidos en el antecedente 3. Junto a ello, señala que el hijo de la demandante tiene ya más de seis años, de manera que ya no resulta posible disfrutar del derecho a la reducción de jornada por guarda legal en su día reclamado, interesando, por ello, que se fije, en aplicación de lo dispuesto en el art. 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), la indemnización sustitutoria correspondiente, que cifra en la cantidad de 40.986 €, teniendo como base la cifra de la sanción económica que fija el art. 40.1 de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social en relación a la tipificación contenida en el art. 8.12 de la misma Ley. Solicita, por todo ello, que se dicte resolución por la que se anule la Sentencia de 6 de septiembre de 2007 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, por contravenir la STC 3/2007, reconociéndose el derecho de la demandante a disfrutar de la reducción de jornada solicitada y, como quiera que el hijo ha cumplido ya sobradamente los seis años, fijándose la indemnización alternativa que compense el daño moral sufrido por la demandante en la cuantía señalada, que deberá ser abonada por la empresa Alcampo, SA.

8. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 10 de noviembre de 2008 en el que considera que el Juzgado de lo Social ha dado correcto cumplimiento a lo decidido en el recurso de amparo del que éste incidente dimana.

Tras recoger los antecedentes del asunto considerado y reflejar el contenido de la STC 3/2007 sobre cuya ejecución se discute y de la Sentencia del Juzgado de lo Social recurrida, comienza por señalar el Fiscal que las consideraciones discrepantes con la Sentencia del Tribunal Constitucional que se exponen por el Juez de lo Social en la fundamentación jurídica de la Sentencia recurrida sólo parecen tener carácter de obiter dictum, en cuanto no constituyen antecedente o anticipación alguna del contenido del fallo, pues, entendidas en su conjunto, no son más que una mera expansión en el ámbito de un debate jurídico de carácter teórico, que, por ello, no se erige en razón de lo finalmente resuelto, dado que, a continuación, se reconoce y asume el obligado cumplimiento de lo decidido por el Tribunal.

Partiendo de la necesidad de analizar qué sea exactamente lo decidido en la STC 3/2007, entiende el Fiscal que, en su criterio, lo efectivamente resuelto en la misma no sería la obligación por parte del Juez de lo Social de interpretar el precepto de legalidad ordinaria conforme a un parámetro constitucional, pues si al Tribunal le resulta indiferente lo que haya de ser “la jornada ordinaria” resultará ontológicamente imposible precisar cual sea el entendimiento “constitucionalizado” de dicha “jornada ordinaria”. Además, la interpretación del precepto legal más favorable al derecho fundamental no tendría porqué confundirse con la automática aceptación de la reducción de jornada propuesta por la trabajadora, pues en tal caso, tratándose de un derecho fundamental de carácter sustantivo, de haber advertido el propio Tribunal una lesión del mismo por no aceptar el Juez de lo Social la concreta proposición de jornada laboral ofrecida por la trabajadora, habría concedido el amparo anulando la Sentencia y declarando directamente —sin retroacción de actuaciones— la lesión del derecho fundamental y el reconocimiento de la reducción de jornada solicitada, como acontece cuando se declara, por ejemplo, la nulidad de un despido disciplinario.

Por todo ello, entiende que lo resuelto es meramente la obligada ponderación de las circunstancias concurrentes, tal y como se recoge en el párrafo cuarto del FJ 6 de la Sentencia. Siendo ello así, no puede sostenerse que el Juzgador se haya apartado de lo resuelto en la STC 3/2007, salvo que se considere exigible que, sin necesidad de prueba, se debieran haber valorado los “pros” y los “contras” de la jornada solicitada para la vida familiar. En otro caso ese incumplimiento no existiría, pues con “plenitud de jurisdicción” el Juez ha procedido a valorar las circunstancias de la trabajadora y de la empresa, concluyendo que la trabajadora no había acreditado impedimento concreto alguno que se opusiera a su jornada a turnos de lunes a sábado, mientras que la empresa había acreditado la realidad de la mayor afluencia de público los viernes y los sábados, así como la sobrecarga para el resto de la plantilla en caso de prescindirse del trabajo a turnos de la ahora recurrente.

