

REDUCCIÓN DE JORNADA: A VUELTAS CON LA
DISCRIMINACIÓN SEXISTA CON OCASIÓN DE DOS NUEVOS
PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

REDUCTION OF WORKING TIME: ON SEX DISCRIMINATION TAKING
INTO ACCOUNT TWO NEW RULINGS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Jaime CABEZA PEREIRO
Universidad de Vigo
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8847-3934>
jcabeza@uvigo.es

SUMARIO: 1. COMENTARIOS GENERALES Y DE CONTEXTO. 2. LA DOCTRINA DE LA STC 119/2021. 3. LOS CABOS SUELTOS DE LA STC 119/2021. 4. LA DOCTRINA DE LA STC 153/2021. 5. UNA SENTENCIA CORRECTA, AUNQUE DE DOCTRINA MATIZABLE. 6. CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. COMENTARIOS GENERALES Y DE CONTEXTO

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha dictado dos interesantes sentencias relativas a medidas de conciliación que afectan a la jornada y al horario, la STC 119/2021, de 31 mayo y la 153/2021, de 13 septiembre. La primera de ellas debe calificarse como más tópica, pero la segunda tiene un importante valor doctrinal. Curiosamente, como ya pasó en el binomio de las de hace diez años, la 24/2011, de 14 marzo, y la 26/2011, de 11 abril, la segunda está destinada a guiar más la futura doctrina constitucional y a buen seguro la primera pasará más inadvertida. Lo cual resultará doblemente curioso si se añade el dato de que, en la 153/2021, el Tribunal deniega el amparo, al revés que en la 119/2021, de 31 mayo. No quiere decirse que ésta merezca mayores críticas, ni que, en términos generales, resulte desafortunada.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 4 (2021) 167-185
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2021.i4.09>

Muy al contrario, se sitúa en una línea interpretativa que comienza con la muy conocida STC 3/2007, de 15 enero y expresa una jurisprudencia consistente con la tradicional del Tribunal Constitucional. Más bien, el contraste se expresa para poner en valor la 153/2011, la cual, a diferencia de la inmensa mayoría de sus pronunciamientos contemporáneos, formula una doctrina muy sólidamente elaborada y con valor autónomo, que seguramente será objeto de consideración individual como un hito jurisprudencial de cierto relieve.

La STC 119/2021 tenía como trasfondo fáctico, sin perjuicio de las circunstancias añadidas que más adelante habrá que añadir, la reducción de jornada que había solicitado una trabajadora por dos horas al día para la atención de su hija menor de doce años. Más adelante, a petición suya, fue exonerada de realizar guardias correspondientes a fines de semana y festivos, pero con posterioridad fue notificada de que quedaba sometida a una jornada irregular que implicaba prestación de servicios durante una hora y media los sábados cuando así fuera requerida para ello. Frente a esta última decisión, la trabajadora interpuso demanda judicial frente a su empleadora. La sentencia de instancia, de signo desestimatorio, dio lugar a un incidente de nulidad, asimismo desestimado por el Juzgado de lo Social.

Por su parte, la STC 153/2021 aludía a una enfermera que prestaba servicios en la unidad de cuidados intensivos pediátrica, la cual había solicitado y obtenido de su empleadora una reducción de jornada, que quedaba en el 65 por 100 de la anterior o, lo que era lo mismo, en 1092 horas anuales. Desde entonces, por asignación del hospital, pasó a desempeñar servicios de lunes a viernes de 15 a 19:00 h. en los servicios de preadmisión, aunque martes y miércoles asimismo en consultas externas de alergología, y los fines de semana, de 15:00 a 22:00 h., en la UCI pediátrica. Más tarde, incrementó su jornada, con el beneplácito del hospital, hasta el 78,57 de la completa, pero sin alterar el horario de fin de semana. En esta situación planteó demanda de vulneración de derechos fundamentales, imputándole a la empresa, entre otras cuestiones, un trato discriminatorio e instando que se la repusiera en las condiciones funcionales existentes antes de la reducción de jornada.

Puede colegirse que en ninguno de los dos casos se plantea un problema de denegación de reducción de jornada, aunque en ambos el sustrato fáctico se refiere a la situación de sendas trabajadoras durante el disfrute de la misma. En una, el problema era de un horario irregular que se le impone a la demandante en amparo y que le obliga a trabajar esporádicamente los sábados. En la otra, se refería a un cambio de funciones que, a juicio de la trabajadora afectada, redundaba negativamente en su profesionalidad y se había producido sin justificación alguna.

Ambas dejan algunos cabos sueltos y suscitan ciertos flancos de crítica, por más que, en términos generales, resulte sumamente difícil expresar una crítica general a cualquiera de ellas. Eso sí, sugieren ciertos comentarios desfavorables no solo a la doctrina que desarrollan, sino también a la de la cual parten, que acaso merecería

revisarse a la vista de la más moderna normativa de la UE, que por cierto es objeto de oportuna cita en la STC 153/2021. Pero, en términos generales, el comentario que debe formularse es positivo, pues mantienen y desarrollan una jurisprudencia razonable, suficientemente garantista del derecho a la no discriminación y adecuada en el contexto social en el que tiene que ser aplicada.

Como primera aproximación a la doctrina de la que parten, conviene recordar, como se evoca en ambas, que se incluye en el vasto concepto de la discriminación indirecta por razón de sexo. Los dos pronunciamientos recrean, con una extensión que incluso podría calificarse como excesiva, la doctrina general acerca del principio de igualdad y la no discriminación por razón de sexo. Con todo, y por lo que a este comentario interesa, el Tribunal destaca que la denegación del ejercicio de los derechos a la conciliación de la vida familiar y laboral, o las consecuencias desfavorables a causa del ejercicio de los mismos, constituyen un vector importante de la referida discriminación indirecta por razón de sexo. Dicho en términos sencillos, tales denegación o consecuencias desfavorables perjudican a las personas que las sufren que, de forma abrumadoramente mayoritaria, son mujeres trabajadoras.

Como consecuencia de que este tipo de medidas o de decisiones se puedan considerar discriminaciones indirectas por razón de sexo, incumbirá a la empresa justificarlas, atendiendo a los conocidos criterios de la necesidad y de la proporcionalidad. A cuyo efecto –y este es el elemento central de debate– el órgano judicial que conozca de la impugnación que haya interpuesto la persona trabajadora deberá considerar la decisión de la empresa desde la perspectiva de la discriminación por razón de sexo. O, por expresar la idea con mayor precisión, habrá que ponderar las consecuencias de la misma sobre el mantenimiento del empleo y la carrera profesional de la trabajadora que se haya acogido o haya solicitado acogerse a una medida de conciliación de la vida familiar y laboral.

