



Roj: **STS 2433/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2433**

Id Cendoj: **28079140012023100356**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2023**

Nº de Recurso: **1602/2020**

Nº de Resolución: **379/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 14, 15-10-2019,**

STSJ M 5242/2020,

STS 2433/2023

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1602/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 379/2023

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D.^a María Luz García Paredes

D.^a Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 25 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a Sara Olabarría Rodríguez, en nombre y representación de Atento Teleservicios, España, SA, contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2020, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 1422/2019, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid, de fecha 15 de octubre de 2019, recaída en autos núm. 708/2019, seguidos a instancia de D^a Frida frente a Atento Teleservicios España S.A., sobre Tutela de Derechos Fundamentales.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D^a Frida, representada por el letrado D. Pedro Feced Martínez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de octubre de 2019 el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:



"Primero.- Dña. Frida , mayor de edad y con DNI NUM000 , viene prestando servicios por cuenta de Atento Teleservicios España S.A.U., desde el día 10-9-2007, con la categoría profesional de gestora telefónica, nivel 9 y un salario mensual de 1.190,22 euros incluida parte proporcional de pagas extras. La relación laboral se rige por el convenio colectivo estatal de Contact Center. La relación laboral se inició en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado identificado en contrato como "atención servicio de atención telefónica de Telefónica Gran Público (ventanilla única y recogida de datos de clientes) que se presta en la provincia de Jaén", pactándose una jornada parcial de 33 horas semanales a prestar de lunes a domingos incluidos festivos, con los descansos legales. Con fecha 1-10-2007 se suscribió anexo al contrato de trabajo por el que se fijó la jornada semanal en 35 horas a prestar de lunes a domingos incluidos festivos, con los descansos legales. Con fecha 1-11-2016 se procedió a la conversión del contrato en indefinido. Dña. Frida presta sus servicios en el centro de trabajo sito en la AVENIDA000 NUM001 Recinto Ferial de DIRECCION000 de Jaén. Ha venido desarrollando su trabajo con arreglo al siguiente horario:

- Semana 1: de lunes a viernes de 15 a 22 horas.
- Semana 2: de viernes a martes de 15 a 22 horas.
- Semana 3: de lunes a viernes de 15 a 22 horas.
- Semana 4: de domingo a jueves de 15 a 22 horas.

Los domingos en los que no opera el Servicio de Calibrados, Dña. Frida es destinada a otro servicio prestado en su centro de trabajo.

Segundo.- Dña. Frida tiene una hija nacida el día NUM002 -2018, estando matriculada en el Centro Infantil DIRECCION001 , con un horario en el Curso 2019/2020 de 7:30 a 17 horas. El otro progenitor de la menor es trabajador por cuenta propia en el sector de operadores de transporte desarrollando su actividad de lunes a viernes en horario de mañana y tarde.

Tercero.- Dña. Frida permaneció en situación de maternidad desde el día 3-7-2018 al 3-1-2019. El día 18-12-2018 dirigió escrito a la empresa solicitando la reducción de su jornada por motivos de guarda legal con fecha de inicio de 8-1- 2019 en los siguientes términos: de lunes a viernes y fines de semana correspondientes de 15:30 a 21:30 horas. Jornada a realizar de 30 horas semanales. La solicitud fue aceptada en esos términos comenzando su vigencia el día 8-1-2019.

Cuarto.- El día 5-3-2019 Dña. Frida dirigió nuevo escrito a la empresa formulando una nueva concreción de su jornada y horario con efectos de 18-3-2019 en los siguientes términos:

- Exclusión del trabajo los domingos.
- Horario de lunes a viernes de 15:30 a 21:30 horas.
- Sábados de 9 a 15 horas.

Mediante escrito de 29-3-2019 le fue denegada la solicitud mediante escrito el cual obra al folio 57 y que aquí se da por reproducido. El día 29-5-2019 Dña. Frida dirigió escrito a la empresa solicitando la siguiente concreción horaria: de lunes a viernes de 9:30 a 15:30 horas con efectos de 17-6-2019 y hasta el día 1-6-2030. La solicitud fue denegada por escrito de fecha 3-6-2019 el cual obra al folio 10 y que aquí se da por reproducido.

