



REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

REFORMAS EN MATERIA DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES

NÚMERO 12, FEBRERO DE 2020

ENERO A JUNIO DE 2020, FECHA DE CIERRE FEBRERO 2020



LA NUEVA REGULACIÓN DE LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA CON FINES DE CONCILIACIÓN ¿HASTA DÓNDE LLEGA EL AVANCE?

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



Centro de Estudios
SAGARDOY



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

ISSN 2341-135X
DOI: 10.14679/1173

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)



© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015, Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA CON FINES DE CONCILIACIÓN ¿HASTA DÓNDE LLEGA EL AVANCE?

*THE NEW REGULATION OF THE ADAPTATION
OF THE DAY FOR CONCILIATION
UNTIL WHERE DOES THE PROGRESS COME?*

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019

Fecha de aceptación: 2 de diciembre de 2019

SUMARIO: 1. BREVE INTRODUCCIÓN. 2. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO A LA CONCRECIÓN Y ADAPTACIÓN HORARIA CON FINES DE CONCILIACIÓN. 3. EL MEDIOCRE PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ARTICULACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN. 4. EL “NUEVO” DERECHO A LA ADAPTACIÓN HORARIA. 5. ALGUNAS CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

RESUMEN: La posibilidad de disponer del propio tiempo no es solo un afán humano universal y básico, sino una herramienta imprescindible para que las personas que trabajan puedan atender debidamente sus responsabilidades familiares. Para ello han existido desde siempre derechos laborales relacionados con el tiempo de trabajo y con la continuidad de la prestación. Lo que se analiza ahora es la reciente modificación del art. 34.8 ET en virtud del RDL 6/2019, que tiene el propósito de hacer efectivo el derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, y de la forma de la prestación; un derecho que en su anterior conformación había quedado prácticamente vacío de contenido.

ABSTRACT: The possibility of having your own time is not only a universal and basic human eagerness, but an essential tool for working people to properly meet their family responsibilities. There have always been labor rights related to working time and the continuity of the relationship. What is analyzed now is the recent modification of art. 34.8 ET under RDL 6/2019, which has the purpose of realizing the right to adapt the duration and distribution of the workday; a right that in its previous conformation had been virtually empty of content.

PALABRAS CLAVE: Conciliación familiar; igualdad; tiempo de trabajo; flexibilidad; jornada; horarios.

KEY WORDS: Combining family and work; equality; working time; flexibility; work schedules.

1. BREVE INTRODUCCIÓN

Si había una materia que justificaba una intervención como la que se lleva a cabo mediante la aprobación del *RDL 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*,¹ con todo lo discutible que pueda ser esta norma, es precisamente la relativa a la formulación del derecho individual a la adaptación de la jornada de trabajo con fines de conciliación que se contiene en el art. 34.8 ET.

Previamente al análisis a fondo de la nueva regulación convendría comenzar recordando que el ordenamiento laboral, desde sus orígenes, ha contemplado el hecho biológico de la maternidad y lo que esta comporta –en esencia, necesidad de proteger la salud de la madre y la de su hijo, y procurar el cuidado del recién nacido– atribuyendo a las mujeres trabajadoras unos derechos básicos capaces de hacer compatibles productividad y reproductividad.² Derechos cuyos perfiles se han mantenido prácticamente incólumes e inalterados hasta que la promulgación de la Constitución española en 1978 y la integración de nuestro país en 1985³ en la entonces denominada Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea (UE), adicionan a la configuración y sentido primigenios de este conjunto institucional los relevantes matices que derivan de la consagración del principio de igualdad entre hombres y mujeres; del reconocimiento del derecho al trabajo como un derecho básico de las personas, que no debería poder verse comprometido ni amenazado a resultas del ejercicio de los derechos derivados de la maternidad y la conciliación;⁴ y, en fin, del compromiso de los poderes públicos con la protección integral de las familias.

.....

1 BOE 7 de marzo.

2 Me he ocupado de la regulación histórica de esos derechos en C. MARTÍNEZ MORENO, “El seguro de maternidad”, en VV.AA., *Legislación histórica de previsión social* (J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, dir.), Aranzadi, Thomson–Reuters (Legal), Navarra, 2009, pp. 91 y ss.; y, más recientemente, de los grandes hitos de su evolución en C. MARTÍNEZ MORENO, “La protección de la maternidad en el Derecho del Trabajo: del hecho biológico a la conciliación corresponsable”, en Eds. M^a I NÚÑEZ PAZ y P. JIMÉNEZ BLANCO, coord. L. SUÁREZ LLANOS, *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 361 y ss.

3 Con plenos efectos desde el primero de enero de 1986.

4 Como con firmeza destaca la STS de 11 de mayo de 2016 (Rec.3245/14) [ECLI:ES:TS:2016:2527], caso *Merkal Calzados*, a propósito de la regla sobre nulidad del despido sin causa de la embarazada que se formula en el art. 55 b) ET, “el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante, junto con la desigualdad retributiva, con que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales...”.

El siguiente hito trascendental en la ordenación de esta materia lo constituyó la *Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*,⁵ que tuvo la virtualidad de emplear por vez primera el término “conciliación”, otorgándole carta de naturaleza como categoría legal para que, con posterioridad, el propio TC se refiriese a la “dimensión constitucional” de las medidas que la facilitan.⁶ Esto último supondrá que el órgano judicial que haya de dirimir las controversias a que su ejercicio pudiera dar lugar se verá obligado a realizar un análisis no de mera legalidad, sino valorando o ponderando a su vez el derecho fundamental que está en juego.⁷

Pero esta ley contribuyó también a insistir en el necesario reparto equilibrado de tareas y responsabilidades entre hombres y mujeres característico de la normativa comunitaria, con la consiguiente individualización del ejercicio de estos derechos –que, no obstante, en ese momento no fue completa–; intensificó asimismo la protección de la salud de la trabajadora al considerar las situaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural; y ahondó, en fin, en las garantías para el empleo por medio de una tutela reforzada en los casos de despido.

Pero fue la emblemática, y no poco cuestionada en su momento, *LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*⁸ la encargada de adicionar al art. 34 ET un nuevo apartado, el 8,⁹ en el que se reconocía un genérico derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectiva la posibilidad de conciliar la vida personal, familiar y laboral. Regulación que, paradójicamente, se completa en la *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*,¹⁰ mediante otro añadido, el de un segundo párrafo al art. 34.8 ET en el que se apuntaba ya y se dejaba patente que esa modulación se habría de proyectar de modo central sobre la ordenación de los horarios y las distintas fórmulas o diseños de la jornada, al establecerse una “obligación de promover el uso de jornadas continuadas, horarios flexibles u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que sean más compatibles con la garantía de esos derechos y la mejora de la productividad de las empresas.” Pues bien, veamos a continuación qué fue de esa novedosa y avanzada regulación y de su aplicación práctica.



