LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA CON FINES DE CONCILIACIÓN EN EL RDL 5/2023: ¿EL PROGRESO DE UN DERECHO AÚN INCOMPLETO?

THE ADAPTATION OF WORKING TIME FOR COMBINING FAMILY AND WORK IN RDL 5/2023: THE PROGRESS OF AN INCOMPLETE RIGHT?

Carolina Martínez Moreno
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

Fecha de recepción: 14/10/2023
Fecha de aceptación: 24/11/2023

SUMARIO: 1. UNA REFLEXIÓN PRELIMINAR. 2. ALGUNOS ANTECEDENTES. 3. LAS DIFICULTADES APLICATIVAS Y LOS CRITERIOS JUDICIALES SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ADAPTACIÓN CON FINES DE CONCILIACIÓN. 4. LOS ÚLTIMOS CAMBIOS: LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158 Y EL RDL 5/2023. 5. ALGÚN QUE OTRO PRESAGIO Y CIERTAS PROPUESTAS DE MEJORA. 6. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La soberanía sobre el propio tiempo es condición para una verdadera autonomía personal, y puede llegar a comprometer la libertad misma del individuo. El tiempo de trabajo como tiempo de la vida requiere de un reparto equilibrado entre el que se dedica a cada ocupación. Mucho más cuando se ha de asumir la responsabilidad sobre el cuidado de personas en el entorno familiar. El derecho del trabajo lleva ocupándose de este desafío desde sus orígenes. Pero las exigencias de disponibilidad y flexibilidad por parte de las empresas no han hecho más que dificultar este logro. El reciente RDL 5/2023 vuelve a

hacer un intento de mejorar el tratamiento del derecho a la adaptación de la jornada y de la prestación reconocido en el art.34.8 ET.

ABSTRACT: Sovereignty over one's own time is part of the conditions for being able to speak of true personal autonomy, and it compromises the individual's own freedom. Working time, as living time, requires a good balance and adequate distribution. Much more so when you have to assume responsibility for caring for people in the family environment. Labor law has been addressing this challenge since its origins. But the demands for availability and flexibility on the part of companies have only made this achievement more difficult. The recent RDL 5/2023 once again makes an attempt to improve the treatment of the right to adapt working time recognized in art.34.8 ET.

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

KEYWORDS: Combining family and work; equality; working time; work schedules.

1. UNA REFLEXIÓN PRELIMINAR

La soberanía sobre el propio tiempo es condición necesaria para poder hablar de una verdadera autonomía personal. El tiempo de trabajo, como tiempo de la vida que es, requiere de un buen equilibrio, de una adecuada distribución y reparto del que se dedica a cada cosa. Mucho más cuando se ha de asumir la responsabilidad sobre el cuidado de personas en el entorno familiar[1]. Una de las señas de identidad del derecho del trabajo ha sido desde sus orígenes la defensa del derecho de las personas a disponer de tiempo. La limitación de jornadas laborales extenuantes y el derecho al descanso forman parte ya del suelo de derechos básicos que debería garantizarse a todas las personas trabajadoras[2]. En relación con el aspecto al que específicamente se dedican las siguientes páginas, el uso de los tiempos compatible con la conciliación corresponsable, resulta de gran interés el Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo que, bajo el título "Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro", se dio a conocer en 2018, en la 107ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo[3]. En dicho informe se menciona el resultado de una encuesta –la encuesta Gallup–[4] según la cual, en casi todo el mundo, hombres y mujeres mencionaron el "equilibrio entre el trabajo y la familia" como uno de los principales desafíos con que se enfrentan las mujeres trabajadoras en sus respectivos países. La vertiente de género que presenta el problema sigue, pues, estando en un primer plano, pese a los constantes y persistentes esfuerzos que se llevan haciendo por subrayar

1 Por citar sólo alguna de las voces más autorizadas que han empleado expresamente ese término, véase CASAS BAAMONDE, Mª E., "Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2019, p. 238; MOLINA NAVARRETE, C., "«Autodeterminación» («soberanía») sobre el tiempo y adaptación de la jornada «a la carta» por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* N.º 441 Diciembre 2019, pp.5 y ss. [https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1160 (última consulta el 2 de octubre de 2023)]; y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., "La «soberanía sobre el tiempo». Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable", *Cuadernos de relaciones laborales* Vol.40, Nº1, 2022, pp.37 y ss.

2 Desde el primer Convenio de la OIT (núm.1) de 1919, que es sobre las horas de trabajo en la industria; pasando por el art.24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que proclama que "toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas"; o el art.31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que "todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas". Se puede decir que es universal el reconocimiento de este derecho humano básico.

3 Se puede consultar en https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous–sessions/107/reports/reports–to–the–conference/WCMS_618490/lang—es/index.htm (consultado el 3 de octubre de 2023).

4 OIT y GALLUP: *Towards a better future for women and work: Voices of women and men*, OIT, Ginebra, 2017, págs. 39–43 (pag.258 del Informe, nota 3).

que ha de enfocarse el problema desde la corresponsabilidad y la garantía de la no discriminación por razón de sexo[5].

En nuestro ordenamiento laboral –como en los de la mayoría de los países del mundo civilizado–[6] este objetivo se ha venido intentando lograr por medio del establecimiento de los oportunos permisos y licencias, suspensiones o interrupciones de la prestación, reducciones de jornada, y otras fórmulas diversas de flexibilidad para poder reordenar o reorganizar los horarios de trabajo. Pero al ser en este momento el estricto objeto de análisis la modificación experimentada recientemente por el art.34.8 ET en virtud del RDL 5/2023[7], a su actual configuración legal se va a ceñir la presente reflexión, que comenzará por un breve repaso de los antecedentes de la regulación de este específico derecho, a sus complejos problemas aplicativos y a las dificultades para su efectividad práctica.

Por cierto, la referencia completa a la norma que modifica el art.34.8 ET se ha preferido relegar a una nota a pie de página[8], por razones que pueden comprenderse bien tan sólo con leer su rúbrica e intentar retener la descripción de sus contenidos. Esta disposición responde tipológicamente a lo que se ha dado en llamar "leyes ómnibus"[9], esto es, una compilación compleja, heterogénea e inconexa de regulaciones, a las que en este caso –como en otros muchos precedentes– se suma además la urgencia motivada fundamentalmente por la necesidad de trasponer normativa de la UE; a su vez, unida a un final abrupto de legislatura, con el consiguiente decaimiento de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Familias[10], que, entre sus muchos y diversos contenidos, incorporaba el retoque de ciertos derechos de conciliación para acomodarlos al nuevo marco europeo[11].

5 Lo vuelve a explicar con brillantez en un estudio muy reciente RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores. Su trasposición al ordenamiento jurídico español", *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo (ACDCT*), VOL. XIV (2022), pp.252 y 253.

6 Lo pone de relieve la completa comparativa que se realiza en el informe al que se viene aludiendo.

7 Art.127 Dos.

8 El *Real Decreto–ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea* (BOE 29 de junio).

9 En la doctrina del TC se explica bien el fenómeno, que se generalizó con las Leyes de acompañamiento de los presupuestos. Al respecto, son ilustrativas la STC, Pleno, 136/2011, de 13 de septiembre, que desestima un recurso de inconstitucionalidad del grupo parlamentario socialista contra la *Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social,* con cita de la anterior STC 126/1987, de 16 de julio, que se refería a estas "leyes complejas"; o la más reciente STC, también de Pleno, 16/2023, de 7 de marzo, que conjuga ambos problemas, el de la heterogeneidad, complejidad y falta de sistematicidad, con el del abuso de la norma de urgencia. En esa doctrina, dicho sea de paso, se distingue el problema de la anómala o deficiente técnica legislativa con el de la estricta constitucionalidad.