Quinto.- El servicio de calibrados al que está destinada Dña. Frida por la empresa se enmarca dentro del contrato entre Atento y Telefónica Móviles España SAU para la prestación del servicio de teleoperación para la atención y desarrollo de clientes y potenciales clientes de la Dirección Canal Telefónico Gran Público de DIRECCION002 , el cual comprende una serie de servicios diversos. El contrato y sus anexos obra a los folios 150 a 226 y aquí se da por reproducido. El personal adscrito a las distintas ramas del servicio se distribuyen en dos turnos de trabaja: mañana y tarde. Ambos turnos exigen un volumen de plantilla similar al existir franjas horarias en ambos turnos con picos o volumen de actividad similares. El concreto servicio al que está destinado Dña. Frida no tiene actividad los domingos, por lo que los domingos que corresponde trabajar a Dña. Frida es destinada a otro servicio contratado por el mismo cliente en el marco del mismo contrato de prestación de servicio de teleoperación. En el centro de trabajo sito en Jaén existen un total de 414 trabajadores, de los que 115 están destinados al contrato suscrito con DIRECCION003 , 71 en el turno de mañana y 41 en el de tarde. El resto de la plantilla está destinado a otros clientes con los que Atento mantiene contrato de prestación de servicios.

Sexto.- No consta que Dña. Frida ostente o haya ostentado durante la vigencia de la relación laboral la condición de representante legal de los trabajadores.

Séptimo.- El día 21-6-2019 se presentó demanda".



En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D^{ña}. Frida contra ATENTO TELESERVICIOS, ESPAÑA, S.A., debo declarar y declaro el derecho de la demandante a reducir su jornada, pasando a realizar una jornada de 30 horas semanales con arreglo al siguiente horario: de lunes a viernes de 9:30 a 15:30 horas, excluyendo el trabajo los fines de semana y festivos, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración y absolviendo al demandado del resto de pedimentos ejercitados en su contra y todo ello con intervención del MINISTERIO FISCAL".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D^a Frida, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 29 de mayo de 2020, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Doña Frida frente a sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n^o 14 de los de Madrid de fecha 15 de octubre de 2019, n^o 432/2019, en sus autos n^o 708/2019, aclarada por auto de 25 de octubre de 2019, en virtud de demanda deducida por la recurrente contra ATENTO TELESERVICIOS, ESPAÑA, S.A, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, y en su virtud, con revocación parcial de la resolución judicial de instancia, declaramos vulnerado el derecho fundamental del artículo 14 de la Constitución, discriminación por razón de sexo, condenando a la demandada al cese inmediato a la actuación contraria a ese derecho fundamental y a que abone a la actora por indemnización de daños y perjuicios la suma de 6.251 euros. Se confirman el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia. Sin costas".

TERCERO.- Por la representación de Atento Teleservicios, España, SA, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de octubre de 2019 --rollo 491/2019--.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 4 de marzo de 2021, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

La parte recurrida ha impugnado el recurso alegando que, conforme a la doctrina de esta Sala, que identifica con la STS de 4 de abril de 2017, rcud 3466/2015, y doctrina constitucional, como la recogida en las SSTC 3/2007 y 26/2011, la sentencia recurrida ha resuelto conforme a lo dicho en ellas, debiendo tener en consideración el mandato del art. 4 de la Ley 3/2007, en orden a la interpretación desde la perspectiva de género, así como el mandato recogido en el art. 32 del Convenio Colectivo Contac Center que analizó la STS de 15 de septiembre de 2016.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado, conforme a lo ya informado en el rcud 1040/2020, en el sentido de que no procede hacer una aplicación automática de la lesión del derecho fundamental sino que la lesión debe anudarse a las circunstancias concretas que concurren en cada caso que es lo que ha realizado la sentencia recurrida al partir de que la empresa conocía la afectación del derecho de conciliación que presentaba la situación de la parte demandante al haberle ya otorgado la reducción de jornada antes de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de mayo de 2023, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la denegación de la concreción horaria solicitada por una trabajadora por causas organizativas que no se han justificado supone, en sí misma, una vulneración del derecho a la igualdad recogido en el art. 14 CE, en relación con el art. 39 ET, y si, en consecuencia, ha de abonarse la indemnización de daños y perjuicios solicitada por la actora.

