|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 14/2021 |
| Fecha | de 15 de febrero de 2021 |
| Sala | Sala Primera |
| Magistrados | Don Juan José González Rivas, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Alfredo Montoya Melgar, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón. |
| Núm. de registro | 3199-2020 |
| Asunto | Recurso de amparo 3199-2020 |
| Fallo | Denegar la suspensión solicitada. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Por escrito registrado en este tribunal el 15 de julio de 2020, doña Iris Martín Varela, representada por el procurador de los tribunales don Avelino Calviño Gómez, con asistencia letrada de don Pedro Blanco Lobeiras, interpuso recurso de amparo contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo de 10 de enero de 2020 dictada en proceso de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y contra el auto del mismo órgano judicial de 4 de junio de 2020 por el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la referida sentencia.

2. Son antecedentes procesales relevantes para resolver la pretensión planteada los siguientes:

a) La recurrente solicitó reducción de jornada por cuidado de hijos en el año 2018. La empresa accedió a su solicitud y le comunicó el 31 de agosto de 2018 que su jornada de trabajo a partir del 11 de septiembre de 2018 se desarrollaría en horario de 8:30 a 14:30 horas de lunes a viernes. El 26 de septiembre de 2018 la recurrente comunica a la empresa su decisión de no realizar más guardias los fines de semana, decisión que es aceptada por la empresa.

b) El 30 de agosto de 2019 la empresa comunica a la recurrente que, por razones de organización del servicio de guardia del laboratorio al que pertenece, procede a distribuir irregularmente su jornada de trabajo. En virtud de dicha distribución, la trabajadora deberá prestar servicios durante una hora y media los sábados cuando sea requerida por necesidades de producción y organización de la planta. Ese servicio deberá prestarse entre las 12:00 y las 13:30 horas. En contraprestación, el día laborable siguiente a la prestación de servicio en sábado, la trabajadora no tendrá que acudir a su puesto de trabajo hasta las 10:00 horas; es decir, una hora y media más tarde de su hora de entrada (8:30 horas), todo ello para evitar un exceso de jornada.

c) El 5 de septiembre de 2019, la ahora recurrente en amparo remitió carta a la empresa en la que se oponía a la distribución irregular de la jornada propuesta y solicitaba que se mantuviera la reducción de jornada en horario de 8:30 a 14:30 horas de lunes a viernes.

d) Ante la negativa de la empresa, la trabajadora interpuso la correspondiente demanda solicitando que se la exonerase de prestar servicios los sábados. La demanda fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo de 10 de enero de 2020. Apreció el juzgado que el procedimiento carecía de objeto, en la medida en que no existía negativa ni falta de conformidad del empresario con la reducción jornada solicitada por la actora en el año 2018, y que, lo cierto, es que la demandada había accedido a la solicitud formulada por la actora y le había comunicado que su jornada se desarrollaría de 8:30 a 14:30 horas de lunes a viernes, reduciéndose su jornada laboral de cuarenta horas semanales a 30 horas. Y, en este sentido, precisó que habiendo comunicado la actora su decisión de no realizar guardias los fines de semana, tal decisión fue aceptada por la empresa. Después, se indica, que no obstante lo anterior, en el año 2019 esa empresa se vio obligada a distribuir la jornada de la actora de forma irregular por razones de organización del servicio de guardia del laboratorio al que pertenece la actora. Y se le indica que para respetar la jornada reducida, cuando trabaje en sábado se le retrasará la hora de entrada el lunes siguiente. Considera el juzgado que la decisión adoptada por la empresa se encontraba amparada en el apartado 8 del Pacto de articulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la planta de Xove, que facultaba a la empresa para a organizar el trabajo de un departamento mediante la modificación de horario o la flexibilización de la jornada si en un determinado departamento no hubiese suficientes personas adscritas al servicio de guardia. Se añade que, como constaba en las actuaciones, la decisión de la empresa de distribuir la jornada laboral de la actora estaba motivada en el deseo del señor Martín, compañero de departamento de la actora, de no seguir realizando guardias los fines de semana, y que la empresa se había visto obligada a reorganizar el servicio de guardias dado que solo había una trabajadora adscrita voluntariamente al mismo, lo que determina la imposibilidad de realizar dos guardias seguidas, salvo que lo acepten los trabajadores voluntariamente. Dicho todo esto, señala la sentencia que la “decisión adoptada por la empresa de modificar el horario de la actora y distribuir de forma irregular su jornada laboral debe ser tratado en un procedimiento distinto (art. 138 LJS), puesto que en el supuesto litigioso no se ha denegado a la actora la solicitud de reducción de jornada formulado en el año 2018 […] La actora nunca ha solicitado la concreción horaria al amparo de la normativa vigente, puesto que fue la empresa por medio de escrito de 31 de agosto la que comunica a la actora que prestará sus servicios en horario de 8.30 a 14.30 de lunes a viernes, en respuesta a la solicitud de reducción de jornada formulada y sin perjuicio de la adscripción voluntaria al servicio de guardias de fin de semana”.