5 BOE 6 de noviembre.

6 SSTC 3/2007, de 15 de enero [ECLI:ES:TC:2007:3] y 26/2011, de 14 de marzo [ECLI:ES:TC:2011:26].

7 El de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el caso de la STC 3/2007, y en la mayor parte de los casos, bien porque las medidas se refieren al hecho biológico de la maternidad, bien porque mayoritariamente son solicitadas o ejercitadas por mujeres; y el de no discriminación por las circunstancias familiares, en el caso de la STC 26/2011, por cuanto era un varón –el padre– quien pretendía la adscripción al turno de noche durante todo el curso escolar para ocuparse de sus dos hijos.

8 BOE 23 de marzo.

9 En su disposición adicional décimo primera.

10 BOE 7 de julio.

2. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO A LA CONCRECIÓN Y ADAPTACIÓN HORARIA CON FINES DE CONCILIACIÓN

El precepto legal al que se acaba de hacer alusión comenzaba afirmando textualmente: “el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada...” para conciliar; lo cual, sin forzar lo más mínimo la literalidad de la norma, hubiese permitido considerar que se estaba reconociendo y garantizando un verdadero derecho subjetivo a la adaptación con fines de conciliación de manera directa e incondicionada.¹¹ Sin embargo, el inciso final en el que se alude a que tal posibilidad se ejercitaría “en los términos que se (establecieran) en la negociación colectiva...” hizo prevalecer la interpretación más restrictiva de las posibles, según la cual el art. 34.8 ET contenía una regulación incompleta, requerida del auxilio de la norma colectiva.¹² De modo que cualquier posibilidad de adaptar los tiempos de trabajo quedaba sujeta a que el convenio que resultase de aplicación lo hubiese previsto y hubiese también articulado los términos del ejercicio de aquel derecho.

Es posible que esa pauta hermenéutica viniera propiciada por el contraste con lo que disponía a propósito de la concreción horaria en los casos de reducción de jornada por lactancia o para el cuidado de menores y familiares dependientes el art. 37.6 ET,¹³ que atribuía la determinación del período de disfrute y el nuevo régimen horario al trabajador, dentro de su jornada ordinaria, y sin perjuicio de que en los convenios pudiesen disponerse criterios para dicha concreción, atendiendo a los diversos intereses de cada parte.¹⁴ De todos modos, también este instrumento para la conciliación suscitó no pocas dudas aplicativas, que fueron igualmente objeto de soluciones judiciales restrictivas, dejando en parte vacío de contenido el derecho a acomodar los tiempos de trabajo para atender responsabilidades o situaciones de necesidad que puedan surgir en el ámbito familiar. En resumidas cuentas, concreción horaria y adaptación de la jornada acabaron siendo proclamaciones meramente formales o eminentemente re-

11 Entre otros, así lo afirmaba A. PASTOR MARTÍNEZ, “La concreción de la reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares. La judicialización de cuestión mal resuelta”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2009, p. 99 y ss.; y el mismo autor más tarde en “La ordenación del tiempo de trabajo desde una perspectiva de género”, en AA.VV., *La docencia del derecho con perspectiva de género*, Ed Dykinson, Madrid, 2018.

12 Sobre dicha interpretación, ver por todos J.L. MONEREO PÉREZ y J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Comares, Granada, 2019, p. 230.

13 Redactado por el número 3 de la disposición final primera de la *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (BOE 7 de julio).

14 El empleo en el art. 37.6 ET de un punto y seguido y un “no obstante” favorecía en verdad esa dispar interpretación de la reglas relativas a la concreción horaria y a la adaptación de la jornada.

tóricas, carentes en buena medida de parte de su contenido, su verdadero sentido y su utilidad real.

Por de pronto, y empezando específicamente por el asunto de la concreción horaria, la exigencia de que la misma se llevase a cabo por el trabajador –dicho sea de paso, casi siempre una trabajadora– una vez fijado el alcance de la reducción de la jornada, y “dentro de su jornada ordinaria”, supuso, por una parte, la negación de toda posibilidad de variar horarios o turnos sin disminución de la duración de la jornada de trabajo; y, en segundo término, idéntica imposibilidad de alterar la ordenación de los tramos temporales de la prestación una vez determinado el alcance de la minoración.

Sobre lo primero, las SSTs de 13 de junio de 2008 (Rec.897/07) [ECLI: ES:TS:2008:4494] y 18 de junio de 2008 (Rec.1625/07) [ECLI: ES:TS:2008:4569], ambas dictadas por el Pleno de la Sala, y ambas con sendos votos particulares,¹⁵ llegaron a la conclusión de que una petición de cambio de horario o turnos sin reducción de jornada carecía de apoyo legal, al no estar contemplada expresamente en el art. 37 ET. Lo cual, además, permitía en ese momento el acceso de las sentencias recaídas en la instancia al recurso de suplicación y, en su caso, un pronunciamiento unificador de la doctrina, al considerarse que el procedimiento para tramitar las demandas en esos casos no era el específico del art. 138 bis LPL entonces vigente,¹⁶ sino el ordinario.¹⁷ De todos modos, la propia Sala Cuarta del TS no dudaba en afirmar que, en efecto, lo pedido por las demandantes podía contribuir en mayor medida a mejorar sus posibilidades de conciliar trabajo y “deberes familiares”, pero que para ello era preciso una intervención del legislador capaz de configurar o perfilar un derecho –seguía diciendo el Pleno– como el que introduce en el art. 34 ET la recién promulgada en ese momento LO 3/2007, no aplicable por motivos temporales a los casos litigiosos entonces dirimidos. Hay que decir que el razonamiento de la Sala era impecable y escrupulosamente respetuoso con el principio de imperio de la ley y de sujeción del juez a la misma. Pero que tampoco era la única interpretación posible se percibe con claridad en los votos particulares que, como se acaba de indicar, acompañaban a estos dos pronunciamientos, en los que, con expresa invocación de la STC 3/2007 –que también el Pleno dice no desconocer–, fundamentalmente se vincula la posible solución discrepante a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, junto al papel que la jurisprudencia puede y ha de cumplir para otorgar “plasticidad y movilidad” a la norma, apelando igualmente al espíritu de la Ley 39/1999 y a los principios inspiradores de la normativa comunitaria que dicha ley procura y se ocupa de trasponer.

.....

15 Formulados por una magistrada y un magistrado.

16 Cfr. R. TASCÓN LÓPEZ, “La tutela judicial de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº332, 2010, pp. 5 y ss.

