

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE
TIEMPO DE TRABAJO

XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS
ANDALUZAS DE DERECHO DEL
TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

Santiago González Ortega
Coordinador

62



Junta de Andalucía

Consejería de Empleo, Formación
y Trabajo Autónomo

CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES



Andalucía

ORIGEN & DESTINO

Quinto Centenario de la Primera Viaja al Mundo

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE
TIEMPO DE TRABAJO

XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS
DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección:

Ángel Javier Gallego Morales

Jesús Cruz Villalón

Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2020

© Los autores, 2020

ISBN: 978-84-09-24408-9

Impresión y maquetación: GM Technology, S.L.

Depósito Legal: SE 1897-2020

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE
TIEMPO DE TRABAJO

XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS
DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA
COORDINADOR

62



Junta de Andalucía

Consejería de Empleo, Formación
y Trabajo Autónomo

CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES

ÍNDICE DE LA TARJETA DE MEMORIA

PRÓLOGO AL LIBRO “EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE TIEMPO DE TRABAJO” (XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES).....	11
Santiago González Ortega	
ACUERDO DE COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE RELACIONES LABORALES	19
ZERO HOURS CONTRACTS: LA FLEXIBILIDAD ABSOLUTA DEL TRABAJO EN LA ERA DIGITAL	21
Amparo Esteve-Segarra	
EL CONTROL DEL CÓMPUTO DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA EN EL SECTOR DE LA FABRICACIÓN DEL AUTOMÓVIL	41
Jesús de Val Arnal	
EL CONCEPTO DE DISPONIBILIDAD Y SU CONSIDERACIÓN COMO TIEMPO DE TRABAJO: DELIMITACIÓN.....	65
Pierre-Henri Cialti	
EL INFARTO DE MIOCARDIO DERIVADO DE LA ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO.....	85
María del Carmen Macías García	

LOS AVANCES TECNOLÓGICOS Y SUS PRINCIPALES IMPLICACIONES SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO, EL EMPLEO ATÍPICO Y LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO	111
Miguel Ángel Gómez Salado	
TELETTRABAJO: CRITERIOS FORMATIVOS PARA UNA ORGANIZACIÓN ERGONÓMICA DEL TIEMPO DE TRABAJO.....	139
Julio Miño Terrance	
EL CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO Y SU DELIMITACIÓN COMO TRABAJO EFECTIVO POR LA JURISPRUDENCIA.....	167
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano	
NUEVAS FORMAS DE TRABAJO EN LA ERA DIGITAL TIEMPO DE TRABAJO: LOS CASOS SINGULARES DE UBER, GLOVO Y SANDEMAN'S	191
Alejandro Zalvide Bassadone	
CONCILIACIÓN, CONEXIÓN DIGITAL Y TRABAJO A TIEMPO COMPLETO: UN TRIÁNGULO CUASI PERFECTO	207
Olga García Coca	
LA ANOMALÍA DE LA ACUMULACIÓN DE LA JORNADA DEL JUBILADO PARCIAL: ALGUNAS MANIFESTACIONES EN SEGURIDAD SOCIAL.....	223
Margarita Arenas Viruez	
EL DERECHO DE ADAPTACIÓN DE LA JORNADA PARA CONCILIAR LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EX ARTÍCULO 34.8 ET: LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE	243
Enrique Costoya Allegue y Luis Ocaña Escolar	
EL CONTROL SINDICAL DEL TIEMPO DE TRABAJO A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	267
José Manuel Sánchez Torrado	
LOS SISTEMAS BIOMÉTRICOS DE REGISTRO DE JORNADAY LA (DES) PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA DEL TRABAJADOR	281
Lucía Aragüez Valenzuela	
EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGISTRO DE JORNADA TRAS EL REAL DECRETO-LEY 8/2019, DE 8 DE MARZO	303
Sara Guindo Morales	
PROTECCIÓN DE DATOS Y ACCESO DE LA REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL REGISTRO DE JORNADA	325
Rafael Gómez Gordillo	

LOS INTERESES EN JUEGO EN EL CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO Y SU PROLONGACIÓN	345
Juan Pedrosa González	
LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA INDUSTRIA 4.0	355
Djamil Tony Kahale Carrillo	
TIEMPO DE TRABAJO Y CONTROL HORARIO: CUESTIONES CONFLICTIVAS EN TORNO A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.....	371
Belén del Mar López Insua	
LA PROBLEMÁTICA EN TORNO AL CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES.....	395
Gonzalo Narvárez Turci	
ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA IMPLANTACIÓN DEL REGISTRO DE JORNADA Y CONTROL HORARIO EN ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO.....	411
Juan José Pérez Calero	

EL DERECHO DE ADAPTACIÓN DE LA JORNADA PARA CONCILIAR LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EX ARTÍCULO 34.8 ET:
LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE

Enrique Costoya Allegue (abogado)

Luis Ocaña Escolar (abogado y professor asociado Universidad de Sevilla)

En pleno tránsito del derecho laboral hacia las esencias civilistas, irrumpe la promulgación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, que formalmente establece nuevos caminos para adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo a fin de conciliar la vida familiar y laboral. Aunque la técnica jurídica empleada por el legislador arroja grandes dosis de incertidumbre y hacen cuestionar el recorrido de su aplicabilidad real, la jurisprudencia ha comenzado a que establecer ciertos criterios de graduación respecto de los límites del derecho que la ley otorga al trabajador, con el fin de conciliar las necesidades e intereses que convergen en el seno de las relaciones contractuales.

Más allá del análisis jurídico que podamos hacer del redactado del cuerpo legal así como las diferentes interpretaciones y tendencias que vienen marcando los Tribunales, lo cierto es que es muy difícil no contextualizar este cambio en el marco de la gran contienda doctrinal que se da en el “suelo” del derecho del trabajo. La modificación -en su regulación legal- de una materia sustancial como es la distribución, duración de la jornada e, incluso, la forma de prestación de servicios a cargo de las necesidades familiares del trabajador, supone un revés a las tesis liberalizadoras que pretenden usar los avances tecnológicos como causa justificadora que permita diluir el derecho del trabajo.

Los derechos de concreción horaria de la nueva redacción del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores suponen un abierto cuestionamiento de las tesis que sostienen que el elemento sustancial de laboralidad continúa siendo la dependencia y subordinación del trabajador dentro de la esfera organizativa de la empresa. Así, mientras el legislador avanza adaptando la institución del trabajo a las nuevas realidades sociales que hacen necesario reformular la prestación del trabajo para incorporar la flexibilidad que proporciona la técnica y las nuevas estructuras productivas, alguna jurisprudencia sigue anclada en antiguas tesis que consideraban la subordinación como el elemento esencial que permite diferenciar la relación laboral de otras prestaciones de trabajo. La “cuestión del poder”¹ es un concepto graduable, que muestra distinta intensidad según la cualificación del trabajador, la forma de organización del trabajo o el lugar de prestación de servicios². La configuración jurisprudencial de la dependencia siempre ha ido ligada a conceptos como el de la subordinación jerárquica, la autoridad, el control, la inspección y la dirección técnica de la empresa sobre el contenido y todos los detalles de la actividad de su dependiente, dentro de una lógica dual y estática de “trabajo” subordinado al “capital”, dónde el empresario asume todo el riesgo económico y el trabajador ninguno.