Por lo tanto, se trata de una perspectiva diferente y casi antitética de la que acoge la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores y que ha estado muy presente en la doctrina reciente del TJUE, en particular a partir del asunto *Roca Álvarez*¹: el cuidado de la familia como corresponsabilidad entre, en su caso, ambos progenitores y la igualdad de derechos y de obligaciones entre hombres y mujeres en cuanto a la crianza y al cuidado. Esta perspectiva aparece muy cuidadosamente descrita, en particular en la STC 153/2021. Con todo, una y otra no son incompatibles. Bien al contrario, la descrita en el párrafo anterior, y centro del debate de las dos sentencias objeto de este comentario, presupone la existencia de unos estereotipos sociales muy marcados y una atribución de las responsabilidades referidas a las mujeres. Ciertamente, tales unos y otra han sido muy poderosos en el pasado, remoto y

1. Asunto C-104/09, Sentencia de 30 septiembre 2010.

reciente y perviven en la actualidad, como se encarga de manifestar, con datos irrefutables, el TC en la propia sentencia de 13 septiembre 2021. Lo cual plantea –y ahí está el corazón de la doctrina que reiteran y en la que profundizan los dos pronunciamientos– la necesidad de que se valoren los efectos que, en particular en las trabajadoras, pero también en los trabajadores, produce la solicitud o el disfrute de derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. Sobre este último punto, habrá que formular alguna reflexión final, porque las consecuencias de la denegación de permisos o adaptaciones de jornada o del tratamiento perjudicial hacia varones que se han acogido a tales derechos no han sido suficientemente aquilatadas por el TC, más allá de lo expresado en la STC 26/2011, un pronunciamiento discutible desde varios puntos de vista.

Ahora bien, y aquí reside la primera crítica que debe formularse en este comentario, debe repudiarse que el TC se empeñe en utilizar la expresión “derechos asociados a la maternidad” para hacer referencia a todas aquellas instituciones al servicio de la crianza y al cuidado de la familia que, aunque son reconocidos indistintamente

“al hombre y a la mujer con el objeto de estimular cambios en la cultura familiar y promover el reparto de responsabilidades, sirven principalmente para compensar las dificultades y desventajas que agravan la posición de la mujer trabajadora”.

Esta cita, que la STC 119/2021 recoge de sentencias anteriores, es un verdadero dislate. Primeramente, porque el reconocimiento indistinto no sirve en absoluto para estimular cambios en la cultura familiar. Los más de veinte años de vigencia de la Ley 39/1999, de 5 noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, así lo han puesto de manifiesto. Críticas al margen de esta ley, la experiencia tozuda pone de manifiesto que el reconocimiento a ambos progenitores de derechos parentales no hace sino reforzar los convencionalismos sociales y, si algún cambio propicia, se produciría a velocidades geológicas. Solo los derechos intransferibles pueden aportar algo más en el objetivo de transformación de dichos roles sociales, como refleja de forma inequívoca la Directiva (UE) 2019/1158.

En segundo lugar, la cita reproducida manifiesta una especie de asunción y conformismo con el *status quo*, cuando se reconoce que el fin principal de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral consiste en compensar dificultades y desventajas por las que atraviesan las mujeres trabajadoras. Es decir, no se destinan sobre todo a que ambos progenitores, o a que los trabajadores de uno y otro sexo, sean igualmente responsables, sino a que las mujeres puedan sobrellevar sus desventajas. En realidad, el TC, al reiterar esta doctrina, se mantiene en la perspectiva de los derechos de conciliación tan manida y presente en la Estrategia Europea de Empleo, de conformidad con la cual sirve al fin de hacer más fácil de compaginar la doble

jornada femenina y, en consecuencia, al objetivo de incrementar la tasa de ocupación de las mujeres.

Más allá de lo cual, la expresión “derechos asociados a la maternidad” apela a un problema de deslinde que, por desgracia, está lejos de clarificarse, también en el contexto de la UE. Me refiero a la diferencia entre la maternidad y la crianza de hijos, a los efectos de que puedan atribuirse derechos exclusivamente a las mujeres. La delimitación de derechos de maternidad –o de paternidad– y de conciliación ha sido un largo e inacabado proceso, que ha cristalizado en la difusa diferencia que expresa la Directiva (UE) 2019/1158 entre ausencias “con ocasión del nacimiento de un hijo” y ausencias “por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo”. Las primeras pueden ser de exclusivo disfrute femenino, como derechos derivados de la condición de madre biológica, en tanto que en las segundas no puede haber diferencia entre hombres y mujeres, sino equiparación de posición jurídica y fomento de la corresponsabilidad. Es decir, no debe sugerirse que en las segundas pueda haber una especial y favorable posición femenina hacia su disfrute, por más que las estadísticas, de modo muy rotundo, evidencian el escasísimo acogimiento de los varones a ellas.

Como decía, la jurisprudencia del TJUE ha sido, por desgracia, especialmente condescendiente con admitir que ciertas prolongaciones de los derechos de maternidad, reconocidas por normas legales o por convenios colectivos, pueden lícitamente estar reservadas a las mujeres trabajadoras. Cuando hace no muchos meses parecía en trance de superación la tradicional y tradicionalista doctrina del Asunto *Hofmann*², recientemente se ha dictado la sentencia de 18 noviembre 2020³, la cual, pese a las oraciones subordinadas concesivas que introduce en su fallo, admite con mucha flexibilidad que se reconozcan a través de convenio colectivo licencias del trabajo suplementarias al permiso de maternidad y de las cuales puedan ser exclusivamente beneficiarias las trabajadoras⁴.

2. Asunto 184/83, Sentencia de 12 julio 1984.

3. Asunto C-463/19, *Syndicat CFTC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle*.

4. “Los artículos 14 y 28 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en relación con la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la disposición de un convenio colectivo nacional que reserva a las trabajadoras que crían a sus hijos ellas mismas el derecho a un permiso una vez expirado el permiso legal de maternidad, siempre que ese permiso adicional tenga por objeto la protección de las trabajadoras tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad, lo que corresponde verificar al tribunal remitente teniendo en cuenta, en particular, las condiciones del derecho al permiso, sus modalidades de disfrute y su duración y la protección legal asociada al período de permiso”.

