

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL: COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2022 DEL TSJ DE MADRID

Araceli Martínez García Donas

Doctora en Derecho

Abogada

aracelidonas@gmail.com

Palabras clave: conciliación de vida personal y familiar, laboral, extraescolares, art. 34.8 ET

Keywords: reconciliation of personal and family life, work, extracurricular, art. 34.8 ET

Resumen: La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Madrid (sección 5ª) núm. 731/2022, de 19 de diciembre, resuelve el recurso de suplicación número 385/2022, interpuesto por la trabajadora contra la sentencia del Juzgado de lo Social del mismo asunto que desestimaba su petición de adaptación laboral para poder atender al mayor de sus dos hijos, ambos menores de edad, en lo que respecta a la actividad extraescolar de fútbol. El TSJ de Madrid pondera los intereses de ambas partes y concluye que no procede acceder a lo solicitado por la trabajadora al concebir el tribunal la actividad extraescolar como facultativa. También es objeto de análisis en este comentario el deber de corresponsabilidad parental, la conciliación de la vida familiar y laboral del artículo 34.8 ET y la igualdad laboral entre trabajadores y trabajadoras.

Abstract: The judgment of the Labour Room of TSJ Madrid (section 5) no. 731/2022, of December 19, resolves the appeal number 385/2022, filed by the worker against the Labour Court of the same matter that dismissed her request for work adaptation to be able to care for the eldest of her two children, both minors, with regard to extracurricular football activity. The TSJ of Madrid weighs the interests of both parties and concludes that it is not appropriate to accede to what was requested by the worker when the court conceives the extracurricular activity as optional. Also analyzed in this commentary is the duty of parental co-responsibility, the reconciliation of family and work life in article 34.8 ET and labor equality between male and female workers.

Sumario: I. HECHOS OBJETO DEL PLEITO. II. BASE JURÍDICA Y ARGUMENTOS LEGALES. III. DECISIÓN DEL JUZGADO DE LO SOCIAL Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. IV. COMENTARIO. BIBLIOGRAFÍA.

I. HECHOS OBJETO DEL PLEITO

La sentencia comentada viene a resolver el recurso de suplicación número 385/2022, interpuesto por la trabajadora contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2021 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 29 de Madrid, en sus autos número 1252/2021, seguidos por la misma frente a la empresa, en reclamación de adaptación de jornada.

Así, los hechos que sustentan la demanda interpuesta ante los juzgados de lo social, y que igualmente sustentan el posterior recurso, indican que la trabajadora prestó servicios para una mercantil, como cajera en hipermercado de grandes superficies. La recurrente presta sus servicios en turnos rotativos desde el día 1 de mayo de 2019, tras la reducción de jornada por guarda legal.

En fecha de 11 de octubre de 2021, la trabajadora remitió una comunicación a la empresa por la que solicitaba la adaptación de su jornada, respaldando su petición en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET, e interesando que su jornada laboral fuera en horario de mañana, de 11.00 a 15.00 horas, de lunes a viernes, para poder atender los entrenamientos y partidos de fútbol del mayor de sus dos hijos, ambos menores de edad. El hijo aludido participa en la actividad extraescolar de fútbol en la escuela de fútbol, entrenando los lunes y los jueves desde las 18.00 hasta las 19.00 horas y los martes en entrenamiento específico de porteros desde las 19.00 hasta las 20.00 horas. Los enfrentamientos entre los equipos suelen celebrarse en horario de mañana los sábados, conforme disponga la Federación de Fútbol de Madrid. Como dato adicional a tener en cuenta, relata la sentencia que la pareja de la actora trabaja en horario nocturno por lo que, según manifiesta la demandante, necesita su pareja el día para descansar.

Ante la petición de la empleada, la mercantil le envió su contestación el 10 de noviembre de 2021 en la que, por un lado, la empresa aceptaba la continuación de la reducción de la jornada laboral de la actora por motivos de guarda legal, pero, por otro lado, negaba la posibilidad de adaptación de la jornada al turno de mañana, ya que el periodo de mayor afluencia de público al centro de trabajo de la actora se produce en turno de tarde y durante los fines de semana. El hipermercado cuenta con un plan de igualdad¹.

La demanda fue desestimada por el Juzgado de lo Social, interponiendo la trabajadora recurso de suplicación contra la misma, en el que solicitaba que se declarase su derecho a la adaptación de solicitada en los términos planteados a la empresa, así como el abono de la indemnización por daños y perjuicios, todo ello sobre la base de dos motivos de recurso, al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en adelante LRJS.

