

983 457 038

clientes@lexnova.es

Lexnova.es Corporativa Portal jurídico Portal prevención Formación Tienda Online Fundación Lex Nova Blogs Vídeos Contacto

Inicio Legislación Jurisprudencia **Artículos y documentos** Convenios Práctica Ayudas Doctrina Administrativa Revistas

Portal jurídico &gt; Artículos &gt; Resultados &gt; Elección de turno de trabajo para conciliar la vida laboral y familiar (STC 26/2011, DE 14 DE MARZO).

## Artículos

Buscador de artículos

Buscar

[Ver documento completo](#) [Imprimir](#)

### ELECCIÓN DE TURNO DE TRABAJO PARA CONCILIAR LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR (STC 26/2011, DE 14 DE MARZO)

Antonio Fernández Díez

*Subinspector de Empleo y Seguridad Social*

#### I.- PLANTEAMIENTO GENERAL

Dentro de las medidas de legalidad ordinaria dirigidas a la conciliación de la vida laboral y familiar, introducidas en nuestro Ordenamiento Laboral a partir de la 39/1999, de 5 de noviembre, y de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombre y mujeres, caben destacar las siguientes. En primer lugar, el derecho a la reducción de jornada para la atención y cuidado de hijos y familiares (art 37.5 del ET, en adelante ET). En segundo lugar, el derecho al permiso o a la reducción de jornada por lactancia de un menor de nueve meses (art 37 apartados 4 y 4 bis del ET), derecho que tiene no sólo la mujer trabajadora, como señala el art 37.4 del ET, sino también el hombre, ya que de otro modo estaremos ante una situación de discriminación negativa de la mujer al perpetuar un reparto tradicional de funciones familiares entre hombre y mujeres, con lo que se consolidaría una situación social de primacía de la mujer en el reparto de deberes familiares, en este caso, en el cuidado de hijos menores de nueve meses, lo que implicaría profundizar en el reparto sexista de papeles o cometidos familiares (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de septiembre de 2010). En tercer lugar, el derecho a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo para conciliar en trabajo con la vida familiar y personal, derecho éste condicionado a lo que al efecto se establezca en la negociación colectiva o en acuerdo entre la empresa y los trabajadores, de modo que no estamos ante un derecho perfecto, sino condicionado a su desarrollo convencional o al pacto de empresa o individual (art 34.8 del ET). En último lugar, estaría el derecho a disfrutar de la maternidad o paternidad de tiempo parcial (arts 48, 48 bis del ET), y arts 133 bis a 133 decimas de la Ley General de la Seguridad Social.

Vamos a examinar el **derecho a la elección de turno de trabajo como medida de conciliación de la vida laboral y familiar**.

#### II.- DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Partiendo de la regulación normativa ordinaria del derecho a la elección de turno de trabajo del art 34.8 del ET, como medio de conciliación de la vida laboral y familiar, **nuestra jurisprudencia ha denegado ese derecho si no va acompañado del derecho a la reducción de jornada**, señalando que el derecho que reconoce al trabajador el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, consistente en la fijación de la concreción horaria, está vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones; por lo que no se incluye la modificación unilateralmente del sistema de trabajo a turno (**sentencias del Tribunal supremo, Sala social, de 13.6.2008, 18.6.2008, 14.10.2009 y 19.10.2009**).

Para el Tribunal Supremo, a igual conclusión se llegaría, aplicándose la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que ha modificado el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, en el sentido de introducir un apartado nuevo, el octavo, que establece el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y lo condiciona a los términos en que se establezca en la negociación colectiva o en el acuerdo que se llegue con el empresario. De modo, que reconocer ese derecho, sin estar previsto en la negociación colectiva o en el acuerdo de las partes, sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador.

El Tribunal Supremo en esas resoluciones judiciales es conocedor de la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero, dictada en un supuesto en el que el Juzgado deniega la reducción de jornada y cambio de horario solicitado, recurriendo en amparo directamente, lo que fue estimado devolviendo las actuaciones al Juzgado, para que valorando las circunstancias concretas allí concurrentes, y analizando en qué medida la reducción de jornada resultaba necesaria para la atención del menor, cuales fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, planteándose la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida profesional y familiar, con la finalidad última de decidir si ello suponía no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del artículo 14 de la Constitución Española, pudiéndonos encontrar ante una discriminación por razón de sexo. Al respecto el Tribunal Supremo en sentencia de 16.6.2008 señala que (sic) «[...] éste no es el caso de autos, pues aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, como en la sentencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en el artículo 37.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores, sino solo de una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, en el que ese tribunal no puede entrar, pues sería tanto como asumir los órganos judiciales funciones legislativas». Es el legislador quien debe hacerlo, señala en esa sentencia, reformando los artículos necesarios del Estatuto de los Trabajadores, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, en la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta Sala en definitiva, sin dudar de que la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares, porque de lo contrario no hubiera solicitado el cambio de horario, considera que no puede dar lugar a lo allí pedido sin violar el principio de legalidad a que debe someter su resolución por imposición expresa del artículo 117 de la Constitución y por ello, aun conociendo la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en un supuesto muy semejante, aunque allí con base legal, ha de atenerse a las estrictas previsiones legales a las que está vinculada.