No deja de ser sorprendente que, una vez en vigor la nueva redacción del artículo 34.8 ET por el que se introduce de forma tangible el derecho -aunque a priori no absoluto- de concreción horaria del trabajador, salte la noticia de que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelva a favor de las tesis de la mercantil Glovo, y sitúee como la primera de las causas de ausencia de laboralidad de la relación entre la mercantil y los riders “la libertad de elección de la franja horaria en la que desea trabajar, con fijación de la hora

1 SUPLOT, A. (Coord.) Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa. Valencia. 1999; pág.31

2 MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J., Derecho del trabajo; pág. 174

de inicio y de finalización de su actividad [...]”³. Antes de este análisis del caso concreto, el mencionado Tribunal contextualiza los posicionamientos doctrinales que han sido utilizados por la jurisprudencia para resolver esta cuestión, pivotando sobre los conceptos de “ajenidad” y “dependencia”, señalando de este último que sus “indicios [...] más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario”. No dejan de ser sorprendentes las tesis del Tribunal, y no solo en atención a la reciente evolución del derecho positivo, sino contraponiéndola a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya en el 2014 estableció la “macroajenidad” como herramienta teórica idónea⁴ para el análisis de la laboralidad de las relaciones contractuales. Destacó un elemento esencial, el de ajenidad al mercado, que a pesar de haber sido previamente teorizado —ya en el año 86— por el profesor Alarcón⁵, adquiere ahora absoluta vigencia como elemento principal de análisis. La actualización de dichas tesis llevadas a cabo por el profesor Todoli han adaptado y actualizado dichos principios al denominado “nuevo modelo productivo”, ofreciendo nuevas herramientas⁶ y presentando nuevos conceptos como el de “ajenidad de la marca”, que nos permiten abordar la cuestión de laboralidad dentro de la economía de plataformas sin ningún tipo de fricción con el derecho positivo.

La experiencia de estos últimos años nos ha demostrado como una relación contractual con una débil estructura organizativa empresarial ha supuesto un abuso de posición dominante sobre la parte contractual débil, desposeída de la protección del derecho laboral al amparo de las tesis organicistas que situaban este elemento del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores como predominante. La actual redacción del art. 34.8 del TRLET otorga, al menos de manera formal, un avance sustancial en la flexibilidad horaria vinculada a la conciliación familiar, sin que esto pueda suponer un cuestionamiento de la laboralidad del vínculo contractual, más al contrario, ya que al introducirlo de forma expresa como derecho sustantivo pasa a ser una nota definitoria de la prestación laboral.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo habla de la creación de un marco jurídico que permita avanzar en pos de la plena igualdad e introduce medidas que permitan garantizar la corresponsabilidad de las personas en la vida personal, familiar y laboral. Se trata por tanto, del establecimiento de un objetivo: la conciliación de la vida familiar y laboral, que es la finalidad abiertamente pretendida por dicha norma. En concreto refiere la Exposición de Motivos: “En este sentido, los poderes públicos están obligados a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

Es esencial tener presente que, en la relación de trabajo, las personas trabajadoras, mujeres u hombres, tienen derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal,

3 Sentencia 715/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Rec. 195/2019)

4 Sentencia del Tribunal Supremo 1404/2014 (REC 3205/2012)

5 ALARCÓN CARACUEL MR., “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo” Civitas, no 28, 1986

6 TODOLI SIGNES, A. “El trabajo en la era de la economía colaborativa. Tirant lo blanch

familiar y laboral, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo e indirecto por razón de sexo.

Buscando dar a la sociedad un marco jurídico que permita dar un paso más hacia la plena igualdad, este real decreto-ley contiene 7 artículos que se corresponden con la modificación de siete normas con rango de ley que inciden de forma directa en la igualdad entre mujeres y hombres.”

Es aquí donde se ha de enmarcar la nueva redacción del artículo 34.8 ET. Analicemos cuáles han sido las respuestas que han acogido los Tribunales a fin de resolver las cuestiones que en estos primeros meses de aplicación de la norma se les han presentado.

Partíamos de una jurisprudencia constitucional que vanía declarando la nulidad de sentencias de instancia por prescindir de toda ponderación en relación con el derecho a la no discriminación por las circunstancias familiares, la dimensión constitucional de las normas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral y el mandato de protección a la familia y a la infancia. La doctrina del TC obligaba a valorar “las concretas circunstancias personales y familiares que concurren en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa de la empresa a trabajar en horario nocturno constituye o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional”, particularmente el número de hijos, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos, todo ello a la vista de si la organización del trabajo del centro en cuestión permite o no alteraciones de esa clase (por todas STC 24/2011, de 14 marzo). El mismo Tribunal Supremo acogía esta tesis y decía: “Cuando se viene disfrutando de reducción de jornada por motivos familiares y de guarda legal con una determinada concreción horaria, y desde tal situación se solicita la variación del horario o turnos que venía realizando, nos encontramos ante supuestos incardinables en el ámbito de aplicación del art. 34.8 ET (STS 24-04-12).”

Es decir, se destacaba la dimensión constitucional del mandato contenido en el artículo 39 de la Constitución, se atendía al interés del menor y se establecía el límite en aquellos comportamientos que supusieran un ejercicio abusivo del derecho o contrario a las exigencias de la buena fe.

A tal efecto, la jurisprudencia menor –la primera donde impactan las reformas legales- acogía estas tesis y así destacamos la Sentencia número 366/2012 del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona, de 10 de octubre que establecía:

F.J. 4º: “Resulta de aplicación el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción introducida por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de julio (RCL 2012, 147, 181), de Medidas de Reforma Laboral, ya que la solicitud de la demandante se produjo el 5 de julio de 2012, bajo la vigencia de dicha norma.

El precepto establece efectivamente que “quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo a algún menor de 8 años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla”.

La propia norma señala que las reducciones de jornada contempladas en el apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por las razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

El precepto que venimos comentando trata de dar respuesta a la nueva realidad social que deriva de la necesidad de conciliación del trabajo y la familia, necesidad que ha sido planteada a nivel internacional y en el ámbito comunitario.

A nivel internacional en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995, se consideró como objetivo estratégico fomentar una organización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres, y en la declaración aprobada por los 189 estados allí reunidos se reafirmó este compromiso.

A su vez, en el ámbito comunitario, la maternidad y la paternidad, en su más amplio sentido, se han recogido en las directivas del Consejo 92/85/CEE de 19 de octubre (LCEur 1992, 3598) y 96/34/CEE de 3 de julio (LCEur 1996, 1756).

La primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. La segunda; relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor, como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

Mediante la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2800), de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral en las Personas Trabajadoras, se completó la trasposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, superando los niveles mínimos de protección previstas en las mismas, y así la ley introdujo cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores pudieran participar en la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de empleo, a las condiciones de trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres, y al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el momento mismo del nacimiento o de su incorporación a la familia.

A la vista de la regulación legal señalada puede concluirse que constituye un derecho del trabajador no sólo la reducción de la jornada, lo que aquí no se cuestiona, sino tam-

bién el derecho a la concreción horaria, es decir, que constituye facultad del mismo elegir el horario en el que se desarrollarán sus servicios dentro de la jornada ordinaria, todo ello con la finalidad de que pueda conciliar la vida familiar y laboral y, en definitiva, que quede debidamente atendido el hijo menor de ocho años, sin que expresamente se haya establecido por el legislador en principio ningún límite en el ejercicio de esta facultad, si bien la posibilidad de que se oponga el empresario a la solicitud del trabajador sí que ha sido provista por el legislador.

Efectivamente, en el art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) se indica que la concreción de horario y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 del artículo, “corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria”, y en el apartado segundo del art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores se añade que “las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, serán resueltas por la Jurisdicción Social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1845), reguladora de la Jurisdicción Social”. En cualquier caso, la facultad o derecho del trabajador, lógicamente, debe ejercitarse siempre conforme a las exigencias derivadas del principio de buena fe que rige las relaciones jurídicas contractuales (art. 7 del CC (LEG 1889, 27)), y especialmente la relación jurídica-laboral (art. 5 a) y 20. 2 del Estatuto de los Trabajadores), de manera que puede concluirse que su ejercicio será abusivo o contrario a tales exigencias derivadas del principio de buena fe y, por lo tanto, no podrá ampararse judicialmente, cuando suponga, dadas las circunstancias que concurran en cada caso, un grave perjuicio para la subsistencia de la empresa o afecte gravemente a la producción, o exista la posibilidad de satisfacer el derecho del trabajador en otro horario compatible con el proceso productivo de la empresa.

