

**Conciliación vida familiar y laboral (modificación de jornada).
Discriminación por razón de género.**

Carlos Hugo Preciado Domènech

Magistrado de la jurisdicción social. Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas.

Resumen: *Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: resolución judicial que no pondera las circunstancias personales de quien impugna una modificación de jornada de trabajo que incide sobre el disfrute de la reducción que tiene reconocida por cuidado de hijos.*

Palabras clave: *Conciliación vida familiar y laboral.*

Abstract: *Violation of the right not to suffer discrimination based on sex: judicial decision that does not weigh the personal circumstances of the person challenging a modification of the working day that affects the enjoyment of the reduction that is recognized for childcare.*

Keywords: *Conciliation fo work and familiiy life.*

I. Introducción

Se concede el amparo solicitado, declarando el derecho fundamental a la no discriminación por razón de género (art.14 CE). El órgano judicial únicamente ha valorado las razones organizativas alegadas por la empresa para justificar la modificación del horario de la trabajadora, sin tener en cuenta sus circunstancias personales y familiares de la trabajadora, que impugna una modificación de jornada de trabajo que incide sobre el disfrute de la reducción que tiene reconocida por cuidado de hijos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 19/2021, de 31 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de amparo núm. 3199-2020.

ECLI: ES:TC:2021:119

Fuente: BOE

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfredo Montoya Melgar.

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión que se plantea, consiste en dilucidar, una vez ejercitada la facultad empresarial de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo por razones organizativas, conforme al art.41 ET, cuando la persona trabajadora disfrute de un derecho relativo a la conciliación de la vida familiar y laboral, si la persona trabajadora impugna dicha decisión empresarial, ¿debe el órgano judicial ponderar, o no, las circunstancias concurrentes para hacer compatibles los diferentes intereses en juego, valorando el conflicto en su dimensión constitucional. Dicho de otra forma, si basta valorar la concurrencia de causas organizativas justificantes de la modificación sustancial, para declararla ajustada a derecho, o bien hay que ponderar también las concretas circunstancias personales y familiares que concurran en la persona trabajadora para determinar si la modificación del horario constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional.

1. *Los hechos y antecedentes que dan lugar a la demanda son los siguientes:*

a) La demandante de amparo solicitó por medio de escrito fechado el 9 de agosto de 2018 la reducción de jornada diaria en dos horas por cuidado de su hija menor de doce años. La empresa accedió a la solicitud formulada por medio de escrito fechado el 31 de agosto de 2018. En ese escrito le comunicó que prestaría sus servicios en horario de 8:30 a 14:30 horas, siendo efectiva la reducción de jornada a partir del 11 de septiembre de 2018.

b) Con posterioridad a la concesión de la solicitud de reducción de jornada que se hizo efectiva en la fecha señalada, la recurrente presentó escrito el 26 de septiembre de 2018 en el que solicitaba ser excluida de la realización de guardias los fines de semana y festivos, accediendo la empresa a la solicitud formulada. La recurrente no realizó guardias de fin de semana desde octubre de 2018.

c) El 30 de agosto de 2019 la empresa Insuiña, S.L., remitió a la trabajadora comunicación en la cual se le hacía saber que procedía a distribuir irregularmente su jornada prestando servicios una hora y treinta minutos los sábados, «cuando así sea requerida por las necesidades de la producción y organización de la planta».

d) La trabajadora remitió escrito a la dirección de la empresa en el que mostraba su frontal oposición y solicitaba mantener la concreción horaria reconocida en la reducción para el cuidado de menor, sin prestación de servicios ningún sábado.

Dado que la empresa no modificó su postura, la trabajadora presentó demanda ante los juzgados de lo social de Lugo.

e) En la demanda se alegaba la imposibilidad de atender a la modificación de horario impuesta por la empresa por la que se le exigía trabajar los sábados que la empresa le indicase con antelación, de 12:00 a 13:30 horas, compensando ese tiempo al inicio de la jornada laboral del lunes. Se consideraba que esa decisión vulneraba los arts. 14 y 39 CE. Y se pedía como medida cautelar: «el mantenimiento de la concreción horaria de la que ha venido disfrutando la actora y por ende fijando su jornada de lunes a viernes de 8:30 a 14:30 horas, sin prestación de servicios los sábados»

Mediante auto núm. 77/2019, de 19 de octubre, se estimó dicha medida cautelar acordando «exonerar a la actora doña Iris Martín Varela de prestar servicios a la entidad demandada los sábados».

f) La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo de 10 de enero de 2020 desestimó la demanda.