#### III.- DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nuevamente una sentencia del **Tribunal Constitucional** ha venido a poner de relieve la cuestión, acerca de si la denegación de la petición de un trabajador a elegir un turno de noche, vulnera su derecho constitucional a no ser discriminado por su situación personal, social o familiar, impidiendo la conciliación de la vida laboral y familiar. Nos referimos al supuesto examinado en la **Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo**, que resuelve un recurso de amparo, en términos próximos a las **sentencias del propio Alto Tribunal 3/2007, de**



Últimos artículos Los 10 más leídos

1. El ámbito subjetivo de aplicación del Derecho Europeo de los contratos públicos.
2. Consideraciones sobre el tratamiento fiscal de los socios de entidades mercantiles.
3. Aspectos destacados del anteproyecto de ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal.
4. Cauces procedimentales para la reducción temporal de jornada.
5. Dedicaciones autonómicas del IRPF. Declaración de la Renta 2011.
6. Expropiación forzosa: Determinación y pago del justiprecio.
7. Aspectos más destacados del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo por la que se transponen Directivas en materia de Mercados Interiores de Electricidad y Gas y en materia de Comunicaciones electrónicas.
8. El nuevo contrato de apoyo al emprendedor.
9. Medidas Fiscales del Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 2012.
10. Modificaciones que el Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, introduce en la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles

15 de enero; 203/2000, de 24 de julio y 95/2000, de 10 de abril.

Nos vamos a detener en el análisis de la sentencia 26/2011, de 14 de marzo.

El supuesto fáctico analizado en la sentencia 26/2001 era el siguiente: un trabajador varón de categoría de Ayudante Técnico educativo, que trabajaba en una residencia de Educación Especial de la Junta de Castilla y León en Palencia, solicita ser adscrito durante el curso escolar 2007/2008 al turno de noche, siendo la petición denegada por la Comunidad Autónoma, argumentando que en el centro de trabajo existen dos horarios establecidos, uno conocido como horario escolar, que de lunes a viernes se viene a solapar con el horario de clases de los hijos, y un turno rotativo de mañana, tarde y noche; grupos horarios a los que se han adscrito libremente los trabajadores del centro. El demandante, inicialmente se adscribió al turno rotativo, pero con posterioridad solicita ser adscrito sólo al turno de noche, a lo largo del curso 2007/2008, para conciliar su trabajo con el cuidado de los hijos de corta edad.

La Junta de Castilla y León como empresa deniega el derecho por no existir en el centro de trabajo ningún puesto permanente en horario nocturno para la categoría del trabajador.

Interpuesta demanda por el trabajador la misma ha sido desestimada en sentencia de 15.2.2008 del juzgado de lo Social de Palencia, 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 resolución es confirmada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, quien en sentencia de 9.7.2008, señala que no se advierte la presencia de ningún indicio de la «discriminación por paternidad» que alega el recurrente, razonando que ni el art. 36.3 del ET, ni el convenio colectivo aplicable, ni norma alguna reconocen al recurrente un pretendido derecho a realizar su jornada laboral en horario nocturno.

Interpuesto recurso de unificación de doctrina ante el tribunal Supremo, éste mediante Auto de fecha 21.9.2009, no admite el recurso por falta de contenido casacional, reiterando "obiter dicta", su línea jurisprudencia de que el derecho a la elección de turno, como vía de conciliación de la vida laboral y familiar, está condicionado, o bien a una reducción de jornada del art 37.5 del ET, o bien a la existencia de una norma convencional que otorgue ese derecho de conformidad con el art 34.8 del ET.

Interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal constitucional es **resuelto mediante la sentencia 26/2011, de 14 de marzo.**

En esa sentencia **se niega** que con esas decisiones desestimatorias de la pretensión de trabajador se haya incurrido en una **discriminación por razón de sexo**, por dos razones, en primer lugar, porque 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. En segundo lugar, **porque la denegación** de la pretensión de ser adscrito el trabajador al horario nocturno, con carácter fijo durante el curso 2007-2008, **no se fundamenta en que haya sido por ser un trabajador varón.** (Fundamento de Derecho cuarto).