e) Frente a la anterior sentencia, la actora promovió incidente de nulidad de actuaciones, aduciendo que infringía el art. 102.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LJS) y el art. 24.1 CE la apreciación de la inadecuación del procedimiento. Aduce que, con ello, se le denegó una resolución sobre el fondo, y, además, consecuentemente, también se vulneraron los arts. 14 y 39 CE, pues al no entrar en el fondo del asunto no se dio amparo a los derechos fundamentales que la actora denuncia en su demanda. Se queja, asimismo, con cita de la STC 3/2007, de que el juzgado no resolvió desde la perspectiva constitucional la controversia planteada. Por todo ello, solicita la declaración de nulidad de actuaciones, adaptando el proceso a la modalidad prevista en el art. 138 LJS.

f) El incidente de nulidad de actuaciones fue desestimado mediante auto del Juzgado de lo Social de 4 de junio de 2020. Se niega por el juzgado que no hubiera obtenido la parte actora una resolución sobre el fondo, simplemente por haber apreciado la inadecuación del procedimiento. De la lectura del fundamento de derecho tercero de la sentencia se evidenciaba que la afirmación efectuada por la actora no era correcta, porque si se hubiese inadmitido la demanda de plano por inadecuación del procedimiento no se hubiera entrado a valorar la prueba y afirmado que la modificación realizada por la entidad demandada en el horario de la actora se encontraba justificada por razones organizativas y amparadas en el apartado 8 del Pacto de articulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la planta de Xove. La sentencia señaló que la reducción de jornada se siguió respetando cuando se comunicó a la actora que tendría que realizar guardias los fines de semana, al descansar en el laborable siguiente, careciendo, por lo tanto de objeto el procedimiento instado de conciliación de la vida familiar y laboral. Pero se añade que, a pesar de entender que el procedimiento carecía de objeto, se entró en el fondo (posible modificación sustancial de las condiciones de trabajo, puesto que la decisión afectaba al horario de la trabajadora), concluyéndose que la distribución irregular de la jornada se encontraba justificada por razones organizativas relativas al servicio de guardia y amparada en el citado pacto de condiciones de trabajo. Se niega después que la resolución incurriera en discriminación por razón de sexo, ni que se hubiera obviado el mandato constitucional de protección de la familia y de la infancia como sostenía la actora. “No se han vulnerado dichos preceptos porque, como en la misma resolución se indica, no se trata de un supuesto de los previstos en el art. 139 LJS puesto que no ha habido negativa o falta de conformidad del empresario respecto a la solicitud de reducción de jornada de la trabajadora, se trata de un supuesto de modificación sustancial de las condiciones laborales por lo que los términos del debate no son los que pretenda la actora; si no que lo que hay que examinar es si la modificación operada se ajusta a lo previsto en el art. 41 ET, análisis que se ha realizado en la sentencia de 10 de enero de 2020”.

3. En la demanda de amparo se alega vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Tras referirse a la normativa nacional y europea que pretende garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres, y proscribir la discriminación por razón de sexo, indica que la sentencia impugnada se ampara en un “acuerdo de empresa”, para avalar una solución basada en una interpretación restrictiva del derecho de la trabajadora, que supondría una discriminación indirecta por ser las mujeres el colectivo que ejercita en mayor medida el derecho de reducción de jornada por motivos de conciliación. Afirma que la sentencia recurrida resuelve sin tener en cuenta la perspectiva constitucional, esto es, el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y el mandato constitucional de protección a la familia. Invoca después la STC 3/2007, que indicó que las resoluciones judiciales no pueden quedarse, en casos como este, en el plano de la legalidad ordinaria, y que, por el contrario, deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes, concretamente, la importancia que la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora tiene en el ejercicio del derecho de reducción de jornada por motivos familiares. Tal ponderación no se habría realizado en el caso de autos, al limitarse a justificar y amparar la decisión empresarial (que la actora con reducción de jornada preste servicios los sábados) por la insuficiencia de personal. No se analizó, en suma, en qué medida no trabajar los sábados resultaba necesario para la atención de los fines con relevancia constitucional, ni cuáles son las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa. Tal interpretación se convierte, por tanto, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional y personal, basado en una presunta necesidad organizativa empresarial. Se queja la parte, asimismo, de que, con ello, el juzgador haya equiparado la mera voluntad de un trabajador de no seguir trabajando los sábados, con la necesidad de conciliación de una madre trabajadora, derecho este último que fue ignorado, cuando debía primar la dimensión constitucional de la controversia planteada.