La parte demandada ha formulado dicho recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, de 29 de mayo de 2020, rec. 1422/2019, que estima el interpuesto por la parte actora, revocando parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid, de 15 de octubre de 2019, aclarada por auto de 25 de octubre de 2019, en los autos 432/2019, y declara vulnerado el derecho fundamental del art. 14 de la Constitución Española (CE), por discriminación pro razón de sexo, y condena a la demandada al pago de 6.251 euros por daños y perjuicios.

En el presente caso, la demandante viene prestando servicios para empresa de call-center, con categoría profesional de gestora telefónica, desde el 10 de septiembre de 2007. La trabajadora ha venido prestando servicios para la demandada en un centro de Jaén, de lunes a viernes, de 15 a 22 horas, en las tres primeras semanas de mes y la cuarta de domingo a jueves, en igual horario. Los domingos en los que no opera el Servicio



de Calibrados, es destinada a otro servicio prestado en su centro de trabajo. La actora tiene una hija nacida el NUM002 de 2018, estando matriculada en un centro infantil con horario de 7:30 horas a 17 horas y su esposo es trabajador por cuenta propia en el sector transporte con actividad de lunes a viernes en horario de mañana y tarde. El 18 de diciembre de 2018 solicita una reducción de su jornada por motivos de guarda legal, de lunes a viernes y fines de semana de 15:30 a 21:30 horas, con jornada semanal de 30 horas, que fue concedida. Posteriormente, el 5 de marzo de 2019 presentó una solicitud de concreción de su jornada y horario consistente en no trabajar los domingos y de lunes a viernes seguir con el horario de 15:30 a 21:30 y los sábados de 9 a 15 horas, lo que le fue denegado por razones de índole organizativo existente para los fines de semana. Presentó una nueva solicitud de concreción horaria, el 29 de mayo de 2019, consistente en trabajar de lunes a viernes de 9:30 a 15:30 hasta el día 1 de junio de 2030, lo que fue denegado por iguales razones y verse negativamente afectado el servicio con esa petición de no trabajar en fines de semana y cambio de turno. En la empresa, el servicio de calibrados es uno de los que aglutina el contrato del servicios de teleoperador que refiere los hechos probados, teniendo asignados 115 trabajadores de los 414 que prestan servicios en el centro de Jaén. De aquellos, 71 tienen turno de mañana y 41 de tarde.

La trabajadora presentó la demanda origen de las presentes actuaciones, en la que reclamaba que se declare vulnerado el derecho fundamental del art. 14 de la CE, por discriminación por razón de sexo, así como la concreción horaria por guarda legal y al pago de una indemnización por daños morales consecuencia de la lesión del derecho fundamental del art. 183 de la LRJS.

El juzgado de lo social estimada parcialmente por la decisión judicial de instancia que declaró el derecho de la demandante a reducir su jornada, pasando a realizar una jornada de 30 horas semanales con arreglo al siguiente horario: de lunes a viernes de 9:30 a 15:30 horas, excluyendo el trabajo los fines de semana y festivos, desestimado el resto de peticiones. Y sobre la vulneración de derechos fundamentales afirma que "Se trata, por tanto, de la discusión fundada en motivos de legalidad ordinaria (interpretación de la regulación contenida en el ET y en los convenios de aplicación) sobre cómo se puede ejercer el derecho a la reducción de la jornada, no estando ante un supuesto de impedimento o no reconocimiento del derecho a la reducción de la jornada, que es lo que podría operar como indicio de la discriminación" ya que "La empresa no niega el derecho a la reducción, sino que invoca el texto de la ley y una serie de sentencias según las cuales, sin discutir el derecho a la reducción, se cuestiona la posibilidad de cambiar de turno y de excluir días de trabajo, lo que es una discusión que a diario se plantea en la Jurisdicción, fundada en razones de legalidad ordinaria y que no se configura como un supuesto de discriminación, sino de mera interpretación de la normativa vigente".