En este sentido, la doctrina judicial ya tiene declarado que, si bien es verdad que la armonización del derecho a una reducción de la jornada de trabajo que el art. 37 otorga a los trabajadores no resulta en ocasiones de fácil acomodación con las facultades organizativas que al empresario conceden los arts. 20 y 41 del mismo cuerpo legal , es lo cierto que la persona que tenga a su cargo la guarda legal del menor o incapacitado, a la que el ordenamiento otorga el derecho a solicitar la reducción de la jornada, es la capacitada para determinar cuál es el momento más adecuado para cumplir las obligaciones derivadas de aquella guarda, y que le llevan a tener que prescindir, incluso, de parte de su salario en función de necesidades variables en cada caso y que por pertenecer a la intimidad de la persona y de la familia y en relación con circunstancias personales ligadas a las del guardado, excluye la posibilidad de que sea el empresario quien, desconociéndolas, elija o pueda elegir la determinación de tal derecho de reducción, conforme a la interpretación que, a tenor de lo prevenido por el art. 3 del CC , debe darse al apartado nº 5 del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores , ya que sí, indiscutiblemente, en el caso de no existir conexión entre los intereses de la empresa y el trabajador es a éste a quien debe corresponder la elección del horario laboral que le permita la atención y custodia del menor a su cuidado, porque él es el titular del derecho a la reducción de jornada que el precepto otorga, nada permite que tal facultad se desplace al empresario por el solo hecho de que surja colisión

o se suscite enfrentamiento entre los intereses de unos y otros, de tal modo que si bien no se puede ignorar que el ejercicio de tal derecho por el trabajador, en cuanto que lo es y forma parte de la empresa demandada, puede colisionar con los derechos del empleador y principalmente con los que sobre la ordenación del trabajo le confiere el Estatuto de los Trabajadores, tal colisión debe solventarse en el sentido de que, en principio, la elección del horario corresponde al trabajador, sin que entre en juego la facultad empresarial de dirección y organización, aunque indudablemente el ejercicio de aquel derecho del trabajador debe estar regido por los principio de buena fe, sin hacer ilusorio, arbitrario, incómodo o imposible el del empresario a organizar su trabajo (sentencia del TSJ de Cataluña de 20 de octubre de 1994 (AS 1994, 3872)).

En el mismo sentido, sobre la facultad del trabajador para elegir el horario en el que desarrollará la jornada reducida, siempre con sometimiento a la finalidad que inspira la reducción de la jornada por cuidado de hijos y a su ejercicio con arreglo a las exigencias o reglas de la buena fe, cabe citar también las sentencias del TSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 1993 (AS 1993, 5108) y 5 de diciembre de 1995 (AS 1995, 4754) , las TSJ de Aragón de 17 de abril de 1999 (AS 1999, 1025) o también la de Cataluña de 6 de septiembre de 1999 .

Resulta también pertinente recordar que el Tribunal Supremo, por todas la sentencias de 6 de abril de 2004 (RJ 2004, 5909) , ha venido insistiendo que el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores forma parte del desarrollo del mandato Constitucional (art. 39 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836)) que establece al protección a la familia y a la infancia, finalidad ésta que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Idéntica línea interpretativa se observa en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 1956) cuando afirma que los supuestos de jornada reducida por guarda legal no sólo tienden a proteger el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para cumplir mejor con los deberes inherentes a la patria potestad que reconoce el art. 154 del Código Civil (velar por ellos, tenerlos a su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral), sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible.

Y en la solución de los conflictos que puedan surgir no debe dejarse al margen la dimensión constitucional del problema jurídico. Por ello es necesario recordar que, como señaló el Tribunal Constitucional en las sentencias de 10 de abril de 2000 (RTC 2000, 95) y 5 de mayo de 1982 (RTC 1982, 19) , a tenor del art. 53.3 de la Constitución Española no pueden conceptuarse a los principios rectores de la política social y económica “entre los que se encuentran los establecidos en el art. 39.1 y 2 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , necesidad de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y mandato a los poderes públicos de protección integral de los hijos, y a los propios padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos”, como normas vacías de contenido, siendo obligación de los órganos judiciales la de tenerlos presentes en la interpretación de las restantes normas constitucionales y de las leyes, de manera que, en suma, lo que se nos dice es que las

resoluciones de dichos órganos habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, obligación ésta que, obviamente, es predicable respecto de los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución Española, y en concreto en lo atinente al rechazo de cualquier discriminación por razón de sexo.

El propio Tribunal Constitucional ha llamado la atención sobre la necesidad de tener en cuenta la dimensión constitucional de la reducción de jornada y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 de la Constitución Española) de las mujeres trabajadoras como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 de la Constitución Española), lo que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa (sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 3)).

En el caso analizado por el Tribunal Constitucional el órgano judicial había denegado la reducción de jornada solicitada por la trabajadora en base a consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que realiza de la expresión “dentro de su jornada ordinaria” utilizada por el apartado 6 del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores al referirse a la decisión de la trabajadora respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada. A juicio del órgano judicial, la jornada reducida propuesta por la trabajadora no se ajustaba a los límites establecidos en el citado precepto, al pretenderse el establecimiento de una jornada a desarrollar exclusivamente de lunes a miércoles y en horario de tarde, siendo así que la jornada ordinaria de la trabajadora se desarrollará de lunes a sábados y en turnos rotativos de mañana y tarde.

Según el Tribunal Constitucional esta fundamentaron del la resolución judicial prescinde de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio de derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma, El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de la jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del art. 14 de la Constitución Española de la cuestión que se le planteaba, de suerte que el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse a las sentencia recurrida en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado” (sentencias del Tribunal Constitucional 191/1998, de 29 de septiembre (RTC 1998, 191) , y 92/2005, de 18 de abril (RTC 2005, 92)).

La sentencia del Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado porque el órgano judicial de instancia no realizó la valoración de las circunstancias concretas, ni analizó

en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuales fueron las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, convirtiéndose, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar.

La doctrina expuesta se completó con la contenida en el auto del Tribunal Constitucional nº 1/2009, de 12 de enero (RTC 2009, 1 AUTO) , dictado en trámite de ejecución de la sentencia antes citada, en el que se indica que la ponderación de las circunstancias concurrentes no puede ser meramente aparente o formal, sino que debe realizarse una valoración razonable de los elementos de convicción obrantes en el proceso, en orden a determinar la relevancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora pudiera tener la concreta solicitud planteada, a partir de una interpretación de la institución orientada con base en su dimensión constitucional.

Concretamente señala que, en relación con la distribución de la carga probatoria, la valoración de las circunstancias concurrentes desde la perspectiva de la trabajadora no implica que ésta tenga que aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias específicas dentro de su esfera íntima, personal o familiar; que puedan justificar una forma determinada de proceder a la reducción de su jornada. Añade que parece un hecho evidente, no necesitado de una especial acreditación, que una jornada de trabajo distribuida de lunes a sábados en turnos rotativos de mañana y tarde es una jornada que plantea especiales dificultades a quien, por razones de guarda legal, tiene a su cuidado directo un menor. Asimismo indica que deben analizarse las eventuales dificultades para acceder a la reducción de jornada solicitada por parte de la empresa y en especial la magnitud de dichas dificultades y la facilidad o dificultad de su superación, a fin de poder ponderarlas junto a las que ocasiona la trabajadora la solución contraria.

De nuevo el Tribunal Constitucional otorgó amparo a un trabajador que había solicitado la adscripción a un turno fijo de noche, y que vio que en la vía judicial se denegaba su pretensión porque en la normativa aplicable no se reconocía un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno de trabajo por motivos familiares, y no existe tampoco un turno fijo de noche, sino que todos los trabajadores de su categoría que voluntariamente, como el demandante, habían elegido el régimen de turnos rotativos de mañana, tarde y noche, van turnando en los correspondientes horarios . Pues bien, el Tribunal Constitucional vuelve a otorgar el amparo porque considera que la fundamentación de las resoluciones judiciales impugnadas prescindían de toda ponderación de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación del trabajador pudiera tener su pretensión de desempeñar su jornada laboral en el horario nocturno por motivos familiares y, en su caso, las dificultades que esta pretensión del trabajador pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. Insiste el Tribunal Supremo que no puede resolverse el conflicto sin valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE , en relación con el artículo 39.3 CE , que tiene el asunto que se plantea. Aclara el Tribunal Constitucional que la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la,

perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 de la CE) como desde la perspectiva del mandato de protección de la familia y de la infancia (art. 39 de la CE), debe prevalecer y servir de orientación para la resolución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecta a la conciliación profesional y familiar. Y por ello en el caso deberían valorarse las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la propia organización del régimen de trabajo (...) en que el trabajador prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituyendo un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. Así, en relación a las circunstancias familiares señala que debía tenerse en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Y era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turno fijo (diurno) y rotatorio de la residencia permitía alteraciones como la interesada por el recurrente sin poner en funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones (sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011 de 14 de marzo (RTC 2011, 26)).