Se indica también que la apreciación en el caso de autos de la inadecuación de procedimiento infringe el art. 24.1 CE y el art. 102.2 LJS. A este respecto aduce la parte recurrente, como así lo hiciera en el incidente de nulidad de actuaciones, que si la juzgadora consideraba que el procedimiento adecuado en el caso de autos era el de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 138 LJS y no el de conciliación de la vida laboral y personal, debió así acordarlo conforme a lo señalado en el citado art. 102 LJS, incluso sin audiencia de parte, máxime cuando para ello no existe obstáculo alguno. Se recuerda, además, que la prohibición de sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal elegida viene incluso explicitada en la exposición de motivos de la ley. Tal infracción, continúa diciendo, le ha causado indefensión y ahonda en la flagrante violación del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la que ha sido objeto, al no haber ofrecido una respuesta motivada, ponderada y razonada a su pretensión.

En el otrosí de la demanda se interesa: “que, de modo cautelar, se proceda a la inmediata suspensión de los efectos de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo, de fecha 10 de enero de 2020, dictada en el procedimiento de derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral 706-2019 y así exonerar a la trabajadora doña Iris Martín Varela de prestar servicios en la entidad demandada los sábados, y ello con la finalidad de que tal injusta decisión en ningún caso suponga un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar”.

4. Por providencia de 14 de diciembre de 2020, la Sala Primera, Sección Primera, de este Tribunal, acordó la admisión a trámite del recurso de amparo, “apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)] porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)]”.

Además, en aplicación de lo previsto en el artículo 51 LOTC, acordó también dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo, a fin de que en el plazo de diez días remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a los autos núm. 706-2019. Interesándose al mismo tiempo al referido juzgado, que emplazara a quienes hubiesen sido parte en el procedimiento de instancia, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en dicho recurso de amparo, si así lo deseasen.

Por último, de conformidad con la solicitud de la parte actora, se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión.

5. Mediante providencia de la Sección Primera de 14 de diciembre de 2020 se acordó formar pieza separada de suspensión “y, de conformidad con lo prevenido en el art. 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días, al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo, para que dentro de dicho término aleguen lo que estimen pertinente en relación con la petición de suspensión solicitada”.

6. El 13 de enero de 2021 presentó su escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal.

Tras recordar la doctrina constitucional sobre el art. 56.2 LOTC afirma que, a su juicio, las alegaciones de la recurrente para justificar la adopción de la medida cautelar son excesivamente escuetas. Esta parquedad de argumentos parece insuficiente para cumplir la carga del recurrente de probar que la ejecución del acto o sentencia impugnados le produce un perjuicio que hiciere perder al amparo su finalidad, sin que el fiscal pueda añadir otros argumentos que supongan reconstruir o completar la demanda (por todos AATC 131/2012, de 25 de junio, y 20/2017, de 6 de febrero).

Asimismo, señala el Ministerio Fiscal, que como lo que se pretende con la medida cautelar es dejar en suspenso la posibilidad de que la empresa ordene a la demandante que algún sábado acuda a su puesto de trabajo para desempeñar su laboral entre las 12:00 y las 13:30 horas, sin que se sepa en este contexto cuales ni cuantos sábados van a ser, podría estimarse que se trata de un perjuicio futuro e incierto el que la demandante pretende evitar con esta medida cautelar.

Tampoco se alega para pedir la suspensión algún motivo que dé lugar a la imposibilidad de contratar un servicio de guardería para el caso de que el menor no pueda ser atendido por el padre u otro familiar de confianza durante la hora y media, más el tiempo de desplazamiento, que la trabajadora tenga que estar ausente un sábado. Afirma el Ministerio Fiscal que “es normal que los progenitores prefieran estar con sus hijos a que los atienda otra persona, pero de todos modos, en este caso, el menor tendrá que estar en una guardería o al cuidado de otra persona mientras la madre trabaja de lunes a viernes y si a cambio de la hora y media del sábado se le da a la madre una hora y media la mañana del lunes, la diferencia no parece trascendental en cuanto que van a ser solo algunos sábados sueltos, y en todo caso no pueden ser dos sábados seguidos”.