Este es el contexto en el que resulta merecedora de crítica la locución “derechos asociados a la maternidad”. Debe insistirse en que no es obra de ninguna de las dos sentencias que son objeto directo de este comentario. Sin embargo, hay doctrinas clásicas con las que convendría romper amarras y esta es una de ellas. Los derechos de crianza de los hijos deben no asociarse, sino disociarse claramente de la maternidad. Cuestión distinta es que, como va a abundarse en las páginas que siguen, su denegación o un trato perjudicial hacia las trabajadoras que se acogen a ellos constituya una discriminación indirecta por razón de sexo, derivada de la evidente feminización en su ejercicio, la cual debería corregirse a través de objetivos mensurables en el corto, en el medio y en el largo plazo.

2. LA DOCTRINA DE LA STC 119/2021

Se prescinde ahora, por lo que respecta a la fundamentación jurídica de la sentencia, de comentar los argumentos que utiliza para desestimar que se haya producido una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, de entre ellos conviene, aunque solo sea a los efectos de mera cita, expresar que no tuvo relevancia alguna que el órgano judicial de instancia considerase que la modalidad procesal adecuada hubiera sido la de modificación sustancial de condiciones de trabajo y no la de conciliación de vida familiar y laboral. En efecto, teniendo en cuenta que la sentencia entra en el fondo del asunto y considera que la decisión de la empresa estaba justificada, no se le irrogó a la demandante indefensión alguna. Lo cual, siendo cierto desde la estricta óptica de la tutela judicial efectiva, debe matizarse, como de hecho matiza el propio Tribunal Constitucional, cuando, además, está en juego la discriminación –en este caso indirecta– por razón de sexo.

Después de un repaso de doctrina constitucional algo premioso, el Tribunal se centra en el supuesto de hecho planteado. Constata que la sentencia y el auto recurridos habían estimado que concurría justificación suficiente para la decisión de la empresa para imponer un cambio horario que implicaba la posibilidad de asignarle a la actora una hora y media de prestación de servicios los sábados, cuando ello fuera preciso, a la vista de las dificultades existentes con las otras dos personas trabajadoras que asimismo desarrollaban o habían desarrollado prestación de servicios en sábado. El TC no entra en la suficiencia o insuficiencia de esta justificación desde una perspectiva de legalidad ordinaria. Pero sí que expresa su competencia para valorar la decisión de la empresa desde la perspectiva que le es propia, de posible vulneración de un derecho fundamental. A cuyo efecto recuerda que, tratándose de un derecho fundamental sustantivo como es el de la no discriminación por razón de sexo, el control que le corresponde no se limita a verificar el carácter motivado, razonable y no

arbitrario de la resolución judicial impugnada, sino que debe velar por una interpretación suficientemente garantista y no restrictiva del mismo.

Desde este prisma, el Tribunal concluye, de acuerdo con la postura del Ministerio Fiscal, que la sentencia se había dictado teniendo exclusivamente en cuenta las razones organizativas aducidas por la empresa para modificarle el horario a la trabajadora, sin tener para nada en cuenta sus circunstancias personales y familiares. Sobre dichas causas alegadas por la empresa enseguida se vuelve. Por ahora, el TC, con cita literal de la STC 3/2007, que considera de íntegra aplicación al caso que enjuicia, expresa que el órgano judicial dictó la sentencia y el auto recurridos a partir de consideraciones exclusivamente organizativas, “sin valorar que la trabajadora estaba disfrutando de un derecho relacionado con la maternidad y que esa modificación de la jornada podía producir en la práctica unos perjuicios en su ámbito familiar y laboral”. Ya he dicho cuánta desaprobación merece la expresión “derecho relacionado con la maternidad” y a qué modelo de familia invoca. Sin embargo, no por ello deja de ser cierto el particular perjuicio que a la trabajadora le causa la decisión de la empresa de hacerla trabajar más o menos esporádicamente los sábados.

En consecuencia, como expresa a continuación el TC, el hecho de que el órgano de la Jurisdicción ordinaria no hubiera valorado si la medida controvertida repercutía y obstaculizaba la compatibilidad de la vida familiar y laboral de la recurrente supone una vulneración de los arts. 14, 32 y 39 CE. El problema ya no consiste en interpretar la norma desde el prisma más favorable para la efectividad del derecho a la no discriminación, sino en que no se ha ponderado en absoluto el problema desde la perspectiva del mismo. Era totalmente necesario valorar si la distribución irregular de la jornada que implicaba que la trabajadora prestara servicios durante una hora y media por la mañana los sábados cuando así fuera requerida se erigía en obstáculo injustificado “para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar”.

A partir de tales afirmaciones, la sentencia se plantea las relaciones entre la institución de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo con “un derecho relacionado con la maternidad!”⁵, pero expresando que, en todo caso, el órgano judicial debe en tales casos desarrollar un juicio de ponderación entre los diferentes intereses en juego, con necesaria consideración de la dimensión constitucional del conflicto. Pero, seguidamente, se desliza por una pendiente peligrosa, pues expresa una serie de criterios que el órgano judicial debería haber tenido en cuenta, en relación con las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en la trabajadora demandante y con la organización del servicio de guardias en los fines de semana en el departamento en el que ella prestaba servicios. Entre otros datos, era necesario conocer la edad de la hija de la trabajadora, ponderar la dificultad que para

5. Los signos de admiración, de nuevo desaprobatorios, son míos.

ella implicaba prestar servicios los sábados, cuando no hay ni colegios ni guarderías disponibles; en su caso, la situación laboral del padre de la menor y, en general, la incidencia de la obligación de prestar servicios los sábados en la compatibilización entre éstos y el cuidado de la niña. Desde luego, se trata, en general, de abordar el conflicto de derechos e intereses que siempre existe en el ejercicio de los derechos de conciliación de vida familiar y laboral, pero teniéndose en cuenta, en todo caso y como perspectiva inexcusable, el propio derecho a la intimidad de la recurrente.