En los fundamentos de derecho se justifica la desestimación de la demanda, argumentando que, a la vista de la declaración de hechos probados y la regulación contenida en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS), el procedimiento carece de objeto en la medida en que no

existe negativa ni falta de conformidad del empresario con la reducción de jornada solicitada por la trabajadora en el año 2018. Señala que la entidad demandada accedió a la solicitud formulada por doña Iris y le comunicó que su nuevo horario sería de 8:30 a 14:30 horas de lunes a viernes y aceptó la decisión de la trabajadora de no realizar más guardias los fines de semana. No obstante, en el año 2019, la entidad demandada se vio obligada a distribuir la jornada de doña Iris de forma irregular por razones de organización del servicio de guardia del laboratorio al que pertenecía. Por ello, el 30 de agosto de 2019 se comunicó a doña Iris que tendría que prestar los servicios una hora y media los sábados, pudiendo desarrollar su actividad en horario de 12:00 a 14:30 horas. Para respetar la reducción de jornada concedida en el año 2018, se le comunicó también a la actora que el día laborable siguiente al sábado en el que hubiera prestado servicios, el horario de entrada se retrasaría de las 8:30 horas a las 10:00 horas.

Afirma la sentencia que la decisión adoptada por el empresario se encuentra amparada en apartado 8 del pacto de articulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la planta de Xove, que faculta a la entidad demandada a organizar el trabajo de un departamento mediante la modificación del horario o la flexibilización de la jornada si en un determinado departamento no hubiese personal suficiente adscrito al servicio de guardia. Añade que, según consta en la documental que obra en las actuaciones la decisión de la empresa de distribuir la jornada laboral de la actora viene motivada por el deseo de don Martín, compañero de departamento de doña Iris, de no seguir realizando guardias los fines de semana, solicitud que fue denegada por la demandada por los problemas de organización del servicio que supondría aceptar la renuncia de don Martín. Afirma la sentencia que la demandada se ve obligada a reorganizar el servicio de guardias del laboratorio de Xove porque solo una de las trabajadoras del departamento está adscrita voluntariamente al servicio de guardias, no pudiendo existir una sola trabajadora adscrita al servicio ya que el pacto de articulación de las condiciones de trabajo (apartado octavo) impide que un trabajador realice guardias más de dos fines de semana seguidos, salvo que los trabajadores lo acepten voluntariamente. Además esta trabajadora adscrita voluntariamente al servicio de guardias, añade la sentencia, ha solicitado por escrito que se vuelva al sistema de guardias que regía anteriormente a que se aceptase la renuncia de doña Iris, lo que supone una negativa a estar permanentemente de guardia ante la renuncia al servicio de sus dos compañeros.

Considera 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 tratada 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 formulada en el año 2018. Concluye señalando que 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 comunicó a la actora que prestara sus servicios en horario de 8:30 a 14:30 horas 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 del fin de semana.

g) Frente a esta sentencia, la demandante formuló incidente de nulidad de actuaciones, por considerar que la misma vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva, así como el derecho a la igualdad, la prohibición de discriminación por razón de sexo y lo dispuesto en el art. 39 CE en cuanto a la protección de la infancia y la familia. A juicio de la recurrente, la desestimación de la demanda se fundaba esencialmente en que no se había seguido el procedimiento adecuado y por ello no se había entrado en el fondo.

El incidente de nulidad fue desestimado por auto de 4 de junio de 2020. Señala este auto que «de la lectura del fundamento de derecho tercero de la sentencia se evidencia que la afirmación efectuada por la actora no es correcta, ello es así porque si se hubiese inadmitido la demanda de plano por inadecuación del procedimiento no se entraría a valorar la prueba y a afirmar que la modificación realizada por la entidad

demandada en el horario de la actora se encuentra justificada por razones organizativas y amparada también en el apartado 8 del pacto de articulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la planta de Xove». Considera el auto que a pesar de entender que el procedimiento carecía de objeto, en la sentencia recurrida se procedió a entrar a resolver sobre el fondo del asunto y así, tras la valoración de la prueba se entiende que la distribución irregular de la jornada acordada por la empresa se encuentra justificada por razones organizativas relativas al servicio de guardia y además amparada en el pacto de condiciones de trabajo de los trabajadores de la planta de Xove. Por otro lado, entiende que la resolución cuya nulidad se pretende no contiene una discriminación por razón de sexo, ni ha obviado el mandado constitucional de protección a la familia porque, como se indica en la resolución, no se trata de un supuesto de los previstos en el art. 139 LJS puesto que no ha habido negativa o falta de conformidad con el empresario respecto a la solicitud de reducción de jornada de la trabajadora; se trata de un supuesto de modificación sustancial de condiciones laborales por lo que los términos del debate no son los que pretende la actora, sino que lo que hay que examinar es si la modificación operada se ajusta a lo previsto en el art. 41 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), análisis que ha realizado la sentencia de 10 de enero de 2020.

