

«Autodeterminación» («soberanía») sobre el tiempo y adaptación de la jornada «a la carta» por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras

Cristóbal Molina Navarrete

Director

Sin la soberanía sobre nuestro propio tiempo resulta casi imposible ser autónomos en nuestras vidas.

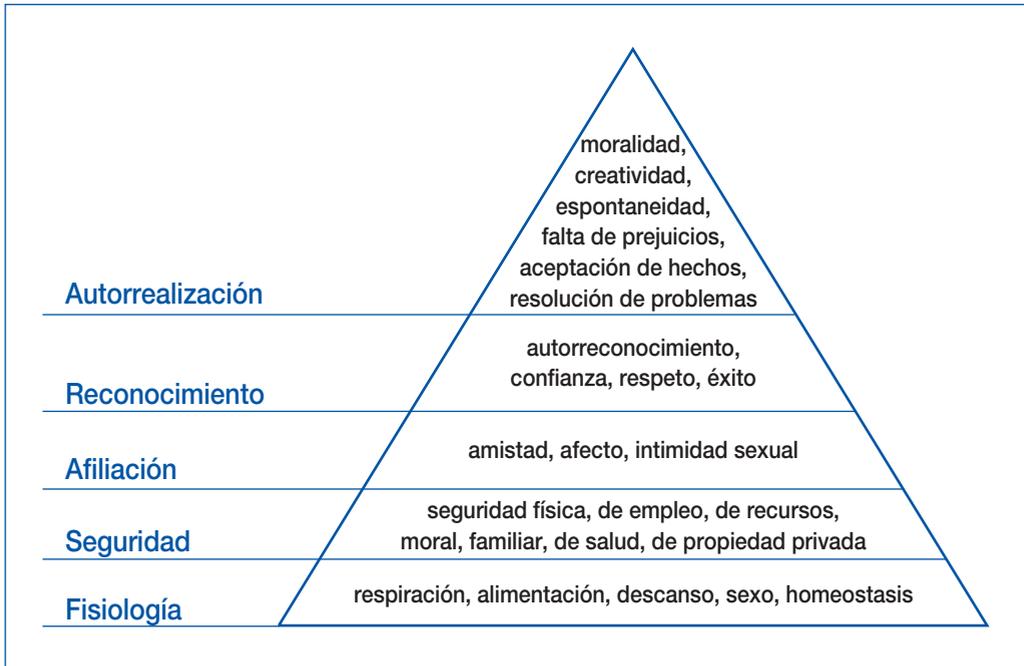
Daniel H. Pink

Los trabajadores necesitan mayor soberanía sobre su tiempo.

OIT (2019)

1. La gestión empresarial del tiempo de trabajo: ¿de «tsunami» (registro) en «tsunami jurídico-laboral» («jornada a la carta»)? Uno de los nuevos «gurús» del mundo del «desarrollo personal», más allá de los libros y técnicas de autoayuda, y que hace furor en ese difuso universo profesional del *coaching* (cada vez más al uso en el mundo de las empresas para optimizar competencias en sus equipos y/o para enfrentar conflictos internos o externos), Daniel H. Pink –(2018). *¿Cuándo? La ciencia de encontrar el momento preciso*. Barcelona: Alienta–, califica la «soberanía del tiempo» como pilar central de la «autodeterminación vital», de la «autonomía individual» de las personas. La autonomía en el gobierno del tiempo personal sería un rasgo propio de la «autorrealización personal» que, según la pirámide de necesidades de Maslow (*vid.* gráfico), ocupa la cúspide en el proceso de búsqueda del bienestar personal. Este sería solo posible si las personas hacemos en cada momento lo que queremos hacer y como lo queremos hacer, de modo que seamos los beneficiarios de su utilidad (el tiempo = inversión), sin perder (malgastar) el tiempo y sin que nos sea «robado» («ladrones de tiempo»).

Gráfico. Pirámide de Maslow: jerarquía de necesidades



Cualquier jurista del trabajo ortodoxo se sumaría, con gusto, a quienes critican este tipo de enfoques psicoanalíticos (y de psicoterapias), a los que reprochan inventar y difundir conceptos ilusorios o imaginarios, más propios de la alquimia quimérica que de la ciencia, y desde luego de la ciencia jurídico-laboral. Sabido es que lo que define el tiempo de trabajo, con relación al tiempo –pretendidamente– opuesto (autodeterminación) de ocio y descanso, es, justamente, el de implicar un momento –largo– de puesta a disposición de otro, del empleador. Este, mediante contrato, «compra» o «alquila» esos momentos de vida personal para su uso en sentido únicamente productivo. La célebre Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 192/2003 es inequívoca al respecto: el tiempo de trabajo es de uso productivo, el tiempo de descanso es de uso libre, de autodeterminación.

Sin embargo, los especialistas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han asumido, redefinido e impulsado este concepto de «soberanía del tiempo» como uno de los imperativos determinantes del estándar de trabajo decente del futuro próximo (*Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, 2019, p. 41). No faltan los que asu-

La OIT ha impulsado este concepto de «soberanía del tiempo» como uno de los imperativos determinantes del estándar de trabajo decente del futuro

men ya la obligación de registro del tiempo diario de trabajo ([art. 34.9 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)), objeto de análisis en la [actualidad del número anterior de esta revista](#), como una expresión ambivalente de esta nueva necesidad de autorrealización. Así, para quienes sufren abusos en la jornada (por sobreexplotación –de terceros– o por autoexplotación), puede servir de garantía efectiva para recuperar o desarrollar esa «soberanía», asumiendo una organización más equilibrada de tiempos de vida y de trabajo –*vid.* OIT. (2019). [Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada](#)–; para quienes su organización del trabajo se basa en cumplir objetivos, contando con una gran capacidad de disposición de su tiempo (cuánto, cuándo y cómo), el efecto podría ser el opuesto ([pérdida de soberanía](#)).

No sorprende, pues, en este contexto dialéctico entre «soberanía»/«sujeción» sobre los tiempos de vida y de trabajo, que producido un primer «tsunami jurídico-laboral» (registro), el mundo de la empresa comience a sentir los efectos de un segundo, potencialmente más «peligroso» para los intereses productivos: la irrupción de la bautizada mediáticamente como «jornada a la carta» ([art. 34.8 ET](#)). Si el primero se percibe por la empresa como reflejo de un movimiento activista de la «policía laboral» (la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), el segundo se percibe alentado por una intervencionista «autoridad judicial», que se tendría más propia del arbitraje de conflicto de intereses que de derechos. La cuestión del registro horario volvía la mirada a la duración (enfoque cuantitativo), la –pretendida– «jornada a la carta» se centra en su distribución flexible, no a favor de usos de empresa, sino de las necesidades de conciliación (dimensión cualitativa y bidireccional). A un breve análisis de las primeras, y controvertidas, experiencias aplicativas de esta reforma, en especial en sede judicial, dedicamos este editorial.