1 Resolución de 8 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Plan de igualdad [...]. Publicado en el BOE de 26 de enero de 2019.

II. BASE JURÍDICA Y ARGUMENTOS LEGALES

Argumenta la parte recurrida que, aparte de posible inadmisibilidad del art. 139 y ss. LRJS, el derecho de adaptación establecido en el art. 34.8 del ET queda sujeto —en caso de no existir acuerdo colectivo o individual— a su exigencia en sede judicial, que deberá ponderar los bienes e intereses confrontados, los de la persona trabajadora y los de la empresa, bajo un criterio de «razonabilidad y proporcionalidad», siendo en consecuencia un derecho «condicionado»; por tanto, no se reconoce un «derecho a adaptar» sino que se reconoce una expectativa de derecho, de tal forma que, ante ausencia de negociación colectiva que recoja los términos del ejercicio de este «derecho a solicitar» la adaptación de la jornada, se podrá solicitar a la empresa siempre que sea razonable y proporcional.

Cabe destacar la importancia de la razonabilidad en la interpretación de los derechos fundamentales y cómo la argumentación racional es necesaria para evitar una interpretación que vulnere la Constitución y para lograr una solución constitucionalmente correcta. Además, junto con la proporcionalidad, la interpretación juega un papel crucial en la toma de decisiones del juez y su labor permite hacer efectiva la norma constitucional².

Para poder ponderar adecuadamente los principios de razonabilidad y proporcionalidad, primero debemos echar un vistazo a la materia de derechos fundamentales y discriminación, concretamente sobre actos discriminatorios por razón de sexo. La aplicación del citado artículo 34.8 ET, debe tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, entre la que encontramos la STC 3/2007 o la STC 119/2021, de 31 de mayo, sentencia esta última que declaraba que «[...] la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral».

En relación con la relevancia de la voluntad de discriminar, hay que tener en cuenta que es doctrina reiterada y constante que la vulneración de los derechos fundamentales puede darse, aunque no exista intención lesiva. En palabras de la STC 108/2019, de 30 de septiembre:

«Lo único relevante es que el contenido esencial, [...], haya resultado o no menoscabado. Lo cual, traducido al ámbito que nos ocupa de la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), supone que bastará con que quede probado que el factor protegido estuvo en la base del perjuicio o minusvaloración laboral sufrido por la mujer trabajadora».

Por lo que concierne al supuesto de hecho, la trabajadora ya tiene reducida su jornada por guarda legal, razón de ser de sus actuales turnos de trabajo.

Veremos a continuación cuál es la conclusión de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 5ª, para este supuesto específico sobre reducción de jornada para atender actividades extraescolares de hijo menor de edad.

2 GALÁN JUÁREZ, M., «La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional: una argumentación en términos de razonabilidad», en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, núm. 35, 2006, págs. 33-55.

III. DECISIÓN DEL JUZGADO DE LO SOCIAL Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Nos remontaremos primero al fallo del Juzgado de lo Social antes de desvelar cuál es el del Tribunal Superior de Justicia. El primero de ellos infiere que, en el turno de mañana, en la sección de caja, están destinados 14 empleados, que en el turno fijo de tarde se destinan 11 trabajadores, que en los turnos rotativos hay 70 trabajadores, que durante el año 2021 el mayor volumen de ventas y asistencia de clientela tiene lugar por la tarde, y que en sábados y domingos la afluencia de público y ventas es superior por la mañana. Los juzgadores del Tribunal Superior de Justicia son conscientes de la finalidad de perseguida por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y exponen las razones por las que entienden que la petición de la actora no puede prosperar.

Y ¿cuál es el fallo de los juzgadores del Tribunal Superior de Justicia? Su decisión es la de desestimar el recurso planteado por la recurrente, quien fuera demandante ante el Juzgado de lo Social, es decir, no aprecian que se deba acceder a la solicitud de reducción de jornada para atender actividades extraescolares del mayor de los dos hijos, ambos menores edad. Las razones en las que se basa la sentencia recurrida son: que, al no haberse aportado datos respecto del padre de los menores, se supone que el turno que indica no resulta incompatible con la atención y cuidado de dichos menores; que las actividades extraescolares son facultativas y no preceptivas, debiendo adaptarse a las circunstancias familiares y profesionales, y no pretender, una vez seleccionadas, adaptar a estas la jornada laboral del progenitor trabajador a costa de la imposición al empresario de una modificación en su propia organización empresarial y que la medida solicitada no se considera razonable ni proporcionada, entre otros argumentos. Estas razones son compartidas por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, sección 5ª, órgano que tampoco aprecia que proceda estimar el recurso planteado.