10 BO de las Cortes Generales del 14 de abril de 2023.

11 Diseñado por la *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* [DOUE L 188/79, de 12.7.2019].

2. ALGUNOS ANTECEDENTES

Fue la *Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*[12] la norma que dio el giro definitivo al tratamiento de esta materia al elevar a categoría legal las instituciones y derechos de conciliación[13] y vincularlos de manera directa con la igualdad y no discriminación por razón de sexo. Sin embargo, no fue hasta la promulgación de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*[14], cuando se introdujo la adaptación de la jornada en un nuevo apartado 8 del art.34 ET. La novedosa figura consistía en la posibilidad de adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectiva la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. El por entonces recién estrenado derecho auspiciaba ser de factura mucho más amplia y genérica, y previsiblemente más flexible que el resto de derechos de conciliación hasta el momento conocidos. Sobre todo por comparación con los resultados arrojados por la interpretación restrictiva que, pese a la trascendental doctrina constitucional sentada en la STC 3/2007 en el asunto *García Mateos*[15], se venía llevando a cabo del derecho a la concreción horaria en caso de reducción de la jornada, y que –salvo por alguna doctrina de suplicación discrepante–[16] zanjó la jurisprudencia negando cualquier posibilidad de cambio de horarios o turnos de trabajo[17]. Solución asimismo extendida a los casos en que la solicitud no fuera acompañada de la de reducir el tiempo de trabajo. Pero antes de ahondar en los problemas interpretativos y de aplicación práctica que también enseguida empezó a suscitar esta nueva regla, conviene completar el análisis evolutivo de su articulación legal.

12 BOE 6 de noviembre.

13 Un primer completo balance de su aplicación por la negociación colectiva, en ARGÜELLES BLANCO, A.R., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y MARTÍNEZ MORENO, C., *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; y de particular interés es el estudio preliminar a cargo de ARGÜELLES BLANCO, A.R., "La igualdad oportunidades mediante la conciliación de la vida laboral y familiar", pp.21 y ss.

14 BOE 23 de marzo (D.Ad.11ª).

15 Cuyas secuelas se pueden seguir en el ATC 1/2009 y en la STEHD de 19 de febrero de 2013, *asunto García Mateos c. España.*

16 La STSJ de Canarias/Las Palmas, Sala de lo Social, de 15 de diciembre de 2017 (Rec.1249/17) [ECLI:ES:TSJICAN:2017:2442] lleva a cabo una interpretación del derecho a la concreción horaria en un caso de reducción de jornada en clave constitucional y con perspectiva de género, como ya destaqué en MARTÍNEZ MORENO, C., "La protección de la maternidad en el Derecho del Trabajo: del hecho biológico a la conciliación corresponsable", en *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución* (eds. María Isabel Núñez Paz y Pilar Jiménez Blanco; coord. Leonor Suárez Llanos), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.361 y ss.

17 SSTS de 13 de junio de 2008 (Rec.897/2007) [ECLI:ES:TS:2008:4494] y de 18 de junio de 2008 (Rec.1625/2007) [ECLI:ES:TS:2008:4569], en ambas con el voto particular, y STS de 20 de octubre de 2010 (Rec.3501/2009) [ECLI:ES:TS:2010:6165]. Ver también las SSTS de 25 de marzo de 2013 (Rec.957/2012) [ECLI:ES:TS:2013:2010] y de 16 de septiembre de 2013 (Rec.2326/2012) [ECLI:ES:TS:2013:4967], que suman al debate el problema de la no recurribilidad en suplicación de las sentencias recaídas en la instancia sobre esta materia. Una visión crítica sobre esa solución procesal en TASCÓN LÓPEZ, R., "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.

Y en este sentido, y paradójicamente, la regresiva reforma laboral de 2012, culminada en su mayor parte por la *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*[18]*,* supuso en este concreto punto un cierto avance, al añadirse un nuevo párrafo en el que se disponía una difusa obligación –tal vez sólo un desiderátum– de promover el uso de jornadas continuadas, horarios flexibles u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos con el fin de hacerlos más compatibles con la garantía de estos derechos. Eso sí, preservando al mismo tiempo "la mejora de la productividad de las empresas". La norma legal no hacía otra cosa que recoger de manera explícita lo que constituye el nudo gordiano del asunto, el conflicto entre los intereses personales del trabajador y los problemas organizativos de la empresa. Si bien es cierto que, como luego se tendrá ocasión de explicar, estos últimos son en realidad la traslación a la esfera de la responsabilidad y la capacidad de decisión empresarial de los conflictos interpersonales que surgen en la plantilla a resultas de la inevitable y necesaria reordenación de horarios, formas de la prestación, funciones u otras condiciones de trabajo adaptables.

El primer obstáculo interpretativo que suscitó el precepto –pese a que su tenor literal hubiera permitido entender que sí había un reconocimiento directo e incondicionado de un derecho subjetivo de la persona trabajadora–[19] fue considerar que la remisión para establecer los términos de su ejercicio a lo estipulado en la negociación colectiva lo convertía en un derecho imperfecto, no exigible y no susceptible de ejercitar si no se había articulado por convenio colectivo[20]. Cosa que, dicho sea de paso, raramente ocurría y ocurre[21]. Por el contrario, una interpretación sistemática e integradora de lo dispuesto en el art.34.8 y el entonces apartado 6 del art.37 ET sobre la concreción horaria hubiera permitido conformar un conjunto normativo favorecedor de la institucionalización de un modelo de gestión flexible del tiempo menos hostil con la conciliación y con la vida personal[22].

En este estado de cosas, y ante otro fin de legislatura apresurado, llega el *RDL 6/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre*

18 BOE 7 de julio. Precedida por el RDL 3/2012, de 10 de febrero (BOE 11 de febrero).

19 Por todos, PASTOR MARTÍNEZ, A., "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 MARIA JESUS ESPUNY TOMAS y ESTHER ZAPATER DUQUE (coord.), *La docencia del derecho con perspectiva de género*, Ed Dykinson, Madrid, 2018, pp.191 y ss.

20 J.L. MONEREO PÉREZ y J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo,* Comares, Granada, 2019, p.230.

21 Puede verse, entre otros estudios, en MOLERO MARAÑÓN, Mª L., "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.

22 Puede verse ARGÜELLES BLANCO, A.R., "Nuevas fórmulas jurídicas y problemas sociales en la gestión del tiempo de trabajo", en ARGÜELLES BLANCO.A.R. y ROMERO BURILLO, A. Mª (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, CABEZA PEREIRO, J., "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 DAUGAREILH, I. e IRIART, P., "La conciliazione dei tempi nelle riforme dell'orario di lavoro in Europa (Francia, Germania, Gran Bretagna, Olanda), *Lavoro e Diritto*, a.XIX, n.2, primavera 2005, pp.223 y ss.

mujeres y hombres en el empleo y la ocupación[23], que procede a un nuevo ajuste en la redacción del art.34.8 ET. El cambio fue enseguida recibido casi unánimemente con regocijo al habérsele atribuido la virtud de haber configurado ya un derecho subjetivo completo, no subordinado al desarrollo de su ejercicio por la negociación colectiva. Al mismo tiempo, se extendían las fórmulas de adaptabilidad con fines de conciliación a la modalidad de la prestación, para referirlas fundamentalmente al trabajo a distancia y al teletrabajo[24].