Producido un primer «tsunami jurídico-laboral» (registro), el mundo de la empresa siente los efectos de un segundo: la irrupción de la «jornada a la carta»

2. ¿Qué alcance novedoso real tiene la reforma legislativa? Claves legales. Puesto que el [artículo 34.8 del ET](#) es conocido, nos limitaremos a recordar los puntos más novedosos, antes de afrontar su aplicación jurisdiccional. En relación con la finalidad de la reforma legal, lo que quizás destaque más es la eliminación de la «razón conciliatoria de vida personal» para el ejercicio del derecho-expectativa razonable de adaptación del tiempo de trabajo. Algunos analistas lo valoran positivamente, en la medida en que esta razón individual carecería del fundamento constitucional de la conciliación por causa familiar ([STC 26/2011](#)). Mi parecer es desfavorable a esta opción. De un lado, se mantiene en el [artículo 44.1 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#). De otro, reduce el concepto de familia ínsito en el [artículo 39 de la Constitución española](#) (CE) en relación con el [artículo 32 de la CE](#), en la medida en que dejaría fuera razones conciliadoras de la pareja, para facilitar su vida en común (el [Tribunal Superior de Justicia de Madrid niega a un matrimonio de azafatos viajar juntos](#)), aun sin descendientes o ascendientes (no expresado en el texto, queda claro que las razones de necesidad conciliatoria afectan también al cuidado

de ascendientes dependientes) que atender. Finalmente, también se ignora la dimensión constitucional de este derecho conforme a la cláusula del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), ignorando toda idea de «soberanía razonable» de los tiempos de vida y de trabajo.

Si aparentemente restrictivo es con relación a la finalidad, expansivo se muestra con el objeto del derecho de adaptación razonable. No solo incluye novación de cualquier aspecto organizativo del tiempo de trabajo –distribución–, sino también del lugar (transición de una obligación de actividad a otra de resultado). Siendo, además, de ida y vuelta (derecho a tornar a la organización originaria).

Es, pues, un derecho dinámico, que admite novación posterior si median razones nuevas. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía/Sevilla 1082/2019, de 11 de abril, asume esta facultad de novación del acuerdo que se adoptó precedentemente, pero rechaza la pretensión concreta de la solicitante por no constar cambios relevantes. Por su parte, la STSJ de Canarias/Las Palmas 255/2019, de 12 de marzo, no solo asume esta potestad, sino que reconoce en el caso tal novación de circunstancias, habilitadoras del cambio sucesivo.

Pero no cabe duda alguna que donde más novedad legislativa existe, también donde mayor controversia aplicativa hallaremos, es en relación con el procedimiento de ejercicio efectivo del derecho/expectativa de conciliación razonable. Si bien la norma sigue primando la fuente colectiva, ahora reconoce un auténtico derecho subjetivo a un procedimiento de negociación individual (con obligación empresarial de negociar de buena fe): derecho a solicitar, derecho a una propuesta razonable y derecho a recibir respuesta de buena fe. Esta es la gran novedad de la reforma (así lo entiende la Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– núm. 26 de Madrid, 191/2019, de 10 de mayo, considerando que obliga a una lectura sistemática también del art. 37.6 ET; que, sin embargo, parece rechazar la STSJ del País Vasco 1385/2019, de 9 de julio, que minimiza la reforma, considerando que excluye novaciones de tipo vertical, admitiendo solo las horizontales), incomprendida en la regulación precedente por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– de 13 de junio de 2008, rec. 897/2007, y 661/2017, de 24 de julio), pese a la apertura, aun ambigua, del Tribunal Constitucional (acepta: SSTC 3/2007 y 26/2011; rechaza: STC 24/2011). La negociación es el camino preferente, pues, para lograr el acuerdo transaccional entre necesidades de conciliación y necesidades de empresa, actualizando la expectativa creada.

Ni basta la mera conveniencia conciliatoria ni existe obligación empresarial de aceptar la propuesta, solo de negociarla de buena fe

Por tanto, ni basta la mera conveniencia conciliatoria ni existe obligación empresarial de aceptar la propuesta (que, además, debe ser proporcionada), solo de negociarla de buena fe: debe plantear propuesta alternativa que posibilite, de forma razonable, las necesidades

de conciliación (juicio de buena fe) o justificar suficientemente –por escrito– la negativa (juicio de razonabilidad). La referencia explícita –antes implícita, por la doctrina constitucional– al respeto del derecho a la no discriminación en los criterios rige también la negociación individual. Para la seriedad del procedimiento se limitan las técnicas dilatorias (limitación temporal: máximo de 30 días). En definitiva, el objetivo es hallar un justo equilibrio entre ambas razones, eje central a cuyo logro deberán dirigirse todos los sistemas: colectivos, contractuales y judiciales.

3. ¿Y en caso de desacuerdo o frustración del proceso negociador individual quién tiene la última palabra? ¿La intervención judicial expresa un juicio de razonabilidad, o lo es más bien de oportunidad o equidad? Sin duda, la intervención judicial deviene central, consagrando el precepto estatutario una vía de judicialización, prevista en el [artículo 139 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), de dudosa eficacia.

Aunque no podemos profundizar aquí en este tema, un aspecto crucial para intentar desenmarañar la complejidad del papel de la jurisdicción en esta nueva regulación del conflicto conciliatorio de tiempos de vida y de trabajo, donde se entrecruzan aspectos de conflicto de derechos (solución interpretativa) y conflicto de intereses (creación de una nueva norma con relación al más justo equilibrio en la organización de jornada), sí conviene advertir que aquí los tribunales no ocupan una posición de equidad en sentido estricto, sino jurídica. Por tanto, no deberían emitir juicios de oportunidad (cuál es la mejor forma de conciliar las razones y los intereses de ambos sujetos de la relación de trabajo), sino de razonabilidad, en línea con una solución ya adecuadamente resuelta, al menos teóricamente, en relación con otros conflictos de esta naturaleza (como los del control judicial de las razones organizativas y productivas para los despidos –o novaciones– en interés de empresa). La ley llama expresamente a un juicio de proporcionalidad doble (necesidad, idoneidad y razonabilidad tanto de la propuesta, como de la negativa a la misma), a fin de alcanzar un justo equilibrio sobre las razones de necesidad que en ambos casos se esgrimen, ponderando adecuadamente las circunstancias concurrentes y, en modo alguno, un juicio de arbitraje en sentido estricto, menos de equidad u oportunidad. A mi juicio, esta idea subyace en la sugerente [STSJ de Canarias/Las Palmas 858/2019, de 27 de agosto](#), cuando revoca la de instancia social, que había establecido una solución propia, al margen de lo que se pedía por la trabajadora, en aras de ese equilibrio.