9. No se han presentado alegaciones en este incidente por parte de la representación procesal de la empresa Alcampo, SA., parte personada en el recurso de amparo núm. 6715-2003.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. A través de la presentación de una demanda de amparo que la Sección Tercera de este Tribunal acordó elevar a la Sala Primera para su tramitación, de conformidad con el art. 92 LOTC, como incidente de ejecución de nuestra STC 3/2007, de 15 de enero, según se ha hecho constar en los antecedentes, la recurrente impugna la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 6 de septiembre de 2007, dictada en autos núm. 537-2003, a la que imputa la vulneración de sus derechos a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

A juicio de la recurrente, dicha Sentencia, además de poder considerarse inmotivada, arbitraria o irrazonable, en la medida en que demuestra una clara resistencia y cuestionamiento hacia la doctrina constitucional establecida en la STC 3/2007, vuelve a vulnerar el derecho a la no discriminación de la trabajadora, al efectuar una ponderación meramente aparente o formalista de las circunstancias concurrentes en la solicitud de reducción de jornada por guarda legal planteada, haciendo prevalecer el interés empresarial sobre el de la trabajadora. En el posterior trámite de alegaciones, tras señalar que la concesión de la reducción de jornada solicitada no resulta ya posible, por haber cumplido su hijo la edad máxima establecida en la regulación vigente en el momento de su solicitud, pide que se sustituya dicha pretensión por la de indemnización del daño moral causado por su denegación.

El Ministerio Fiscal considera, por el contrario, que el Juez de lo Social ha dado en la resolución recurrida correcto cumplimiento a lo decidido en el recurso de amparo del que este incidente dimana, al haber procedido a valorar las circunstancias de la trabajadora y de la empresa, concluyendo que la trabajadora no había acreditado impedimento concreto alguno que se opusiera a su jornada a turnos de lunes a sábado, mientras que la empresa había acreditado la realidad de la mayor afluencia de público los viernes y los sábados, así como la sobrecarga para el resto de la plantilla en caso de prescindirse del trabajo a turnos de la recurrente.

2. Este Tribunal Constitucional ha proclamado en numerosas ocasiones que el derecho a la ejecución de las Sentencias firmes en sus propios términos y el respeto a esa firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas se predica, no sólo de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales, sino también de las propias Sentencias de este Tribunal Constitucional. Dicha garantía deriva en este ámbito tanto de la virtualidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), del que no puede obviamente quedar excluida nuestra propia jurisdicción, como de lo dispuesto al efecto en el art. 87.1 LOTC (así, en cuanto a Sentencias dictadas en recursos de amparo, como es aquí el caso, SSTC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 2; y 153/2004, de 20 de septiembre, FFJJ 1 y 3; AATC 151/2001, de 13 de junio, FJ 7; 459/2007, de 17 de diciembre, FJ 2; y 90/2008, de 14 de abril, FJ 2). Por lo demás, la vinculación de los poderes públicos a nuestras Sentencias se extiende tanto al fallo como a su fundamentación jurídica (SSTC 158/2004, de 21 de septiembre, FJ 4; 302/2005, de 21 de noviembre, FJ 6; ATC 273/2006, de 17 de julio, FJ 4).

Consecuentemente, y tratándose de recursos de amparo, la inejecución por los Tribunales ordinarios de nuestras Sentencias acarrea no sólo la vulneración de la garantía a la ejecución e intangibilidad de nuestras decisiones, sino también la del derecho fundamental cuyo reconocimiento y restitución habían sido acordados por este Tribunal en el fallo correspondiente (AATC 79/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 273/2006, de 17 de julio, FJ 4).

En orden al cumplimiento del mencionado derecho a la ejecución e intangibilidad de nuestras decisiones por los Tribunales de justicia hemos señalado que “en algunas ocasiones el cumplimiento por el órgano judicial de una Sentencia de este Tribunal puede requerir una interpretación del alcance de la misma, a fin de dar un cabal cumplimiento a lo resuelto en ella y adoptar, en consecuencia, las medidas pertinentes para hacer efectivo el derecho fundamental reconocido frente a la violación de la que fue objeto. Pero semejante consideración y aplicación por el órgano judicial no puede llevar, sin embargo, como es claro, ni a contrariar lo establecido en ella ni a dictar resoluciones que menoscaben la eficacia de la situación jurídica subjetiva allí declarada” (STC 302/2005, de 21 de noviembre, FJ 6; en similares términos SSTC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 3; 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 6; 153/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; AATC 134/1992, de 25 de mayo, FJ 2; 273/2006, de 17 de julio, FJ 4).