Diversos y heterogeneos debates jurídicos se abrían a raíz de tales pronunciamientos: estamos o no ante un auténtico derecho social fundamental, hasta dónde llega el derecho a concreter el horario laboral, qué dedemos considerar como obstáculos justificados y proporcionales que pueda impedir la efectividad del derecho, cómo debemos entender lo que son propuestas razonables o excesivamente gravosas. El debate estaba servido en los ámbitos jurisprudenciales y doctrinales.

Y efectivamente así ha sido. Atendamos ahora a las más recientes sentencias judiciales dictadas tras la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 34.8 ET. Entre los pronunciamientos judiciales más recientes y destacados encontramos:

Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Ciudad Real de 13 de marzo de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2212), que dice: “Tal y como ha venido a señalar la STSJ, Sala de lo Social, de Andalucía en sentencia de fecha 1-2-2018 Rº 4108/17 “ El derecho a la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de un hijo menor, y el derecho a la correlativa concreción horaria derivada del mismo, son derechos regulados en los artículos 37.5 y 6 ET , 34.8 ET en relación con el artículo 14 y 10 CE, en cuanto el sexo y la condición familiar constituyen factores de discriminación (SSTC 3/2007 y 26/2011) de modo que al ser un auténtico derecho social fundamental prevalece en la función resolutoria de dudas interpretativas, exigiéndonos integrar por vía interpretativa las lagunas de esta materia y de los textos restrictivos contrarios a un desarrollo efectivo de estos derechos. Estos preceptos, introducidos en la norma estatutaria por la Ley 39/99 de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y que en lo referente al párrafo primero del apartado quinto han sido modificados por la vigente LO 3/2007 de 22 de marzo, con la introducción del art. 34.8 ET, que no sólo regulan los derechos antes mencionados siendo un contenido sensiblemente más amplio, ya que se reconoce un nuevo

derecho a la adaptación razonable de la jornada de trabajo al trabajador por motivos de conciliación, sin necesidad de proceder a una reducción de jornada. Estas normas reconocen el derecho a la reducción de la jornada de trabajo, el derecho a concretar el horario laboral derivado del mismo, como la adaptación de la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación familiar y laboral, tanto a los trabajadores y trabajadoras que tengan a su cuidado a un hijo menor como a aquellos que por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo a un menor, sea o no hijo suyo, entre otros”. En el caso examinado, la concreción horaria solicitada implica un cambio de turno, dado que la actora prestaba servicios una semana de mañana y la semana alterna de tarde, solicitando con la concreción horaria pasar a prestar servicios siempre de mañana, lo que obliga a ponderar las circunstancias concurrentes desde una perspectiva constitucional, valorando en especial la afectación de los arts. 14 y 39 CE, a los efectos de resolver el litigio y las dudas interpretativas que pudieran plantearse respecto de los preceptos legales o convencionales a aplicar. La prueba practicada a instancias de la actora en el acto del juicio, la testifical de su compañera Doña Victoria , delegada del comité de empresa, sirvió para desmentir los motivos alegados por la empresa en la comunicación de 20.11.2018 por la que denegó a la actora la concreción horaria solicitada. Así, la Sra Victoria manifestó que no tienen plan de igualdad en la empresa a día de hoy, que son 15 en plantilla, menos Remedios que está de excedencia y otra trabajadora que está de baja, que van rotando mañana y tarde, que si Remedios se incorpora por la mañana no sobraría gente, que a la gente con jornada de 40 horas se les hace ir más horas por la mañana para cubrir ciertas necesidades de por la mañana y por la tarde hacen menos horas, que hay más venta por la mañana y es cuando llegan los pedidos, que hay dos personas que se rotan cuando hace falta más gente por la tarde, que son como comodines que se pueden poner por la tarde, que hay una nueva figura de coach manager que es una formadora que les da formación y estuvo por la mañana y por la tarde durante un día y medio para formar a todos, y que Remedios no produciría perjuicio por trabajar por la mañana. A la vista de lo anterior, no habiendo comparecido la empresa al acto del juicio a explicar los motivos de su negativa, no habiendo acreditado imposibilidad organizativa o productiva o de otra índole para acceder a la concreción horaria solicitada por la actora, o que se cause perjuicio a otras trabajadoras, con arreglo al principio de facilidad y disponibilidad probatoria del art. 217.7 LEC, se ha de estimar la demanda.”

La sentencia concluye con la estimación de la demanda, si bien otorga un peso muy importante en su justificación a la falta de oposición procesal presentada por la empresa, que no compareció al acto de juicio. De modo tal que la valoración de la prueba se limita a la propuesta y practicada por la parte actora –documental y testifical- y fue estimada como suficiente para acreditar que no existía inconvenientes empresariales organizativos para acceder a la concreción horaria.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Canarias de 12 de marzo de 2019 (ECLI: ES:TSJICAN:2019:3), que indica en su F.J. 3º: “Por tanto, es evidente que objetivamente se han probado las razones que justifican la petición de una nueva concreción horaria laboral de la actora que le permita atender los cuidados de su hijo de apenas 2 años de edad al momento de su petición, cuestión diferente será la del análisis de las ra-

zones organizativas alegadas por la empresa y la ponderación de los derechos en juego, de la parte trabajadora y la parte empresarial, que analizaremos a continuación. Entenderlo de otro modo, supone hacer una interpretación restrictiva de un derecho de dimensión constitucional en el que debe primar una hermenéutica de interpretación con perspectiva de género a tenor del mandato contenido en el art. 4 de la LO 3/2007, proyectada en la interpretación y aplicación del derecho contenido en el art. 37.5 ° y 6° del ET en relación con el art. 1, 9.2 °, 14 y 39 de la CE. Además y tratándose de un derecho humano, debe regirse en su interpretación y aplicación por el principio pro persona, que exige una interpretación garantizadora y favorable en la protección de este derecho humano, en aquellos casos en los que se involucren relaciones asimétricas entre mujeres y hombres, como sucede en el ejercicio del derecho a conciliar familia y trabajo, ejercitado mayoritariamente por las mujeres trabajadoras, siendo por tanto su impacto de género incuestionable. El deber internacional de diligencia debida exige del Estado, a través de todos sus poderes (incluido el judicial), respetar, proteger y garantizar el cumplimiento efectivo del derecho para lograr la igualdad de facto (art. 2 f) y 5. a) de la CEDAW, en relación con las Recomendaciones 28 y 33 del Comité Cedaw y arts. 10.2 ° y 96 de la CE). Como ya dijimos en nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2017 (Rec.1249/2017), sentencia de 7 de marzo de 2017 (Rec. 1027/2016) y sentencia de 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/2016) entre otras , la integración de la perspectiva de género en la resolución judicial debe realizarse tanto en la fase de tramitación procesal, como en la valoración de la prueba, y también y sobre todo, en la interpretación y aplicación de las normas sustantivas.

(...)