17 Específicamente sobre ese aspecto, la STS de 24 de abril de 2012 (Rec.3090/11) [ECLI: ES:TS:2012:2898].

Es cierto que durante un tiempo la doctrina de suplicación, y gracias al camino señalado por la doctrina constitucional, se mostró más proclive a la estimación de las pretensiones de cambio de horarios y turnos formuladas por trabajadores con menores a su cuidado. Sin embargo, la tesis sobre la viabilidad del procedimiento ordinario para instrumentar este tipo de controversias y el consiguiente acceso de las sentencias de instancia al recurso de suplicación vio su fin con la promulgación y entrada en vigor el 5 de mayo de 2010 de la *Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*,¹⁸ que modificó la rúbrica de la Sección 5ª del Capítulo V, Título II, Libro II, de la LPL (que únicamente incluye el art. 138 bis LPL), haciendo extensivo el referido procedimiento –con la consecuente firmeza de la sentencia de instancia– a todos los “derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente”.¹⁹ Situación que es la que luego se mantuvo en el art. 139 de la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*²⁰ (LRJS). Este estado de cosas –que algún autor considera, con toda la razón, se compagina mal con la relevancia de los intereses que están en juego–²¹ ha hecho prevalecer el criterio restrictivo apuntado por la jurisprudencia de la Sala Cuarta ya mencionada;²² y, derivadamente, la imposibilidad de que esa jurisprudencia pueda ya cambiar.

Sobre el segundo de los asuntos referidos a la concreción horaria, la invariabilidad de horarios o turnos de trabajo incluso con reducción de la jornada, es de sobra conocido el avatar jurisdiccional a que se vio sometida la demandante en el *asunto García Mateos*, que constituye la máxima expresión de esa otra interpretación limitativa de la regulación contenida en el art. 37.6 ET. Como se recordará, la trabajadora del caso solicitó una reducción de su jornada para ocuparse del cuidado de un hijo, pero intentando comprimir las dispersas horas de trabajo organizadas en turnos rotatorios de lunes a sábado para pasar a realizar su prestación en un turno fijo de lunes a miércoles. El juez de instancia interpretó que “jornada ordinaria” comprendía todos los días de trabajo ya prefijados o que la trabajadora tenía asignados, por lo que el ajuste o concreción de

.....

18 BOE 4 de noviembre.

19 Ya destacaba la progresiva ampliación del objeto del proceso R. TASCÓN LÓPEZ, *loc.cit.*, pp. 17 y ss.

20 BOE 11 de octubre.

21 De nuevo, R. TASCÓN LÓPEZ, *loc.cit.*, p. 57.

22 Véase la STS de 25 de marzo de 2013 (Rec.957/12) [ECLI: ES:TS:2013:2010], referida a un padre divorciado que tiene señalado un régimen de visitas que comprende los miércoles por la tarde, y solicitaba cambio de turno de trabajo del miércoles por la tarde al miércoles por la mañana para poder estar con su hijo. La Sala no se pronuncia sobre el fondo, limitándose a declarar la nulidad de las actuaciones por ser la sentencia desestimatoria dictada en la instancia no susceptible de recurso de suplicación. La sentencia contiene, no obstante, un voto particular, en el que se considera que, por el tiempo en que se presentó la demanda, no resultaba aún de aplicación la modificación extensiva del alcance del procedimiento del art. 138 bis LPL, y seguía siendo susceptible de articularse la pretensión de cambio de turno sin reducción por el procedimiento ordinario, siendo posible el acceso a la suplicación y, caso de reunirse los presupuestos, a la casación unificadora. En idéntico sentido al de esa sentencia, ya sin voto particular, la STS de 16 de septiembre de 2013 (Rec.2326/12) [ECLI: ES:TS:2013:4967].

la jornada reducida, la proyección de la minoración, en definitiva, debía llevarse a cabo a lo largo de todos esos días, no pudiendo excluirse la prestación de trabajo en algunos de ellos. Desestimada la pretensión, y al no tener la sentencia acceso al recurso de suplicación,²³ la trabajadora se dirigió al TC en demanda de amparo, que fue estimado por la emblemática y capital STC 3/2007. El TC considera, en esencia, que los derechos de conciliación conciernen directamente al derecho a la igualdad y a la no discriminación entre mujeres y hombres, por cuanto son ejercitados de manera mayoritaria o predominante por las mujeres trabajadoras; y que la decisión del juez de instancia no había ponderado debidamente la dimensión constitucional del derecho a la reducción de la jornada. Estimado el amparo y retrotraídas las actuaciones para que el juzgador de instancia emitiera un nuevo pronunciamiento en el que valorara el asunto en clave constitucional, la solución fue idéntica, considerando sobre todo que al interés empresarial en que el trabajo se desempeñe en los días de máxima afluencia de público a la tienda (viernes y sábados) no había opuesto la defensa de la trabajadora argumentos capaces de contrarrestar la solución desestimatoria. Excitada una vez más la intervención del supremo intérprete de la Constitución, el TC entendió que no se trataba sino de una pretensión de amparo idéntica o coincidente con la inicial, por lo que se decidió dar cauce a lo pedido a través del incidente de ejecución de sentencia ex art. 92 LOTC. El TC concluye en su Auto 1/2009, de 12 de enero [ECLI:ES:TC:2009:1A] que el juez de instancia ha llevado a cabo una ponderación meramente aparente y formal que priva de efectividad a la STC 3/2007, por lo que se estima la pretensión de la demandante de amparo y se vuelve a anular la sentencia de instancia. Llegados a este punto, y puesto que resultaba ya imposible que la trabajadora pudiera ejercer derecho alguno de conciliación al haber rebasado su hijo la edad prevista en la ley, el TC se ocupa de dirimir si es posible una tutela reparadora por medio de una indemnización. Solución que finalmente se descarta.

Este enrevesado²⁴ y penoso asunto no vio su final ahí, y acabó llegando al TEDH, ante el que se invocó la vulneración de los derechos a un juicio equitativo, en especial a la ejecución de las sentencias, a un recurso efectivo, y a la no discriminación por razón de sexo.²⁵ Y la STEHD de 19 de febrero de 2013, *asunto García Mateos c. España*, cerró la controversia estimando la pretensión y condenando al Estado español al abono a la demandante de una indemnización de 16.000 euros.

23 Según lo previsto entonces en el art. 138 bis LPL.

24 Que tiene incluso reflejo en el referido ATC 1/2009, que contiene un voto particular en el que se discute, por un lado, la valoración realizada en relación con la corrección constitucional del segundo pronunciamiento de instancia; y, por otro, la solución final referida a la indemnización solicitada por la demandante de amparo.