Sin embargo, y pese a las muchas opiniones doctrinales elogiando la nueva redacción del precepto como un gran avance[25], la realidad ha demostrado luego que reconocer a la persona trabajadora la posibilidad de "solicitar" la adaptación, convertía a la institución en un mero derecho expectante[26]; y que someterla a la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad en función de las necesidades personales, condicionarla a los requerimientos organizativos y productivos de la empresa, y reconducir el cauce para su reconocimiento a un proceso de negociación individualizada –si los convenios no arbitraban otro sistema–, desembocaría en la práctica en un sinfín de dificultades reales de ejercicio, situaciones de litigiosidad, y, en último término, en una considerable disparidad de criterios y de soluciones judiciales casi imposibles de unificación doctrinal.

3. LAS DIFICULTADES APLICATIVAS Y LOS CRITERIOS JUDICIALES SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ADAPTACIÓN CON FINES DE CONCILIACIÓN

No es el propósito de este apartado hacer un recuento ni un análisis exhaustivo ni completo de la abundante doctrina judicial existente en aplicación del art.34.8 ET ya tras su modificación por el RDL 6/2019, sino ofrecer un repaso de síntesis de algunos

23 BOE 7 de marzo.

24 Analicé el alcance de esa modificación en MARTÍNEZ MORENO, C., "La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿Hasta dónde llega el avance?", *Revista Derecho Social y Empresa, Reformas en materia de igualdad entre hombres y mujeres*, núm.12, febrero de 2020, pp.61–80; ver también PASTOR MARTÍNEZ, A., "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.

25 Por ejemplo, LÓPEZ BALAGUER, M., en "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., no veía obstáculo alguno para valorar positivamente la modificación y considerar el carácter prevalente del derecho (p.99).

26 Véase NÚÑEZ–CORTÉS CONTRERAS, P., *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (Tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo),* Dikinson, Madrid, 2019, p. 102; y más recientemente, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *loc.cit*., pp.288 y 289.

pronunciamientos que son fiel reflejo de los principales escollos interpretativos y aplicativos a los que hace un momento se hacía referencia. Así como de los criterios judiciales que, para su resolución, se han ido decantando, principalmente, de los que me parecen más plausibles, y con mayores visos de poder tener proyección y continuidad tras la nueva redacción del precepto, que es lo que ahora nos ocupa, porque versan sobre puntos o aspectos que no han sido sustancialmente alterados.

Siguiendo el orden lógico de la norma conformadora de este derecho, y una vez aclarado que su tenor literal sólo permitía calificarlo como un derecho expectante y abierto, la primera condición sobre la que se articula la posibilidad de que la solicitud de adaptación sea atendida por la empresa giraba –y gira– alrededor de las necesidades de la persona trabajadora, y la razonabilidad y proporcionalidad de su requerimiento en relación con aquellas. Pues bien, ello dio lugar a una de las más delicadas cuestiones dudosas, consistente en si la persona solicitante –con enorme frecuencia, una mujer– debía acreditar la situación familiar y la existencia o inexistencia de otras personas en el círculo familiar que pudieran asumir las tareas de cuidado, la imposibilidad de estas, u otras alternativas como la posibilidad de uso de comedores escolares o de realización de actividades extraescolares. Por extraño que parezca, y pese a que era una cuestión sobre la que el Auto TC 1/2009, de 12 de enero[27] ya había dejado sentado un criterio de autoridad en clave constitucional, las soluciones de los tribunales fueron dispares[28], no siempre acomodadas a aquella doctrina, según la cual la trabajadora[29] no estaba obligada a aportar prueba alguna referida a circunstancias de su vida íntima, personal o familiar; y que el único dato relevante era el de las características de su jornada y su compatibilidad con las necesidades de cuidado. Se trataba de un derecho personalísimo[30], y bastaba, pues, con poner en evidencia la necesidad objetiva de conciliación propia, como ha destacado ya la doctrina a propósito de alguna resolución judicial en ese sentido[31].

Un segundo elemento de interés y sobre el que también giran las discrepancias y los debates dirimidos en sede judicial ha sido el del alcance de la posible oposición empresarial, las razones en que puede fundarse y las exigencias de motivación; y, muy relacionado con

27 Dictado en el fallido proceso de ejecución de la STC 3/2007.

28 Se refiere a la división y a la disparidad de posturas doctrinales RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *loc.cit.,* p.290.

29 Recuérdese que el Auto se dicta en el asunto *García Mateos*.

30 Así lo afirma categóricamente, entre otras, la STSJ de Galicia, de 28 de mayo de 2019 (Rec.1492/2019) [ECLI:ES:TSJGAL:2019:3362], por lo que no procede valorar circunstancias tales como si el padre podría adaptar su jornada, si existen abuelos que pudieran ayudar, si el colegio dispone de comedor o si es posible realizar actividades extraescolares que prolongaran el tiempo de permanencia de la niña en el centro educativo hasta que la madre pudiera ir a recogerla.

31 STSJ de Aragón, de 19 de enero de 2021 (Rec.637/2020) [ECLI:ES:TSJAR:2021:41], un interesante comentario a la misma en VIQUEIRA PÉREZ, C., "Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 4/2021 [disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU–L–2021–00000001268 (consultada el 9 de octubre de 2023)]. Y ya antes la STSJ de Galicia, de 28 de mayo de 2019 (Rec.1492/2019) [ECLI:ES:TSJGAL:2019:3362] había declarado que se trata de un derecho personalísimo, por lo que no procede valorar circunstancias tales como si el padre podría adaptar su jornada.

ello, una tercera cuestión, relativa al contenido y desarrollo del proceso de negociación que –en defecto de procedimiento específico establecido en convenio– ha de tener lugar entre las dos partes. También los tribunales han procurado dar contenido más o menos uniforme a estas incógnitas. A este respecto resulta ilustrativa, entre otras muchas, la STSJ de Extremadura, Cáceres, de 13 de febrero de 2020[32], que estima el recurso de la demandante y revoca una muy cuestionable solución contenida en la Sentencia nº262/2019, del Juzgado de lo Social nº 2 de Badajoz, de 16 de septiembre de 2019[33] que, tras una extensa argumentación y bien conocedora de la necesidad de ponderar los intereses en juego, como enseña la sólida doctrina constitucional existente, desestimó la pretensión de la trabajadora razonando que no bastaba el mero hecho de que su hija estuviera escolarizada. La solución de la Sala cacereña acaba siendo en cierto modo salomónica porque, al entender que la empresa efectivamente había llevado a cabo una intensa labor de fundamentación y explicación de las razones de su oposición, no podía sin más conceder lo solicitado; pero acaba basando la estimación del recurso de la actora en el hecho de que no se hubiera llevado a cabo negociación alguna entre la solicitante y la empleadora[34].

En un sentido similar se pronuncia la STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, de 7 de noviembre de 2022[35], que estima igualmente en parte el recurso de la trabajadora, que solicitaba un cambio del turno de mañana al de tarde, pretensión que la empresa había denegado alegando que en la franja de la mañana había un sobredimensionamiento, y ofreciendo como única alternativa un ajuste del horario de tarde. La Sala basa su decisión nuevamente en la inexistencia de una verdadera negociación y en la insuficiente acreditación por la empresa de la existencia de una dificultad organizativa insalvable, habida cuenta que constaba acreditado que también en las mañanas se producían desajustes ocasionales o insuficiencia de agentes en ciertos momentos y franjas horarias. Y, en fin, la ya citada STSJ Aragón, 19 de enero de 2021[36] destacaba la importancia de la negociación, de que esta sea efectiva, de que se muestre el esfuerzo realizado por esgrimir y exponer las razones de cada parte, y que se ofrezcan alternativas motivadas, razonables y satisfactorias. En definitiva, negociación efectiva y de buena fe, y motivación detallada o explicación convincente de los inconvenientes o dificultades para estimar la petición en sus estrictos términos y pleno alcance, parecen criterios suficientemente razonables y consolidados como para servir de pauta interpretativa aplicable a la nueva regulación del derecho[37].