Lo que ha de examinarse al cotejar el contenido de nuestra Sentencia con la resolución jurisdiccional dictada en su ejecución no es tanto, ni necesariamente, la estricta correspondencia literal de los términos entre ambas, sino que la resolución judicial posterior no incurra en alguna de estas dos situaciones proscritas por nuestra jurisprudencia (pronunciamiento contrario a nuestra decisión o intento de menoscabar la eficacia —jurídica o material— de lo que hemos resuelto y mandado).

3. Como se desprende de lo señalado, el ámbito de conocimiento del incidente de ejecución previsto en el art. 92 LOTC “se circunscribe exclusivamente a determinar si la Sentencia del Tribunal Constitucional dictada con ocasión de un recurso de amparo ha sido correctamente ejecutada, sin que, en modo alguno, pueda extenderse a cualesquiera otras pretensiones mantenidas por la parte recurrente ante la jurisdicción ordinaria” (AATC 52/2004, de 23 de febrero, FJ 2; y 323/2008, de 20 de octubre, FJ 2).

Por consiguiente, no corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la pretensión de reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios, sustitutoria de la reducción de jornada solicitada, cuyo disfrute —se aduce— ha devenido imposible al haber cumplido el hijo la edad máxima prevista por la Ley para el reconocimiento de dicho derecho, pretensión que, no sólo es ajena al contenido del fallo dictado en su día por este Tribunal, sino que ni siquiera ha sido previamente planteada por la demandante ante la jurisdicción ordinaria.

Tampoco forma parte del objeto de este incidente de ejecución el análisis de las consideraciones marcadamente críticas efectuadas por el Juez de lo Social en su Sentencia respecto de la doctrina establecida por este Tribunal en la STC 3/2007, salvo en la medida en que puedan resultar condicionantes del fallo, cuestión sobre la que luego se volverá. No obstante, a la vista de las mismas parece preciso volver a recordar que, como señalábamos recientemente en nuestra STC 92/2008, de 21 de julio (FJ 8), a este Tribunal le corresponde, en el ejercicio de la función constitucional que le es propia, interpretar la constitucionalidad de la Ley en todo tipo de procesos de que conoce, juicio de constitucionalidad que, con autoridad suprema, le está reservado, al igual que la delimitación de su propia jurisdicción y la fijación de los límites entre la constitucionalidad y la legalidad. Como supremo intérprete de la Constitución (art. 1 LOTC), el examen o enjuiciamiento de las decisiones adoptadas por este Tribunal es materia vedada, por principio, a la jurisdicción ordinaria, por lo que consideraciones como las vertidas en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, no tienen cabida en una decisión de carácter jurisdiccional como la considerada.

4. En la STC 3/2007, de 15 de enero, este Tribunal, estimando el recurso de amparo núm. 6715-2003 presentado por doña Raquel García Mateos, reconoció el derecho de la demandante a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y anuló la Sentencia de 25 de septiembre de 2003 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid que lo había vulnerado, ordenando retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que el órgano judicial procediera a dictar, con plenitud de jurisdicción, una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

En su Sentencia este Tribunal, tras afirmar la posibilidad de afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo como consecuencia de una decisión contraria al ejercicio del derecho de la mujer trabajadora a la reducción de su jornada por guarda legal, o indebidamente restrictiva del mismo, señaló la necesidad de que los órganos judiciales aborden la resolución de los litigios correspondientes sin ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada, debiendo efectuar un análisis que atienda a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho, de acuerdo con los intereses y valores familiares a que responde. Señalado lo anterior, la Sentencia reprochó al órgano judicial de instancia el haber denegado la solicitud de la trabajadora con base en consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación efectuada de la expresión “dentro de su jornada ordinaria” contenida en el art. 37.6 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), prescindiendo 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 su ejercicio del derecho a la reducción de 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. Afirmamos, en tal sentido, que la dimensión constitucional de la medida de reducción de jornada por motivos familiares contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET había de prevalecer y servir de orientación ante cualquier duda interpretativa, contribuyendo a ello el propio texto del precepto legal, al no contener ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establecer si en su determinación debían prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, posibilitando, con ello, una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego. Concluimos, por todo ello, que la negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento podía causar a la empresa, se erigía como un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilización de su vida profesional con su vida familiar y, en tal sentido, constituía una discriminación indirecta por razón de sexo.