A los puros efectos de la adopción de la medida cautelar, el fiscal considera que, desde el punto de vista del perjuicio personal, es decir del inconveniente que para la vida familiar supone que algún sábado la madre tenga que trabajar hora y media con la compensación de ese mismo tiempo el lunes por la mañana, no se ha acreditado que la ejecución de lo acordado por la sentencia suponga un perjuicio actual tan grave como para considerarlo irreparable.

En cuanto a los perjuicios económicos, el fiscal estima que nada se ha alegado sobre que el importe de contratar el servicio de guardería suponga un quebranto económico tan importante para la trabajadora que pudiera considerarse de algún modo como irreparable.

Por todo ello, considera el fiscal que no procede la adopción de la medida cautelar solicitada, por no haber acreditado que produzca perjuicios irreparables, haciendo perder al amparo su finalidad. De no compartirse esta apreciación, entiende procedente, con carácter subsidiario, supeditar la suspensión de los efectos de la sentencia a la previa prestación de una fianza que asegure la indemnización de los perjuicios económicos que pueda ocasionar a la empresa la suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida (AATC 565/1986, 59/1996, 207/2000 y 45/2001).

7. Por diligencia de ordenación de 28 de enero de 2021 del secretario de justicia de la Sala Primera, al haberse personado en las actuaciones principales del presente recurso la procuradora de los tribunales doña María Teresa Gamazo Trueba, en nombre y representación de la entidad Insuiña, S.L., de conformidad con lo prevenido en el art. 56 LOTC, se concede un plazo de tres días a dicha parte, para que dentro de ese término alegue lo que estime pertinente en relación con la petición de suspensión interesada por la recurrente.

8. El 3 de febrero de 2021 presentó su escrito de alegaciones la procuradora de los tribunales doña María Teresa Gamazo Trueba, en nombre y representación de la mercantil Insuiña, S.L., en el que se adhiere a las alegaciones realizadas por el fiscal en su escrito de 13 de enero de 2021.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El art. 56.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) dispone que “cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona”.

La jurisprudencia constitucional ha establecido de manera reiterada en interpretación de este precepto que (i) la no ejecución de resoluciones judiciales firmes entraña siempre en sí misma una perturbación de la función jurisdiccional que comprende la potestad de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), por lo que las medidas cautelares resultan pertinentes únicamente cuando la ejecución del fallo cause al solicitante de amparo un perjuicio irreparable, y que debe entenderse por tal aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en los derechos fundamentales cuya vulneración denuncia sea tardío e impida definitivamente que la restauración sea efectiva; (ii) la acreditación del perjuicio es carga del recurrente, quien debe precisar los concretos perjuicios que de la ejecución se deriven, así como justificar o argumentar razonadamente su irreparabilidad, que el perjuicio irreparable debe ser real, sin que sea posible alegar un perjuicio futuro o hipotético o un simple temor y que la pérdida de la finalidad del amparo no puede equipararse a la mayor o menor dificultad, molestia o incomodidad para el recurrente, y (iii) en lo que se refiere a la ejecución de los pronunciamientos con efectos fundamentalmente patrimoniales o de contenido económico, el tribunal ha consagrado que, con carácter general, la ejecución que acarrea tales efectos ni causa un perjuicio irreparable al obligado al pago, ni puede hacer perder al amparo su finalidad, al ser posible la restitución íntegra de lo ejecutado (así, por ejemplo, ATC 97/2019, de 16 de septiembre, FJ 1).

2. La aplicación de la doctrina expuesta al caso aquí planteado permite concluir, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, que resulta improcedente la suspensión solicitada.

La acreditación del perjuicio es carga del recurrente, quien debe precisar los concretos perjuicios que de la ejecución se deriven, así como justificar o argumentar razonadamente la irreparabilidad de los mismos. En el presente supuesto, la recurrente se limita a afirmar que solicita la suspensión “con la finalidad de que tal injusta decisión en ningún caso suponga un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar”, sin añadir ninguna indicación sobre cuáles son las razones por las que prestar servicios algún sábado al mes durante hora y media va a impedir que pueda seguir trabajando o que no pueda compatibilizar su trabajo con su vida familiar. Nos hallamos pues ante alegaciones genéricas de supuestos perjuicios hipotéticos, sin que por la recurrente se haya cumplido adecuadamente la carga de acreditar o, cuando menos, razonar de forma convincente la efectiva existencia de los perjuicios aducidos y de las dificultades que entrañaría su reparación.

En tales circunstancias, no es posible afirmar que la continuación del curso del procedimiento judicial provoque por sí sola un perjuicio determinante de la pérdida de la finalidad del presente recurso de amparo.

Por lo expuesto, la Sala

ACUERDA

Denegar la suspensión solicitada.

Madrid, a quince de febrero de dos mil veintiuno.