IV. COMENTARIO

La conciliación de la vida familiar y laboral se ha convertido en los últimos años en un importante campo de batalla para la legislación europea, que, de un lado, pretende instituir garantías para asegurar el disfrute efectivo del derecho de los y las trabajadoras a la conciliación en términos de igualdad de género y, de otro lado, evitar que se produzcan situaciones que perjudiquen la productividad de las empresas y espacios laborales generadores de riqueza. A nivel interno, nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 38/81 estableció que la igualdad es un derecho directamente aplicable por los tribunales de justicia en cumplimiento de los artículos 14, 9.2 y 1.1 CE³.

Tradicionalmente, los permisos parentales se limitaban a otorgar a la madre tiempo para el cuidado de los hijos. No obstante, la lucha por la mejora de los derechos laborales de la

3 LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., «Aproximación al estudio del Derecho a la Igualdad y Principio de la no discriminación por razón de sexo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», en *Iuridica*, núm. 4, 2006, págs. 41-52.

mujer y la consecución de la igualdad de trato entre mujeres y hombres puso de manifiesto que, el hecho de no otorgar permisos parentales a ambos progenitores redundaba en una mayor carga familiar para la mujer, así como en un alejamiento del mundo laboral y el crecimiento de la brecha salarial. En este sentido, la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES se centra en establecer la obligatoriedad de un permiso parental para ambos progenitores, de modo que se repartan las cargas familiares⁴.

En lo que atañe a la legislación española, esta prevé multitud de medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral tanto para trabajadoras como para trabajadores en aplicación del principio de igualdad de trato, y con un doble objetivo: evitar que las cargas familiares recaigan en mayor proporción en la mujer y propiciar que el hombre también pueda disfrutar de su vida familiar. No obstante, la mayoría de estas medidas son de voluntaria solicitud, de forma que en la realidad práctica encontramos que, en las parejas de distinto sexo de nuestra sociedad, sigue siendo más frecuente que sea la mujer quien solicite una reducción de jornada para ocuparse de las cargas familiares mientras que el hombre continuaría trabajando. Ello propicia que la mujer pueda terminar por tener salarios más bajos y menores oportunidades de progresar laboralmente, lo cual se podría traducir en una conciliación de la vida familiar y laboral ficticia. Habría de ponderarse caso por caso los intereses tanto de la trabajadora como de la propia empresa, observar si se ha cumplido con la corresponsabilidad parental y determinar si el evento vital de los hijos al que se pretende asistir es facultativo o indispensable. Algunos autores⁵ analizan el artículo 34.8 ET y afirman que es un mecanismo totalmente distinto del previsto en el art. 37 ET para guarda legal. El primero de los artículos regula el derecho de adaptación de la jornada y es un derecho que el trabajador o trabajadora afectada podrá solicitar, con independencia de que lo pueda o no obtener, es decir, no es un derecho imperativo, sino sujeto a examen y ponderación de intereses, tanto del trabajador o trabajadora como de la empresa. Precisamente, la sentencia comentada viene a realizar esta tarea de ponderación de los intereses de ambas partes en relación con el artículo 34.8 ET, y aprecia que no procede conceder la adaptación de jornada solicitada por la trabajadora por considerar que las actividades extraescolares son facultativas y que no resultaría proporcionado obligar al empresario a modificar su organización empresarial.

En relación con las medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tuvo por objeto hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de toda discriminación, directa e indirecta, de las mujeres. Se trató de una ley pionera en el desarrollo legislativo de los derechos de igualdad de género en España. En 2019, el legislador vio necesario la promulgación de una nueva ley en tal sentido, dando lugar al Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que indica en su exposición de motivos que «esta situación de desigualdad [...] exige una actuación urgente y necesaria por parte del Estado

4 CRISTÓBAL RONCERO, R., «La conciliación de la vida laboral y familiar en la Unión Europea: especial referencia a la propuesta de directiva sobre igualdad retributiva», en *Revista Derecho social y empresa*, núm. 16, 2022. págs. 3-10.