Producida la retroacción de las actuaciones el órgano judicial, sin efectuar ningún otro trámite procesal, procedió a dictar nueva Sentencia, desestimando nuevamente la solicitud de la trabajadora y absolviendo a la empresa demandada. Para ello, tras las consideraciones críticas a las que nos hemos referido en el fundamento jurídico anterior y que han quedado sucintamente recogidas en los antecedentes, el Juez de lo Social parte de la necesidad declarada en la Sentencia de este Tribunal de efectuar una ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso, relativas tanto a la situación de la trabajadora como a las dificultades organizativas de la empresa, lo que a su juicio implica la atribución a cada parte de la carga de la prueba de aquellas circunstancias que favorezcan su posición en el proceso, resultando de ello que por parte de la trabajadora no se había acreditado circunstancia alguna que pudiera ser ponderada en los términos expuestos en la doctrina constitucional examinada, frente a la actividad probatoria desarrollada por la empresa demostrativa de que los viernes y sábados eran los días de mayor afluencia de público y de mayor volumen de ventas, lo que determinaba una necesidad de mayor aportación de la plantilla laboral de la empresa. Concluye, por ello, que no concurren razones que aconsejaran separarse de la regulación legal del derecho ofrecida por el precepto legal, por lo que procedía reiterar íntegramente la fundamentación jurídica de la previa Sentencia de 25 de septiembre de 2003, anulada por este Tribunal.

5. Para analizar el modo en que la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 6 de septiembre de 2007 da cumplimiento al fallo de nuestra STC 3/2007 debemos, de conformidad con el contenido de dicha resolución, efectuar una doble valoración. En primer lugar, determinar cuál haya sido el entendimiento alcanzado por el Juez de lo Social del contenido de nuestra Sentencia, en lo referido al mandato que, para su ejecución, se dirige al mismo, esto es, el dictar nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo reconocido; en segundo lugar, analizar la forma en que el Juez de lo Social ha procedido al cumplimiento de lo resuelto.

En relación con lo primero hemos de efectuar una consideración, que será en gran medida determinante de la conclusión que habremos de alcanzar en el presente Auto. Como ha quedado reseñado, la STC 3/2007 impone básicamente al órgano judicial la obligación de interpretar el art. 37 LET teniendo en cuenta la relevancia constitucional de la institución jurídica contemplada en el precepto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora. Pues bien, el órgano judicial en la Sentencia ahora analizada no sólo no efectúa la interpretación del precepto legal a la luz del derecho fundamental reconocido, sino que vuelve a negar, incluso, que tal derecho fundamental esté implicado. Resultan inequívocas, en este sentido, las consideraciones recogidas en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia, en su crítica a la Sentencia de este Tribunal, cuando afirma que la finalidad inmediata de los apartados 5 y 6 del art. 37 LET no es la protección del principio de igualdad de la mujer en el mantenimiento del empleo, sino la conciliación de la vida familiar con la profesional, deduciendo de ello que una mayor protección de la mujer en la aplicación de un precepto cuyo bien jurídico protegido es otro distinto, y común a ambos sexos, podría implicar una discriminación directa en perjuicio del otro sexo.

Este entendimiento de la institución contemplada en el art. 37 LET no sólo contradice de forma manifiesta la doctrina constitucional contenida en la STC 3/2007 sino que necesariamente impide, por lo que ahora interesa, la correcta ejecución del fallo, pues difícilmente puede interpretarse el art. 37 LET a la luz del derecho a la no discriminación por razón de sexo si se empieza por desconocer la afectación de tal derecho fundamental.

Pero es que, en segundo lugar, el Juez de lo Social no aprecia que deba efectuar una interpretación y aplicación del precepto legal que tenga en cuenta su dimensión constitucional, sino que entiende que lo que se le pide es que analice si existen razones para apartarse del contenido del precepto legal al resolver la pretensión planteada. Así, reiterando la interpretación expuesta en la Sentencia anulada sobre el significado de la expresión “dentro de su jornada ordinaria” contenida en el art. 37.6 LET, el Juez procede a efectuar lo que considera una ponderación de las circunstancias concurrentes, para concluir que “no constan razones que aconsejen separarse de la regulación legal del derecho”.