25 Artículos 6 § 1, 13 y 14 del CEDH.

Tal vez no merezca este desgraciado caso ser considerado el paradigma de los debates o supuestos litigiosos referidos a la concreción horaria, y es posible que más bien fuera fruto de una anomalía o enconamiento en lo que hubiera debido ser el *iter* normal de una pretensión de tutela judicial de un interés merecedor de una singular protección. Pero muestra a las claras las dificultades de enjuiciamiento de este tipo de situaciones y asuntos, que afortunadamente también ofrecen ejemplos de lo contrario, como sucede en la más reciente Sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de Almería nº45/2019, de 30 de enero de 2019, que sí otorga amparo a la pretensión de dos trabajadoras de una conocida empresa perteneciente a un grupo textil, que, ante una reestructuración de centros, se negaron a aceptar el ofrecimiento de cambiar sus horarios para poder trabajar los días de mayor afluencia en un nuevo centro o ser trasladadas a otro distante de sus domicilios. En este caso el juzgador de instancia sí se muestra “receptivo” y proclive a considerar la relevancia constitucional del derecho en presencia, incluso con invocación de la *Recomendación del Consejo de la UE de 31 de marzo de 1992* (LCEur 1992, 1427) sobre el cuidado de los niños y de las niñas, que postula la compatibilidad de las responsabilidades profesionales, familiares y de educación derivadas de tal cuidado; y concluye calificando la modificación de las condiciones de trabajo de las actrices –el traslado– como una conducta discriminatoria, por lo que se declara nula la medida y se condena a la empresa a pagar una indemnización por los daños morales ocasionados por la lesión del derecho fundamental (art. 183 LRJS) cuyo importe se fija conforme a la sanción pecuniaria mínima que fija la LISOS para las infracciones muy graves [arts. 8.12 y 40.1 c)].

Pero, ceñidos de nuevo a las pretensiones de cambio de horarios y/o turnos, siguen teniendo carácter de excepción pronunciamientos como el contenido en la STSJ de Canarias/Las Palmas, Sala de lo Social, de 15 de diciembre de 2017 (Rec.1249/17) [ECLI: ES:TSJICAN:2017:2442], que estima la pretensión actora, condenando a la empresa al pago de 3.500 euros en concepto de daño moral, por haber impedido el ejercicio del derecho de la trabajadora a la concreción horaria tras el nacimiento de un hijo, esgrimiendo que la reducción de la jornada se había producido antes de ese hecho, estando la trabajadora aún gestante, por lo que se trataba en realidad de una reducción de la jornada ex pacto novatorio y no por ejercicio del derecho contemplado en el art. 37 ET. Alguna comentarista de esta sentencia ha subrayado cómo el caso pone en evidencia las cortapisas laborales con que han de enfrentarse a diario las mujeres trabajadoras, el desprecio histórico del mercado laboral por el tiempo invertido en cuidados, y cómo la tarea de cuidar se erige así en uno de los factores básicos que apuntalan la desigualdad laboral entre mujeres y hombres. La sentencia, en cambio, como ya he dicho en otra ocasión precedente,²⁶

.....

26 En C. MARTÍNEZ MORENO, “La protección de la maternidad en el Derecho del Trabajo: del hecho biológico a la conciliación corresponsable”, *loc.cit.*, pp. 361 y ss.

constituye un buen ejemplo de lo que significa juzgar con perspectiva de género y bajo el prisma reforzado de los derechos fundamentales en juego (arts.14 y 39 CE), corrigiendo una interpretación restrictiva y sin la adecuada valoración en clave constitucional, que provoca una discriminación indirecta.

Por cierto, si se analizan con calma los supuestos de hecho base de este tipo de reclamaciones se podrá advertir con facilidad algo que se viene denunciando y tratando sin éxito de corregir que no es otra cosa que la existencia en las empresas de horarios no solo difícilmente compatibles con la vida –familiar y personal de cualquier otro orden– sino en verdad familiarmente hostiles.²⁷

Este estado de cosas empeora aún cuando el apartado cuatro del art. 1 del fatídico *RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*²⁸ dio nueva redacción al art. 37.5 ET que pasó a establecer la reducción por guarda legal para el cuidado de un menor de doce años o persona dependiente sobre la jornada de trabajo “diaria”. Lo cual supuso un elemento más de rigidez para la reordenación de horarios en estos supuestos.

Y llegamos por fin a la adaptación horaria del art. 34.8 ET. Lo primero que podría llamar la atención es que este precepto –en sí mismo vacío de contenido– ni siquiera llegara a servir como canon interpretativo integrador de lo dispuesto sobre la concreción horaria en el art. 37.6 ET; y para haber podido conformar un conjunto normativo que, interpretado sistemáticamente, hubiera institucionalizado un modelo de verdadera gestión flexible del tiempo favorecedor de la conciliación de la vida laboral y familiar.²⁹ Por lo demás, ese ya mencionado condicionamiento y subordinación de los términos de ejercicio del derecho a la adaptación de la jornada a lo dispuesto en convenio colectivo derivó, simple y llanamente, y salvo en alguna honrosa y loable excepción, en el completo abandono de su articulación y en la prácticamente completa falta de efectividad del derecho. Pero sobre esto versa el siguiente apartado.

.....

27 La disposición adicional 17ª de la Ley 3/2012 encargó al Gobierno la adopción de medidas para racionalizar los horarios, aunque lo que en verdad se llevó a cabo fue su liberalización en el *RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad* (BOE 14 de julio).

28 BOE 21 de diciembre.

29 Puede verse A.R. ARGÜELLES BLANCO, “Nuevas fórmulas jurídicas y problemas sociales en la gestión del tiempo de trabajo”, en A.R. ARGÜELLES BLANCO y A. Mª ROMERO BURILLO (dir.), *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 79 y ss.; y ya antes, J. CABEZA PEREIRO, “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”, *Revista de Derecho Social* nº31, 2005, que citaba los ejemplos de Austria, Bélgica, Finlandia, Holanda o Dinamarca, p. 37; y también I. DAUGAREILH e P. IRIART, “La conciliazione dei tempi nelle riforme dell’orario de lavoro in Europa (Francia, Alemania, Gran Bretagna, Olanda), *Lavoro e Diritto*, a.XIX, n.2, primavera 2005, pp. 223 y ss.

3. EL MEDIOCRE PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ARTICULACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

En las diversas ocasiones en que me he ocupado de hacer un análisis o repaso de los contenidos de la negociación colectiva en materia de derechos de conciliación,³⁰ la conclusión no ha sido en general mucho más alentadora. Se puede decir que en escasa medida se ha avanzado en la implantación de fórmulas de ejercicio flexible de esos derechos mediante modalidades de disposición de los tiempos diferentes de las que contempla o diseña la ley, por ejemplo a través de la fragmentación, acumulación o aplazamiento del momento de disfrute al estilo de las “bolsas de horas” de las que sí suelen poder disponer las empresas para adaptarse a sus propias necesidades productivas o a las fluctuaciones del mercado. Capacidad empresarial de disposición del tiempo de trabajo considerablemente incrementada con la potenciación de la irregularidad de la jornada en la reforma laboral de 2010–2012 (art. 34.2 ET), y con la regulación del trabajo a tiempo parcial introducida por el RDL 16/2013.³¹ Esta última, incluso con un mayor margen de actuación, sobre todo en materia de horas complementarias, precisamente por la vía de la negociación colectiva, todo lo cual puede hacer –hace, de hecho– verdaderamente incompatible el trabajo con la vida.³² Pero es que ni siquiera los convenios se suelen ocupar de la articulación de los aspectos de estas instituciones que la propia ley les reenvía o encomienda. Por no mencionar las medidas de fomento de la corresponsabilidad que son casi por completo inéditas. Desde luego, el desarrollo del art. 34.8 ET por la negociación colectiva ha sido una de las asignaturas pendientes.³³

Pese a todo, sí hay algún tímido intento en el sentido apuntado, como por ejemplo el art. 32 d) del *XXI Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas*,

.....