La ley llama a un juicio de proporcionalidad doble (tanto de la propuesta, como de la negativa a la misma), ponderando adecuadamente las circunstancias concurrentes y, en modo alguno, un juicio de equidad u oportunidad

4. ¿Qué tiene que probar la persona trabajadora: que no puede conciliar de no adaptar su tiempo de trabajo o la necesidad de conciliación trabajo-familia? Norma disruptiva para unos, que están creando una imagen de una «tormenta legal» –por lo general

sobre la base de una lectura maniquea de la regulación precedente (para una lúcida comprensión de la norma en su versión precedente, sustantivamente no disímil de la actual, *vid.* [STSJ de Andalucía/Sevilla 1281/2019, de 16 de mayo](#))–, con alto riesgo de mutar en «huracán jurisdiccional», imperativo de justicia, incluso de productividad, para otros, una mirada a la reciente (y no pacífica) práctica judicial con relación al sentido y alcance de este precepto evidenciaría que uno de los aspectos de mayor controversia es el relativo a la distribución de la carga de la prueba. ¿Qué probar y quién está obligado a hacerlo? ¿Cuál es realmente el alcance, a tales efectos, de tan ensoñador como polémico precepto legal, que permitiría obviar la reducción de jornada *ex artículo 37.6 del ET* (que tiene el coste de la reducción salarial), e incluso la excedencia (que tiene el mayor coste de privar de retribución), con una –pretendida– «jornada a la carta», adaptando a conveniencia su organización del tiempo –y lugar– de trabajo?

Al respecto, especial impacto mediático (que sigue casi sentencia a sentencia el modo en que evoluciona esta práctica –que presume conflictiva para la organización empresarial–) ha tenido la [STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019 \(rec. 1492/2019\)](#) –trabajadora a tiempo parcial e indefinida, que pasó de turno de noche a otro de tarde, pidiendo ahora el de día–. Alejándose de soluciones generales (enésima apelación a la belleza creativa de la norma de justicia del caso concreto), y reclamando sus precedentes anteriores a la reforma (lo que evidencia que el cambio no es tan radical, al menos para determinados tribunales, sí para otros, que vaciaron de sentido práctico el cambio legal, sujetándose a la neutralizadora jurisprudencia social), diferencia entre reducción de jornada, con concreción horaria dentro de la jornada ordinaria y sin novación (cambio de días de prestación, de turnos, etc.), que tiene como genuino «derecho personalísimo» de la persona trabajadora, y reducción de jornada con novación, negando que se genere un derecho automático o inmediato a tal concreción. En realidad, es un «derecho a la ponderación razonable de las circunstancias concurrentes» con fundamento en el derecho a la no discriminación por razón de sexo, en su dimensión constitucional, no tanto comunitaria (la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de septiembre de 2019, asunto C-366/18](#), niega encaje en la [Directiva 2010/18/CE](#), derogada por la [Directiva 2019/1158/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional).

En el caso, la actora había acreditado que el horario del centro –y no solo de los cursos de educación infantil– es de 9:00 a 14:00. Es irrelevante –a diferencia de lo que sostiene la instancia social– la existencia o no de comedores o de servicios extraescolares, pues ni es de exigencia obligada ni puede prescindirse del coste económico que ello tendría: al no ser «gratuitos [...] entendemos que ello excede de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional». Tampoco tiene que acreditarse por la madre peticionaria que el padre no puede adaptar su jornada, o que no dispone de ayuda de terceros familiares (abuelos o no), siendo derecho individual. No existiría –como parece apuntar la instancia social– un pretendido derecho al disfrute conjunto de la vida en familia, que excede de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional. En cambio, la empresa no acredita ningún dato que permita afirmar que la petición de horario realizada por la trabajadora su-

ponga una imposibilidad, o que admitir el mismo sea notablemente gravoso, ni tampoco acredita que, por la concurrencia de más personas trabajadoras en situación análoga, le resulte más difícil tal aceptación. Al respecto, sí consta que las reducciones de jornada dentro de la plantilla de la empresa son mínimas en este momento. En esta línea, la [STSJ de Andalucía/Sevilla 1384/2018, de 3 de mayo](#) considera que corresponde a la trabajadora acreditar sus mayores razones conciliatorias solo cuando el empleador pruebe sus razones organizativas impositivas.

En cambio, para la [STSJ de Madrid 24/2018, de 15 de enero](#), conforme a la [STC 26/2011](#) (entre las «circunstancias familiares concurrentes [...] resultaba necesario tener en cuenta [...] la situación laboral de su cónyuge [...] y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente puede haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos [...]»), sí pondera la situación laboral del otro progenitor. Y ello «[...] por el principio de corresponsabilidad familiar [...] que destaca la citada ley orgánica [...]». De este modo, queda claro que la corresponsabilidad como factor de ponderación específico no solo es controvertido, sino que es peligroso, pues se corre el riesgo de perpetuar una situación discriminatoria que, sin embargo, se dice querer corregir. Los derechos de conciliación tienden a ser individuales e intransferibles, otra cosa es que se deba –por el legislador, por la negociación colectiva, por los poderes públicos– fomentar que se ejerzan de forma corresponsable, es decir, compartiendo los padres –o los progenitores– el trabajo de cuidar. Pero el juez social no puede ordenar la vida familiar en pareja y el reparto del trabajo de cuidar.

La corresponsabilidad como factor de ponderación específico no solo es controvertido, sino que es peligroso, pues se corre el riesgo de perpetuar una situación discriminatoria

Cosa distinta es confundir necesidades de conciliación con conveniencia de conciliar, pues la norma legal fija dos condiciones al derecho de adaptación de jornada –que, por tanto, ni es incondicionado ni mucho menos «a la carta»–: una causal, «necesidades de la persona», otra modal, propuesta de adaptación «razonable y proporcionada». Por lo tanto, conviene evitar los equívocos de un lado y de otro. No parece triunfar, pues, una suerte de «activismo judicial» de protección de la conciliación corresponsable convertida en condición para reconocer a la mujer, que se dice tutelar en última instancia, el derecho a la adaptación, con lo que se crearía un obstáculo judicial más en una realidad que, conforme a la experiencia y a la cultura sexista aún dominante, llevará a que esa conciliación (responsabilidad del trabajo de cuidar) se haga sobre medidas más gravosas para la mujer (reducción de jornada, excedencias). Al margen de la cuestión procesal de implicar a un tercero, que, en justa lid, debería también ser llamado a juicio. Una extremada complejidad que conviene evitar, para no deslizarnos sobre aguas todavía más pantanosas y claramente personales o de pareja –Casas Baamonde, M. E. (2019). «Soberanía» sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 3, 227-244–. Volveremos sobre este tema, siquiera brevemente, por su importancia y conflictividad actual.

5. ¿Las expectativas iniciales de flexibilidad «a la carta» chocan con poderosas razones de empresa? ¿Qué comprensión judicial de las razones organizativo-productivas opuestas a las necesidades de adaptación arroja un primer balance de la práctica aplicativa? Es aún pronto para hacer un balance suficientemente representativo. Pero parece claro que crece de forma notable esta conflictividad judicial, encontrándose una práctica bastante dividida, por lo que sería difícil concluir con certeza si va ganando el enfoque garantista (derecho de adaptación que limita la razón productiva) o el de gestión (la razón de empresa frustra la expectativa).