Pues bien, es claro que, si se parte de la existencia de una única interpretación posible del art. 37.6 LET y de que dicha interpretación, sea cual sea su alcance, carece de relevancia en orden a la tutela del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, difícilmente puede efectuarse una aplicación del precepto ponderada desde el reconocimiento del derecho fundamental, tal y como exige la ejecución de nuestra Sentencia. El precepto legal vuelve a ser interpretado por el órgano judicial con base en consideraciones de estricta legalidad, como ya se le reprochaba en aquélla, sin tener en cuenta su relevancia constitucional, acudiendo únicamente a la valoración de las circunstancias concurrentes como presupuesto de una pretendida solución del litigio al margen del precepto legal. El derecho constitucional a la no discriminación por razón de sexo —cuya relación con el precepto legal ha sido previamente rechazada por el órgano judicial— no se toma, así, en consideración, para efectuar una interpretación del precepto inspirada por el derecho fundamental, sino como elemento externo al mismo determinante, en su caso, de su inaplicación, como si ello resultara posible sin plantear, al mismo tiempo, la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

En tales condiciones, es patente que la ponderación pretendidamente efectuada por el órgano judicial a partir de dichas premisas en cumplimiento de nuestra STC 3/2007 no podría en ningún caso —aún correctamente realizada— conducir a un resultado distinto al alcanzado en la Sentencia anulada ni, en lo que aquí interesa, ofrecer un fundamento de la resolución respetuoso con el derecho fundamental vulnerado por aquélla, tal y como exige el fallo de nuestra Sentencia de amparo.

6. Pero además de lo anterior, y ya desde la perspectiva de la forma en que el órgano judicial ha procedido a la ejecución de lo que considera decidido por la Sentencia de este Tribunal, tiene razón la demandante de amparo cuando aduce que en la Sentencia del Juzgado de lo Social se ha efectuado una ponderación meramente aparente o formal de los intereses en presencia, que en realidad no toma en consideración la relevancia de las circunstancias concurrentes para la tutela del derecho fundamental de la trabajadora, desconociendo así el contenido de nuestro fallo.

En efecto, en orden a la necesaria ponderación de las circunstancias concurrentes el Juez de lo Social se limita a efectuar dos consideraciones, a partir de la —a su juicio— necesaria atribución a cada parte procesal de la carga de la prueba de aquellas circunstancias que favorezcan su posición en el proceso: desde la posición de la trabajadora, la de que no ha aportado al proceso prueba de ninguna circunstancia que pueda ser ponderada en los términos de la doctrina constitucional; desde la posición de la empresa, la de que ha quedado acreditado que los viernes y sábados son los días de mayor afluencia de público y de mayor volumen de ventas.

Sin embargo, ni esta manera de distribuir la carga de la prueba se deduce de nuestra Sentencia (ni de la regulación de la institución en el art. 37 LET), ni la forma de su valoración se corresponde con lo que ha constituido el objeto del debate procesal en la instancia, ni las convicciones que se alcanzan constituyen una conclusión razonable de la valoración de los hechos en que pretendidamente se fundan.

En relación con la distribución de la carga probatoria es de señalar que valorar las circunstancias concurrentes desde la perspectiva de la trabajadora no implica que ésta tenga que aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias específicas dentro de su esfera íntima, personal o familiar, que puedan justificar una forma determinada de proceder a la reducción de su jornada. Tal perspectiva de análisis es, por lo pronto, ajena a la regulación legal de la institución y, desde luego, a lo resuelto en nuestra Sentencia. Pero es que, además, no resulta razonable reprochar a la trabajadora que no haya llevado a cabo tal actividad probatoria cuando es lo cierto que las razones de su solicitud no han sido nunca cuestionadas en el proceso, habiéndose limitado el debate procesal a la cuestión estrictamente jurídica de determinar si la concreta forma de reducción de la jornada planteada podía entenderse o no amparada por la regulación legal. La empresa señaló en todo momento, tal y como recoge el Juez de lo Social en las dos Sentencias dictadas, que no negaba la existencia del derecho de la trabajadora y que reconocía la existencia de los presupuestos materiales necesarios para acceder a él, pero que entendía que el ejercicio del mismo que la trabajadora pretendía rebasaba los límites marcados por la Ley.

Por el contrario el Juez de lo Social omite toda valoración del elemento realmente relevante y objetivamente planteado en el proceso para ponderar las dificultades que la denegación de la jornada solicitada suscitaba desde la perspectiva de la efectividad del derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal y, consiguientemente, del derecho a la no discriminación por razón de sexo, cual es la de las características concretas de la jornada de trabajo originaria, cuya reducción se pretendía. En efecto, parece un hecho evidente, no necesitado de una especial acreditación, que una jornada de trabajo distribuida de lunes a sábado en turnos rotativos de mañana y tarde es una jornada que plantea especiales dificultades a quien, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo a un menor de seis años. Dificultades aún mayores, si se admite la pretensión de la trabajadora —que nadie ha cuestionado— de reducir su jornada desde un punto de vista cuantitativo hasta un total de 15 horas y 45 minutos a la semana, jornada ésta cuya distribución a lo largo de seis días a la semana y en los indicados turnos rotativos de mañana y tarde no puede sino generar unas dificultades adicionales que el órgano judicial no puede ignorar, no sólo, aunque esencialmente, por lo que ahora interesa, para la compatibilización de la vida laboral y familiar de la trabajadora.