32 Rec.17/2020 [ECLI:ES:TSJEXT:2020:324].

33 Proced.577/2019 [ECLI:ES:JSO:2019:4841].

34 La Sala se cura en salud y descarta que se haya incurrido en una incongruencia *extra petita*, afirmando que pedir la estimación del recurso por injustificada oposición empresarial comprende la petición por falta de negociación, porque quien pide lo más pide lo menos.

35 Rec.2263/2021 [ECLI:ES:TSJCL:2022:4803].

36 Rec.637/2020) [ECLI:ES:TSJAR:2021:41]. Véase *supra*, nota nº 31.

37 Sobre la insuficiencia de una negativa empresarial absolutamente genérica y la necesidad de oponer razones

Por fin, y con independencia de otros elementos del supuesto de hecho que apenas han motivado discusión, y cuyos pormenores pueden ser comentados al hilo de la nueva redacción del precepto, no puede dejar de tratarse aquí un asunto que considero central, el de la doble vertiente o dimensión de las repercusiones del cambio sobre el resto del personal. Que pueden operar, en primer lugar, y como se ha podido comprobar, como óbice o causa misma de oposición empresarial a la solicitud de adaptación, y cuya adecuada valoración a la vista de los múltiples y contrapuestos intereses en juego no resultará ni mucho menos sencilla. Pero, a su vez, la propia aceptación del cambio solicitado podrá ir acompañada de exigencias de otras decisiones organizativas que, incluso de ser factibles, acabarán afectando a otras personas de la plantilla con el consiguiente coste para ellas y para la empresa, en términos de gestión y de eventuales pleitos secundarios. Trataremos de ilustrarlo con algún ejemplo.

En la Sentencia nº338/2019 del Juzgado de lo Social nº3 de Gijón, de 29 de agosto de 2019[38] se desestimó la pretensión de una trabajadora de una clínica veterinaria que solicitó prestar sus servicios en el turno fijo de mañana, entre otras razones, porque suponía un serio inconveniente organizativo para la empresa, que atiende a más clientes por las tardes, y que cuenta únicamente con otros dos veterinarios que también trabajan a turnos. Se valora, pues, que el problema organizativo para la empresa consiste no sólo en garantizar el servicio ofertado a la clientela, sino también en la necesidad de preservar los intereses contrapuestos del resto de la plantilla. Aunque también se toma en consideración que la franja horaria que la demandante solicitaba tampoco cubría por completo el tiempo necesario para atender y cuidar a su hija. Repárese en el hecho de que este tipo de inconvenientes van a ser prácticamente inevitables en empresas con plantillas muy reducidas, por lo que la dimensión de la empresa puede ser un factor relevante para tenerlo en cuenta en la labor de ponderación y valoración que ha de realizar el juzgador[39]. En este sentido puede verse la Sentencia nº12/2019 del Juzgado de lo Social nº1 de Ibiza, de 23 de septiembre de 2019[40], que precisamente resuelve en sentido estimatorio de la pretensión sobre la base de la relevancia del tamaño de la empresa y del elevado volumen de empleados, lo que facilita la organización del trabajo y la concesión de la adaptación solicitada. Si bien no es menos cierto que una plantilla de mayor tamaño, con numerosas personas que pueden coincidir en el tiempo en solicitar la adaptación puede encontrarse ante similares dificultades. Como se puede comprender, el enjuiciamiento ha de ser necesariamente casuístico y apegado a las circunstancias de cada situación litigiosa o de conflicto.

organizativas de peso, la Sentencia nº236/2019, del Juzgado de lo Social nº1 de Palencia, de 23 de julio de 2019 [ECLI: ES: JSO:2019:3684].

38 [ECLI:ES:JSO:2019:2962].

39 La dimensión de la empresa es un dato relevante en la Sentencia nº191/2019 del Juzgado de lo Social nº26 de Madrid, de 10 de mayo de 2019 (Proced.337/19) [ECLI: ES:JSO:2019:2944].

40 Proced.908/2018 [ECLI:ES:JSO:2019:1276].

En cambio, ante un conflicto interpersonal similar o de significado equivalente al caso de la clínica veterinaria de Gijón, la solución de la STJS de Canarias, de 1 de septiembre de 2020[41] es bien distinta[42]. La solicitante era segunda gobernanta de un hotel, y su pretensión era librar los fines de semana. La sentencia de instancia estimó la oposición empresarial que fundamentaba en una causa organizativa consistente en que en el centro de trabajo sólo había una gobernanta, que ya libraba los fines de semana. La Sala de suplicación revoca la sentencia y estima la pretensión actora esgrimiendo argumentos como el impacto de género del derecho a la adaptación horaria, la consiguiente obligación de integrar esa perspectiva en la labor del juzgador, o el principio de protección de la infancia. Y condena asimismo al abono de la consiguiente indemnización[43].

Por concluir, y a modo de síntesis, resulta de gran aprovechamiento la lectura de la extensa e ilustrativa STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2021[44], que reúne buena parte de los tópicos sobre el derecho reconocido en el art.34.8 ET. La trabajadora había solicitado al mismo tiempo un cambio de horario y un desplazamiento a otro centro de trabajo de la empresa ubicado en la localidad donde se encontraba su domicilio. La Sala se formula varias preguntas, para resolver en sentido estimatorio la pretensión de la recurrente. La primera, si el traslado a otro centro se puede considerar comprendido en el término o la expresión "forma de la prestación", puesto que no se encuentra expresamente enunciado como tal en el precepto de referencia. Y la respuesta, acompañada de una prodigiosa labor de análisis del marco y antecedentes normativos y de una intensa tarea de argumentación, es afirmativa. Un segundo argumento, que ya ha sido analizado aquí, es el del carácter individual del derecho, que exime, o imposibilita más bien, inquirir o exigir prueba de la situación o forma de organización familiar, o de la existencia y disponibilidad de otras personas para ocuparse del cuidado de los hijos. Con cita textual de doctrina precedente de la propia Sala se sostiene que "cualquier valoración sobre cómo deba llevarse a efecto la organización o «intendencia» familiar «excede de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional» (STSJ Galicia 28/05/19 R. 1492/19)." Y un último argumento de gran trascendencia, que atañe o concierne a los ya analizados problemas organizativos derivados de conflictos interpersonales que las empresas oponen casi de manera generalizada, sobre qué derecho ha de prevalecer, si el de conciliación familiar de la solicitante o el de estabilidad en el empleo de otros empleados con contratos temporales. La pregunta surge porque la empresa –que opuso la inexistencia de vacante en el centro solicitado–[45] al tiem-

41 Rec.197/2020 [ECLI:ES:TSJICAN:2020:779].

42 Constituye un dato personal de interés que la ponente sea la magistrada Gloria Poyatos, persona que se destaca y ha sido incluso galardonada por su defensa del enjuiciamiento con perspectiva de género.

43 Como es bien sabido, aunque hay alguna excepción en que se afinan más los criterios de ponderación del daño, los tribunales suelen aplicar las cuantías de la LISOS para las infracciones muy graves en su grado mínimo.