Antes de alcanzar el fallo, el Tribunal expresa una última argumentación que ya ha sido insinuada anteriormente: en la sentencia recurrida se afirmaba que la modalidad procesal oportuna no era la de conciliación de vida familiar y laboral, sino la de modificación de las condiciones de trabajo. Pero ahora no se trata de contemplarla desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, sino desde la de la discriminación por razón de sexo. Claramente, la sentencia, al considerar preferible la segunda de ellas, obvia la dimensión de posible incumplimiento del art. 14 CE a través de un perjuicio derivado del acogimiento a una reducción de jornada por guarda legal. O, por decirlo más claramente, el art. 138 LRJS no tiene en consideración prioritaria la perspectiva de las dificultades de conciliación de las personas trabajadoras, como sí la tiene el art. 139. El TC solo sugiere este argumento, que podría ser fácilmente completado: si el órgano de instancia hubiese considerado adecuado actuar por la modalidad del art. 139, la ponderación de los problemas específicos de la trabajadora para compatibilizar el trabajo en el horario irregular correspondiente a los sábados iría de suyo, de tal modo que el problema de constitucionalidad ya se habría discutido abiertamente en la instancia. Desde esta perspectiva, una selección de la modalidad procesal expresada desde la estricta legalidad ordinaria facilitó que la sentencia recurrida solo tomara en cuenta la perspectiva de las necesidades organizativas de la empresa. Por supuesto que la adecuación de una y otra es un asunto de legalidad ordinaria, pero no que en cualquiera de ellas se contemple la perspectiva constitucional. No en vano el art. 184 LRJS remite a ambas el conocimiento de las demandas con contenido de tutela de derechos fundamentales que, *ratione materiae*, caigan dentro de su ámbito de aplicación.

Con todo, y resumiendo este último argumento, la preferencia por la modalidad de modificación sustancial precipitó que la sentencia y el auto objetos del recurso de amparo analizaran la justificación de la empresa desde la perspectiva de su suficiencia intrínseca y eludieran un juicio de ponderación con el derecho fundamental del art. 14. La consecuencia, en términos de contenido del fallo que otorga el amparo, es obvia: quedan anuladas las resoluciones judiciales emitidas por el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, de modo que se retrotraen las actuaciones para que dicho órgano judicial dicte resolución “respetuosa con el derecho fundamental reconocido”. Nada hay que criticar a este fallo, coherente y congruente con el recurso de amparo formulado. Ahora bien, ante el riesgo evidente de que se repita la historia sucedida con

la TC 3/2007 y vicisitudes subsiguientes, acaso sería bueno que la sentencia del TC hubiese atado un par de cabos que, desafortunadamente, han quedado algo sueltos.

3. LOS CABOS SUELTOS DE LA STC 119/2021

Empezando por el asunto seguramente más trivial, merece destacarse la invocación que el TC hace en este tipo de controversias al art. 39 CE (protección de la familia y de la infancia). Es, prácticamente, una cláusula de estilo de todas las sentencias sobre la materia, pero de contenido absolutamente ignoto. Sin duda, el Tribunal está mediatizado a causa de los derechos fundamentales invocados, de tal modo que el principio general del art. 39 aparece siempre fuera de las razones jurídicas decisivas que esgrimen las sentencias. Sin embargo, estaría bien que, aunque fuera *obiter dicta*, el TC llenase de significado este llamamiento a unos principios que, en apariencia, deben alinearse más a favor de los intereses de la persona trabajadora que de la empresa.

En segundo lugar, la impugnación de la decisión de la empresa produce una disyuntiva muy característica entre, de un lado, un pacto de empresa, que, por lo que interesaba al asunto litigioso, facultaba a la empleadora a organizar el trabajo de un departamento mediante modificaciones horarias o la flexibilización de la jornada en caso de que no hubiere personal suficiente para la cobertura del servicio, y, de otro, los derechos de conciliación de la vida personal y laboral. Es evidente que, en este caso, la disyuntiva no es tal, porque se podría resolver aplicando el pacto de empresa en un sentido no lesivo del derecho a la no discriminación por razón de sexo. Sin embargo, puede producirse si, como sucede en ocasiones, la norma colectiva aplicable tercia en preferencias sobre reducción de jornada y adaptación del tiempo de trabajo y, en aplicación de la misma, la empresa deniega la solicitud de alguna persona trabajadora o la perjudica en su ejercicio. En estos casos, a buen seguro que la correcta aplicación de lo acordado debe constituir justificación bastante de la decisión de la empresa, pero también es más que probable que deba analizarse si la empresa aplicó lo pactado en el sentido menos lesivo posible del ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral.

Pero, prescindiendo de estas disquisiciones, en el caso planteado la empresa tiene que conciliar diversos intereses con dicho pacto de empresa: por una parte, estaba la trabajadora demandante, en reducción de jornada por guarda legal para el cuidado de una hija menor de doce meses. Por otra, un compañero de trabajo, que pretendía no seguir realizando guardias de fin de semana, pretensión que fue denegada por la empresa. Y por otra, una compañera más, ésta sí adscrita voluntariamente al servicio de guardias. Pero, como quiera que no podía existir solo una persona adscrita al servicio de guardia de laboratorio y que el propio pacto de empresa impedía que un

trabajador realizase guardias más de dos fines de semana consecutivos, no había otra alternativa que modificar el horario de la trabajadora, a la que, por lo demás, se le mantenía en el disfrute de su reducción de jornada. A mayor abundamiento, la persona adscrita voluntariamente al servicio había expresado su decisión de no realizar guardias durante fines de semana consecutivos.

Con esta perspectiva de hechos probados, la contemplación de la decisión de la empresa desde la perspectiva de la evitación de discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo dudosamente puede aportar una solución satisfactoria, al menos enteramente respetuosa con el pacto de empresa, cuyos efectos vinculantes no fueron puestos en entredicho. Por supuesto, podría plantearse la hipótesis de que la empresa operase una movilidad funcional de una persona adscrita a otro departamento y que perteneciese al mismo grupo profesional, pero esta cuestión en todo momento permaneció ajena a los términos del debate planteado.

Quiere decirse con esta reflexión que el otorgamiento del amparo no producirá, al menos de una forma evidente, una satisfacción de la pretensión procesal de la demandante. Sí que es verdad que la nulidad de la sentencia y del auto producen que el asunto retorne al órgano de instancia, que puede actuar con cognición plena e incluso introducir elementos fácticos nuevos a través de diligencias finales. Es más, así debería conducirse para respetar, en un sentido material, el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Pero hubiera sido muy necesario y provechoso que la sentencia del TC entrase en esa dialéctica y orientase la labor interpretativa y aplicativa del Juzgado de lo Social. Porque, en caso contrario, es harto probable que la estimación del recurso de amparo no tenga sino efectos retóricos y venga seguida de una nueva sentencia desestimatoria por parte del Juzgado de lo Social.

En tercer lugar, una dialéctica diferente se produce entre el art. 41 y el art. 37.6, también en una relación hipotética con el art. 34.8, todos ellos del ET. En este caso, se discute una decisión unilateral introducida por la empresa que puede ampararse en el art. 41 ET, entendiendo que la posibilidad de imponer un trabajo en sábado cuando ello fuera necesario implica una modificación sustancial del horario. La cuestión que se plantea versa sobre la posibilidad de introducir modificaciones de jornada u horario, o del régimen de trabajo a turnos, que afecten precisamente a personas que están disfrutando de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. Evidentemente, la enseñanza de la STC 119/2021 es clara: tal decisión de la empresa debe ser enjuiciada, siempre, desde una perspectiva de adecuación a la Constitución y, en particular, del derecho a la no discriminación.