IV. Posición de las partes

La demandante alega vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) porque la negativa de la sentencia recurrida a reconocer su petición de seguir sin prestar servicios los sábados, se adopta sin analizar en qué medida dicha posibilidad de no trabajar los sábados resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve. A su juicio, se resuelve el litigio sin adoptar una perspectiva constitucional, solamente en base a lo dispuesto en un pacto de empresa. Asimismo, alega también vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), porque la sentencia recurrida desestimó la demanda por inadecuación del procedimiento sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, no siendo ello acorde con lo dispuesto en el art. 102 LJS, que obligaba a cambiar el procedimiento de oficio, si estimaba que no era el adecuado y que la interpretación de las normas procesales que hizo la sentencia infringió el principio pro actione, causándole indefensión.

El Ministerio Fiscal solicita la estimación del recurso de amparo por ausencia de análisis de la dimensión constitucional de la cuestión planteada.

Por su parte, la representación de la mercantil Insuñá, S.L., solicita la desestimación pues, a su juicio, en ningún momento se vulnera la reducción de jornada que fue concedida a la recurrente en el año 2018, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, sino que se produce una modificación de la distribución de su jornada de trabajo por razones organizativas y necesarias para el buen funcionamiento de la empresa.

V. Normativa aplicable al caso

- Arts.14, 24 y 39 CE
- Art. 41 ET
- Arts.138 y 139 LRJS

VI. Doctrina básica

La doctrina básica que se aplica al caso concreto se desarrolla en el FD 4^a de la sentencia objeto de comentario, en los siguientes términos: " *Como señala la STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 5, "reconocida la incidencia que la denegación del ejercicio de uno de los permisos parentales establecidos en la ley puede tener en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, es lo cierto 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. Como hemos señalado también en relación con el tema de la excedencia, 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. Como afirmamos en nuestra STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5, la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (SSTC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, y 126/1994, de 25 de abril, FJ 5)".

VII. Parte dispositiva

Se resuelve:

Otorgar el amparo solicitado por doña Iris Martín Varela y, en su virtud:

1.º Declarar que se ha vulnerado su derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

2.º Declarar la nulidad de la sentencia de 10 de enero de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo (procedimiento de conciliación de la vida personal, familiar y laboral núm. 706-2019) y del auto del mismo juzgado de 4 de junio de 2020 que desestimó el incidente de nulidad promovido contra aquella sentencia.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que por el órgano judicial se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

VIII. Pasajes decisivos

FJ 4º, pfo 9º. "Aunque, ciertamente, el empresario puede modificar la jornada de trabajo por razones organizativas de acuerdo con lo previsto en el art. 41 LET, cuando el trabajador afectado esté disfrutando de un derecho relacionado con la maternidad y, disconforme con la decisión empresarial, decida impugnarla, el órgano judicial deberá ponderar las circunstancias concurrentes para hacer compatibles los diferentes intereses en juego, valorando el conflicto en su dimensión constitucional. Esto implica, como hemos señalado, que en este examen el órgano judicial debe tener presente que esa dimensión constitucional de las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa (SSTC 3/2007, de 15 de enero, FJ 6, y 26/2011, de 14 de marzo, FJ 5). Ello obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en la trabajadora demandante, así como la organización del servicio de guardias de los fines de semana en el departamento en el que prestaba servicios, para ponderar si la modificación del horario constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. En relación con las circunstancias familiares concurrentes, resultaba necesario tener en cuenta la edad de la hija de la recurrente, el hecho de tener que prestar servicios los sábados cuando no hay guarderías ni colegios, así como, en su caso, la situación laboral del padre y, en suma, la posible incidencia que la prestación de servicios durante los sábados pudiera tener para conciliar su actividad profesional con el cuidado de su hija.

La ausencia de análisis de la dimensión constitucional de la demanda queda claramente patente, como señala el Ministerio Fiscal, cuando la sentencia recurrida afirma que el proceso pertinente no era el de conciliación de la vida familiar y laboral, sino el de modificación de condiciones de trabajo, considerando que el hecho de haberle concedido la empresa la reducción de jornada evitaba la posibilidad de discriminación"

(...)