La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado, tal y como ha venido reiterando el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias (por todas, la sentencia 17/2003 de 30 de enero de 2003)”

En este supuesto, se destaca una clara perspectiva de género a la hora de ponderar los intereses en juego y así el Tribunal se decanta por una interpretación favorable a la igualdad efectiva. La interpretación y aplicación de la norma se realiza desde el análisis de la realidad social y salvaguardando la salud de la trabajadora más allá del periodo de embarazo y lactancia. Se ampara a la trabajadora en cuanto tal y se evita a través de la respuesta judicial la situación de discriminación que sería susceptible de sufrir.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de abril de 2019 (ECLI: ES:TSJM:2019:3817), que expone en su F. J. 3ª: “La contestación ofrecida por la empresa a la solicitud de la actora de adaptar su horario reducido consiste en manifestar que ello “perjudica a sus compañeros de trabajo y obligaría a la empresa

a cubrir el turno de tardes con una nueva trabajadora, hechos que provocarían una falta de rentabilidad en el centro de trabajo que pondría en peligro su viabilidad” (documento obrante a folio 30 de las actuaciones). Es notable que la manifestación empresarial resulta sumamente vaga, lacónica e imprecisa. Aunque alude a un genérico perjuicio para sus compañeros, no concreta mínimamente a que trabajador (-es) podría afectar, ni qué cambios tendrían que efectuarse para que el servicio continuara siendo debidamente atendido. G) Ni siquiera consta que la empleadora haya explorado o indagado la posibilidad de introducir algún cambio en el horario de otros trabajadores, contando con el posible consentimiento de éstos, siendo notable que en principio bastaría que un solo trabajador aceptase realizar horario permanente en turno de tarde para que la actora pudiera trabajar también permanentemente en horario de mañana, sin que por ello quedase desatendido el servicio en el centro de trabajo.

H) En estas condiciones, ha de considerarse que la actuación empresarial no resulta conforme con las exigencias de la buena fe (artículo 20-2 del Estatuto de los Trabajadores : “En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe “), siendo que en este tipo de cuestiones la exigencia de buena fe debe entenderse de una manera más rigurosa por afectar al cuidado de hijos menores, de modo que la constatación de buena fe exigirá que por parte empresarial se haya examinado y explorado seriamente la posibilidad de adaptación horaria y, en caso de considerarse inviable, se expongan con suficiente concreción y detalle las razones por las que así se entienda. I) En definitiva, por la empresa no se ha acreditado la existencia de una imposibilidad real de adaptar el horario laboral de la actora, siendo que el mero dato de que por las tardes la afluencia de público al establecimiento es mayor que por las mañanas no significa que el horario laboral de la actora no pueda adaptarse, pues para ello sería necesario además que contando con todo el personal disponible tal atención no resultase posible. En todo caso, la empleadora no ha explicitado con el suficiente rigor y detalle las causas que pudieran impedirle dicha adaptación, ya que la respuesta dada a la solicitud de la trabajadora fue sumamente genérica y omisiva. Tampoco ha acreditado haber explorado o indagado todas las posibilidades razonables de realizar los ajustes necesarios, incluso contando con el posible ofrecimiento voluntario de otro-s trabajador-es, para hacer viable dicha adaptación horaria. De manera meramente complementaria procede dejar constancia de que, por razones temporales, no resulta de aplicación a la solicitud aquí examinada lo actualmente previsto por los Reales Decretos-leyes 6/2019 y 8/2019 de 1 y 8 de marzo, que han dado nueva redacción a los arts. 37 y 34 del Estatuto de los Trabajadores (en el sentido de que la empresa comunicará la aceptación de la petición, o bien planteará una propuesta alternativa, o bien manifestará la negativa a su ejercicio indicando las razones objetivas en las que se sustente tal negativa). Pero, incluso sin tener en cuenta dicho régimen normativo ulterior (que ya decimos no aplicamos por razones de temporalidad), la exigencia de explicitar y acreditar cumplidamente las razones en que se funde la negativa empresarial debe entenderse implícita, según hemos dejado expuesto, dentro de una conducta empresarial ajustada a las reglas de la buena fe en el ámbito laboral.”

En este caso, y de nuevo ante la falta de explicación y de ofertas alternativas por la parte empresarial, la sentencia se decanta por no considerer ajustada a las reglas de la

buena fe la posición patronal de invocar un pretendido perjuicio sin concretar de qué se trata. Se exige, por ende, a los empleadores, que manifiesten con detalle las causas para negarse a la adaptación horaria e incluso que de haberlas ofrezcan posibles soluciones alternativas frente a las solicitudes de sus empleados. Es decir, que la negative, exige de un comportamiento constructivo de la empresa, que es sobre quien recaé la carga de justificar su no aceptación y areditar la veracidad e las razones alegadas.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía –Sevilla- de 11 de abril de 2019 (ECLI: ES:TSJAND:2019:3536), en cuyo F.J. 3º se sostiene: “En cualquier caso, el hecho de que se solicite un cambio de horario, para que se le asigne el turno de mañana fijo frente al turno rotatorio que venía realizando, desde una situación de jornada reducida consolidada desde tiempo antes, con horario fijado de mutuo acuerdo entre la empresa y la trabajadora a cambio de una decisión de traslado solicitado por la actora, nos lleva a considerar que el derecho que se está ejercitando, realmente, no es el contemplado en los apartados 6 y 7 del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores, sino el que le confiere el art. 34.8, que establece el derecho del trabajador a solicitar un cambio de horario (distribución de la jornada de trabajo) como medida para promover la conciliación de la vida familiar y laboral. Y si bien el ejercicio de este derecho había sido interpretado de manera restrictiva por el T.S. en sentencias 13 de junio de 2008 , 18 de junio de 2008 , 20 de mayo de 2009 y 19 de octubre de 2009 , de manera que consideraban que el ejercicio reconocido en el art. 37.6 del E.T. no incluía la solicitud de cambio de horario si no iba unido a la de reducción de la jornada, obsérvese que tales sentencias se dictaron en supuestos en que la solicitud de cambio de horario se produjo antes de la introducción del apartado 8 al art. 34 del Estatuto de los Trabajadores, que fue incorporado por el apartado tres de la disposición adicional décimo primera de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que posibilitaba tal cambio de horario aunque subordinado a lo previsto en la negociación colectiva o al acuerdo que se llegara con el empresario respetando lo previsto en aquella, se entiende que los mínimos allí acordados, mejorando en aquella . A ese apartado se añadió un nuevo párrafo redactado por el número 2 del artículo 9 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, según el cual “A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas”. Con independencia de las diversas interpretaciones que ha merecido tal precepto parece, que una favorable a la posibilidad de solicitar el cambio de jornada se estableció por el TC en la STC 26/2011, que concedió el amparo solicitado en un supuesto en que por el trabajador no se pidió la reducción de jornada, sino únicamente la elección del turno de trabajo. En cualquier caso, esa interpretación se muestra más acorde con la finalidad de las normas destinadas a la conciliación de la vida laboral y familiar, que obedecen al mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)”, y especialmente, “desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras, según indica el TC en la sentencia 3/2007, de 15 de enero. Y así, esta Sala, en sentencia de 1 de febrero de 2018 concluyó que si bien el art. 34.8 del ET no otorgaba a la trabajadora un derecho de elección sino un poder de negociación del mismo de buena fe, “ esto es, a

plantear cambios con efecto útil para su interés de cuidar al menor, que el empleador negocie de buena fe -con ofertas y contrapropuestas reales-... De modo que si no lo hace, y no esgrime una razón organizativa suficiente, el art. 34.8 ET en relación al art. 139 LRJS le da mejor posición a la mujer trabajadora titular de un derecho-expectativa a la adaptación razonable del art. 38.4 ET “. Tal interpretación viene corroborada por la nueva redacción dada al art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores por Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo.

(...)