Parece evidente que, en principio, la reducción de jornada o la adaptación del tiempo o de la modalidad de trabajo no “anestesia” la posibilidad de la empresa de introducir alguna de las modificaciones sustanciales referidas. Pero sí que la limitan desde esta perspectiva de toma en consideración de los derechos fundamentales de la persona trabajadora. Es decir, al margen de los derechos que puedan reconocerse a

través de la negociación colectiva, la empresa que adopte estas decisiones en perjuicio de quien disfrute de tales permisos, reducciones de jornada o adaptaciones, se encontrará con mayores obstáculos. Lo cual, dicho sea muy de paso y bastante a pesar de abundante doctrina judicial menor, debería aplicarse también a las modificaciones sustanciales de jornada, horario o régimen de trabajo a turnos que afecten a quien trabaje a tiempo parcial, porque esas decisiones afectan a un colectivo claramente feminizado. Incluso conviene añadir que tales modificaciones pueden ser lesivas de la dignidad de las personas afectadas, a los efectos que puedan proceder.

Todo lo cual se formula en unos términos sin duda abstractos, pero para poner de manifiesto que la sentencia podía y debería haber planteado alguna reflexión sobre esta dialéctica entre derechos de conciliación y modificaciones sustanciales.

En cuarto y último lugar, una cuestión adicional que el TC deja en la penumbra, desaprovechando una ocasión inmejorable para pronunciarse sobre ella, se refiere al grado de indagación que los Juzgados de lo Social debe realizar acerca de cuestiones atinentes a la vida privada de la persona demandante y de su núcleo familiar más próximo. Ya se han descrito anteriormente los términos del problema, pero es preciso añadir ahora un comentario más prospectivo. Sin duda, en el proceso del art. 139 LRJS está ínsita la necesidad de que la parte demandante sostenga, con argumentos relativos a su vida privada, las propuestas y alternativas para la concreción de los derechos de conciliación. Este soporte será necesario, al menos, para que el órgano judicial pueda ponderar los derechos e intereses en juego. Ahora bien, es importante tener en cuenta la perspectiva de que también está en juego el derecho a la intimidad de la persona trabajadora, como valor que no puede desdeñarse. Por consiguiente, debe ser ella quien disponga de la información y decida qué parte de su vida privada quiere revelar a los efectos de dicho juicio de ponderación. Dicho en negativo, serán totalmente impertinentes e inapropiadas las posturas del juez o de la jueza de tipo inquisitivo, que pueden traducirse en preguntas invasivas de la vida privada o en diligencias finales lesivas del derecho a la intimidad. La parte demandante circunscribe los términos del debate, sin que parezca legítimo y respetuoso con sus derechos fundamentales alterarlo introduciendo datos no aportados por ella o incluso variando el contenido de la demanda⁶.

Este punto de vista, que se expresa y se postula desde una perspectiva estrictamente académica, podría haber sido confirmado, desmentido o matizado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 119/2021. Que no lo haya hecho, seguramente porque el ponente ha considerado que no era necesario, le resta valor doctrinal. En realidad, este asunto ya aparecía, algo más desarrollado, pero sin suficiente concreción, en la STC 26/2001, de modo que el TC ha dejado pasar una

6. Con más extensión, cuidada argumentación y conclusiones que comparto íntegramente, Casas Baamonde 2018, 1065 ss., en particular 1074-1077.

inmejorable ocasión para profundizar en un conflicto de derechos ciertamente importante. De modo que, con el cúmulo de cabos sueltos que queda descrito, se confirma la sola relativa importancia de una sentencia, que debe considerarse correcta en su fundamentación y en su fallo, pero escasamente innovadora y poco trascendente en términos de jurisprudencia.

4. LA DOCTRINA DE LA STC 153/2021

Eludiendo el comentario relativo a los óbices de procebilidad y entrando directamente en la violación de los derechos a la igualdad y a la no discriminación, la sentencia discurre por una senda argumental paralela a la anterior, con el mismo empecinamiento en reiterar la doctrina de los “derechos asociados a la maternidad” que ya ha sido objeto de la oportuna crítica. Eso sí, con algo más de detalle que la anterior, alude a la doctrina del TEDH, en particular a la sentencia dictada en Gran Sala *Konstantin Markin c. Rusia* (2012)⁷, aunque se trata de una cita meramente retórica, pues nada añade al asunto planteado, más allá de reconocer que los permisos parentales se incluyen en el ámbito de aplicación del derecho a la vida privada del art. 8 de la Convención de 1950, aunque dicho precepto no presupone su existencia ni mucho menos que deban ser protegidos económicamente. Ello no obstante, reconoce sin ambages que hombres y mujeres están en situación análoga en cuanto a su disfrute, en contraste con los derechos ligados a la maternidad. Describe extensamente la evolución de las convicciones sociales en esta materia y concluye que no es justificable que los hombres queden excluidos de los permisos parentales. Otro tanto debería expresarse, *mutatis mutandis*, del mucho más conocido asunto *Roca Álvarez*, al igual de la referencia a la Directiva 2019/1158/CE, de la cual, en todo caso, sería pertinente la cita de su art. 11⁸.

En su aproximación progresiva al objeto del recurso de amparo, la sentencia evoca la STC 3/2007, en relación con las SSTC 233/2007, 26/2011 y 149/2017 y el cuerpo de doctrina del propio Tribunal acerca de la discriminación indirecta. Sobre aquéllas, recuerda la necesidad de ponderación de las circunstancias fácticas concurrentes en cada caso, para valorar la dimensión constitucional de la controversia relativa al ejercicio de derechos de conciliación en relación con los problemas organizativos de las empresas que desencadenan restricciones al disfrute o consecuencias

7. Recurso nº 30078/06.

8. “Discriminación.- Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos contemplados en los artículos 4, 5 y 6, o el tiempo de ausencia del trabajo previsto en el artículo 7, o por haber ejercido los derechos previstos en el artículo 9”. Una crítica a la aproximación a esta materia por parte de la Directiva, por demasiado meliflua, en Cabeza Pereiro 2020, 41 ss., en particular 76 ss.

desfavorables derivadas de su ejercicio. Y de nuevo cita, sin un desarrollo argumentativo de las consecuencias a que hubiera lugar, el principio general de protección de la familia del art. 39 CE.