"En definitiva, la decisión del órgano judicial de desestimar la pretensión de la recurrente de no prestar servicios una hora y media los sábados, sin analizar hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para conciliar su vida familiar y laboral, nos lleva a concluir que no ha sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental de la recurrente a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). La negativa del órgano judicial 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."

IX. Comentario

La sentencia objeto de comentario reitera la doctrina básica sobre incidencia de los derechos relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar en el derecho a la prohibición de discriminación por razón de género (art.14 CE). La interdependencia de los derechos fundamentales (art.14 CE prohibición de discriminación por razón de género) y art. 39 CE (derecho a la protección de la familia) se hace evidente en este caso, como se apuntó en la doctrina inaugurada por la STC 3/2007 de 15 de enero.

En cuanto a los derechos fundamentales cuyo amparo solicitaba la trabajadora, la sentencia comentada considera que:

1) No ha habido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE), porque la sentencia sí se pronuncia sobre la petición de fondo y considera ajustada la modificación del horario por las razones siguientes:

– El apartado 8 de la articulación de condiciones de trabajo de los trabajadores de Xove, que permite a la empresa la modificación del horario o flexibilización de la jornada si en un departamento no hubiese un número suficiente de personas adscritas al servicio de guardia.

– El deseo de uno de los compañeros de departamento de la recurrente en amparo de no seguir realizando guardias los fines de semana.

– La imposibilidad de que un trabajador realice guardias más de dos fines de semana seguidos de acuerdo con lo dispuesto en el apartado octavo del pacto de articulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de Xove.

– Solo una de las trabajadoras del departamento está adscrita voluntariamente al servicio de guardias, y solicita por escrito que se vuelva al sistema de guardias que regía antes de la renuncia de la recurrente en amparo, por lo que se niega a realizar guardias durante dos fines de semana seguidos.

2) Ha habido vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de género (art.14 y 39 CE), porque la decisión del órgano judicial de desestimar la pretensión de la recurrente de no prestar servicios una hora y media los sábados, sin analizar hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para conciliar su vida familiar y laboral, nos lleva a concluir que no ha sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental de la recurrente a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). La negativa del órgano judicial 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.

Ello supone que, incluso en procesos de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 138 LRJS), la existencia de razones de conciliación de la vida familiar y laboral, como señaladamente son el disfrute de cualquiera de las reducciones de jornada, permisos o licencias por tal motivo, generará la obligación de motivar en el órgano jurisdiccional la dimensión constitucional de la cuestión, cuando se alegue que en la ejecución de la medida de conciliación se ha producido la discriminación, como ocurre en el caso de autos y ocurrió en la STC 79/2020, de 2 de julio, en un supuesto

de diferencia de trato en materia retributiva entre trabajadores a tiempo completo y parcial, derivada del ejercicio del derecho de reducción de jornada por guarda legal.

No bastará pues, para declarar justificada la medida, atender a las razones organizativas alegadas y probadas por la empresa, sino que habrá también que ponderarse en el caso hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para conciliar su vida familiar y laboral.

Los parámetros a los que apunta el TC, en el caso que nos ocupa, son:

- la edad de la hija de la recurrente,
- el hecho de tener que prestar servicios los sábados cuando no hay guarderías ni colegios,
- la situación laboral del padre,
- la posible incidencia que la prestación de servicios durante los sábados pudiera tener para conciliar su actividad profesional con el cuidado de su hija.

En conclusión, la sentencia comentada constituye, sin duda, de un paso más en la consolidación de un derecho fundamental, como el de la conciliación de la vida personal y laboral (art-39 CE) , como indisociablemente vinculado al derecho a la no discriminación por razón de género (art.14 CE), y por ello susceptible de amparo constitucional.

La asunción mayoritaria tradicionalmente en la sociedad patriarcal de la función de cuidado en las familias por parte de las mujeres, exige que las medidas de conciliación no sean tratadas como derechos meramente legales u ordinarios, sino como elementos cuasi esenciales en el logro de la efectividad de la prohibición de discriminación por razón de género y, por tanto, como facultades integrantes de un derecho fundamental de primer orden.

Ello genera en los primeros garantes de los derechos fundamentales, los jueces y tribunales (art. 5.1 y 241.2 LOPJ), un deber de motivación que va más allá del exigible conforme al estándar de la tutela judicial efectiva del art.24.1 CE. En estos casos, se debe ponderar las circunstancias concretas que afectan al ejercicio del derecho fundamental, con las necesidades organizativas de la empresa, sin que puedan establecerse apriorismos en la resolución a adoptar y, en ningún caso, obviarse la ponderación de los efectos que en la vida familiar suponga la decisión empresarial, por más que ésta pueda estar justificada en causas ETOP.