30 Desde mi participación en la obra A.R. ARGÜELLES BLANCO, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN y C. MARTÍNEZ MORENO, *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001–2002)*, CES, Madrid, 2004; pasando por C. MARTÍNEZ MORENO, “Género, igualdad y negociación colectiva”, en *Negociando la igualdad de una política de igualdad de género (dir. O. MOLINA HERMOSILLA)*, Ed. Comares, Granada, 2012, pp. 33 y ss.; hasta C. MARTÍNEZ MORENO, “Últimas tendencias en los contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA (dir.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva*, Lex Nova, Thomson Reuters, 2015, pp. 403 y ss.

31 Vid. C. MARTÍNEZ MORENO, “¿Puede ser el contrato a tiempo parcial un verdadero instrumento de política de empleo?”, en *Revista Derecho Social y Empresa* nº2, 2014, pp. 79 y ss.

32 Me ocupé de ello en C. MARTÍNEZ MORENO, “Tiempo de Trabajo en los contratos a tiempo parcial. Regulación y Tratamiento en la Negociación Colectiva”, en *Tiempo de trabajo, XXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales núm. 112, CCNCC, MEYSS, Madrid, 2017, pp. 187–253.

33 Lo recuerda, recogiendo doctrina precedente en el mismo sentido, M^a L. MOLERO MARAÑÓN, “El derecho a la negociación colectiva desde la perspectiva de género: balance y retos de futuro”, en *La negociación colectiva: balance y retos de futuro tras 40 años de Constitución, XXXI Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva*, CCNCC, MTMSS, Madrid, 2019, p. 130.

industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales,³⁴ que –siguiendo la línea ya trazada en versiones precedentes–,³⁵ respecto del permiso en supuestos de accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, dispone la posibilidad de fraccionamiento del tiempo, siempre que los días en que se decida utilizar persistan las circunstancias que dieron lugar al nacimiento del derecho. El mismo convenio añade que cuando durante el permiso por nacimiento de hijo o hija³⁶ no fuera posible verificar la inscripción registral por encontrarse el Registro civil cerrado, “la empresa concederá al trabajador un permiso retribuido por el tiempo necesario para la realización de este trámite.”

Resulta asimismo de interés la previsión contenida en el *VII Convenio colectivo de Repsol, S.A.* (antigua Repsol YPF),³⁷ en cuyo art. 14, bajo la rúbrica de “medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral” se contempla, además de la ampliación de la edad del menor al cuidado hasta los catorce años, medidas de flexibilización de esos derechos para los trabajadores a turnos –presuponiendo que, conforme al criterio interpretativo restrictivo imperante, no cabe la alteración del turno– tales como permitir la acumulación del tiempo total de la reducción de jornada para disfrutarlo en períodos concretos como el verano, la Semana Santa o la Navidad, preavisando con tiempo suficiente –mínimo de un mes– para que la empresa analice la solicitud y pueda proveer la sustitución del trabajador o trabajadora mediante contratación temporal.

Por lo que a la adaptación horaria estrictamente se refiere, como ya se viene diciendo los convenios apenas han hecho nada para articular efectivamente el posible ejercicio de este derecho conforme a lo mandado por el propio art. 34.8 ET. Con alguna salvedad también, como la que representaba el *IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa*,³⁸ cuya vigencia ultraactiva concluyó el 31 de diciembre de 2018, que en su art. 39, entre otras muchas previsiones, y en consonancia con la propia previsión legal, incorpora un régimen de flexibilidad horaria para conciliar, consistente en una hora de atraso de la entrada al trabajo o de adelanto de la salida; con posibilidades alternativas de recuperación en la misma jornada o en otros períodos de tiempo que se pactarán o establecerán a requerimiento de



34 Publicado por Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Dirección General de Trabajo (BOE 23 de noviembre).

35 En relación con la negociación inmediatamente precedente vid. C. MARTÍNEZ MORENO, “Últimas tendencias en los contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, *loc.cit.*, 2015, pp. 403 y ss.

36 Recuérdese, suprimido por el RDL 6/2019, en tanto privado de sentido por la nueva configuración de las suspensiones de contrato por nacimiento y cuidado de hijo. Sin perjuicio de la incongruencia o falta de acomodo del plazo transitorio para que esto último sea efectivo, con la vigencia y aplicación inmediata de aquella suspensión.

37 Publicado por Resolución de 6 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo (BOE 17 de julio).

38 Publicado por Resolución de 27 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo (BOE 13 de febrero).

la empresa previo aviso con 48 horas de antelación, y a razón de un máximo de dos horas al día; encomendando la resolución de las discrepancias a una Comisión de Igualdad. Además de un cambio temporal de régimen horario, de partido o mixto a continuado.

Por si fuera poco, algunas otras regulaciones convencionales no han dejado de suscitar dudas de legalidad y de motivar interpretaciones judiciales que podrían ser igualmente cuestionables. Entre las menos problemáticas, las SSTS de 18 de mayo de 2016 (Rec.198/15) [ECLI: ES:TS:2016:3029] y de 15 de septiembre de 2016 (Rec.260/15) [ECLI: ES:TS:2016:4363] que confirman respectivamente las SSAN dictadas en la instancia en procedimientos de conflicto colectivo para, en interpretación del art. 33 del *Convenio Colectivo de Contact Center* vigente en ese momento, determinar que los trabajadores comprendidos en el ámbito del convenio tenían derecho a la concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal dentro de su jornada ordinaria, pero no necesariamente proyectada sobre la jornada diaria. La Sala, en consonancia con lo decidido por la AN, considera que el convenio contiene una regulación completa y autónoma de la materia y que no hay duda de que quiso referirse a la jornada ordinaria y no a la diaria.

En el sentido justamente contrario se puede mencionar el caso dirimido en la STS de 24 de julio de 2017 (Rec.245/16) [ECLI: ES:TS:2017:3236], donde se califica como legal la regulación contenida en el convenio de aplicación que sujeta la posibilidad de cambiar la jornada partida por la continuada a las necesidades –acreditadas, eso sí– del servicio de la empresa.