El –marcado– seguimiento mediático (sobre todo por la prensa más especializada en cuestiones económicas y de empresas) parece inclinarse por un balance negativo, de modo que las mayores expectativas iniciales de flexibilidad conciliatoria parecieran toparse de bruces con la realidad organizativa de nuestras empresas y una cierta comprensión hacia las mismas de los tribunales, por lo que el derecho sobre el papel se vería neutralizado por imposibilidad o dificultad excesiva organizativas. De este modo, tiende a concluirse, quizás algo a la ligera, que un destacado número de decisiones judiciales (por ejemplo, [STSJ de Cataluña 3269/2019, de 20 de junio](#)) estarían dando «portazo a la jornada a la carta» solicitada por la persona trabajadora, con la consiguiente significativa comprensión de las razones organizativas (por ejemplo, dificultad de elegir turnos) o económicas (por ejemplo, aceptar la solicitud le obligaría a contratar a más personas). Aunque, se insiste, el balance final es difícil de fijar sin un estudio cuantitativo suficiente –lo que hoy no sucede–, dependiendo más esa conclusión del punto de vista valorativo del que lo hace, queda claro que contamos con un buen número de experiencias que permiten identificar una significativa tipología de razones relevantes a fin de oponerse a la solicitud con visos de éxito. Así, entre otras:

Tiende a concluirse, quizás algo a la ligera, que un destacado número de decisiones judiciales (por ejemplo, [STSJ de Cataluña 3269/2019, de 20 de junio](#)) estarían dando «portazo a la jornada a la carta»

a) **La mayor demanda en el turno que se quiere novar, así como los eventuales conflictos con compañeros/as de trabajo, que también tienen sus necesidades de conciliación, como razones organizativas suficientes para rechazar la solicitud**

Así, por ejemplo, la [SJS núm. 3 de Gijón 338/2019, de 29 de agosto](#), rechaza la solicitud de una empleada de una clínica veterinaria que pedía cambiar el turno, y ello porque:

[...] no puede prevalecer sobre el interés de la empresa y de los compañeros [...], una fijación de turno en el trabajo para el cuidado de su hijo [...] mientras el centro de trabajo cuente con 3 veterinarios para atender un horario de 9 a 21 horas, y que suponga una limitación y restricción de los derechos de sus compañeros.

La sentencia no da pie a recurso, pues no se había solicitado indemnización ni alegado vulneración de derecho fundamental alguno. Craso error por parte de la defensa de los intereses de la trabajadora que ha perdido así una segunda oportunidad de examen de su causa. En sentido análogo, actualizando el muy extendido método de razonar judicial por la técnica del «corta-pegar», su [Sentencia 294/2019, de 27 de junio](#), con lo que parece que tiende a configurarse como práctica del juzgado.

b) La existencia de propuesta de la empresa alternativa a la solicitada evidenciaría una negociación de buena fe que favorece su posición, por sería, penalizando, en cambio, por rigidez, el rechazo, sin más, de la persona trabajadora

Este es el caso de decisiones como la SJS núm. 8 de Bilbao 217/2019, de 9 de septiembre, o la citada [STSJ de Andalucía/Sevilla 1082/2019, de 11 de abril](#), que denegó la adaptación de horario de la empleada de una gasolinera. En esta, junto a las serias dificultades organizativas que suponía, tuvo en cuenta las alternativas ofrecidas desde la dirección,

Le reprocha que ni negociara propuesta alguna ni en el juicio tratara de acreditar razones organizativas de peso para oponerse a la adaptación

que se acercaban «en cierta manera» a lo solicitado, sin que la trabajadora aceptara esa transacción (en la misma línea, la [SJS núm. 2 de Gijón 316/2019, de 29 de julio](#)). En cambio, justamente por mostrar rigidez el empleador, un [juzgado de lo social de Alicante \(septiembre de 2019\)](#) reconoce (la sentencia es firme) a una empleada de una tienda Primark (con un contrato a tiempo parcial de 30 horas semanales y franja horaria de mañana de lunes a domingo de 8:00 a 14:00, con 2 días de descanso semanal) su derecho a excluir los domingos, al tener un hijo menor de 12 años a su cargo. Invocó que el horario de su pareja, que también trabajaba de lunes a domingo (empresa de transporte público), les hacía imposible cuidar del niño. Le reprocha que ni negociara propuesta alguna ni en el juicio tratara de acreditar razones organizativas de peso para oponerse a la adaptación (en la misma dirección, las SSJS núm. 2 de [Guadalajara 166/2019, de 13 de mayo](#), y núm. 1 de [Palencia 236/2019, de 23 de julio](#), entre muchas más).

c) El carácter de mayor o menor fungibilidad de las actividades desempeñadas por parte de la persona trabajadora: será más fácil aceptar la propuesta si es susceptible de sustitución por las tareas de otros compañeros, más complicado en caso contrario

No obstante, conviene aquí advertir, igualmente, una cierta discrepancia judicial. Si una parte significativa de las decisiones judiciales dictadas hasta ahora atienden como un criterio de relevancia, aunque no determinante, por supuesto, el relativo a la mayor o menor dificultad de sustitución de la persona trabajadora que solicita la novación, no faltan tribunales, como la sala de suplicación social canaria, que introducen matices importantes. Así, se exige a la empresa, en aplicación de su deber de negociar de buena fe, un ejercicio razonable de su deber legal de capacitación en tales casos. Por ejemplo, en un caso en el

que una auxiliar de clínica solicitó el cambio de turno por razones conciliadoras, alegando la empresa que le era imposible recolocar a la empleada en otro puesto similar debido a sus limitaciones funcionales, necesarias para un ejercicio óptimo del puesto (por ejemplo, idiomas, contabilidad), la sala canaria (Las Palmas) rechazó esta razón, porque la empresa «podría haber ofrecido formación en tales materias dentro del talante abierto que han de tener las partes en una negociación de estas características».

d) El tamaño de la empresa como factor para evaluar la capacidad de organización de la compañía

En efecto, junto a las eventuales fluctuaciones de actividad y los horarios del resto de la plantilla, la dimensión de la empresa es un factor a ponderar a la hora de comprender si las razones de la empresa son suficientes o no para oponerse a la adaptación novadora solicitada (por ejemplo, [STSJ de Canarias/Las Palmas 252/2019, de 12 de marzo](#), que pondera la mayor capacidad organizativa de una empresa de grandes dimensiones e integrada en un grupo nacional más amplio aún). En este sentido, la citada [SJS núm. 26 de Madrid 191/2019, de 10 de mayo](#), respaldó a una cajera cuya propuesta de reducción de jornada con cambio de turno se denegó. Asumida la razonabilidad de la pretensión conciliadora de la trabajadora –«a la vista del régimen de turnos rotativos del padre y de los horarios de las guarderías, la solicitud resulta plenamente ajustada», pues, de no admitirse la solicitud, la menor «podría quedar por las tardes en situación de desamparo»–, reconoce también que lo pedido genera disfunciones organizativas. Pero es gran empresa, por lo que debe agotar todas sus «posibilidades organizativas», de modo que no atienda solo a «la tienda en que presta sus servicios la actora» (FJ 4.º, punto 2), sino que debe explorar todas «las medidas que le permite la legislación laboral (arts. 39, 40 o 41 ET) para permitir su reorganización y minimizar los posibles perjuicios y disfunciones», aunque precise un tiempo adicional para su realización.