De todas formas, tanto para concretar los términos de ejercicio de los derechos reconocidos en los artículos 34.8 y 37.6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores se han de ponderar las circunstancias concretas, entre otras si el ejercicio del derecho que postula la actora es abusivo o contrario a las normas de la buena fe. Y para ello hemos de advertir que aquí no se solicita la reducción de la jornada con la correlativa fijación del nuevo horario como consecuencia de esa reducción, sino que como hemos visto más arriba, la actora ya tenía reconocido el derecho a la reducción de la jornada, sin que conste la fecha exacta, pero al menos desde un momento anterior a abril de 2015. Teniendo ya esa jornada reducida, pidió a la empresa que se la trasladara a otro centro de trabajo, aceptando expresamente que el cuadrante de turnos de la estación a la que se la trasladaba, incluyendo los turnos rotativos de mañana, tarde, noche y turno partido, manteniendo la reducción de jornada, lo que se constituía como requisito para que la empresa accediera al traslado solicitado. Parece abusivo, y contrario a la buena fe, que la actora, transcurrido un tiempo, solicite la modificación del horario que había aceptado expresamente sin que haya constancia de variación alguna de las circunstancias familiares o del menor que tiene bajo su patria potestad. En atención a la finalidad de las normas tendentes a procurar la conciliación de la vida laboral y familiar, parece claro que no hay inconveniente alguno en que, ante un cambio de las circunstancias personales y familiares concurrentes, la trabajadora pueda solicitar un cambio del horario desligado cronológicamente de la petición de reducción de jornada. No se pueden oponer obstáculos a ese cambio a la vista de los intereses en juego, a no ser que se acredite por la empresa que le comporte una real e importante gravosidad. Pero si hay un acuerdo entre la empresa y la trabajadora por el que esta aceptaba un determinado horario con jornada reducida a cambio de una concesión de aquella (traslado a otro centro de trabajo), no parece que sea conforme a las reglas de la buena fe que se pretendan alterar unilateralmente los términos del mismo sin que hayan cambiado aquellas circunstancias, cuando además la solicitud de la trabajadora comportaba importantes dificultades organizativas ante la negativa de los demás trabajadores del centro de trabajo a alterar su horario y régimen de trabajo a turnos, teniendo en cuenta además que la empresa, ante la imposibilidad de acceder al horario solicitado por la actora le ofreció alguna alternativa, que no aceptó esta, que comportaba que no realizara turno de noche, y que aumentarían las jornadas en el turno de mañana respecto al que tenía establecido por mutuo acuerdo, lo que parece que le era más beneficioso acercando el horario en cierta manera al solicitado y no concedido por la empresa.”

Observamos como aquí la Sala opta por aquella interpretación que a su parecer más fielmente obedece al mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia desde

la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras. Integra el enfoque de género en la interpretación de la norma y sostiene cómo ha evolucionado la configuración legal del precepto hasta otorgar mejor posición jurídica a la mujer trabajadora titular de un derecho-expectativa a la adaptación razonable. Ahora bien, también deja claro que no es posible alterar esta adaptación unilateralmente y cuando se le han impuesto obligaciones organizativas con anterioridad a la empresa.

Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Oviedo de 15 de abril de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2224), que señala en su F. J. 2º: “Pero debe repararse en el sentido del proceso de conciliación de la vida familiar, que obliga a buscar un equilibrio entre las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. Y ello obliga a exponer, partiendo del reconocimiento del derecho del trabajador, los diversas formas como se puede manifestar, ofreciendo la empresa, como expresamente señalan los preceptos antes citados, alternativas para satisfacer el interés del operario. Y no es ésta la postura mantenida en este juicio, en el que la empresa se opone al entender que no está justificado el cambio, pero no ofrece otras posibilidades a la demandante. Así, ni tan siquiera se allega a este juicio la plantilla con la que cuenta, su jornada y horario. Si el inconveniente surge, al parecer, por el fraccionamiento de la jornada de la trabajadora sustituta, podía, por ejemplo, proponer retrasar el inicio de la jornada a la actora para que pudiera obtener con mayor comodidad la atención de sus hijos. Pero ni se ofrece una forma alternativa a la propuesta por la demandante, ni tampoco se esgrimen claramente cuáles son las dificultades organizativas que supondría el reconocimiento de la medida solicitada. En tales términos, la absoluta oposición de la demandada, sin falta de alternativa posible -más que el mantenimiento del régimen horario vigente- y sin acreditar un directo e injustificado perjuicio para la organización de la empresa, debe estimarse la demanda, sin adentrarnos en otros pormenores, que, en realidad, no se han debatido más que con la postura de la empresa del sacrificio de la conciliación de la vida familiar de la empresa. Y ello porque aunque en abstracto fuera posible que la demandada reintegrara a sus hijos en la guardería -nada se decía en la demanda, ni tampoco en la ampliación de la demanda de la asistencia al colegio y al comienzo del juicio, en que se ratificaron en aquéllas- a la hora en que viene haciendo ahora, con tiempo suficiente para llegar al inicio de su jornada de trabajo, ello supone una merma de la natural conciliación de la vida familiar, que solamente es posible imponer en el contexto de la alegación de un perjuicio empresarial directo e insuperable en términos de racionalidad económica.”

En este caso, se estima la demanda presentada. En esta ocasión la posición procesal de la empresa ha sido la oposición a lo solicitado por la parte actora. Ahora bien, esta oposición se ha manifestado abiertamente pero sin ofrecer ninguna alternativa. Ni se plantean otras posibilidades intermedias ni se evidencia las imposibilidades organizativas que se invocan. Al igual que en la sentencia de Ciudad Real, observamos como el juzgador de instancia valora desfavorablemente la posición patronal que no considera justificada racionalmente. Se exige un plus de racionalidad a la libre decisión empresarial cuando nos encontramos en material de conciliación de la vida familiar y laboral.

Sentencia del Juzgado de lo Social número 26 de Madrid, de 10 de mayo de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2944), que en su F. J. 2º manifiesta: “Existe unanimidad en que la re-

gla general es que corresponde al trabajador la concreción de la reducción, salvoque exista mala fe, abuso de derecho o desconexión con la finalidad (STS 20 de julio de 2000 o STSJ Galicia de 12 de abril de 2013 -JUR 189219), y debiendo ceder frente al mismo el interés productivo empresarial”

Y prosigue en su F. J. 3º diciendo: “obstante lo anterior, ha habido un hito importante que obliga a reenfocar el estado de la cuestión, habida cuenta de que la solicitud es con efectos de 13 de marzo de 2019, y que ha dicha fecha, ya habíaentrado en vigor (8-3-2019 el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, que ha modificado de forma sustancial el art. 34 ET relativo a la jornada de trabajo, reconociendo el derecho de los trabajadores a adaptar la duración y distribución de la jornada, ordenación del tiempo de trabajo, e incluso la modalidad en que se trabaja, conel objeto de hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y personal. En el caso de tales adaptaciones se soliciten para el cuidado de hijos, el derecho persiste hasta que el menor tenga 12 años. Dicho precepto, si bien remite a la negociación colectiva la forma de organización de tales modificaciones, si pone demanifiesto que, en caso de que nada diga la negociación colectiva, el empresario y el trabajador deben negociar, y en su caso acordar debiendo el empresario justificar las razones objetivas que fundamenten la negativa. Es cierto que no se ha modificado expresamente la literalidad del art. 37.6 ET, pero hemos de concluir que, si el legislador de urgencia, ha incorporado como derecho subjetivo del trabajador la adaptación del trabajador dela jornada, en razón de los cuidados de hijos menores de 12 años, sin necesidad incluso de reducción horaria, resultaría absurda vista la Exposición de Motivos (art. 3.1 CC) la interpretación de que dicho derecho de adaptación no se extienda a aquellos casos de reducción de jornada, en que el trabajador hace un sacrificio al perder parte de su salario. Por ello, esta discordancia, más aparente que real entre el art. 34 y el art. 37.6 ET, debe resolverse en favor de considerar también se ha extendido al trabajador tal derecho de adaptación cuando se reduce la jornada, como suceden en el caso de autos. Y esta consideración nos lleva a reinterpretar lo dispuesto en el art. 37.6 ET, en el sentido de que ya no sera necesario que la reducción de jornada se circunscriba al horario diario realizado por el trabajador, debiendo en consecuencia recuperar la inicial interpretación en el sentido de determinar la prosperabilidad o no de lapretensión de la actora, confrontando los posibles derechos en colusión, esto es, el superior interés del menor (art. 39 CE como dimensión constitucional del derecho) y la necesidad de su cuidado, y los posibles perjuicios o disfunciones causados al empresario.”