Y, en fin, las tensiones entre regulación legal, convenio y autonomía individual que el precepto de referencia provoca se dejan bien patentes en el asunto sobre el que versa la STS de 21 de marzo de 2011 (Rec.54/10) [ECLI: ES:TS:2011:2272], sobre impugnación del *Convenio Colectivo de Aldeasa 2007–2010*,³⁹ en el que se permitía desbordar el sistema de turnos para la concreción horaria, condicionando no obstante esa posibilidad al cumplimiento de ciertas exigencias fijadas en el propio convenio, que el Tribunal Supremo entiende provoca la nulidad del precepto convencional, por considerarlo limitativo del ejercicio individual del derecho. La sentencia recuerda la prevalencia de la finalidad de protección a la familia presente en estas instituciones (STS 20–7–2000), así como la conexión con el principio de no discriminación por razón de sexo (STC 3/2007), y la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes y los intereses en juego (de nuevo con cita de la STC 3/2007). Sin embargo, la lectura que la Sala hace del sentido de la regulación convencional al interpretar como una limitación lo que no es sino el establecimiento de ciertas condiciones para abrir la posibilidad de elección o cambio de turno –un determinado volumen de plantilla de los centros, y un límite porcentual de los trabajadores que

.....

39 Publicado por Resolución 17 de diciembre de 2007, de la Dirección General de Trabajo (BOE 5 de enero).

pretendan ejercitar el derecho–, no es pacífica ni la única posible, como pone claramente de manifiesto el voto particular, en el que no se ve objetable ni merecedor de reproche el que el convenio establezca tales condicionantes, que, por una parte, se relacionan razonablemente con la tutela del legítimo interés empresarial, han sido oportunamente ponderados por los interlocutores sociales, y, además de mejorar la regulación legal, resultan radicalmente neutros al afectar por igual de todos sus destinatarios.

4. EL “NUEVO” DERECHO A LA ADAPTACIÓN HORARIA

La conformación del nuevo art. 34.8 ET tras la modificación operada por el RDL 6/2019 ha provocado como primera reacción el aplauso casi generalizado y la afirmación de que por fin se consagra un derecho directo e incondicionado de las personas trabajadoras a la adaptación de la duración y distribución de la jornada para la conciliación, que comprende ahora también la elección de la modalidad de la prestación, principalmente a través del trabajo a distancia o el teletrabajo.⁴⁰

Es cierto que la referencia a la negociación colectiva como fuente de fijación de los términos del ejercicio de este derecho conforme a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación aparece ahora algo desconectada de aquella inicial proclamación del derecho, al estar situado un par de párrafos por debajo de la misma. Pero no es menos cierto que lo que comienza diciendo el precepto es que la persona trabajadora tendrá derecho a “solicitar” la adaptación.⁴¹ Y continúa enseguida imponiendo condiciones, fundamentalmente, que las adaptaciones solicitadas sean razonables y proporcionadas a las necesidades de la persona trabajadora, y también a las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Para concluir, en fin, estableciendo un sistema de negociación individualizada para el caso de que el convenio no haya dispuesto un mecanismo *ad hoc* que fije los términos en que el ejercicio de ese derecho haya de llevarse a la práctica. Lo que a continuación se pretende realizar es un análisis un poco más sosegado y desapasionado de lo que puede implicar esta nueva configuración del derecho, y una valoración

.....

40 Por todos, A. PASTOR MARTÍNEZ, “Las medidas laborales del 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: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”, *IUSLabor* 1/2019, pp. 187 y ss.

41 Para M. LÓPEZ BALAGUER, “El derecho a la adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto–Ley 6/2019, *RTSS, CEF*, 437–438 (agosto–septiembre 2019), pp. 93 y ss., esa referencia a la “solicitud” no constituye obstáculo alguno para valorar positivamente la modificación y considerar el carácter prevalente del derecho (p. 99).

personal de hasta qué punto eso puede facilitar realmente la adecuación de los horarios y la conciliación del trabajo con la necesaria atención de responsabilidades de cuidado en el entorno familiar.⁴²

Sin afán de auspiciar un panorama sombrío o derrotista, lo primero que no debe pasarse por alto es que en ningún momento la nueva norma garantiza que la solicitud de adaptación horaria que pueda formular una persona trabajadora haya de ser automáticamente resuelta en sentido positivo. Es muy probable que no quepa concebir un derecho en tal sentido en términos absolutos, pese al carácter prevalente que ya se ha predicado respecto de este derecho.⁴³ Al contrario, la solicitud se encuentra condicionada a un juicio de adecuación y proporcionalidad que habrá de resolverse ponderando las necesidades de la persona y las de carácter productivo y organizativo de la empresa. Juicio que le corresponde hacer, en un primer momento, al propio empresario; y, eventualmente, al juez social, si –como parece inevitable– el asunto se convierte en cuestión controvertida y litigiosa.⁴⁴ Repárese, además, en que no se trata solo de que la empresa requiera mantener la situación existente para optimizar sus recursos y atender lo mejor posible a sus necesidades productivas. Casi nunca se contempla este asunto desde otra perspectiva, la que atañe a los eventuales conflictos interpersonales que el cambio puede suponer, puesto que repercutirán o podrán hacerlo sobre la situación del resto de trabajadores de la plantilla. Al punto de poderse suscitar el interrogante de si, aceptada la solicitud formulada, ello podría constituir causa organizativa para que la empresa promoviera un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 41 ET para adecuar los horarios o turnos de los demás empleados. Pero sobre esta delicada cuestión se volverá un poco más adelante. Otra vertiente, también posiblemente poco explorada hasta ahora, es la de que la empresa pueda requerir algún tipo de justificación o motivación de la solicitud que concierna a las circunstancias familiares de la persona solicitante. Dicho más llanamente, que implique tener que dar alguna explicación y aportar la oportuna prueba sobre la inexistencia de otras personas en el entorno familiar capaces de atender la necesidad para la que se requiere la adaptación horaria; y que ello sea asimismo valorado por el juez ante un eventual litigio o controversia. A este respecto ya existen opiniones doctrinales y algún pronunciamiento judicial, de los que enseguida se dará aquí cuenta

.....

42 Un balance de lo anterior en M^a A. BALLESTER PASTOR y J. CABEZA PEREIRO, "Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades", en *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, J. CRUZ VILLALÓN, E. GARRIDO PÉREZ Y C. FERRADANS CARAMÉS (coords.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015, pp. 103 y ss.; y entre los comentarios más recientes, ver S. MORÁN ROA, "La conciliación de la vida laboral y familiar a través de la adaptación de la jornada: una herramienta para la igualdad de género y de productividad", *RTSS, CEF* núm. 431, febrero 2019, pp. 185 y ss.