En definitiva, la potestad novatoria del empleador –incluso extraordinaria– se pone al servicio del derecho conciliatorio de la trabajadora, en aras del interés del menor, exigiéndose del empleador su ejercicio efectivo (en este caso, de movilidad locativa –a otros centros–), en la medida en que no resulta desproporcionadamente gravoso para este tipo de organizaciones. Por lo tanto, parece que la interpretación judicial del [artículo 34.8 del ET](#) introduciría una nueva causa organizativa de flexibilidad interna, a ejercer de forma obligatoria, no potestativa, so pena de tenerse por no suficientemente razonables sus razones de tal naturaleza para oponerse a la solicitud de novación de horario (el rechazo de la solicitud como una suerte de última *ratio*).

e) El carácter necesario –no solo conveniente– de la medida conciliatoria propuesta, por no existir alternativas menos exigentes que el cambio horario

Ya se ha recordado que el [artículo 34.8 del ET](#) no identifica la causa o razón del derecho que reconoce con la conveniencia o mayor facilidad de conciliar para las personas

trabajadoras, en aras del interés del menor, que siempre requeriría la mayor soberanía posible individual en el gobierno del tiempo de trabajo, sino con la «necesidad». Una exigencia coherente, por otro lado, con la exigencia modal de «razonabilidad», integrante de un juicio de proporcionalidad.

La citada [STC 26/2011](#) también apela a este criterio de valoración (a diferencia del [Auto del Tribunal Constitucional –ATC– 1/2009](#)). Precisamente, utilizando este criterio, un juez de Cáceres rechazó la petición de una dependienta de cambiar el día de descanso de viernes a sábado al valorar, por un lado, que durante el fin de semana la tienda facturaba más; y, por otro, que tal cambio no era la única medida a disposición de la trabajadora para satisfacer el interés conciliador. No faltan, además, algunos casos extravagantes, o incluso esotéricos, como el del tío que, sin pedirlo los padres, reclama adaptación de jornada para cuidar de su sobrina de 2 años. Se le deniega, naturalmente, en la medida en que no hay necesidad conciliadora alguna al respecto, al menos constitucional o legalmente protegida en tales casos, pues la patria potestad reside en los padres (SJS núm. 10 de Bilbao 287/2019, de 24 de septiembre).

6. ¿La corresponsabilidad como presupuesto de la necesidad de conciliación de la vida laboral y familiar de las mujeres?: un criterio vaporoso y conflictivo que siempre vuelve. Este último criterio nos vuelve a situar ante una cuestión muy espinosa, que está dando lugar a una gran fractura de la práctica judicial en los diferentes niveles de la jurisdicción ordinaria, acorde con la propia fractura

de la doctrina constitucional al respecto. Vimos como la sala gallega niega la legitimidad de toda forma de «externalización», transferencia o delegación del trabajo (no remunerado) de cuidar a otros «recursos personales», ya sean los abuelos (pese a que hoy crece el «síndrome de los/as abuelos/as esclavos/as»), ya el otro progenitor. Así lo asumió el [ATC 1/2009](#), que remite a la [STC 3/2007](#), en contra del criterio de la [STC 26/2011](#).

Esta última decisión constitucional está alimentando la posición de un buen número de resoluciones de los tribunales ordinarios, que valoran, entre las razones de necesidad conciliatoria de la persona trabajadora, cuál es la disponibilidad y el compromiso del otro progenitor (por ejemplo, SSJS núm. 1 de [Cáceres 158/2019, de 15 de julio](#), y núm. 3 de Bilbao 267/2019, de 11 de septiembre, etc.). En dirección opuesta, la SJS núm. 8 de Bilbao 242/2019, de 24 de septiembre (concede el cambio de turno sin reducción de jornada a una persona trabajadora masculina, con alto salario y una hija menor con dependencia III, trabajo a turnos alternos, incluyendo algunos sábados). Así, con cita del [ATC 1/2009](#), dirá:

[...] no se acredita que concurren causas [...] que impidan la concesión solicitada y el hecho que la esposa del demandante trabaje como peluquera autónoma no

La [STC 26/2011](#) está alimentando la posición de un buen número de resoluciones de los tribunales, que valoran cuál es la disponibilidad y el compromiso del otro progenitor

justifica tampoco su denegación, pues debe partirse [...] de que el titular del derecho no tiene que demostrar una especie de necesidad insuperable de conciliación y la imposibilidad de que concilie su pareja, si existe (o un familiar), teniendo que revelar innecesariamente datos de su vida familiar (art. 18 CE) al conocimiento ajeno [...]. Así las cosas, siendo la raíz de la negativa [...] el aumento de costes, no se ha acreditado por la empresa el perjuicio económico [...].

Asimismo, se insiste en el deber empresarial de acudir a su potestad novatoria, incluso extraordinaria, para «facilitar la conciliación de la vida familiar del actor y reorganizar dichos turnos o los que estime convenientes, con las facultades que le posibilita el ET» (FJ 2.º). En el mismo sentido, la SJS núm. 8 de Bilbao 217/2019, de 9 de septiembre (también es un trabajador el que solicita el cambio de turno, pero esta vez sí implica reducción de jornada).

En suma, desde esa posición hermenéutica, no es la adaptación-expectativa novatoria de la jornada una suerte de «última *ratio* conciliadora» (solo utilizable si no se puede «recolocar» el cuidado en otras personas del entorno familiar), sino el rechazo a su actualización en derecho concreto («última *ratio* empresarial»). Asimismo, no compete al juez un juicio de oportunidad sobre el mejor modelo de ejercer el derecho de conciliación, como sería el ejercicio corresponsable, pues en tales casos habría un derecho de autodeterminación razonable a la hora de decidir cuál es el mejor modelo, aunque se deba articular a través de un acuerdo transaccional, probando la necesidad y siguiendo un procedimiento negociador de buena fe, bidireccional.

7. ¿Cabe el derecho de adaptación de jornada por razones familiares relativas al trabajo de cuidar a descendientes dependientes? Ya vimos cómo el artículo 34.8 del ET, pese a la expectativa de universalidad subjetiva con que se abre (toda persona trabajadora tiene derecho-expectativa de conciliación), tiende a identificarla con el cuidado de descendientes, con el trabajo de cuidar a personas menores. Ahora bien, parece claro que la razón conciliadora tiene tanta dimensión constitucional, como dosis de realismo social, cuando se proyecta en las –crecientes– necesidades de cuidar a personas ascendientes (padres –«progenitores»–).

En este sentido, se pronuncia la [SJS núm. 2 de Valladolid 317/2019, de 31 de julio](#), que resuelve la controversia generada por la petición de un trabajador (presta servicios de limpieza en un hospital) de realizar solo turnos de tarde (horario de 15:00 a 22:00), excluyéndolo de los turnos de noche, por lo tanto, para atender su necesidad de conciliación: el cuidado de su madre, con 91 años y enferma. El hospital niega tal adaptación novatoria, 6 días después, sobre la base de la pretendida carencia de fundamento legal y la falta de prueba suficiente de la necesidad que esgrime. La sentencia da la razón al trabajador en estricta

La razón conciliadora tiene tanta dimensión constitucional, como dosis de realismo social, cuando se proyecta en las necesidades de cuidar a personas ascendientes

aplicación de la [STC 26/2011](#). Así, de un lado, sí aprecia la situación de necesidad, pues resulta manifiesto que, una vez acreditada la edad de la madre, la situación habilitadora de la facultad de adaptación es manifiesta. De otro lado, en cambio, la posición comunicada por la empresa estaría huérfana de prueba de «la existencia de dificultades en la organización del trabajo [...]».