En consecuencia, desde la perspectiva de la trabajadora el Juez de lo Social ha dejado de valorar los elementos objetivos que obraban en el proceso en orden a determinar la relevancia de la reducción de jornada solicitada para la efectividad de su derecho a la no discriminación por razón de sexo, valorando, por el contrario, la falta de prueba de otros elementos sobre los que en ningún caso se ha discutido.

Y desde la perspectiva de la empresa, cuyas eventuales dificultades para acceder a la reducción de jornada solicitada exige también nuestra Sentencia que sean ponderadas, es lo cierto que el Juez ha tomado en consideración —y, además, como elemento único y determinante del fallo dictado— un hecho que resulta manifiestamente insuficiente, si no irrelevante, para alcanzar la conclusión obtenida. En efecto, el mero hecho probado de que los viernes y sábados sean los días de la semana con mayor volumen de trabajo en la empresa demandada no permite obtener conclusión alguna sobre las dificultades que la solicitud de la trabajadora pueda plantear a la empresa, susceptibles de ser ponderadas en los términos de nuestra doctrina.

En primer lugar, porque tal hecho probado se refiere únicamente a uno de los dos aspectos controvertidos de la propuesta de la trabajadora, cual es la pretensión de reducir su jornada reduciendo no sólo el número de horas de trabajo al día sino, también, el número de días de trabajo a la semana, y nada indica sobre el otro elemento controvertido, esto es, la concentración de la jornada en un único turno fijo, elemento éste que es, precisamente, aquel en cuyo análisis de su adecuación al texto del art. 37.6 LET se centra básicamente la jurisprudencia que el propio Juez de lo Social cita en su Sentencia.

Pero es que, en segundo lugar, la existencia de un mayor volumen de trabajo los viernes y sábados constituye un hecho que no guarda necesariamente relación con las pretendidas dificultades que se derivarían de atender la petición de la trabajadora. No ya sólo porque nada indica sobre la magnitud de dichas dificultades o sobre la facilidad o dificultad de su superación, a fin de poder ponderarlas junto a las que ocasiona a la trabajadora la solución contraria, sino porque, a falta de mayores precisiones o especificaciones, ni siquiera permite establecer una relación directa entre el hecho y la solicitud, ni apreciar, por tanto, la existencia de dificultad alguna. Porque la existencia de un mayor volumen de trabajo en determinados días de la semana puede implicar, lógicamente, la exigencia de una mayor aportación de personal en los indicados días. Pero es lo cierto que la trabajadora no ha sido contratada para prestar servicios exclusiva o principalmente los viernes y sábados, para satisfacer esa exigencia de una mayor aportación de personal, sino que lo ha sido para prestar servicios todos los días laborables de la semana, de lunes a sábado, y con una jornada idéntica en todos ellos, por lo que, en principio, habrá que entender que su prestación laboral es igualmente necesaria en todos los días para los que ha sido contratada y que las necesidades de su sustitución o cobertura se presentarán del mismo modo cualquiera que sea el día de la semana afectado por el ejercicio de su derecho a la reducción de jornada. A salvo de que se demuestre que la trabajadora puede ser más fácilmente sustituida o suplida, o que su prestación de servicios resulta menos necesaria, en unos días que en otros, lo que en modo alguno puede deducirse del hecho probado.

7. En consecuencia, a través de una ponderación meramente aparente o formal de las circunstancias concurrentes, el Juez de lo Social ha obtenido una conclusión que no se corresponde con una valoración razonable de los elementos de convicción obrantes en el proceso, frustrándose con ello lo exigido en la Sentencia de este Tribunal en orden a determinar la relevancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora pudiera tener la concreta solicitud planteada, a partir de una interpretación de la institución orientada con base en su dimensión constitucional. De esta forma la Sentencia del Juzgado de lo Social ha impedido la efectividad de la Sentencia de este Tribunal, vulnerando nuevamente el derecho de la trabajadora a la no discriminación por razón de sexo para cuya efectividad se dictó.

Resultará procedente, por ello, estimar la presente solicitud, planteada inicialmente como demanda de amparo (núm. 9167-2007) y tramitada por este Tribunal como incidente de ejecución de la STC 3/2007, de 15 de enero, y, en su virtud, declarar incorrectamente ejecutada la misma y anular la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 6 de septiembre de 2007, dictada en autos 537-2003.