44 Rec.335/2021 [ECLI:ES:TSJGAL:2021:2449].

45 La negativa por inexistencia de vacante en el centro al que se pretende trasladar el actor en ese caso se con-

po en que ya se había pedido el cambio por la demandante había formulado una oferta de empleo temporal y había convertido en fijo al menos uno de los contratos temporales existente en la plantilla de ese mismo centro. La Sala concluye que el carácter fundamental y la relevancia constitucional del derecho a la conciliación debe implicar la prevalencia de ese derecho incluso sobre el de estabilidad en el empleo. Y termina condenando al abono de una indemnización de 6.000 euros por el carácter lesivo del derecho fundamental de la negativa empresarial.

Se aludía también hace unas líneas a la ambivalencia de la repercusión de los cambios solicitados sobre la base del art.34.8 ET, que pueden acabar motivando otras alteraciones en las condiciones de trabajo del resto de la plantilla, que en numerosas ocasiones podrían encajar en la noción de causa organizativa justificativa de medidas de ajuste como la movilidad funcional y geográfica, o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (arts.39, 40 y 41 ET). Con mayores dificultades en otras como la reducción de jornada o la suspensión de contratos del art.47 ET. La clave y la solución, a mi modesto entender, seguramente no es negar la solicitud de adaptación por el hecho de que hubieran de ser necesarios esos otros cambios, sino valorar estos a la luz de la razonabilidad y proporcionalidad de la solicitud de la primera y de la entidad de las repercusiones o los efectos de los cambios reactivos en la esfera del resto de personas trabajadoras.

En un sentido diverso, también se ha tenido que enjuiciar y valorar en qué medida pueden alcanzar modificaciones que sea necesario adoptar en la empresa por cualesquiera otras razones a personas que están disfrutando de los "ajustes razonables"[46] de sus condiciones de trabajo –tiempo, modo de la prestación, trabajo a distancia, y otras– con fines de conciliación, y con qué consecuencias. Sin perjuicio de otros ejemplos –algunos lamentables– que existen en la jurisprudencia y doctrina judicial anterior[47], se ocupa de enjuiciar una de estas situaciones la STC 119/2021, de 31 de mayo[48]. Sin perjuicio de la existencia de análisis más afinados[49], baste con decir ahora que el TC estima la demanda de ampa-

sidera, en cambio, justificada en la STSJ de Castilla y León, de 29 de diciembre de 2022 (Rec.978/2022) [ECLI: ES: TSJCL:2022:5187].

46 Conviene tener en cuenta que, de conformidad con los arts.4.1 2º y 6.1 a) 2º de la *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, la denegación de ajustes razonables constituye una discriminación indirecta.

47 Es muy llamativo el ejemplo de la STS de 25 de mayo de 2015 (Rec.307/2013) [ECLI:ES:TS:2015:3658], donde en un asunto sobre una modificación sustancial de condiciones de trabajo en una gran y conocida empresa de distribución comercial, que implicaba desconocer los derechos de las personas con reducción horaria por motivos familiares y afectaba y alteraba horarios y turnos, e implicaba trabajo en festivos, la Sala desestima la pretensión, incluida la de considerar la dimensión constitucional y la masiva afectación a trabajadoras del sexo femenino, por entender no suficientemente probado el impacto de género.

48 Puede verse la entrada ROJO TORRECILLA, E., "La dimensión constitucional de la reducción y la adaptación de la jornada de trabajo: STC núm. 119/2021 de 31 de mayo" [disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/07/sobre–la–importancia–de–la–dimension.html?m=1 (última consulta el 10 de octubre de 2023)].

49 Cfr. CABEZA PEREIRO, J., "Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* 4 (2021) 167–185 [Vista de Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamien-

ro interpuesta por una trabajadora que sufrió una modificación de sus condiciones de trabajo mientras se encontraba disfrutando de una reducción de jornada en horario que excluía el trabajo en fines de semana; decisión que le obligó a volver a trabajar los sábados. El juzgado de lo social desestimó su pretensión al considerar que se habían acreditado las razones organizativas para proceder a la modificación. Por su parte, esta sentencia, en la senda que inició y marcó la STC 3/2007, considera que no se ha valorado adecuadamente la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y que se ha incurrido en una discriminación indirecta, otorgando, como se ha dicho, el amparo.

Un supuesto algo diferente, pero que también conecta con esta problemática es el que se dirime en la STC 153/2021, de 13 de septiembre[50]. Se trataba en este caso de una enfermera que prestaba servicios en la UCI pediátrica, y que igualmente había solicitado y se le había concedido una reducción de jornada. En este caso la modificación deriva directamente de la consideración por los responsables del servicio de que ese cambio suponía dificultades en los turnos y en la continuidad asistencial en un área tan delicada como es la UCI pediátrica, y que, por consiguiente, había que destinar temporalmente a la demandante de amparo a otros servicios. En instancia y suplicación se consideró que no había habido lesión en los intereses de la trabajadora porque esta retuvo funciones propias de su grupo profesional, pudiendo retornar a su puesto de origen a jornada completa, accediendo entre tanto a cursos de formación específicos. En este caso el TC, compartiendo el criterio de las precedentes resoluciones judiciales, considera justificada y proporcionada la medida, que no se adoptó con sesgos sexistas sino por el interés asistencial, y no ocasionó un significativo menoscabo o trato peyorativo a la trabajadora; habiéndose ponderado adecuadamente la posible afectación a derechos fundamentales. Por todo lo cual, descarta que haya habido lesión alguna y desestima el amparo.

4. LOS ÚLTIMOS CAMBIOS: LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158 Y EL RDL 5/2023

La última fase en la evolución de esta progresiva conformación de los derechos de conciliación corresponsable en general la inicia y la marca la ya citada al comienzo de este breve estudio[51] *Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de*

tos del Tribunal Constitucional | Trabajo, Persona, Derecho, Mercado (us.es) (consultado el 10 de octubre de 2023)].

50 De nuevo comentada con detalle por CABEZA PEREIRO, J., *loc.ult.cit.*

51 Véase *supra*, nota nº11.

20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores[52]. Esta disposición, que deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, sobre permiso parental[53], se vuelve a proponer el inalcanzado objetivo del 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 vías, justamente a través de fórmulas de trabajo flexible[54].

Sin embargo, la norma europea reconoce igualmente un derecho a la adaptación de los tiempos de trabajo de carácter abierto, un derecho a demandar o solicitar. Aunque se ha discutido si los términos "examinar" la solicitud y "responder" o "atender" podrían traducirse por "conceder". Esto es, en todo caso, dudoso y discutible. Siempre, como ha dicho nuestra doctrina judicial, guiados por la buena fe y la flexibilidad pro operario.

Resulta igual de pertinente destacar algunas medidas de acompañamiento que aparecen en la Directiva[55], y que habrán de haberse incorporado a nuestra norma de trasposición, el RDL 5/2023. La primera, la exigencia de que la denegación o el aplazamiento por la empresa hayan de estar suficientemente justificadas. La segunda, pero no menos importante, la prohibición del despido o cualquier acto preparatorio del mismo por haber solicitado o disfrutado del derecho.

Llega pues el momento del análisis de las novedades introducidas en el art.34.8 ET por el RDL 5/2023[56]. Novedades que enseguida fueron catalogadas como "ajustes puntuales"[57],

52 DOUE L 188/79, de 12.7.2019.

53 La referencia completa es *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, y se deroga la Directiva 96/34/CE* (DOUE núm. 68, de 18.3.2010).