8. Más allá del trabajo de cuidar a los demás («cargas familiares»): ¿hay derecho a una «jornada a la carta» –aun con menú reducido– para recuperar una vida de pareja?

La pregunta, que ya no tiene una respuesta tan clara, es la relativa a las razones de conciliación de la vida personal, en aras, justamente, de una auténtica «soberanía del tiempo de trabajo» al margen de las «responsabilidades familiares» (que condicionan tanto o más que el trabajo productivo el tiempo de autodeterminación de vida). Ya se dijo el favor con que se ha acogido esta restricción legislativa por ciertos sectores de análisis y opinión, dando cuenta de algún pronunciamiento reciente en tal sentido (pareja de azafatos), evidenciando, por mi parte, la crítica desde el plano jurídico, sin que merezca la pena volver sobre ello. Ahora apelaré, sin embargo, a un argumento de «actualidad» y realismo, para evitar que los razonamientos se desenvuelvan en la abstracción. A tal fin traigo una noticia, relativa a la campeona española de natación sincronizada, Ona Carbonell.

Tras confesar que «le asusta» otro vacío, «el vacío tras la retirada», por lo que realiza terapia psicológica, reconoce que lo deja, defraudando las expectativas que se tenían con ella para los próximos Juegos Olímpicos (Tokio 2020), por resultar a todas luces inconciliable con su vida familiar: «[Dos familiares están enfermos y sentí que, por primera vez en mi vida, debía priorizar la familia al deporte](#)». En un testimonio estremecedor recuerda, la española con más medallas, lo que todos sabemos: maximizar el rendimiento laboral y la vida familiar fue, es y será incompatible. Es la familia la que se sacrifica para ese rendimiento, no viceversa. Todo lo demás son «milongas» o quimeras. Pero va más allá, refiriendo a su relación de pareja. Mi enfoque aquí –insisto– es jurídico, no sociológico, pero no me resisto –porque es difícil expresar con más realismo y emoción el conflicto conciliatorio, no solo para las personas deportistas de élite¹– a reproducir algunas de sus palabras:

En un testimonio estremecedor recuerda, la española con más medallas, lo que todos sabemos: maximizar el rendimiento laboral y la vida familiar fue, es y será incompatible

¹ La [STSJ de Cataluña 1171/2019, de 6 de marzo](#), confirma –revocando la decisión anulatoria de la instancia o primer grado social– la validez de la cláusula contractual que requiera del trabajador (programador de robots) disponibilidad total de movilidad a nivel mundial. Para el tribunal, se trata de una compañía internacional, por lo que los traslados temporales «son parte de la actividad de la mercantil». No obstante, se declara la improcedencia del despido al entender que el incumplimiento no reúne la gravedad suficiente para una sanción tan grave como es la de despido.

[...] Llevo toda la vida poniendo el deporte por encima de las personas y, por primera vez, sentía de corazón que tenía que priorizar a mi familia. Eso es incompatible con un año olímpico, que es lo más maravilloso para un deportista, pero exige estar permanentemente viajando y entrenando [...]. Mi corazón y mi cabeza no estaban en la piscina. [...] En una situación tan delicada como la actual, te das cuenta de que lo que más importa en esta vida es la gente que quieres y yo les he faltado. Ahora voy a estar. Para mi familia y para mi pareja, que llevo once años con él y no hemos podido tener una vida de pareja normal ni un minuto.

En suma, se abren aquí nuevos frentes de controversias que, lógicamente, deberán ser los tribunales los que los afronten. A tal fin, ponderarán adecuadamente las circunstancias concurrentes relativas a las necesidades «individuales» de las personas trabajadoras y las de las empresas, sobre bases parcialmente diversas, eso sí, a las necesidades familiares (el trabajo de cuidar a las personas descendientes menores –¿de 12 años?– o ascendientes –dependientes–), decidiendo, como es habitual, caso a caso (el eterno arte de lo bello y lo justo, también de lo imprevisible, de la norma del caso concreto). Convendrá recordar que la ley no busca tan solo un cambio de marco regulador, sino de cultura, y, en ese cambio, la vida personal, al margen de la familiar, debe hallar también su espacio.

9. La novación a la modalidad contractual de teletrabajo como opción del derecho a la «jornada a la carta».

Entre las auténticas novedades del artículo 34.8 del ET, se recordó la posibilidad que la norma legal prevé de utilizar como medida de conciliación no solo el tiempo de trabajo, sino también el lugar de prestación de servicios. Pues bien,

esa opción legislativa también se ha refrendado en sede judicial, con la [SJS núm. 1 de Martaró 251/2019, de 12 de septiembre](#). La sentencia estima la demanda interpuesta por la trabajadora (fisioterapeuta) sobre concreción horaria, con reducción de jornada (85 % de su jornada laboral por cuidado de un hijo menor de 12 años desde 2013), y novación de su distribución. Entre las propuestas que realizaba –más de una–, cumpliendo plenamente la condición de adaptación razonable, incluía la posibilidad de trabajar parcialmente a distancia (30 minutos). Frente a ello, la empresa rechazó la propuesta, sin más argumento que la imposibilidad de acomodar tal propuesta a su planificación a tal fin en el centro (residencia geriátrica), chocando de raíz con los intereses organizativos.

Entre las auténticas novedades, la norma legal prevé utilizar como medida de conciliación el lugar de prestación de servicios

En la sentencia se asume un específico enfoque constitucional de género (protección prevalente de las razones de la persona trabajadora por el riesgo de discriminación), además de un cuidadoso método de ponderación de todas las «concretas circunstancias personales y familiares que concurren en el trabajo, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia en la que presta servicios para ponderar si la negativa empresarial

a su pretensión constituye o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional». Al respecto, de interés es reseñar que sigue también la doctrina de la citada [STC 26/2011](#), por lo que no descarta atender a la «situación laboral de su cónyuge», pero sí excluyendo por completo la eventual disponibilidad de otros parientes (los abuelos). Aunque pesará más, en su decisión final, si la empresa acredita o no «graves dificultades organizativas suficientemente importantes como para excluir dicha petición». En el caso, se pondera de una forma prevalente las razones de necesidad conciliatoria sobre las organizativas, porque «[...] una parte del trabajo de fisioterapeuta consiste en rellenar el historial de los residentes en un sistema informático».

Además, la sentencia evidencia una cierta mala fe de la empresa, destacando la dilación que se produjo desde la recepción de la solicitud hasta la respuesta: 1 mes. La ausencia de buena fe (o al menos de espíritu colaborativo alguno; desde luego, la falta de empatía) del empleador se pondría de manifiesto no solo por esa dilación en el inicio del proceso de negociaciones, sino también por la falta de seriedad del mismo, pues la denegación tuvo lugar el mismo día en el que se reunió con la trabajadora.