La sala de suplicación estima íntegramente el recurso de la demandante, considerando que se ha incurrido en la infracción de derechos fundamentales por lo que procede la indemnización solicitada en la demanda (6.251 euros). Se funda esa decisión en el hecho de si bien a la demandante no se le ha denegado su derecho a la reducción de jornada para el cuidado del hijo menor, sí se ha rechazado la concreción horaria solicitada, y considera conculcado el derecho fundamental a la no discriminación, diciendo que la empresa "ha discriminado a la actora, por razón de sexo. Se trata de una discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras, por ser ellas las que mayoritariamente los ejercitan, por mucho que se haya avanzado en el terreno legal para que los varones se impliquen en la asunción compartida del cuidado de los hijos menores", tomando en consideración que la empresa "ya conocía en el momento de negar el cambio horario a la actora la STS de 18 de mayo de 2016, nº 443/2016, Recurso 198/2015, según la cual la concreción horaria corresponde al trabajador y debe realizarse dentro de la jornada ordinaria de trabajo, atendiendo a la interpretación literal del artículo 33 del citado convenio del sector que no deja lugar a dudas, y la interpretación sistemática y finalista de la norma. Sentencia que ha tenido continuación en la de 5 de septiembre de 2016, nº 745/2016 Recurso 260/2015 de la misma Sala" y " En fin, que por todas las consideraciones que preceden estimamos existe un panorama consistente de vulneración de derechos fundamentales, y en concreto de discriminación por razón de sexo, sin que por la demandada se haya dado una explicación satisfactoria a que no hubiera podido realizar los ajustes razonables para acceder al cambio de horario peticionado por la trabajadora, sin que ello supusiera para la empresa un sacrificio desproporcionado, constatándose un perjuicio objetivo a la actora, no bastando (folio 10 de autos) a la empresa esgrimir como pretexto de la denegación genéricas "necesidades organizativas existentes actualmente" , por lo que el proceder patronal no es ajeno o extraño a esa lesión, mereciendo favorable acogida el segundo motivo del recurso". Constatado el indicio, y no desvirtuado por la parte demandada, considera que procede reparar el perjuicio con la indemnización por daño moral postulada la considera razonable y adecuada por aplicación analógica del art. 40.1.c) y 8.12 de la LISOS, así como el art. 139 LRJS.

En el recurso de unificación de doctrina se formula el punto de contradicción expuesto anteriormente para el que se identifica como sentencia de contraste la dictada por la Sala a Sala homónima de Madrid de 31 de octubre de 2019 (rec. 491/2019).



En ella se resuelve otra reclamación, formulada en septiembre de 2018, de una compañera de la aquí demandante, que, también, solicita una reducción de jornada y concreción horaria en términos similares, y ante la denegación de la empresa presenta demanda a la que acumula una denuncia de vulneración de derechos fundamentales alegando discriminación por razón de sexo y solicita una indemnización por daños. Por el Juzgado de lo Social se estima parcialmente la demanda reconociéndole el derecho a la reducción de jornada y concreción horaria y desestimando la demanda en lo demás. Se interpone recurso de suplicación por la trabajadora pretendiendo que se declare que ha sufrido una discriminación por razón de sexo y que, en consecuencia, se le indemnice por el daño moral sufrido. La Sala desestima el recurso por entender que la trabajadora no ha aportado indicio alguno de la vulneración del derecho fundamental alegado para que pueda operar la inversión en la carga de la prueba.

Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios.