54 La profesora RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *loc.cit*., se refiere a una infinidad de fórmulas: jornadas continuadas, supresión de viajes y desplazamientos aprovechando las nuevas tecnologías, limitación en la franja horaria para celebrar reuniones de trabajo, horas de libre disposición, bolsas de horas, semana comprimida, acumulación de las horas de trabajo en determinadas épocas del año, amplias franjas de entrada y salida, no someterse a un régimen de turnos incompatible con los deberes de cuidado, o adscripciones a un turno fijo que haga factible estos deberes, cambio de jornada continuada a jornada partida o viceversa, posibilidad de trabajar a distancia, así como, a la luz de la doctrina judicial que ya hemos citado, cambios de centro o lugar de trabajo (p.285).

55 MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad. La (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158,* Albacete, Bomarzo, 2023; y también ARGÜELLES BLANCO, A.R., "Conciliación y corresponsabilidad en los cuidados: líneas evolutivas y retos para los derechos laborales", *El Derecho del Trabajo que viene. Reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, Colex, 2023, pp.107 y ss.; y, de nuevo, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores. Su trasposición al ordenamiento jurídico español", *loc.cit.,* pp.283 y ss.

56 Recuérdese que la cita completa es *Real Decreto–ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea* (BOE 29 de junio).

57 Ver SALA FRANCO, T., "Novedades en materia laboral del Real Decreto–Ley 5/2023, de 18 de junio", *Briefs AEDTSS*, número 50, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023 [https://www.aedtss.com/novedades–en–materia–laboral–del–real–decreto–ley–5–2023–de–18–de–junio/ (última consulta el 11 de octubre de 2023)].

aunque tal vez alguna de ellas pueda tener un mayor calado de lo que en una primera impresión pudiera pensarse, sobre todo si las entendemos a la luz de la doctrina judicial ya conformada en relación con algunos de los aspectos o elementos centrales del régimen jurídico de este derecho[58].

Aunque no se refiera exclusiva o específicamente al derecho a la adaptación de tiempos y modos de la prestación con fines de conciliación, una primera previsión de enorme trascendencia es la que se incluye en el art.4.2 c) ET[59] que pasa a considerar integrado en la noción de discriminación por razón de sexo el trato desfavorable dispensado a mujeres y hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral[60]. Se impone así la tesis de que el trato peyorativo o las dificultades y obstáculos para que los hombres concilien y se corresponsabilicen tienen el "efecto colateral" de perpetuar el rol cuidador de las mujeres, ahondando las brechas y manteniendo una situación de discriminación directa o indirecta por razón de sexo. Tesis que ya estaba presente en el voto particular formulado en la STC 26/2011, de 14 de marzo, que otorgó el amparo a un varón que había solicitado una adaptación de su tiempo –trabajar en horario nocturno–[61] para ocuparse de cuidar a sus dos hijos de corta edad. Pero lo hizo sobre la base de una causa de discriminación nueva, la discriminación por razón de las circunstancias familiares. El magistrado disidente discrepa de la mayoría, entre otras razones, porque entendió que se trataba de una medida que, lejos de expresar una histórica situación de desventaja y segregación para los hombres –obviamente, inexistente–, lo que hacía era contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones con respecto de las del varón, pues ha sido sobre las féminas sobre las que predominantemente se han hecho recaer las labores de protección y cuidado de la familia. Este argumento o concepción ha sido el que finalmente se ha impuesto e incorporado a la regulación legal.

Por lo que se refiere específicamente al derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo del art.34.8 ET, en la reformulación del precepto se mantienen aspectos como su

58 Al respecto, BLASCO JOVER, C., "Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva *in extremis* la esencia de la Ley de Familias", *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13(2),1–49 [https://doi.org/10.46661/lexsocial.8310 (consultada el 11 de octubre)]; y MELÉNDEZ MORILLO–VELARDE, L., "El derecho a solicitar la adaptación de jornada. Una aproximación legal y judicial", *Anuario Jurídico y económico escurialense*, Nº56, 2023, pp.95–120.

59 Art.127 Uno RDL 5/2023.

60 No deja de resultar un tanto preocupante lo decidido en la STS de 25 de mayo de 2023, (Rec.1602/2020) [ECLI:ES:TS:2023:2433] que, a propósito de un procedimiento sobre concreción horaria, y tras recordar la necesidad de tomar en consideración la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, no duda en afirmar que no toda decisión en la materia implica necesariamente un trato discriminatorio por razón de sexo; y que sigue siendo preciso aplicar el sistema de indicios, que en el caso no concurren pues se entiende que la empresa hizo prueba de las razones organizativas para denegar la petición de la persona solicitante. Es cierto que otras muchas resoluciones judiciales están aplicando ese mismo esquema o patrón de enjuiciamiento a otros supuestos pese a lo dispuesto en la *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación* (BOE 13 de julio).

61 La parte chocante del caso es que el demandante, ayudante técnico educativo en un centro de educación especial de Palencia, había iniciado el curso escolar según el calendario del centro en régimen de turnos rotativos, y la negativa del centro de basé en la inexistencia para ese curso de actividad en horario de noches.

carácter expectante y abierto al seguir aludiendo al derecho a "solicitar"; la extensión de las medidas –adaptación de la duración y distribución de la jornada, ordenación del tiempo de trabajo y forma de la prestación, incluida la prestación de trabajo a distancia, genérico que comprende, desde luego, el teletrabajo[62]; la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad de lo solicitado en relación con las necesidades personales y las organizativas y productivas de la empresa; el procedimiento de adopción o determinación del cambio mediante una negociación individualizada si no hay otro cauce estipulado en convenio colectivo, con el matiz que luego se explicará; la suficiente motivación de la negativa o propuesta alternativa empresarial, esta sí, con algún ajuste de mayor interés, que igualmente se analizará a continuación; y, en fin, el carácter dinámico del derecho que permite la reversión y el retorno a las anteriores condiciones, también con algún pequeño retoque. Sobre la mayoría de estas cuestiones siguen siendo, pues, válidos los criterios judiciales existentes, a los que someramente ya se ha hecho mención en las páginas precedentes.

En cuanto a las novedades, la primera es la ampliación de los sujetos causantes, que sigue comprendiendo, en primer lugar, a los hijos hasta que cumplan los doce años, en este caso sin añadir la necesidad de que requieran de cuidados, circunstancia que se da por supuesta o se produce de manera natural; pero que se extiende a los hijos e hijas mayores de esa edad, al cónyuge o pareja de hecho, a los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad[63], y a cualesquiera otras personas[64] que convivan en el mismo domicilio, que requieran atención y cuidados al no poder valerse por sí mismas por razones de edad, accidente o enfermedad. Esta novedad es sólo relativa, y atañe fundamentalmente a estas últimas personas y a la pareja de hecho, pues el resto de familiares ya se podían entender comprendidos en el campo de aplicación de la norma con anterioridad o en su anterior redacción. Por otro lado, la alusión a "necesidades de cuidado" se ha podido tachar ya en algún reciente comentario doctrinal[65] de excesivamente ambigua, propugnándose en paralelo una interpretación restrictiva que la asimile o la haga equivaler a una necesidad real de ayuda y acompañamiento de suficiente entidad derivada de la concurrencia de circunstancias difíciles de especial importancia. Opino, por el contrario, que el presupuesto ha de ser objeto de una interpretación más amplia, no tan estricta, en la medida en que

62 No se ha querido entrar aquí en la vasta problemática que suscita y está suscitando en la práctica el teletrabajo cuando se solicita como medida de conciliación, y la enorme cantidad de supuestos en que la empresa opone razones organizativas y productivas para concederlo. Pero como vuestra, baste un botón, y véase la Sentencia nº52/2023, del Juzgado de lo Social n°5 de Valladolid, de 13 de febrero de 2023 (Proced.877/2022) [ECLI: ES: JSO:2023:584].