Dado que, según señala la demandante en su escrito de 29 de octubre de 2008, no resulta ya posible el disfrute del derecho a la reducción de jornada pretendido, al tener su hijo más de seis años, que era la edad máxima contemplada al efecto en la redacción del apartado 5 del art. 37 LET vigente en la fecha de la solicitud, no será necesario retrotraer las actuaciones para el dictado de una nueva resolución que ha perdido ya su objeto, no resultando tampoco posible la fijación en este trámite de la indemnización alternativa que la demandante solicita en el indicado escrito, de conformidad con lo señalado en el fundamento jurídico 3.

Por todo lo cual, la Sala

ACUERDA

Estimar el incidente de ejecución promovido por doña Raquel García Mateos y, entendiendo inadecuadamente ejecutada nuestra STC 3/2007, de 15 de enero, anular la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 6 de septiembre de 2007, dictada en

autos 537-2003.

Madrid, a doce de enero de dos mil nueve.

### Votos

1. Voto particular que formula el Magistrado don Pablo Pérez Tremps al Auto dictado en el incidente de ejecución del recurso de amparo núm. 6715-2003

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros de la Sala debo manifestar mi discrepancia con parte de la fundamentación del Auto, discrepancia que alcanza al fallo del mismo.

1. En primer lugar, debo destacar que comparto plenamente la posición de la mayoría en relación con las consideraciones efectuadas por el Juez de lo Social en su Sentencia sobre la doctrina establecida por este Tribunal en la STC 3/2007, toda vez que, efectivamente, el examen o enjuiciamiento de las decisiones adoptadas por este Tribunal, en tanto que supremo intérprete de la Constitución (art. 1 LOTC), es materia vedada, por principio, a la jurisdicción ordinaria.

2. Asimismo, comparto la procedencia de tramitar este asunto como incidente de ejecución de sentencia y no como un nuevo recurso de amparo.

3. Al margen de lo anterior, discrepo de la posición mayoritaria en cuanto a que no se haya dado correcto cumplimiento a lo decidido en el amparo que trae causa a este incidente de ejecución.

La STC 3/2007 otorgó el amparo por vulneración del art. 14 CE al considerar que la resolución judicial entonces impugnada prescindía 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 su ejercicio del derecho a la reducción de 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” (FJ 6), destacando que “[l]a negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran 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 nuestra doctrina” (FJ 6). Por tanto, la retroacción de actuaciones, lógicamente, tenía como objeto que se dictara una nueva resolución en la que el órgano judicial ponderara, por un lado, los fines de relevancia constitucional a los que sirve la institución de la reducción de jornada de trabajo por guarda legal de un hijo menor de seis años, concretados en que no se obstaculice injustificadamente la permanencia en el empleo de la trabajadora y la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y, por otro, las dificultades organizativas que el reconocimiento de la reducción de jornada en los términos que se solicitaba por la recurrente pudieran causar a la empresa.

Pues bien, tal como también ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal en este incidente de ejecución, entiendo que no puede negarse que el órgano judicial, en acatamiento y correcta ejecución de lo decidido en la STC 3/2007, ha procedido a valorar tanto las concretas circunstancias de la trabajadora y de su solicitud de reducción de jornada —que pretendía que se desarrollara en turno de tarde, de 16:00 a 21:15 horas, de lunes a miércoles—, como las de la empresa —que pretendía que el horario reducido se desarrollara en turnos rotativos de mañana y tarde y de lunes a sábado—, para concluir, en función de las alegaciones efectuadas y de la prueba practicada a propuesta de cada una de las partes, que mientras aquélla no había justificado debidamente su propuesta respecto a como se concretaría la reducción de jornada, sin embargo, la empresa había acreditado la realidad de la mayor afluencia de público los viernes y los sábados, así como la sobrecarga para el resto de la plantilla en caso de prescindirse del trabajo a turnos de la ahora recurrente.

Más allá, pues, de la solución concreta dada al caso, lo cierto es que, con plenitud de jurisdicción, interpretando el art. 37.6 LET, y haciendo una valoración probatoria que sólo compete realizar al órgano judicial, en esta nueva resolución se ha efectuado la ponderación ordenada en la STC 3/2007, por lo que se ha ejecutado adecuadamente.