En efecto, la sentencia recurrida entiende existente un indicio de vulneración del derecho a no discriminación por razón de sexo al no otorgarse el cambio horario a una mujer cuando, además, la interpretación del convenio colectivo ya fue resuelto por el TS y era conocido por la empresa, siendo que en la sentencia de contraste considera que la mera justificación de la no concesión del cambio de turno y no trabajo en fines de semana a la trabajadora no implica un indicio de vulneración de un derecho fundamental ni ello se puede obtener por el conocimiento de la jurisprudencia sobre el alcance de los preceptos convencionales cuando, además, la empresa ha aducido razones que no dejan de ser son objetivas.

SEGUNDO. - La parte recurrente ha formulado un motivo de infracción normativa en el que identifica como preceptos legales objeto del mismo el art. 14 y 39 de la Constitución Española (CE), en relación con el art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y doctrina constitucional, recogida en la STC 24/2011.

Según la parte recurrente, la empresa no ha desconocido los derechos a la reducción de jornada para el cuidado de un menor de la madre trabajadora sino que ofreció razones objetivas que justificaban aquella denegación, tal y como también entendió el ministerio fiscal en la instancia y así concluyó el juez de lo social de forma que no toda denegación de concreción horaria implica necesariamente que se haya incurrido en discriminación por razón de sexo, cuando la empresa ha ofrecido razones reales sobre la imposibilidad de atender a lo pedido por la demandante, al margen de que ello se pueda considerar que no implique que el sacrificio de la empresa deba prevalecer sobre el derecho de la trabajadora.

Para dar respuesta al motivo y unificar la doctrina debemos tener presente que la parte actora presentó una demanda por la vía del art. 139 de la LRJS a la que acumuló una acción de tutela de derechos fundamentales, tal y como dispone el art. 184 del citado texto, acompañada de una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por aquella vulneración, tal y como permite el art. 183 de la citada ley procesal. Por tanto, aquí no se está cuestionando la indemnización que permite el art. 139.1 a) de la LRJS sino si la decisión de la empresa es ajena al factor discriminatorio por razón de sexo, con el derecho a reparar los perjuicios que por ello se reclaman.

El art. 37.7 del ET dispone que la concreción horaria corresponderá a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria, sin perjuicio de que los convenios colectivos puedan establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la persona trabajadora y las necesidades productivas y organizativas de las empresas, debiendo solventarse las discrepancias surgidas ante esta jurisdicción, por la vía del art. 139 de la LRJS.

El art. 33 del Convenio Colectivo de Contac Center establece que la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de la jornada, previstos en este capítulo, corresponderá al trabajador o a la trabajadora dentro de su jornada ordinaria.

Esta Sala ha venido sosteniendo que las medidas normativas dirigidas a la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, ya desde la perspectiva de no discriminación por razón de sexo o por circunstancias personales, así como desde la protección a la familia e infancia, que proclama nuestra constitución, gozan de una dimensión constitucional de forma que, a la hora de proceder a la interpretación de las mismas deben tenerse presente esos derechos fundamentales para lo cual han de ponderarse todas las circunstancias concurrentes para poder cohonestar los intereses en juego, tal y como indica el citado art. 37.7 del ET y el art. 139 de la LRJS cuando dispone que las discrepancias entre empresa y trabajador deberán solventarse llevando al proceso judicial las propuestas y alternativas para la concreción del horario.

Ahora bien, ello no significa que toda decisión sobre concreción horaria implique necesariamente un trato discriminatorio por razón de sexo.

Es cierto que la STC 233/2007 y otras posteriores afirmaron que la restricción de estos derechos o la atribución de efectos laborales desfavorables a su ejercicio "conecta íntimamente con la prohibición de discriminación



por razón de sexo de las trabajadoras" y que "constituye discriminación indirecta el tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio, del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre los trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo. Obviamente, salvo que este tratamiento responda a una finalidad legítima y utilice medios proporcionados, adecuados y necesarios para conseguirla" y que "la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, pues deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística; en su caso a datos estadísticos actualizados de oficio por el tribunal (STC 253/2004, FJ 8).