63 Que sigue el modelo del Plan MECUIDA implantado con la pandemia y la declaración del estado de alarma, en el que se excluía el cuidado de afines, precisamente con el fin de evitar que siguieran siendo las mujeres las que se ocuparan de los familiares consanguíneos del cónyuge, paradigmáticamente, suegros y suegras.

64 Siempre me ha parecido cuestionable la limitación por grados de parentesco de las personas requeridas de cuidados, puesto que, en la realidad, no es infrecuente que se cuide a parientes más lejanos pero con los que la relación sea estrecha o que no tengan otras personas de la familia más próximas que se ocupen de ellas.

65 Cfr. BLASCO JOVER, C., *loc.cit*., así lo entiende.

se trata de garantizar el ejercicio de un derecho con relevancia constitucional, un derecho fundamental. Y, en todo caso, que ello dependerá de cada situación, y que la legitimidad para valorar las concretas circunstancias concurrentes y las necesidades de ellas derivadas corresponde o pertenece en primera instancia a la persona solicitante.

Otro aspecto novedoso es –en la dirección que apuntaba la Directiva– el reforzamiento del deber de negociar la solicitud de adaptación. Y aunque la norma se refiere únicamente a una vertiente del asunto, la relativa a la celeridad, limitando el tiempo máximo a quince días en lugar de treinta, merece la pena insistir en que –tal y como ha dejado sentado la mejor doctrina judicial– se habrá de tratar de una negociación real y efectiva, de un verdadero intercambio de opiniones y posturas sobre otras opciones posibles, y siempre auspiciado por la buena fe que debe presidir cualquier proceso de esta naturaleza. Esta idea se ve reforzada con una previsión adicional, pues, en caso de denegación, se establece la obligación empresarial de formular y ofrecer una propuesta alternativa que verdaderamente posibilite atender las necesidades de conciliación de la persona trabajadora. Tanto en este caso como en el del definitivo rechazo de la petición, se fortalece igualmente el deber empresarial de motivar las razones objetivas que lo justifiquen.

Por fin, tal vez la modificación de mayor relieve es la configuración de una especie de silencio positivo para el supuesto de que en el indicado plazo de quince días no se produzca una expresa y motivada oposición empresarial. En cuyo caso la adaptación solicitada se presumirá concedida. Este aplaudido dispositivo, no obstante, puede suscitar algunas nuevas dudas interpretativas. La primera, si la presunción operará únicamente en caso de ausencia de respuesta o también en el de respuesta inmotivada o insuficientemente motivada. Diría que lo más lógico y razonablemente atendible es esto último, una interpretación finalista y pro máxima efectividad del derecho, despegada del estricto tenor literal de la norma. Otro interrogante gira en torno a si la presunción admite o no prueba en contrario, siendo la respuesta más probable la segunda, puesto que no se trata de una verdadera presunción en derecho[66] –de un hecho comprobable deducir otro no susceptible de comprobación o que no se ha podido probar– sino del establecimiento por ley de un efecto automático ante una determinada situación. Como decía, más cercana a la técnica del silencio administrativo positivo. Y, por fin, si ello impedirá a la empresa oponerse y denegar el cambio transcurrido ese plazo, en un momento posterior, con qué efectos y qué cauces serían los pertinentes o idóneos para discutir una eventual decisión en tal sentido y pretender la ejecución de la medida para garantizar la efectividad y la tutela integral del derecho[67].

66 BLASCO JOVER, C., *loc.cit*., entiende que no admitirá prueba en contrario, pero por otra razón, el vaciamiento de contenido del derecho.

67 Con toda probabilidad, el del art.139 LRJS. Aunque tal vez podría defenderse la vida del procedimiento or-

Como se apuntaba hace un momento, se mantiene el derecho de reversión o retorno a las condiciones anteriores, si bien con cierto engrosamiento de las causas para la misma, que además de considerar la finalización o término del período acordado inicialmente o previsto legal o convencionalmente, incluye el decaimiento de las causas que motivaron la solicitud o el cambio de circunstancias. Y, además, con una posibilidad de oposición de la empresa al regreso a la situación previa, siempre que se pruebe la existencia de razones objetivas. Esto, sin duda, puede añadir problemas y conflictos a la ya de por sí compleja y problemática institución.

Por ir concluyendo, en cumplimiento de otro de los objetivos de la Directiva se produce la ampliación de los supuestos de nulidad de las extinciones por causas objetivas y de los despidos disciplinarios (arts.53.4 y 55.5 ET)[68]a los casos en que la decisión extintiva injustificada o sin causa afecte a personas que hubieran solicitado o estuvieran disfrutando del derecho a la adaptación del tiempo y condiciones de trabajo conforme a lo dispuesto en el art.34.8 ET[69].

5. ALGÚN QUE OTRO PRESAGIO Y CIERTAS PROPUESTAS DE MEJORA

En el capítulo de presagios, y a la vista de lo dicho hasta aquí, no es difícil vaticinar viejos y nuevos escollos prácticos y dificultades interpretativas. Para lo que se propugna recoger y seguir los mejores y más acertados criterios judiciales ya existentes; y, en relación con las nuevas incógnitas, llevar a cabo una aplicación del precepto acorde con los parámetros y criterios generales que han de inspirar la actividad de los jueces y tribunales en este tipo de asuntos: relevancia constitucional y carácter preeminente del derecho a la conciliación corresponsable, perspectivas de género y de defensa de la infancia –o de la mayor edad y vulnerabilidad de las personas dependientes–, y máxima efectividad posible del derecho.

dinario, o el de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Con la ventaja para el proceso ordinario que abre la vía del recurso de suplicación.

68 Art.127 Ocho y Nueve RDL 5/2023.

69 No estará de más añadir que también se han modificado los preceptos concordantes de la LRJS (arts.108.2 y 122.2) para acomodarlos a las nuevas previsiones sustantivas sobre nulidad de los despidos y las extinciones por razones objetivas, en este último caso, añadiendo a los supuestos señalados en el art.53.4 ET el despido en fraude de ley cuando se hayan eludido las normas establecidas para los despidos colectivos en los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 51.1 ET (art.129 Uno y Dos RDL 5/2023).

Tal vez, otro augurio sea el de, pese al probable acomodo en términos generales del actual art.34.8 ET con el Derecho de la UE, futuras necesidades de ajuste legal. Pero sobre esto, en estos momentos, como es bien fácil de comprender, resulta sumamente arriesgado y audaz hacer ningún pronóstico o vaticinio.

En cuanto a las propuestas, llevo tiempo predicando –con escaso éxito– sobre la conveniencia de contar con un desarrollo de los derechos de conciliación en general, de este en particular, a través de la negociación colectiva. Entre otras cosas, porque sería de mucho interés disponer de mecanismos efectivos y eficientes para resolver los conflictos interpersonales que con enorme frecuencia son los que motivan las causas organizativas capaces de fundamentar la oposición o resistencia empresarial[70]. Con ese fin, en algún caso se han arbitrado sistemas de mediación intraempresarial a través de comisiones paritarias, comisiones de igualdad[71] u organismos paritarios "ad hoc" para la búsqueda de soluciones a este particular tipo de conflicto.

En otros casos, las previsiones y propuestas han sido muchísimo más avanzadas. Es un clásico ya citar en este sentido al convenio de Supermercados Grupo Eroski[72], en cuya VI versión[73], y bajo la rúbrica "Igualdad en el trabajo"[74], se alude a un plan de mentorización para la adaptación persona puesto, aplicable al campo de actuación de la conciliación de la vida personal y laboral, y que comprende un plan de flexibilización horaria coordinado con el plan del otro miembro de la pareja; se propugnan convenios de colaboración con entidades que faciliten las tareas de conciliación como guarderías, residencias, empresas de cuidado de niños, de limpieza, etc.; así como la ampliación de convenios –parece que ya los tienen– con entidades de tiempo libre y ocio, adaptados a los horarios laborales de la empresa. Se prevé asimismo fomentar campañas internas de sensibilización sobre la discriminación; campañas internas para promover la presencia de mujeres en puestos

70 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.