Esta sentencia hace prevalecer el derecho del trabajador frente al interés empresarial, a la luz de la nueva regulación. De hecho, lo considera compatible y coherente con las reducciones de jornada debiendo analizarse de forma conjunta la pretension de la parte trabajadora a la hora de causar alteraciones productivas.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 28 de mayo de 2019 (ECLI: ES:TSJGAL:2019:3362), que establece en su F. J. 3º: “En este punto no solo por la justificada invocación que realiza la recurrente del art. 14 de la CE -dada la amplísima mayoría de mujeres trabajadoras que solicitan su reducción de jornada para cuidado de sus hijos frente a los hombres trabajadores que ejercitan tal derecho- lo que nos lleva a la obligación de interpretar la normativa legal bajo los parámetros del art. 4

de la LOIEMH 3/2007 de 22 de marzo, sino también por la importantísima sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 cuya doctrina establece que las resoluciones judiciales, en esta materia, no pueden quedarse en el mero marco de la legalidad ordinaria y la interpretación literal de la norma, sino que ha de ponderar todas las circunstancias concurrentes en concreto la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. En concreto señala: El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado” (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5 ; y 92/2005, de 18 de abril , FJ 5). La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego. Dado que esta valoración de las circunstancias concretas no se ha realizado, debemos concluir que no ha sido debidamente tutelado por el órgano judicial el derecho fundamental de la trabajadora. La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar; y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con nuestra doctrina.” El contenido de tan importante resolución, y las pautas interpretativas que en ella se fijan, permite concluir, sin ningún lugar a dudas - como antes indicamos- que cuando que los juzgados y tribunales ordinarios nos enfrentamos a un supuesto como el presente, no podemos situarnos exclusivamente en el ámbito de la legalidad ordinaria, sino que hemos de tratar de ponderar y valorar el derecho fundamental en juego, y que la dimensión constitucional de todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres

trabajadoras como desde el mandato de la protección a la familiar y a la infancia (art. 39 CE), pautas que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Partiendo de estas premisas se puede concluir, en muy grandes líneas que: a) No se puede establecer soluciones generales aplicables de forma indistinta a todos los casos, sino que ha de estarse necesariamente al caso concreto, ponderándose los distintos intereses en juego, b) Que cuando se trata reducción de jornada, con concreción horaria dentro de la jornada ordinaria, sin que implique un cambio de turnos o de días de prestación de servicio, estamos ante un derecho personalísimo del trabajador correspondiéndole a éste fijar la concreción horaria. c) Pero si se trata de una reducción de jornada, que implique una modificación, bien en el sistema de turnos o en el del número de días de prestación de servicios no le corresponde automáticamente a la trabajadora tal concreción, sino que han de ponderarse las circunstancias concurrentes, ya que de no hacerlo, y directamente negar la reducción de jornada propuesta por la trabajadora por no ser conforme a la legalidad ordinaria, sin entrar a ponderar y valorar los derechos en juego supone una vulneración al derecho a la no discriminación por razón de sexo.

Y así lo ha venido entendiendo esta Sala de Suplicación ya desde hace años, pudiendo citarse a tal efecto la STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2009 que nos recuerda que “no debemos de olvidar que, como norma general, es a los/as trabajadores/as a quienes se les atribuye la facultad de concreción horaria del derecho a la reducción de jornada - STS de 16.6.1995, RCU 3849/1994 -, salvo ausencia de buena fe y/o causa empresarial probada, lo que, como se deriva de una lectura amplia de actuaciones, no acaece en el caso de autos tanto porque la trabajadora demandante ha aportado prueba suficiente como para considerar su actuación de buena fe en relación con sus circunstancias familiares - conveniencia médica de regularidad de los horarios de la hija de la trabajadora, folio 9, y horario de la guardería, folio 10-, como porque la empresa demandada se ha limitado a negar el derecho de la trabajadora al no considerarlo comprendido en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, lo cual, aunque en modo alguno es acreditación de mala fe -como se afirma en el recurso de suplicación de la trabajadora-, sí delata que no ha probado una causa empresarial concreta que justifique razonablemente su negativa al horario pretendido por la trabajadora más allá de un genérico alegato de necesidad de organización del trabajo en turnos sucesivos -folio 25-. Dicha solución es, asimismo, la más acorde con la dimensión constitucional del derecho a la reducción de la jornada por motivos familiares, una dimensión constitucional que ha sido puesta de manifiesto tanto por el Tribunal Supremo - STS de 20.7.2000, RCU 3799/1999 -, como de modo más expreso por el propio Tribunal Constitucional - STC 3/2007, de 15 de enero -.” O las más recientes como la STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2017, rec 3626/2017 con cita de otras muchas de esta Sala, que en consonancia con pronunciamientos de otros Tribunales Superiores, nos recuerdan que en casos como el presente (reducción de jornada con concreción horaria)” es al empresario al que le incumbe demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente organizativas, que le impiden su disfrute en los términos propuestos por la trabajadora; y tan solo cuando dichas razones se hayan probado, en caso de colisionar ambos derechos, será la trabajadora quien deba probar las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario”. (STSJ de Andalucía de 3 de mayo de 2018, rec 979/2018). Pero a tal efecto no son suficientes razones organizativas de carácter genérico, sino que debe

indicar, de forma concreta, la imposibilidad o la importante dificultad de aceptar el nuevo horario propuesto por la trabajadora. Y así a precitada sentencia de esta Sala del TSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2017, nos da pautas interpretativas cuando dice: “El relato fáctico no consigna las razones de tipo organizativo, técnicas o productivas (p.ej. turnos de mayor/menor actividad, existencia de turnos fijos o no de otras trabajadoras, modalidad o modalidades de horario laboral vigentes, adscripción de trabajadoras a uno u otro horario, existencia de trabajadora/s con o sin reducción de jornada, cambios en los medios o métodos de trabajo, aumento o disminución de clientela) en base a las que, únicamente, la empresa puede oponerse al ejercicio del derecho de conciliación de la demandante a la adaptación de jornada (TSJ Galicia s. 27-6-2017 /r. 30-2017, TSJ Madrid s. 19-7-2017 /r. 1182-2016), y que, por tanto, pudieran justificar su negativa a su reconocimiento que, por el contrario ahora resulta amparado por los artículos 14, 39 CE y 37 ET, en cuanto fija la prestación laboral de la actora esencialmente mientras su hijo asiste a clase y sin que tal conciliación pueda recaer en el otro progenitor de acuerdo con su circunstancialidad ya indicada. La demandada, en lugar de explicar de modo razonable su postura, se limitó a alegar un interés simple y particular (la dificultad de cubrir el turno de noche) que la trabajadora no aceptó, en cuanto, objetivamente y a simple vista, haría más gravosa su prestación laboral, pues se vería abocada a trabajar de forma única y permanente de 22 a 8 horas, con la consecuencia inevitable de quedar su descendiente menor al cuidado de sus padres/abuelos maternos, también de modo uniforme y durante el tiempo indicado, particular éste que por sí mismo no resulta admisible dado el nivel constitucional de protección del derecho interesado y, por tanto, preferente en aplicación de la doctrina transcrita en el fundamento jurídico anterior. Entendemos que la negativa de la empresa tampoco puede ampararse en el incremento de turnos de las compañeras de la demandante con igual categoría, pues tal efecto es normalmente consustancial a la reducción de jornada debatida y, de apreciarse, la impediría de forma sistemática, sin perjuicio -como indicamos- de oportuna y justificada negativa empresarial, ahora inexistente.”

Este pronunciamiento judicial adopta la perspectiva judicial de género para enfocar la cuestión y así manifiesta que todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia, han de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Esto es, que establece cuál es la guía interpretativa para resolver los supuestos de colisión de intereses. Y va más allá cuando enumera algunas razones de tipo organizativo, técnicas o productivas (turnos de mayor/menor actividad, existencia de turnos fijos o no de otras trabajadoras, modalidad o modalidades de horario laboral vigentes, adscripción de trabajadoras a uno u otro horario, existencia de trabajadora/s con o sin reducción de jornada, cambios en los medios o métodos de trabajo, aumento o disminución de clientela) como aquellos criterios objetivos con arreglo a los cuales podrían las empresas oponerse al ejercicio del derecho de conciliación de la demandante a la adaptación de jornada. La necesidad y las dificultades organizativas deben quedar así acreditadas para evitar decisiones que discriminarían indirectamente a las trabajadoras.

Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Zamora de 26 de julio de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:4096), que señala en su F. J. 4º: “El derecho a la reducción de la jornada de

trabajo por cuidado de un hijo menor, y el derecho a la correlativa concreción horaria derivada del mismo, son derechos regulados en los artículos 37.5 y 6 ET, 34.8 ET en relación con el art. 14 y 10 CE, en cuanto el sexo y la condición familiar constituyen factores de discriminación (SSTC 3/2007 y 26/2011) de modo que al ser un auténtico derecho social fundamental prevalece en la función resolutoria de dudas interpretativas, exigiéndonos integrar por vía interpretativa las lagunas de esta materia y de los textos restrictivos contrarios a un desarrollo efectivo de estos derechos. Estos preceptos, introducidos en la norma estatutaria por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y que en lo referente al párrafo primero del apartado quinto han sido modificados por la vigente LO 3/2007, de 22 de marzo, con la introducción del art. 34.8 ET, que no sólo regulan los derechos antes mencionados siendo un contenido sensiblemente más amplio, ya que se reconoce un nuevo derecho a la adaptación razonable de la jornada de trabajo al trabajador por motivos de conciliación, sin necesidad de proceder a una reducción de jornada. Estas normas reconocen el derecho a la reducción de la jornada de trabajo, el derecho a concretar el horario laboral derivado del mismo, como la adaptación de la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación familiar y laboral, tanto a los trabajadores y trabajadoras que tengan a su cuidado a un hijo menor como a aquellos que por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo a un menor, sea o no hijo suyo, entre otros.”

E. J. 6º: “Es cierto que el art. 34.8 ET no da un derecho de modificación unilateral, sino un poder de negociación del mismo de buena fe, esto es, a plantear cambios con efecto útil para su interés de cuidar al menor, que el empleador negocie de buena fe -con ofertas y contrapropuestas reales-... De modo que si no lo hace, y no esgrime una razón organizativa suficiente, el art. 34.8 ET en relación al art. 139 LRJS le da mejor posición a la mujer trabajadora titular de un derecho- expectativa a la adaptación razonable del art. 38.4 ET.

(...)

Debemos concluir que no es admisible estar o atender de forma exclusiva al tenor literal de la norma, pues lo decisivo es la finalidad perseguida, lo que exige atender al bien que se considera necesitado de protección. En este sentido es evidente que no nos encontramos tan sólo ante un derecho de los trabajadores a conciliar la vida familiar y laboral, sino también ante un interés necesitado de protección, como es el de los menores a recibir la mejor atención posible. Estamos, en suma, ante el deber de proteger a la familia y a la infancia. Esta finalidad y deber son los que prevalecen y sirven de orientación para resolver cualquier duda interpretativa, así como para dar al sentido literal de las palabras de la ley la mayor eficacia posible, atendiendo a su espíritu.

(...)

Y en este sentido, cabe entender que el art. 34.8 ET lo que configura es un poder de iniciativa del titular de este derecho a realizar, de acuerdo con el principio de buena fe, propuestas razonables de concreción de su jornada de trabajo. Este poder de iniciativa desencadenará por su parte, un proceso negociador al que queda sujeto el empresario, con el

fin de buscar la adaptación del tiempo de trabajo que resulte compatible con los diferentes intereses que mantienen las partes en estos casos.”

Insiste la resolución en añadir al derecho de los trabajadores a conciliar la vida familiar y laboral, la necesidad de exponer un interés susceptible de protección, como es el de los menores a recibir la mejor atención posible. La finalidad de la norma se encuentra en la mayor protección y atención a los menores por lo que es este el criterio que debe server a la hora de resolver las dudas interpretativas que se susciten.

Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Gijón, de 29 de agosto de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2962), en cuyo F. J. 3º se establece: “Habida cuenta del número de trabajadores del centro y la organización de los turnos, es evidente que la adscripción de la demandante a un turno de mañana de forma fija, conlleva necesariamente la descompensación en el sistema organizativo, y perjudica de forma evidente a la empresa.”

Esta sentencia atiende a la dimensión de la empresa y a su realidad organizativa, a la vista de la cual desestima la pretensión de la parte actora. Es decir, que realiza una ponderación de los intereses en juego atendiendo a la realidad empresarial, esto es, a las posibilidades reales del empleador de acceder a la adaptación sin sufrir perjuicios. Se salvaguarda de esta manera el interés patronal en no padecer un menoscabo relevante de su organización empresarial.

Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Mataró de 12 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:4831), cuyo reciente F. J. 4º dispone: “Sin que la actora tenga que acreditar si los abuelos -y mucho menos terceros ajenos a la familia- están disponibles o no a fin de poder ir a recoger a sus hijos al colegio. Es un hecho notorio la importancia de los abuelos en la sociedad actual, y el importante soporte que son tanto para sus hijos como para sus nietos; pero la patria potestad, con todos los deberes y facultades que comporta le corresponde a los padres (art 154 y siguientes del Código Civil). Son los padres los que tiene que “velar por ellos (sus hijos), tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art.154. punto 1º CC) “ y para ello necesariamente tiene que poder conciliar su vida laboral, con la personal y familiar como le permite, hoy en día varias medidas normativas. En definitiva, no existe ningún dato que permite afirmar que la petición de horario realizada por la trabajadora suponga una imposibilidad, o que admitir el mismo sea notablemente gravoso, ya que no existen datos que así lo permitan deducir de los hechos expuestos; al existir diferentes posibilidades que no generan dificultades organizativas para la empresa. Destacando que desde que la empresa recibió la solicitud de la actora, la empresa no inició vía de negociación alguna, reuniéndose con la trabajadora un mes más tarde, 17.07.2019, y denegándole la petición ese mismo día.”

La conclusión que nos ofrece este pronunciamiento tiene que ver con el papel que el Código Civil otorga a los progenitores. Se trata de una interpretación conforme a la literalidad del precepto para evitar que la parte actora tenga que justificar no ya sus necesidades de conciliación, sino la de terceros, ante una empleadora que no sufre inconveniencia productiva alguna.

A modo de síntesis, observamos en las últimas tendencias jurisprudenciales un cambio interpretativo relevante y que introduce nuevos elementos de análisis para resolver los supuestos planteados. Entre otros nos encontramos con:

La exigencia a las empresas de acreditar auténticos perjuicios organizativo, que no pueden ser ilusorios, arbitrarios, imposibles o meras incomodidades. Las empresas debe plantear y acreditar tales causas como límites al derecho de adaptación. La incomparecencia a juicio, la mera negativa a aceptar la solicitud o la falta de planteamiento de alternativas no son aptas para que prevalezca el interés patronal sobre el de la parte trabajadora

Hay una especial atención a las circunstancias concretas (necesariedad, dificultades organizativas, obstáculos injustificados) que alegan las empresas, siendo la dimension y posibilidades reales de cambio de las mismas sin suponer gravámenes excesivos los límites del ejercicio de este nuevo derecho. Solo las dificultades importantes son aptas para excluir las modificaciones propuestas, ues ha de existir un importante trastorno de la planificación empresarial a fin de considerer apta la desestimación de la adaptación solicitada

Se penalizan procesalmente la posiciones procesales contrarias a la buena fe, derivadas de la incomparecencia o de la ausencia de plantear alternativas. No se aceptan las meras negativas, sino que se exige de una actitud de negociación a partir de la cual ofrecer soluciones constructivas y dialogadas entre las partes.

Se realizan valoraciones de la prueba donde se atiende a los criterios de facilidad probatoria y proximidad, incorporando en ocasiones referencias expresas al 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no suelen abundar en otras modalidades procesales

Se observa una marcada tendencia a incorporar la perspectiva judicial de género en el análisis de estos asuntos, teniendo presente las situaciones de discriminación directa e indirecta en que pueden incurrir determinadas respuestas empresariales. Estamos ante medidas legislativas que pretenden incidir en el avance de medidas que contribuyan a alcanzar la igualdad efectiva y estos parámetros se está incorporando en la metodología juridical empleada por ciertas resoluciones judiciales a la hora de analizar los supuestos planteados