Y así lo reitera la STC 153/2021, en relación con la conexión íntima con la prohibición de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras cuando ven restringidos sus derechos a la conciliación de la vida familiar y laboral pero ello no significa que no deba examinarse si dicha trabajadora ha sido objeto de dicho trato discriminatorio directo o indirecto. Y en el caso que afronta considera que aunque la medida sea neutra -en aquel caso se trataba de una reducción de jornada y concreción horaria que la empresa otorgó cambiando de servicio a la trabajadora- en cuanto que no se produce por ser mujer, afirma que " No obstante, siguen siendo las mujeres las que se acogen mayoritariamente a dicha medida de conciliación, tal y como apreciamos recientemente en la STC 71/2020, FJ 4 y reitera ahora el Ministerio Fiscal. En efecto, según datos recientes del Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE), en 2018 se acogieron a la reducción de jornada por guarda legal el 1,10 por 100 de las mujeres trabajadoras (146300 trabajadoras, en términos absolutos), frente al 0,5 por 100 de los hombres trabajadores (68900 trabajadores); en definitiva, más del doble de mujeres que de hombres (INE, "Encuesta de población activa. Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y la familiar. Año 2018"). Ello pese a que la tasa de empleo de las mujeres es aun significativamente inferior a la de los hombres: ese mismo año la tasa de empleo de las mujeres era de 43,1 por 100, frente al 54,2 por 100 la de los hombres, con una brecha de género de 11,1 por 100 (INE, "Tasa de empleo. Brecha de género 2018"). Y añade que " Estos datos confirman que, aunque pueda haber habido un ligero avance, sigue siendo una realidad la conclusión que extrajimos en la STC 3/2007: cualquier menoscabo de este derecho perjudica fundamentalmente a las mujeres. Por consiguiente, y en tanto en cuanto no se alcance en nuestra sociedad un reparto equilibrado entre mujeres y hombres de las tareas de cuidado familiar que coadyuve a la consecución de la igualdad en el ámbito laboral, incurre en discriminación indirecta por razón de sexo el tratamiento que implique una restricción o la asignación de consecuencias laborales negativas al ejercicio por las mujeres trabajadoras de estos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, siempre que no pueda probarse que responden a razones o factores objetivos, ajenos a toda discriminación por razón de sexo, susceptibles de legitimar la medida en cuestión".

No obstante, el TC, al valorar las circunstancias del caso niega que la decisión empresarial suponga para la trabajadora un trato peyorativo en las condiciones de trabajo o limitaciones de sus expectativas profesionales.

Y también descarta que exista una discriminación indirecta, que solo se desvanece cuando el tratamiento responda a una finalidad legítima y se utilicen medios proporcionados, adecuados y necesarios para conseguirla, porque en ese caso se ofrecieron razones objetivas, vinculadas a los requerimientos de los servicios a atender, lo que elimina la existencia de trato discriminatorio por alguno de los factores del art. 14 CE.

Pues bien, bajo esas premisas doctrinales. en el presente caso, en orden a los derechos fundamentales, la sentencia recurrida como la de contraste, como viene diciendo la doctrina constitucional y la jurisprudencia, parten de la necesidad de que la denuncia de su vulneración deba ir acompañada de la presentación de indicios que pongan de manifiesto que la decisión empresarial impugnada pretende desconocer y transgredir el derecho fundamental cuestionado y ante ello es la empresa la que debe acreditar que su decisión es ajena a ese propósito. A tal efecto y, en relación con la materia que nos ocupa, del derecho a la conciliación de la vida familiar al que responde la concreción horaria del art. 37.7 del ET, y al margen de las circunstancias que deban valorarse a la hora de determinar o ponderar los derechos de las partes en el ejercicio de los respectivos derechos en el ámbito de la legalidad ordinaria, resulta que así como la sentencia recurrida aprecia la vulneración del derecho a no discriminación por razón de sexo para la referencial esos mismos hechos no tiene ese alcance y esta última conclusión es la que esta Sala entiende que es la ajustada a derecho.