71 Por poner algún otro ejemplo, el *V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa* (Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa, BOE 17 jun.2020), dentro del Capitulo IX, Plan de Igualdad, establece medidas para la adaptación de la jornada de trabajo y de la prestación de trabajo con fines de conciliación (art.41) y encomienda la solución de las discrepancias a la comisión de igualdad.

72 En MARTÍNEZ MORENO, C., "Últimas tendencias en los contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad entre mujeres y hombres", I. GARCÍA–PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA (dir.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva,* Lex Nova, Madrid, 2015*,* pp.403 y ss. 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.

73 Resolución de 12 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el *VII Convenio colectivo de Supermercados Grupo Eroski* (BOE 28 de abril).

74 Art.65.

de mayor responsabilidad; o una campaña interna que promueva compartir responsabilidades familiares a los dos miembros de la pareja por medio de entrevistas, experiencias reales, u otras fórmulas.

Se podrían también establecer, junto a las figuras habituales de flexibilidad en los tiempos (cambios de turno, horarios flexibles, cambios de jornada partida a continuada, y al revés), cambios funcionales y cambios de centro o lugar de trabajo; o cualquier otra alteración o cambio adaptativo de condiciones que pueda estar disponible en la empresa; y protocolos con sistemas de alternancia, suplencia o permuta para estos casos. De ese modo, todas las personas integrantes de la plantilla se podrían sentir involucradas en facilitar la efectividad y gestión eficiente de los derechos de conciliación familiar pero también personal.

En fin, pese a todo, subsisten algunos inconvenientes que también han sido destacados por la mejor doctrina[75], fundamentalmente, el desincentivo que para la corresponsabilidad supone la posible merma salarial y su repercusión en la brecha prestacional –en buena medida corregida–[76]; el factor de segregación que sigue suponiendo prescindir del salario menor de la unidad familiar o de convivencia, con frecuencia –aunque ya no siempre esto es así, por fortuna– el que percibe la mujer.

En resumidas cuentas, queda aún mucho por hacer para avanzar. Y –no me importa insistir– la negociación colectiva y los planes de igualdad, de alcance aún muy limitado por más que se haya rebajado a cincuenta personas el umbral de plantilla para que surja la obligación legal de adoptarlos y aplicarlos efectivamente, tienen ahí todavía mucho que decir. También los jueces, la política –en horas bajas, o con otras prioridades–, nosotros mismos y todo el cuerpo social.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARGÜELLES BLANCO, A.R., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y MARTÍNEZ MORENO, C., *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.

75 Véase en particular, MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158, ,cit.,* en especial, en p. 29.

76 Al menos, en esa dirección pretende encaminarse algunas de las medidas introducidas por el *Real Decreto–ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones* (BOE 17 de marzo).

ARGÜELLES BLANCO, A.R., "Nuevas fórmulas jurídicas y problemas sociales en la gestión del tiempo de trabajo", en ARGÜELLES BLANCO.A.R. y ROMERO BURILLO, A. Mª (dir.), *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp.79 y ss.

ARGÜELLES BLANCO, A.R., "Conciliación y corresponsabilidad en los cuidados: líneas evolutivas y retos para los derechos laborales", *El Derecho del Trabajo que viene. Reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, Colex, 2023.

BLASCO JOVER, C., "Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva *in extremis* la esencia de la Ley de Familias", *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13(2),1–49 [https://doi.org/10.46661/lexsocial.8310].

CABEZA PEREIRO, J., "La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa", *Revista de Derecho Social* nº31, 2005, pp.21 y ss.

CABEZA PEREIRO, J., "Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* 4 (2021) 167–185 [Vista de Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional | Trabajo, Persona, Derecho, Mercado (us.es)].

CASAS BAAMONDE, Mª E., "Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2019, pp.227 y ss.

DAUGAREILH, I. e IRIART, P., "La conciliazione dei tempi nelle riforme dell'orario de lavoro in Europa (Francia, Germania, Gran Bretagna, Olanda), *Lavoro e Diritto*, a.XIX, n.2, primavera 2005, pp.223 y ss.

LÓPEZ BALAGUER, M., en "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.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad. La (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158,* Albacete, Bomarzo, 2023.

MARTÍNEZ MORENO, C., "Últimas tendencias en los contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad entre mujeres y hombres", I. GARCÍA–PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA (dir.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva,* Lex Nova, Madrid, 2015, pp.403 y ss.

MARTÍNEZ MORENO, C., "La protección de la maternidad en el Derecho del Trabajo: del hecho biológico a la conciliación corresponsable", en *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución* (eds. María Isabel Núñez Paz y Pilar Jiménez Blanco; coord. Leonor Suárez Llanos), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.361 y ss.

MARTÍNEZ MORENO, C., "La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿Hasta dónde llega el avance?", *Revista Derecho Social y Empresa, Reformas en materia de igualdad entre hombres y mujeres*, núm.12, febrero de 2020, pp.61 y ss.

MELÉNDEZ MORILLO–VELARDE, L., "El derecho a solicitar la adaptación de jornada. Una aproximación legal y judicial", *Anuario Jurídico y económico escurialense*, Nº56, 2023, pp.95–120.

MOLERO MARAÑÓN, Mª L., "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, pp. 89 y ss.

MOLINA NAVARRETE, C., "«Autodeterminación» («soberanía») sobre el tiempo y adaptación de la jornada «a la carta» por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* N.º 441 Diciembre 2019, pp.5 y ss. [https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1160].

J.L. MONEREO PÉREZ y J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo,* Comares, Granada, 2019

NÚÑEZ–CORTÉS CONTRERAS, P., *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (Tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo),* Dikinson, Madrid, 2019.

OIT y GALLUP: *Towards a better future for women and work: Voices of women and men*, OIT, Ginebra, 2017, págs. 39–43.

PASTOR MARTÍNEZ, A., "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.

PASTOR MARTÍNEZ, A., "La ordenación del tiempo de trabajo desde una perspectiva de género", en MARIA JESUS ESPUNY TOMAS y ESTHER ZAPATER DUQUE (coord.), *La docencia del derecho con perspectiva de género*, Ed Dykinson, Madrid, 2018, pp.191 y ss.

PASTOR MARTÍNEZ, A., "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.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores. Su trasposición al ordenamiento jurídico español", *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo (ACDCT*), VOL. XIV (2022), pp.249 y ss.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., "La «soberanía sobre el tiempo». Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable", *Cuadernos de relaciones laborales* Vol.40, Nº1, 2022, pp.37 y ss.

ROJO TORRECILLA, E., "La dimensión constitucional de la reducción y la adaptación de la jornada de trabajo: STC núm. 119/2021 de 31 de mayo" [disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/07/sobre–la–importancia–de–la–dimension.html?m=1].

FRANCO, T., "Novedades en materia laboral del Real Decreto–Ley 5/2023, de 18 de junio", *Briefs AEDTSS*, número 50, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023 [https://www.aedtss.com/novedades–en–materia–laboral–del–real–decreto–ley–5–2023–de–18–de–junio/].

TASCÓN LÓPEZ, R., "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.

VIQUEIRA PÉREZ, C., "Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 4/2021 [disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU–L–2021–00000001268].