5 ROMERO, R., «Conciliación: trabajo a distancia y derecho de la adaptación de jornada», en *Lefebvre*, diciembre, 2021.

[...].Un mayor retraso [...] conllevaría un daño de difícil reparación que no puede ser asumido por una sociedad moderna como la española» y añade que «las mujeres se enfrentan al reto de la Revolución Industrial 4.0, en la que las brechas de género se manifiestan en la infrarrepresentación de las mujeres en las disciplinas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas».

Volviendo a la aplicación del art. 34.8 ET, hallamos supuestos de hecho, como el analizado por ROJO TORRECILLA⁶, quien nos aporta datos relevantes sobre la existencia de jurisprudencia que concede la adaptación en su vertiente de movilidad geográfica. Desde el punto de vista del teletrabajo concebido como medida de conciliación, FERNÁNDEZ COLLADOS⁷ reflexiona sobre la posibilidad de que, incluso en la modalidad de teletrabajo, pueda haber una brecha de género y sobre la necesidad de analizar si, para el caso en que sean las mujeres las que trabajan desde casa y los hombres los que van al centro de trabajo, pudiere suponer una discriminación indirecta.

Por otro lado, la sentencia del TSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, núm. 53/2023, de 26 de enero, sobre reducción de jornada para cuidado de hijos, estima el recurso interpuesto por la empresa contra la sentencia del Juzgado de lo Social, y confirma la decisión del dicho Juzgado de acceder a la petición del trabajador y condenar a la empresa al abono de tres mil quinientos euros en concepto de indemnización. Si bien no trata sobre actividades extraescolares, pues no hemos encontrado más sentencias de jurisprudencia mayor al respecto, sí trata sobre la conciliación de la vida personal y familiar y refiere que «el derecho de conciliación de la vida personal, laboral y familiar entronca directamente con el principio de igualdad y, por tanto, no podemos aceptar la premisa de la que parte el recurso»

Siguiendo el hilo anterior, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, contempla en su disposición adicional 11^a los mecanismos de adaptación y distribución de la jornada de trabajo del art. 34 ET. Además, en la exposición de motivos de dicha norma la razón de ser de tales mecanismos radica en «la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales [...], se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares». Por su parte, la exposición de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, norma anterior a la LO 3/2007, afirmaba que

«La Ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres».

6 ROJO TORRECILLA, E., «Interpretación integradora del art. 34.8 LET: adaptación de la jornada de trabajo a la conciliación de la vida laboral y familiar», en *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 6, 2021.

7 FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., «¿Es el teletrabajo una fórmula de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 1, 2022, págs. 193.

Con respecto a la Constitución, su art. 44.1 CE establece que «los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio». También debemos tener presente los compromisos internacionales asumidos por España, como el art. 4 del Convenio núm. 156 de la OIT, que dispone que «con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales [...] en lo que concierne a las condiciones de empleo». Sobre ello, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la prevalencia de

«La dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)» (entre otras, sentencia 119/2021, de 31 de mayo)⁸.

Visto todo lo anterior, queda patente la compleja regulación y la necesidad de ponderar diferentes principios y derechos caso por caso, no habiendo una respuesta o solución única, dejando abierta la puerta a la más pura reflexión y debate jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

CRISTÓBAL RONCERO, R., «La conciliación de la vida laboral y familiar en la Unión Europea: especial referencia a la propuesta de directiva sobre igualdad retributiva», en *Revista Derecho social y empresa*, núm. 16, 2022.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., «¿Es el teletrabajo una fórmula de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 1, 2022.

GALÁN JUÁREZ, M., «La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional: una argumentación en términos de razonabilidad», en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, núm. 35, 2006, págs. 33-55.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., «Aproximación al estudio del Derecho a la Igualdad y Principio de la no discriminación por razón de sexo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», en *Iuridica*, núm. 4, 2006, págs. 41-52.

ROJO TORRECILLA, E., «Interpretación integradora del art. 34.8 LET: adaptación de la jornada de trabajo a la conciliación de la vida laboral y familiar», en *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 6, 2021.

ROMERO, R., «Conciliación: trabajo a distancia y derecho de la adaptación de jornada», en *Lefebvre*, diciembre, 2021, disponible en <https://elderecho.com/conciliacion-trabajo-a-distancia-y-derecho-de-la-adaptacion-de-jornada>

8 TSJ Castilla y León (Sala social) núm. 53/2023, de 26 de enero (ECLI:ES:TSJCL:2023:253)