La mera denegación de la concreción horaria que interesa la persona trabajadora, con indicación de las causas que lo impiden no implica, por sí sólo, que se esté vulnerando el derecho de no discriminación por razón de sexo ni siquiera por discriminación indirecta.

No hay dato del que obtener que la denegación de la concreción horaria que solicitaba la parte actora, cambiando el turno de tarde al de mañana y dejar de trabajar en fines de semana, se base en un factor relacionado con el sexo - por el hecho de ser mujer- sino que, si acaso, se estaría -siguiendo aquella doctrina constitucional- ante una denegación neutra -afectante tanto a hombres como mujeres- aunque, si tenemos en consideración la realidad social que ya ha tomado en cuenta la doctrina constitucional, existente precisamente en el tiempo en el que aquí se interesaron las concreciones horarias por las trabajadoras, año 2018 y 2019, esa



denegación podría valorarse como indicio de discriminación indirecta a la que se refiere la sentencia recurrida, lo que, en el presente caso, al igual que resolvió la sentencia constitucional que hemos recogido, tampoco concurriría.

La empresa alegó y así se quedó declarado probado, que la concreción horaria interesada por la trabajadora implicaba el sobredimensionamiento que ya presentaba el turno al que pretendía acceder -el de mañana, atendido por 71 trabajadores- respecto del que ella venía atendiendo -el de tarde, con 41 trabajadores-, siendo el total de la plantilla de 414 trabajadores para todos los servicios concertados por la empresa atendidos en el centro de Jaén pero 115 los destinados en el Servicio de Calibrados, en esos dos turnos,. Razones organizativas que también alcanzaban a los servicios que tenían que atenderse en fines de semana. Estas razones no están conectadas con un factor discriminatorio sino ligadas a exigencias organizativas y una atención adecuada del servicio en los respectivos turnos que, suficientes o no en el marco de la legalidad ordinaria, evidencian una necesidad de tener que reorganizar la plantilla para que la trabajadora ejercite su derecho, pero sin que esa denegación esté conectada con un móvil discriminatorio por razón de sexo

En lo que se refiere a la perspectiva de género, como criterio interpretativo, no hay razón alguna para que deba justificar una solución como la alcanzada en la sentencia recurrida en tanto que lo que se está cuestionando es si la denegación de la concreción horaria ha tenido como real base la de discriminar a la trabajadora y ello implica valorar hechos y no interpretar las normas en juego.

Finalmente y en relación con lo informado por el Ministerio Fiscal, señalar que la sentencia dictada por esta Sala, el 25 de abril de 2023, en el recurso 1040/2020, según se infiere de la misma y aunque en ella se invocaba la misma sentencia de contraste que en el presente recurso, lo que analiza es el derecho indemnizatorio del art. 139.1 a) de la LRJS y no la consideración de existencia o no de vulneración del derecho a no discriminación por razón de sexo y la indemnización que por esa vulneración se pudiera demandar

TERCERO. - Lo anteriormente razonado, oído el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina correcta por lo que el recurso debe ser estimado y casar la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la parte actora, confirmando la sentencia dictada por el juzgado de lo social.

Todo ello sin imposición de imposición de costas, a tenor del art. 235 de la LRJS, con devolución a la parte recurrente del depósito constituido para recurrir en unificación de doctrina y dando a la consignación que se haya podido efectuar el destino legal, tal y como dispone el art. 228.2 de la LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a Sara Olabarría Rodríguez, en nombre y representación de Atento Teleservicios España SA, contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2020, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 1422/2019.
- 2.- Casar la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el de tal clase interpuesto por la parte actora, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid, de fecha 15 de octubre de 2019, aclarada por auto de 25 de octubre de 2019, en los autos 708/2019.
- 3.- Sin imposición de costas, debiendo devolverse a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir y dándose a la consignación que se haya podido efectuar el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.