10. ¿Cabe indemnización en caso de negativa injustificada a una persona trabajadora, más si es mujer, de su derecho-expectativa de conciliación razonable del trabajo en la empresa con el trabajo de cuidar? Tampoco hay suficiente consenso judicial al respecto, ni con relación a si procede o no el derecho indemnizatorio ni, mucho menos, al *quantum*, en caso de que se reconozca aquel. La citada [STSJ de Canarias/Las Palmas 858/2019, de 27 de agosto](#), sí lo reconoce.

El fundamento de tal derecho residiría en la existencia de un daño discriminatorio. Sin embargo, sorprende que, aceptándose –correctamente– esa base, luego se fije una cantidad muy exigua –3.125 €: la media pretendidamente virtuosa, en sentido aristotélico, al estar entre los 626 € del grado mínimo y los 6.250 € del grado máximo del [art. 40.1 b\)](#) en relación con el [art. 7.5 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) (LISOS) (infracción grave de normas relativas al tiempo de trabajo)–, cuando hubiera procedido, cuando menos, lo solicitado por la trabajadora –6.251 €, aplicando el mínimo del [art. 40.1 c\)](#) en relación con el [art. 8.12 LISOS](#) (infracción muy grave al vulnerar la prohibición de discriminación, en este caso por razón de sexo)–. A mi juicio, el derecho a una indemnización resarcitoria se engarza en el ejercicio del derecho de reducción de jornada, lo que exige que su interpretación y aplicación se realice también con perspectiva de género, y sin perjuicio, claro está, de atender a otras circunstancias, como la dimensión de la empresa (por ejemplo, [Auto del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2019, rec. 3209/2018](#), que deja firme la [STSJ de la Comunidad Valenciana 902/2018, de 13 de marzo](#); también la [STSJ de la Comunidad Valenciana 27/2019, de 8 de enero](#)).

Tampoco hay suficiente consenso judicial ni con relación a si procede o no el derecho indemnizatorio ni, mucho menos, al *quantum*, en caso de que se reconozca aquel

Precisamente, al rechazar el fundamento del derecho indemnizatorio en la prohibición de no discriminación (por entender que las medidas legales de conciliación son aplicables por igual a hombres y mujeres), agotándolo en un plano de legalidad ordinaria –[art. 139 LRJS](#)–, negará el resarcimiento la [STSJ de Madrid 413/2019, de 5 de abril](#). A su juicio –errado, al mío–:

En lo que se refiere a la petición acumulada de indemnización por perjuicios causados, ya hemos dejado dicho que no cabe apreciar en el presente caso lesión de derecho fundamental. Por tanto, la posible indemnización por perjuicios tendría que venir dada por razones de legalidad ordinaria, cuando la negativa empresarial haya obligado al trabajador/a a incurrir en gastos para atender la necesidad familiar a cuyo fin solicitó la adaptación horaria.

La contradicción es manifiesta con la [STSJ de Madrid 72/2019, de 25 de enero](#). Esta, una vez reprochada al recurrente su falta de diligencia a la hora de fundamentar la indemnización que pretende –3.000 €–, en aplicación del [artículo 139 de la LRJS](#), pues, si pretende daños materiales, no se habrían probado, y si pretende daños morales, tampoco los habría fundamentado de manera adecuada, concluye que, «[...] ante la magra actividad probatoria desplegada por la demandante, la sala considera que debe fijar, prudencialmente, tal indemnización por daños morales en la cantidad de 1.500 euros» (FJ 27.º). En este caso, sí presume daños morales, si bien tampoco hay motivo alguno para celebrar, en el plano jurídico, esta sentencia, pues amerita la misma crítica que le hace a la defensa letrada: demasiado «magro» su razonamiento jurídico, pues no fundamenta ni la causa de la indemnización –que debería ser el [art. 183 LRJS](#)– ni hace lo propio con el *quantum*, más allá, claro, del criterio de prudencia aristotélica –pides 3.000, te doy la mitad–.

También incurre en deficiente administración de justicia resarcitoria la [SJS núm. 1 de Mataró 251/2019, de 12 de septiembre](#), que sigue a pies juntillas la doctrina de suplicación canaria ya citada ([STSJ de Canarias/Las Palmas 252/2019, de 12 de marzo](#)), reconociendo una cuantía de 3.125 euros, por las mismas razones expuestas anteriormente. Ahora bien, hay diferencias en el caso concreto que evidencian una mayor insuficiencia protectora, pues a la infravaloración del daño discriminatorio –se queda en la legalidad ordinaria–, diluido además en el daño moral más tradicional («el precio del dolor de madre ante la incertidumbre del cuidado»), se suma la confusión del daño moral con el daño psicológico (biopsicosocial): «Entendiéndose [...] que dichos daños morales resultan acreditados por la situación de ansiedad que viene sufriendo la actora, existiendo parte médico, [...] [de] institución pública, [...] [y] plena relación de causalidad entre el estado de ansiedad que padece y la denegación [...]» (FJ 5.º). Consecuentemente, una conducta empresarial que genera tres tipos diversos de daños (discriminatorio, moral y biopsicosocial) se salda con la «friolera» de 3.125 euros.

11. Otra vez «en el nombre del padre»: ¿las jornadas demasiado prolongadas de trabajo pueden costar la custodia compartida? Los derechos (facultades)-deberes (responsabilidades) de conciliación de la vida laboral y familiar no solo se juegan en el ámbito

laboral, también en el ámbito civil. Diversas noticias difundidas en los últimos meses evidencian una realidad cada vez más presente: los excesos de jornada de trabajo, en especial en ciertos sectores, se están revelando también como fuente de un riesgo civil de pérdida de derechos de esta naturaleza, pudiendo privar de derechos civiles como el de obtener o conservar la custodia de los hijos en los casos de divorcio o, cuando menos, reducir las oportunidades para ello.

La disponibilidad real de tiempo para ejercer la conciliación aparece en el orden civil de la jurisdicción como condición para aquella custodia –aun compartida–, cuando se producen las crisis matrimoniales y se establecen unidades familiares separadas. Consecuentemente, **los progenitores con horarios más complicados deberán realizar un esfuerzo extra para conciliar**. Así lo confirmaría la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Badajoz 524/2019, de 9 de julio, que retiró la custodia compartida a un camarero porque su horario era incompatible con el cuidado de sus hijos. La madre –que trabaja de limpiadora en horario de mañanas– pidió la custodia monoparental a su favor después de que el padre se quedara dormido varias veces y no llevara a sus hijos al colegio. La actividad laboral de los progenitores, a veces, puede constituir un obstáculo para el buen fin del régimen de custodia compartida (por ejemplo, STS, Sala de lo Civil, 30/2019, de 17 de enero).

La actividad laboral de los progenitores, a veces, puede constituir un obstáculo para el buen fin del régimen de custodia compartida

Con todo, recuerda la Audiencia Provincial de Badajoz, con una dosis de sano realismo, el modelo de custodia compartida no puede estar previsto de forma ideal, tan solo para los progenitores que o estén empleados con horarios flexibles o se mantengan desocupados. En una sociedad donde es habitual que ambos padres trabajen a tiempo completo y donde las actividades diarias de los menores son múltiples:

[...] el cumplimiento de los deberes parentales no es siempre personalísimo. No es posible que uno mismo lo haga todo [...]. De ahí que la ayuda familiar y la ayuda externa estén a la orden del día [...]. Eso sí, estamos hablando de complementar, no de sustituir al progenitor en los quehaceres que le son propios. La delegación ha de ser puntual, no total. En este caso, quiebra el interés del menor y hace inviable cualquier tipo de custodia [...] (FJ 4.º).