43 Véase M. LÓPEZ BALAGUER, *loc.cit.*, p. 99, y pp. 108 y ss.

44 Que habrá de instrumentarse a través de la modalidad procesal del art. 139 LRJS.

Pero esto no es todo. El precepto sigue haciendo una llamada al convenio colectivo para que articule los cauces y condiciones en que se ejercitará este derecho, con lo que las incertidumbres del modelo precedente siguen en buena medida siendo susceptibles de volver a hacer acto de presencia ahora. De modo que, frente a la recién mencionada facultad de oposición empresarial, salvo que el convenio establezca un mecanismo que respalde mejor al trabajador, este se enfrentará en solitario, individualmente, a las objeciones o negativa del empresario, con las dificultades que ello comporta en orden a una tutela equilibrada de los intereses de ambas partes, y sobre la que también al final de este comentario se formulará alguna propuesta de solución. En efecto, el nuevo sistema introducido prevé, para el caso de que el convenio no haya previsto cómo se dará cauce y respuesta a la solicitud de adaptación de la jornada, un procedimiento de “negociación con la persona trabajadora” por un máximo de treinta días; transcurridos los cuales la empresa comunicará por escrito si acepta la petición, propone una medida alternativa “que posibilite las necesidades de conciliación” –entendido que lo que se quería decir es que permita atender esas necesidades–, o deniega su ejercicio de manera motivada, indicando las razones objetivas en que se basa la negativa. Pues bien, no se puede desconocer que obligar a la empresa a intentar llegar a un acuerdo con el o la solicitante, y a razonar por escrito sobre los motivos o circunstancias que justifican una negativa o propuesta alternativa (normalmente en términos de dificultades insalvables o desmedidas de gestión), constituyen verdaderos avances respecto de la situación normativa precedente. Pero resulta cuando menos dudoso que esto vaya a garantizar un más fácil y en todo caso efectivo ejercicio de este derecho a la conciliación. Como se anticipaba hace un momento, la aplicación del nuevo art. 34.8 ET ya se ha convertido, de hecho, en materia litigiosa. Incluso algún medio se ha hecho eco del problema afirmando que “las expectativas iniciales de flexibilidad chocan con la imposibilidad organizativa de las empresas”.⁴⁵ Pero veamos algunos casos concretos.⁴⁶

Para empezar, merece la pena hacer mención a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº26 de Madrid, Sentencia 191/2019 de 10 de mayo de 2019 (Proced. 337/19) [ECLI:ES:JSO:2019:2944],⁴⁷ que, aunque referida a una concreción horaria de una reducción de jornada por cuidado de un menor, conjuga lo dispuesto al respecto en el art. 37.6 ET con el ya vigente nuevo art. 34.8 ET. Por cierto, en aquella interpretación sistemática e integrada de lo dispuesto en ambos preceptos a la que aludíamos hace un momento⁴⁸. El Juzgado

45 https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/25/legal/1569431253_542584.html (última consulta, 17 de noviembre de 2019).

46 También se ocupa de la casuística ya existente, M. LÓPEZ BALAGUER, *loc.cit.*, principalmente, en relación con los problemas que suscita la solicitud de adaptación, en pp. 108 y ss.

47 Diario La Ley, Nº 9477, Sección Jurisprudencia, 13 de septiembre de 2019, Wolters Kluwer.

48 *Vid.supra*, apartado 2.

estima parcialmente la demanda formulada por la trabajadora, y declara su derecho a reducir su jornada y a concentrar sus horas de trabajo de lunes a viernes de 9:30 a 15:30 horas, y el sábado de 9:30 a 14:30 horas. La sentencia incluye, además, las pertinentes indicaciones sobre el no acceso al recurso de suplicación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.1 b) LRJS.

Otro reciente pronunciamiento de gran interés es la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 28 de mayo de 2019 (Rec.1492/19) [ECLI: ES:TSJGAL:2019:3362],⁴⁹ referida a una pretensión idéntica, de concreción horaria en un supuesto de reducción de jornada, concentrando las horas en la franja de la mañana (de 10:00 a 14:00 horas, de lunes a viernes). Y donde se aborda el delicado problema –no siempre resuelto en ese mismo sentido–⁵⁰ de si resulta exigible a la solicitante actividad probatoria de algún tipo en relación con la imposibilidad de organizarse de otra manera, en atención a las circunstancias familiares y escolares existentes. Problema que es extensivo al derecho de adaptación del art. 34.8 ET, como ya se ha dicho. La Sala estima el recurso interpuesto por la demandante,⁵¹ pondera los intereses en juego y la necesidad de garantizar la no discriminación por razón de sexo, y concluye afirmando que se trata de un derecho personalísimo de la trabajadora, por lo que no procede valorar si el padre podría adaptar su jornada, si existen abuelos que pudieran ayudar y ocuparse de la menor, o si el colegio dispone de comedor o de la posibilidad de realizar actividades extraescolares que prolongasen el tiempo de permanencia de la niña en el centro educativo hasta que la jornada laboral de la madre finalizase.

Aún más reciente es la Sentencia del Juzgado de lo Social nº2 de Santa Cruz de Tenerife, Sentencia nº364/2019, de 7 de octubre de 2019 (Proced. 853/2018), donde, a propósito también de una solicitud de concreción del horario en la franja fija de mañana, el juzgador, en primer lugar, se hace eco de la gran controversia que esto suscita en la doctrina judicial; para, seguidamente, invocar una vez más la STC 3/2007 y el subsiguiente Auto 1/2009, de 12 de enero.⁵² La referencia a esta última resolución es particularmente interesante, puesto que es en ella donde se decía que la trabajadora no estaba obligada a aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias de su vida íntima, personal o familiar que pudieran justificar la forma de proceder para organizar su tiempo; y que, por el contrario, el elemento relevante es el de las características de su jornada de trabajo; mientras que, desde la óptica patronal, lo que ha de ponderarse es la facilidad

.....

49 Diario La Ley, Nº 9474, Sección Jurisprudencia, 10 de septiembre de 2019, Wolters Kluwer.

50 Así lo subraya M. LÓPEZ BALAGUER, *loc.cit.*, p. 109.

51 Queda la duda de cómo ha podido acceder la sentencia desestimatoria dictada en la instancia al recurso de suplicación, pues –salvo error o inadvertencia por mi parte– no consta en la sentencia de la Sala referencia alguna a una eventual pretensión indemnizatoria, que es la que hubiera permitido el acceso al recurso, tal y como señala el art. 139.1 b) LRJS.

52 El dictado en ejecución de la STC 3/2007, al que ya se ha hecho referencia.

o dificultad para superar los inconvenientes organizativos opuestos. Por otra parte, en el convenio de aplicación al caso –el de Grandes Almacenes– ya se disponen medidas alternativas, como el cambio de funciones, puesto –área, departamento o división– o de centro de trabajo, si la solicitud comporta un cambio de franja horaria o de turnos. El juzgador valora, por fin, si la mayor afluencia de público en horario de tarde constituye causa suficiente para denegar la concreción solicitada por la demandante; habida cuenta, además, que el hecho de que haya otras muchas trabajadoras con reducción de jornada a turno fijo de mañanas no ha provocado hasta el momento graves alteraciones o inconvenientes para la empresa. La sentencia concluye estimando en parte la pretensión actora, con desestimación de la referida a la indemnización por daños, que considera insuficientemente fundada.