4. Mi discrepancia afecta también a la última cuestión abordada por el Auto, la relativa a la negativa a fijar la indemnización solicitada. Es cierto que es doctrina constante de este Tribunal que no caben en amparo pretensiones de tipo económico como medio de reparación de lesiones de los derechos fundamentales (SSTC 37/1982, de 16 de junio, FJ 6, y 9/2006, de 16 de enero, FJ 7, por citar sólo una de las primeras y una de las últimas resoluciones en este sentido). Pero es precisamente de esta reiterada doctrina de la que discrepo.

Que el ejercicio de los derechos fundamentales tiene en ocasiones consecuencias económicas es algo claro, y se pone de manifiesto en la propia actuación del Tribunal Constitucional aunque éste no entre en dichas consecuencias; piénsese, por ser el ejemplo quizá más claro, en las indemnizaciones que pueden derivar de lesiones de los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen del art. 18 CE, o, por poner otro ejemplo, el de las dilaciones indebidas lesivas del art. 24.2. Sin embargo, como afirma el Auto del que discrepo, el Tribunal Constitucional ha rechazado siempre que sea competente para entrar a determinar si cabe una indemnización y menos aún a concretar la cuantía, dejando esa tarea a la jurisdicción ordinaria. Es lo cierto que, siendo el Tribunal Constitucional el supremo órgano jurisdiccional en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE) y máximo intérprete, pues de los derechos fundamentales (art. 1 LOTC), a él corresponde fijar tanto el alcance de su jurisdicción en materia de derechos fundamentales (STC 300/2006, de 23 de octubre, FJ 4, por todas) como el contenido de los mismos, siempre en un continuo diálogo con la jurisdicción ordinaria y con las jurisdicciones internacionales y supranacionales ex art. 10.2 CE. Pues bien, dentro de esa función de intérprete y garante máximo y último en el ámbito interno de los derechos nada hay que impida que, en ejercicio de esa plena jurisdicción sobre derechos fundamentales, pueda, e incluso deba, atender las peticiones indemnizatorias de los demandantes de amparo cuando sea el mecanismo indemnizatorio el único que permita proteger el derecho fundamental y restablecer al recurrente en la integridad de su derechos, lo que ocurre en especial cuando la vulneración del derecho o libertad se ha consumado totalmente a la hora de dictar sentencia y cuando se ha frustrado la posible reclamación ante otras instancias, ya que también en este terreno juega el principio de subsidiariedad de la jurisdicción constitucional.

Para justificar la imposibilidad de fijación de indemnizaciones se invoca por la doctrina de este Tribunal, por un lado, la previsión del art. 58 LOTC. Pero dicho precepto se refiere a una cuestión, los daños derivados de la suspensión, que nada tienen que ver con las reparaciones de lesiones de derechos fundamentales; es más, el argumento bien podría ser el opuesto: la previsión específica de que el Tribunal Constitucional no se pronuncie sobre daños derivados de medidas cautelares puede dar a entender a contrario que hay supuestos diferentes de fijación de indemnizaciones en los que el Tribunal sí tiene competencia. Un segundo argumento utilizado para excluir las pretensiones indemnizatorias del recurso de amparo es el silencio al respecto de los arts, 41.3 y 55 LOTC en relación con la posibilidad de formular y atender reclamaciones económicas, pero ese silencio no comporta necesariamente la exclusión de este mecanismo de protección. La indemnización del daño causado difícilmente puede en la actualidad disociarse del contenido mismo del derecho subjetivo (fundamental o no) y, por ello, tampoco puede disociarse lesión del derecho de reparación económica del daño causado al mismo, en especial cuando la reparación económica sea el único mecanismo jurídico que permite acercarse al “restablecimiento … en la integridad de su derecho o libertad” (art. 55.1.c LOTC).

Esto es lo que ocurre en el presente caso. Siendo ya imposible la completa reparación de un derecho vulnerado, esa vulneración, una vez declarada, sólo puede repararse, aunque sea parcialmente, mediante la fijación de la indemnización que satisfaga los daños y perjuicios causados por la discriminación sufrida por la recurrente en amparo, por lo que este Tribunal, entendido como defiende la mayoría, que la STC 3/2007 se ha ejecutado incorrectamente por la jurisdicción ordinaria, además de constatar la incorrección de dicha ejecución, debería haber entrado a conocer de la pretensión indemnizatoria de quien se ha entendido que sufrió una lesión de su derecho fundamental a la igualdad en ejercicio de su, aunque subsidiaria, plena jurisdicción en materia de derechos fundamentales.

Madrid, a doce de enero de dos mil nueve.