El Tribunal constitucional en esa sentencia no realiza un mero control de legalidad ordinaria, sino que como le es propio, **realiza un control de constitucionalidad**, analizando el derecho de adscripción al turno nocturno, desde la perspectiva constitucional de si esa desestimación de la pretensión del trabajador constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, lo que se opondría a lo establecido en los artículos 14 y 39.3 de la constitución.

Entiende el Alto Tribunal 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), porque (sic) "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**" (Fundamento de Derecho sexto).

Considera el Tribunal constitucional que al resolver el juzgado de lo Social, el TSJ de Castilla y León y el Tribunal Supremo, en función de la mera legalidad ordinaria, **se ha vulnerado el derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales o sociales, entre las que incluye a las circunstancias familiares**, por lo que en el fallo se reconoce el derecho a no ser discriminado el trabajador por sus circunstancias familiares, **declarándose la nulidad de las sentencias** del juzgado de lo Social de Palencia, del Tribunal superior de Justicia de Castilla y León y el Auto del Tribunal Supremo, **ordenándose que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dictarse sentencia por el juzgado de lo Social** de Palencia, para que se dicte nueva sentencia respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

Sentencia 26/2011 que tiene un **voto particular**, en el que se asiente con la mayoría del fallo en la inexistencia de infracción del derecho a la discriminación por razón de sexo, pero se discrepa del fallo al entender que sí se habían tenido en cuenta, en las resoluciones judiciales impugnadas, las circunstancias personales del trabajador, entendiéndose que se ha sido respetuoso por la comunidad Autónoma empleadora con las obligaciones familiares del trabajador. El voto particular llama la atención sobre **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**, ya que, entendiéndose que, en este tipo de fallos, al órgano judicial no sólo se le obliga a ponderar, 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.

En el voto particular se viene a insistir en la línea que apuntada por el Tribunal Supremo, de que con interpretaciones de ese alcance se induce a los órganos jurisdiccionales a asumir funciones legislativas.

Con esta sentencia, como hacía también la STC 3/2007, de 15 de enero, y como ha realizado la sentencia del TJUE de 30.10.2010, **el derecho fundamental a no ser discriminado por razones personales, sociales o familiares, ha de ser adecuadamente ponderado en la interpretación de la legalidad ordinaria**, lo que implicará realizar una lectura de esas disposiciones, como la del art. 34.8 del ET, **en clave constitucional**, evitándose que la mera aplicación del tenor literal de las mismas pueda ser una vía de vulneración de derecho

constitucional a no sufrir discriminación por razones personales o familiares. De este modo, **se tendría derecho a la elección de turno**, utilizando las propias palabras del Alto Tribunal, si con ello "no se pone el funcionamiento de la empresa en dificultades organizativas suficientemente importantes". Extremo éste que ha de acreditar la empresa, para que su decisión de negación del derecho esté justificada.

Tras esta sentencia, que va en la línea de la sentencia 3-/2007, de 15 de enero, es de esperar que la doctrina apuntada del Tribunal Supremo sea objeto de nueva elaboración, para aludir a la toma en consideración del derecho fundamental a no sufrir discriminación, en la resolución de las cuestiones que en demanda de conciliación de la vida laboral y profesional se susciten ante los tribunales.

Esta sentencia nos coloca ante la cuestión última del papel de los tribunales al resolver pretensiones en las que estén en juego posibles lesiones de derechos fundamentales, en cuyo caso, no puede detenerse la resolución judicial en la mera aplicabilidad de la legalidad ordinaria, sino que ésta ha de cohererarse con las exigencias de los derechos fundamentales.

#### Lex Nova

Historia  
Organigrama  
Dónde estamos  
Sala de prensa  
Profesionales  
Trabaja con nosotros  
Lex Nova • La Revista

#### Portal jurídico

Jurisprudencia  
Legislación  
Convenios  
Práctica  
Ayudas y subvenciones  
Doctrina administrativa  
Artículos y documentos  
Revistas doctrinales  
Gazeta Informativa  
Blogs Lex Nova

#### Formación

Quiénes somos  
Oferta formativa  
Libros  
Gestión de la bonificación  
Eventos  
Sala de prensa  
Campus virtual

#### Tienda Online

Bases de Datos (DVD/CD)  
Códigos  
Colecciones de hojas  
cambiables  
Cursos de formación a  
distancia  
Dietario  
Ediciones facsímiles  
Libros  
Repertorios  
Revistas

#### Fundación Lex Nova

Lexnovaonline  
Lexdiario.es  
Profesionales  
Prevención  
Contractual  
Vídeos  
Blogs  
Contacto

#### Reforma laboral

#### Reforma penal