En definitiva, lo que se trata de poner en evidencia en este sucinto repaso de los pronunciamientos judiciales más recientes es que la aplicación del art. 34.8 ET no está siendo ni mucho menos pacífica ni sencilla, y que con toda probabilidad habrá soluciones divergentes. Y esa disparidad interpretativa no tendrá remedio por la vía de la casación unificadora, habida cuenta que, salvo que se acumule a la controversia sobre el ejercicio de derechos de conciliación la pretensión resarcitoria del daño derivado de la lesión del derecho en cuantía que permita el acceso al recurso de suplicación,⁵³ la sentencia de instancia no será recurrible.

Para concluir, nos detendremos en alguna referencia del precepto que podría admitir una interpretación extensiva del derecho a la adaptación de la jornada con fines de conciliación. En concreto, referida a los sujetos causante del mismo. La norma alude a que las personas trabajadoras puedan solicitar la adecuación de la duración y distribución de su jornada, y de la forma de su prestación, para conciliar. Sin mayor especificación sobre lo que sea la conciliación familiar. Y en el siguiente párrafo es cuando se precisa que “en el caso de que tengan hijos o hijas...”, el derecho permanecerá vivo hasta que aquellos cumplan doce años de edad. Esta redacción podría permitir o avalar una interpretación extensiva, en el sentido de abrirse a otros supuestos de atenciones familiares, de cualesquiera miembros integrantes de la familia, sin los límites del art. 37.6 ET.⁵⁴

Por fin, el art. 34.8 ET contempla asimismo la posibilidad de poner fin a la nueva ordenación de los tiempos de trabajo cuando se produzca un cambio de las circunstancias personales y familiares que lo provocaron. De nuevo se abren aquí los mismos o más razonables interrogantes en cuanto a la necesidad de acreditar cuáles son esas circunstancias, pues para el empresario no deja de comportar un nuevo cambio o ajuste organizativo, con el coste que ello comporta.

.....

53 De acuerdo con lo dispuesto en el art. 139.1 b) LRJS.

54 En este sentido, M. LÓPEZ BALAGUER, *loc.cit.*, p. 101.

5. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS

Resulta difícil de cuestionar el fortalecimiento que los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar han experimentado a lo largo de estos últimos años, ya desde la Ley 39/1999, más tarde mediante la LO 3/2007, y desde luego a partir del trascendental pronunciamiento constitucional contenido en la STC 3/2007. Pero ese carácter eminente o prevalente que tanto la construcción doctrinal como el desarrollo normativo en verdad les han venido atribuyendo nunca va a dejar de estar en tensión con el interés empresarial. El coste organizativo que alterar calendarios y cuadrantes de trabajo supone es, con toda probabilidad, considerable; y ello es así tanto en empresas con muy pocos empleados –que son las que predominan en España–, como en grandes organizaciones, que suelen organizar el tiempo de trabajo mediante horarios cambiantes y articulados o turnos rotativos.

Como ya se ha tenido ocasión de señalar, ello no solo provoca controversias entre quien solicita una adaptación de su jornada y su empleadora, sino que puede motivar conflictos interpersonales, entre los distintos trabajadores que pueden verse afectados a resultas de una alteración del sistema de trabajo;⁵⁵ pudiendo incluso llegar esta circunstancia a constituir –como también se ha dicho antes– causa organizativa suficiente para promover un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 41 ET.⁵⁶

En alguna ocasión precedente⁵⁷ me ocupé de analizar algunas previsiones que ciertos convenios colectivos tienen para solventar todas esas discrepancias e inconvenientes, tales como comisiones de solución de los conflictos derivados del ejercicio de los derechos de conciliación, comisiones de igualdad u órganos similares, que a través de mecanismos de mediación intraempresarial eviten tener que acudir a la incierta y también se ha dicho, eventualmente divergente solución jurisdiccional. Algunas otras propuestas van en la línea de fomentar el recurso a sistemas de alternancia, suplencia o permuta entre los propios trabajadores de la plantilla. De modo que todo el mundo se pudiera sentir involucra-

.....

55 En un estudio publicado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad titulado “Distribución flexible del tiempo de trabajo: horarios y turnos” [*Boletín Igualdad Empresa* nº25, mayo, 2015, MSSSI], se ponía de manifiesto las dificultades que para implantar estas medidas a través de la negociación colectiva, e incluso para acordarlas individualmente con los trabajadores, surgían, tanto por las reticencias que suelen exponer los empresarios como por los recelos que suscitan entre la plantilla.

56 Con mayores dificultades, de un descuelgue de convenio, para el que la exigencia causal es mucho más alta o estricta.

57 C. MARTÍNEZ MORENO, “Últimas tendencias en los contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA (dir.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva*, cit., pp. 403 y ss. En ese estudio mencionaba el ejemplo del *V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski*, en el que se disponía que las partes acordarían en el seno de la Comisión Paritaria un Protocolo donde se fijasen criterios objetivos de aplicación de las reducciones de jornada y un índice de dificultades de concesión y alternativas, en función del tamaño del centro, el número de personas en la plantilla del mismo, número de reducciones por centro de trabajo, etc.

do en facilitar efectiva y eficientemente la conciliación, y no solo la familiar. Así personas sin cargas familiares también se verían favorecidas con la posibilidad de disponer de su tiempo con mayor libertad.

Un segundo problema aplicativo que ya se está suscitando, y al que también se ha hecho alusión en el trabajo, es el de la acreditación de las circunstancias justificativas de la solicitud de adaptación, o de retorno al régimen de jornada anterior. Tal vez podría conformarse en relación con esta delicada cuestión una especie de presunción de la necesidad adaptativa invocada en la solicitud, sobre todo en los casos en que la empresa no oponga razones organizativas de peso. En la línea de lo que ya han empezado a hacer algunos pronunciamientos jurisdiccionales de los que aquí se ha dejado constancia.

En fin, hace falta seguir creando o fomentando una opinión mayoritaria sobre la necesidad de contar con un modelo en verdad flexible de ordenación del tiempo de trabajo, que no solo favorezca a los intereses de la empresa. Siguiendo la pauta que propugna o apunta la reciente *Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores*, que deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo; cuyo objetivo vuelve a ser el logro de la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional (art. 1), entre otras medidas, justamente a través de fórmulas de trabajo flexible.⁵⁸

Concluyo ahora como comencé hace algunos años escribiendo sobre estas mismas cuestiones,⁵⁹ con la cita que hace Soledad Murillo⁶⁰ a María Zambrano, que decía:

“...individuo humano lo ha habido siempre, mas no ha existido, no ha vivido ni actuado como tal hasta que ha gozado de un tiempo suyo, de un tiempo propio”

(María Zambrano, *Persona y democracia*).

.....

58 Insiste en ello M^a L. MOLERO MARAÑÓN, “El derecho a la negociación colectiva desde la perspectiva de género: balance y retos de futuro”, *loc.cit.*, p. 127.

59 C. MARTÍNEZ MORENO, “Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, en *Tribuna Social* n°197, mayo 2007, pp. 17 a 24.

60 En el Prólogo de su imprescindible libro *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Siglo XXI, Madrid, 2006.