A partir de este acervo, la sentencia se plantea directamente el problema del cambio de funciones de la demandante, apartada del servicio de urgencias pediátricas, a excepción de la jornada de los sábados. Lo hace desde una doble perspectiva: la vulneración del derecho a la igualdad desde el prisma de un tercero de comparación, consistente en una compañera de trabajo a la que sí se le mantuvo en la UCI pediátrica pese a disfrutar de una reducción de jornada; y la existencia de una discriminación indirecta derivada del ejercicio de un derecho de conciliación de la vida familiar y laboral.

Desde la primera perspectiva, la sentencia constata que la otra enfermera con reducción de jornada mantuvo sus funciones porque únicamente reducía su jornada una hora, de modo que su ausencia pudo ser cubierta por otra compañera del turno de mañana sin que se hiciese preciso desdoblar turnos. En contraste, la reducción de jornada de la demandante afectaba a una hora y media del turno de tarde, al final de la jornada y que quedaba sin cubrir. Da por buena esta justificación, añadiendo que, en relación con esa enfermera de comparación, la demanda no había alegado motivo alguno de discriminación de los proscritos en el art. 14 CE.

Desde la segunda, el Tribunal repasa las posiciones de las partes y del Ministerio Fiscal. Parte de su propia doctrina, relativa a la posición de desigualdad que sufren las mujeres, que se traduce, entre otros aspectos, en una menor incorporación al mercado de trabajo y en una mayor dificultad para conciliar su vida familiar y su actividad profesional. Para sustentar tal afirmación, apela a datos del 2018 del Instituto Nacional de Estadística conforme a los cuales más del doble de mujeres se acogieron a reducciones de jornada por guarda legal que hombres, a pesar de que la tasa de empleo masculina es sensiblemente más elevada que la femenina. Ha habido, eso sí, un ligero avance en relación con la situación que existía cuando se dictó la STC 3/2007, pero no significativamente diferente. Por consiguiente, los menoscabos en el disfrute de la institución del art. 37.6 ET perjudican fundamentalmente a las mujeres, de modo que se produce una discriminación indirecta por razón de sexo cuando se restringe el acceso a la misma o se causan perjuicios derivados de su disfrute, excepto que exista una justificación objetiva ajena a dicha discriminación.

Ahora bien, el Tribunal entiende que el caso que se le plantea no puede encuadrarse en dicha doctrina. Primeramente, porque pone en tela de juicio que la decisión de la empresa de asignar a la recurrente a un servicio distinto de la UCI pediátrica constituya un trato peyorativo o un menoscabo o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales. El perjuicio real y efectivo había sido negado por las resoluciones judiciales cuestionadas en amparo, de instancia y suplicación, pues la trabajadora mantuvo el desarrollo de funciones propias de su grupo profesional e incluso quedó claro que podría volver a la UCI pediátrica al

retornar a la prestación de servicios a jornada completa y acceder entretanto a los cursos de formación. En tales condiciones, el TC concuerda con las sentencias recurridas en que no se había acreditado una degradación profesional o un obstáculo a su carrera profesional.

Con este aserto, el recurso de amparo estaba ya destinado a ser desestimado. Lo que a continuación expresa la sentencia es a efectos exclusivamente dialécticos, aceptando solo a los mismos que se hubiera producido un perjuicio. Con esta finalidad, se introduce en el ámbito de la justificación esgrimida por la empleadora, expresando, con buen criterio, que, dado que se postulaba la causación de una discriminación indirecta, era factible justificar el impacto adverso en una finalidad legítima, si los medios utilizados por la empresa fueran proporcionados, adecuados y necesarios para la consecución de aquélla.

A partir de ese sustento doctrinal, la sentencia parafrasea los motivos esgrimidos por la empresa: la UCI pediátrica se caracteriza por una continuidad asistencial alta, visto el tipo de servicio de que se trata y el rango de edad de los pacientes que ingresan en ella. De modo que, para garantizar la debida atención individualizada al paciente y reducir el riesgo de errores, conviene la asignación de una persona de enfermería por turno. Como soporte de esta tesis, se apela a normativa reglamentaria autonómica y a documentos informativos del Ministerio de Sanidad. En este contexto, es necesario que las personas de enfermería en situación de reducción de jornada, cualquiera que sea su sexo, sean reubicadas en otros servicios hasta que retornen a la jornada ordinaria. Tal batería argumental, asumida por las sentencias recurridas en amparo, es asimismo aceptada por la sentencia que resuelve el recurso de amparo, que enfatiza que desdoblar el turno de tarde para cubrirlo con otra persona titulada en enfermería contradiría el criterio seguido por el hospital para el buen funcionamiento de la UCI pediátrica, que se utilizaba en seguimiento de las recomendaciones del Ministerio de Sanidad. Consecuentemente, el TC concluye que la medida adoptada en relación con la recurrente en amparo respondió a una finalidad legítima y que fue necesaria y adecuada.

Añadiéndose a esta justificación, el TC reconoce que los órganos judiciales de instancia y suplicación ponderaron adecuadamente la dimensión constitucional de la controversia, desde la perspectiva de los arts. 14 y 39 CE. Pone de relieve que la trabajadora obtuvo la reducción de jornada solicitada en los términos horarios pactados con el hospital. Por lo tanto, era ocioso que se valorara judicialmente si la reducción de jornada resultaba necesaria para conciliar la vida familiar y laboral, como también lo era la hipótesis de valorar otras opciones distintas. De modo que el amparo debía correr suerte desestimatoria. Por supuesto, tampoco cabía apelar a una discriminación por cualquier otra condición personal o social, tal como las circunstancias familiares de la recurrente.

5. UNA SENTENCIA CORRECTA, AUNQUE DE DOCTRINA MATIZABLE

El esquema argumental de esta segunda sentencia es adecuado, en un proceso lógico y desde el ordenado análisis de una supuesta discriminación indirecta. La sentencia pondera los intereses en juego y llega a una conclusión contraria a la pretensión de la parte demandante. Debe destacarse, además, que apela a estadísticas más o menos actualizadas, para poner de relieve el escaso avance en términos de corresponsabilidad que se ha producido a lo largo de los tres últimos lustros. En términos de apurar los argumentos esgrimidos en el recurso para darle oportuna respuesta a todos ellos, poco cabe criticar la fundamentación jurídica. Ahora bien, cabe formular algunas objeciones que plantea su análisis.

La primera se refiere a la quiebra del principio de igualdad que postula la demandante, en relación con otra enfermera que, en reducción de jornada, había sido mantenida en la UCI pediátrica. La sentencia argumenta que, en ese caso, la reducción de jornada era menor –una hora, frente a la hora y media disfrutada por aquella– y que se ubicaba al comienzo de la jornada de tarde, de manera que no era preciso desdoblar turnos, porque dicha hora podía ser suplida mediante una compañera del turno de mañana. Tal vez ello fuera así, aunque el argumento, seguramente por su sincretismo, no es del todo convincente. La diferencia cuantitativa de ambas reducciones de jornada era pequeña –una hora frente a una hora y media diaria– y en ambos casos quebraba el principio de asignar solo a una persona de enfermería por turno. Probablemente, fuera más complejo completar el final de la jornada de tarde mediante una persona asignada al turno de noche, pero nada se explica al respecto. Evidentemente, nada de eso implicaba una discriminación prohibida en relación con la enfermera mantenida en sus funciones, pero podía revelar que no se había facilitado en la medida de lo posible –como se había hecho en otro caso– la adecuada compatibilidad entre el trabajo y la familia sin consecuencias desfavorables en el primero.

Sin embargo, esta diferencia no parece tener mucho recorrido. A fin de cuentas, la concesión o denegación secuencial de reducciones de jornada, o la diferencia de trato entre la primera reconocida y las subsiguientes puede ser fácil de explicar y justificar en términos organizativos. Indudablemente, la concesión de una reducción de jornada condiciona la de las siguientes que se soliciten dentro del mismo servicio. No consta si la persona a la que se le mantuvo en el servicio había solicitado la medida de conciliación antes o después que la recurrente en amparo. Pero, en cualquier caso, es hartó complicado que pueda prevalecer en este ámbito de la realidad una pretensión de quiebra del principio de igualdad, porque las circunstancias organizativas son dinámicas. Aparentemente, el recurso de amparo planteó más bien la diferencia de trato desde el punto de vista de la discriminación, de tal modo que la respuesta de la sentencia no podía ser otra que desestimarla, al menos desde la perspectiva de la

tercera de comparación, con respecto a la cual no se había alegado ni mucho menos probado una causa odiosa de diferenciación.

La segunda objeción se refiere al nervio central de la argumentación de la sentencia y que constituye, a mi juicio, el elemento más susceptible de crítica. Que no haya habido un trato peyorativo a la demandante resulta más que discutible, aunque así lo habían entendido las sentencias recurridas en amparo. Es cierto que la trabajadora había sido trasladada a otro servicio y a otras funciones congruentes con su grupo y con su categoría profesional, que volvería íntegramente a la UCI pediátrica una vez que retornara a la jornada completa y que, entretanto, tendría acceso a las acciones formativas vinculadas a sus funciones originarias. Aun admitiendo todo ello, es evidente que apartar durante el grueso de la jornada semanal a una persona de su servicio de origen, en una unidad tan sensible a la evolución del conocimiento y de los tratamientos como es una UCI pediátrica, tiene efectos lesivos de su carrera profesional, máxime si la reducción de jornada se prorroga durante un largo espacio de tiempo. El Tribunal, quizá porque se limita a hacer suyo el criterio de las sentencias recurridas, equipara de una forma automática que no haya habido degradación profesional a que no haya habido perjuicio.

Abstrayéndose del caso concreto planteado, el asunto tiene mayor enjundia doctrinal y, desde luego, merecería un mayor debate académico y jurisprudencial. La cuestión de fondo estriba en discernir, como expresan el art. 2.1 b) de la Directiva 2006/54/CE y el art. 6.2 de la LO 3/2007, de 22 marzo, en qué consiste poner “a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro”. Desde luego, la expresión parece más amplia que causar o dejar de causar una degradación profesional. En mi opinión, el cambio de funciones de la recurrente le ocasiona una desventaja clara, aunque solo se trate de exigirle el desarrollo de unas tareas distintas, por más que se ajustan a sus aptitudes académicas y profesionales. Indudablemente, una persona que no hubiera disfrutado de la reducción de jornada no se vería expuesta a esta movilidad funcional. O, dicho en otros términos, una situación claramente feminizada –acogerse a este derecho– produce una modificación del contenido de la prestación. Que eso sea una “desventaja” parece más que plausible, aunque solo sea en comparación con la trabajadora que, reduciendo su jornada en solo una hora, mantuvo íntegramente su puesto en la UCI pediátrica y no sufrió ninguna perturbación en el ordinario desempeño de su trabajo.

Por lo tanto, la sentencia debió admitir la causación de una desventaja. Cuestión distinta es que la medida se considerase justificada de acuerdo con los cánones hermenéuticos que, con adecuación desde un prisma teórico, siguió el Tribunal Constitucional. Ahora bien, habría que añadir un dato más en cuanto a la medida adoptada, en relación con la entidad de la misma. Se trata de que la trabajadora fue mantenida en la UCI pediátrica en el turno de los sábados y que fue cambiada de servicio los demás días de su jornada semanal. Es decir, habría que formular dos

afirmaciones, aunque solo sustentadas por la descripción de hechos que se contiene en la sentencia: por una parte, el cambio, con ser de cierta entidad, mantuvo a la interesada en funciones correspondientes a su grupo y categoría profesionales. Por otra, que solo se le modificaron funciones en una parte, aunque sustancial, de su jornada. Lo cual tiene importancia a los efectos del juicio de proporcionalidad y de ponderación. Habría que verificar si la desventaja causada fue la mínima posible, pero, en apariencia, el centro hospitalario intentó conciliar sus intereses con los de la trabajadora, al menos desde esta perspectiva.

La sentencia argumenta con cuidado acerca de la justificación de la medida, aunque en exclusiva desde la perspectiva de los problemas organizativos de la empresa. Desde este punto de vista, los motivos aducidos y valorados por la sentencia parecen consistentes. Podría aducirse, como pequeña crítica, que el criterio de no cubrir el turno con otra persona titulada en enfermería se había obviado en el caso de la otra persona acogida a reducción de jornada, cuya hora de inasistencia era cubierta por otra adscrita el turno de mañana. Probablemente, esa sustitución era más complicada en la última hora del turno de tarde, de tal modo que los motivos organizativos subsistirían en todo caso. Ahora bien, suficientemente justificada la necesidad de completar el turno de UCI pediátrica, el razonamiento quiebra o al menos padece en los dos otros eslabones de la justificación: no se valora si la medida era estrictamente necesaria, en el sentido de no poder recurrirse a otra menos lesiva de los intereses de la demandante, ni tampoco si el cambio de funciones se ajustó a la medida mínima imprescindible para adecuar razonablemente el interés del hospital con el de la enfermera en reducción de jornada. Tal vez el cambio de funciones superaría ambos criterios, pero el TC omite toda referencia a los mismos.

Y otro aspecto de mucho relieve de la fundamentación jurídica que resulta insuficientemente resuelto por la sentencia, pese a que expresa grandes protestas en sentido contrario, se refiere al juicio de ponderación de los derechos fundamentales, que está deficientemente resuelto. El TC descansa en que la reducción de jornada, en sus aspectos horarios, fue concedida en los términos pactados entre empresa y trabajadora. De modo que no era necesario valorar si la reducción era necesaria, ni exigible valorar esas opciones distintas. Realmente, tal forma de argumentar incurre en un excesivo formalismo. En apariencia, y tal como se formula la demanda de amparo, la trabajadora fue apartada del servicio de UCI pediátrica desde que acordó con el hospital la reducción de jornada. Es decir, el tratamiento separado de ambos asuntos –la reducción en sí misma considerada, basada en un acuerdo de voluntades, y el cambio de funciones, decidido unilateralmente por la empresa– no responde enteramente a la secuencia de hechos producidos. No es claro si en dicho acuerdo la trabajadora fue notificada o no de que conllevaría un apartamiento, cuando menos parcial, de sus funciones habituales. Pero, con todo, sí que formaba parte del juicio de ponderación que la empresa le hubiese ofrecido a la trabajadora otras alternativas de acomodación

horaria. De hecho, después del reiterado apartamiento, la trabajadora solicitó ampliar su jornada, con la expectativa de que la restituyeran, al menos con mayor extensión horaria, a la UCI pediátrica.

Es decir, la empresa, en apariencia, no dedicó suficientes esfuerzos a la acomodación de sus necesidades organizativas con las de conciliación de la vida familiar y laboral de la trabajadora. Simplemente pactó la reducción de jornada y, a partir de ahí, tomó una serie de decisiones no consensuadas con ella y que se derivaron del contenido del pacto y de los problemas organizativos que le planteaba. Tal vez eso no sucediera exactamente así, pero de ese modo se relata en la sentencia. Por supuesto que era exigible que la empresa examinara otras opciones distintas, al contrario de lo que argumenta la sentencia. Porque, en realidad, lo único sustantivo que se explicita se centra en las razones, desde luego sólidas, esgrimidas por la empresa. Pero eso no es más que parte del *iter* argumentativo –sólo el primer paso– en la justificación de una particular desventaja que se le irroga a alguien que demanda por discriminación indirecta. En realidad, si los argumentos de la STC 119/2021 se proyectan en la STC 153/2021 hay una cierta inconsistencia entre una y otra, pues, en esta última, la justificación de la discriminación indirecta se detiene en el análisis de los problemas organizativos que la reducción de jornada le causaba al hospital.

6. CONCLUSIÓN

Pese a las críticas vertidas, la STC 153/2021 tiene valores innegables. Es una sentencia que se esfuerza por actualizar la doctrina que expresa a la vista de la realidad social en la que se proyecta. Tiene la virtud de subir el listón un peldaño en la exigencia de justificación de la empresa. Además, desde un prisma teórico, aplica con gran adecuación las diferencias entre la discriminación directa y la indirecta. La argumentación que desarrolla es secuencialmente impecable, sin perjuicio de que pueda compartirse o no la conclusión a la que llega.

Tales valoraciones al margen, las dos sentencias comentadas tienen un hilo conductor común sobre el que conviene insistir: ninguna de ellas versa sobre una denegación de una reducción de jornada, sino que ambas se refieren a decisiones de las empresas derivadas de sendas reducciones concedidas y acordadas entre la empresa y la trabajadora. Por lo tanto, aluden a hipotéticas desventajas derivadas de la utilización de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral. Como es razonable, ninguna de las dos alude a un hipotético *animus nocendi* de la parte empleadora, como es propio de asuntos en los que se valora la concurrencia o no de una discriminación indirecta.

Ahora bien, a partir de esas coincidencias, la primera de ellas da por probado el perjuicio, en tanto que la segunda concluye que no ha existido, con una visión

restrictiva del término “desventaja” que aquí se ha criticado. Este contraste sirve para plantear dudas sobre la entidad exigible de ésta, que seguramente debería ser aligerada, al menos desde la perspectiva de la doctrina expresada en la STC 153/2011. La STC 119/2021 considera insuficiente la justificación de la decisión de la empresa porque las resoluciones recurridas no habían ponderado en absoluto la dimensión de constitucionalidad y la posible violación del art. 14 CE, entre otros motivos a causa de la modalidad procesal que el órgano judicial competente consideró adecuada. Por su parte, la segunda no llega a la misma conclusión, entre otros motivos porque esta posible vulneración constituyó la cognición central del proceso de tutela de derechos fundamentales. Es decir, la ponderación pudo ser acertada o desacertada, pero desde luego se produjo. Ahora bien, se desarrolló en unos términos, a mi juicio, excesivamente formales y superficiales.

Por lo demás, se han puesto de manifiesto algunos asuntos ajenos a ambas sentencias. Valga este párrafo penúltimo para destacar uno de ellos, que quizá constituya uno de los temas pendientes de mayor interés. Me refiero a cómo debe formularse el juicio de ponderación de derechos fundamentales cuando la persona que se acoge a la medida de conciliación sea un trabajador varón. En tal caso, parece claro que el derecho fundamental es el mismo, el derecho a la no discriminación. A lo que habría que añadir, en contra del criterio de la STC 26/2011, que el motivo odioso es el sexo, desde una perspectiva, por utilizar la doctrina norteamericana, de discriminación *sex plus*. Esto es, teniendo en cuenta que la denegación a un hombre de tales derechos sí que redundaría directamente en la consolidación de los estereotipos sociales. O, poniendo de manifiesto que cualquier denegación de permisos o adaptaciones de esta índole redundaría, al final, en una mayor postergación de las mujeres en el mercado de trabajo.

En todo caso, a buen seguro que el TC tendrá que pronunciarse más veces sobre este tipo de asuntos. Algunas sentencias después de la iniciática STC 3/2007, la sensación que se produce es de que es necesario un mayor desarrollo de doctrina constitucional, para abordar muchos temas todavía pendientes. Desde este punto de vista, las dos sentencias que se han analizado, con sus virtudes y sus defectos, constituyen dos hitos de interés, seguramente la segunda en mayor medida que la primera.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Cabeza Pereiro, Jaime (2020), “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de Derecho Social*, 92.
- Casas Baamonde, María Emilia (2018), “Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 11.