En el asunto, aunque se reconoce al padre la honestidad de admitir que en más de una ocasión se quedó dormido, por las larguísimas jornadas, se concluirá su indisponibilidad real para el trabajo de cuidar. Por lo que fijará una pensión de 150 euros para cada uno de los hijos, quedando el tiempo de presencia en visitas los fines de semana alternos y vacaciones al 50 % con cada uno de los progenitores. La sentencia, que es firme y contra la que no cabe recurso, considera que la custodia compartida no es exclusiva para desem-

pleados o trabajadores con horarios flexibles, pero incide en que siempre debe prevalecer el bienestar del menor. Siendo razonable la decisión judicial, la doble penalización (laboral y familiar) para estos trabajadores está servida, sin que sean casos aislados, ni mucho menos (por ejemplo, [SAP de A Coruña 52/2019, de 7 de febrero](#), que retira la custodia a un padre por dejar regularmente a su hijo al cuidado de los abuelos, también por sus largas jornadas).

Emerge, pues, de esta doctrina judicial civil una pregunta laboral: ¿puede considerarse como motivo suficiente –razón de necesidad de conciliación– para solicitar la citada «jornada a la carta» (la formulación hace fortuna, al margen de su incorrección técnica, como sucede con otras, como, por ejemplo, el «derecho al olvido») el eventual riesgo de perder la custodia de los hijos menores? A mi juicio, la respuesta parece claramente positiva. En consecuencia, el derecho social de conciliación razonable de la vida laboral y familiar ex [artículo 34.8 del ET](#) actuaría como una garantía de efectividad real del derecho-deber civil a la patria potestad ex [artículo 154 del Código Civil](#), en general, y, más concreta y efectivamente, al derecho a la custodia de los mismos para las situaciones de separación de unidades familiares por crisis matrimoniales, sea en exclusiva sea, en especial, compartida, en aras, nuevamente, del principio de corresponsabilidad.

El derecho social de conciliación razonable de la vida laboral y familiar ex artículo 34.8 del ET actuaría como una garantía de efectividad real del derecho-deber civil a la custodia compartida, en aras, nuevamente, del principio de corresponsabilidad

12. ¿Y en el futuro qué?: el papel de la negociación colectiva y de la jurisprudencia social en la reconducción de un panorama extremadamente incierto. Aunque el balance que aquí se ha realizado de las primeras experiencias aplicativas de la mal llamada «jornada a la carta» nos permite precisar las respuestas a algunos problemas aplicativos de la reforma legal, sin duda son más los interrogantes que quedan abiertos, una vez evidenciada la conflictividad, creciente en este ámbito. Sin perjuicio de reseñar el papel de la intervención judicial en la clarificación de los mismos, conviene también aquí ser realistas –a veces este tipo de normas adolecen de un exceso de idealismo, también ciertas interpretaciones–, poniendo de relieve que no será, en modo alguno, la judicialización normalizada o generalizada la vía más justa, eficaz y eficiente para afrontar este tipo de conflictos –de derechos, sí, pero también de intereses legítimos muy complejos de resolver en una decisión «arbitral»–, sin duda sistémicos o estructurales en las empresas de nuestro tiempo y que irán aumentando en el futuro. Por eso, junto al papel de los poderes públicos, a través de las políticas de fomento (socialización de los costes de este trabajo de cuidar, por su dimensión de interés general, facilitando su externalización a través de servicios sociales o de mercado subvencionados), hay que destacar preponderantemente el de la autonomía colectiva, que a través de la negociación colectiva debe establecer las reglas más adecuadas para una ordenación más equilibrada, en términos de justicia y eficiencia, del conflicto trabajo-familia en las empresas, en todo tipo, no solo en las grandes.

Justamente, el refuerzo de la posición individual promovido por la norma legal puede ser una gran oportunidad para, ahora sí, tomarse más en serio esta cuestión, de modo que haya una negociación más extendida, porque la patronal sí tiene ahora claras razones para facilitarlos. Para prevenir escenarios conflictivos, o al menos contar con más mecanismos de gestión, las empresas deberían regular en sus convenios de empresa los términos del derecho a la adaptación de jornada.

En otro caso, o la empresa acepta la solicitud de adaptación o se entrará en un contexto o ambiente de tensión a raíz de la conflictividad entre ambas partes, que, de nuevo, llevará al lugar en el que no debiera terminar: la judicialización. Por supuesto, todo eso podrá ser creíble si, con carácter general, también la negociación colectiva asume su responsabilidad con la promoción de la igualdad real entre mujeres y hombres, en vez de seguir actuando en la práctica como una fuente de obstaculización, cuando no de perpetuación de discriminaciones. Solo por citar un ejemplo muy reciente, la [STS 589/2019, de 16 de julio](#), ha calificado de discriminatoria y contraria a la conciliación una cláusula convencional que requiere, para el cálculo de un complemento vinculado al trabajo durante un número de horas («complemento personal no absorbible de adaptación a la nueva jornada de carácter variable»), excluir el tiempo de baja por causas asociadas al alumbramiento (maternidad, paternidad, riesgo en el embarazo o riesgo en la lactancia, adopción o acogimiento de menores).

La sala de casación revoca la [Sentencia de la Audiencia Nacional 11/2018, de 22 de enero](#), y apela, entre otras razones, como la transversalidad del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación, al contemporáneo enfoque comunitario. A tal fin, aunque la [Directiva 2019/1158](#) aún no es aplicable por razones cronológicas, sí es útil como uno de los criterios orientadores a seguir en la interpretación de las normas actuales. Así establece que: «Las políticas de conciliación [...] deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo [...] el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres [...]» (considerando 6).

No será fácil, sin embargo, que el Tribunal Supremo pueda establecer criterios de unificación en la materia aquí analizada ([art. 34.8 ET](#)), no ya porque, en principio, se trate de una materia que no es, en línea de principio, recurrible ([art. 139 LRJS](#); [STS de 28 de junio de 2013, rec. 4213/2011](#); [STSJ de Madrid 234/2019, de 28 de marzo](#)), llamando al protagonismo de instancia, en la que los criterios son muy dispares, dado que hay varias vías abiertas para el recurso –por ejemplo, petición de indemnización por lesión de derecho fundamental–. La experiencia así lo demuestra (por ejemplo, [STSJ de Madrid 778/2017, de 19 de julio](#)). El verdadero problema está en su carácter extremadamente casuístico, pues, de conformidad con lo que se ha señalado, estamos ante una típica cuestión de ponderación de un sinfín de circunstancias *de facto* –personales, familiares, laborales, organizativas, etc.–. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que están en juego no solo aspectos de legalidad ordinaria, sino también de trascendentales derechos fundamentales, por lo que ha de primar esta trascendencia de los bienes en juego a eventuales obstáculos procesales.

En todo caso, insistimos, lo que parece disfuncional es el mecanismo mismo de la intervención judicial, tratándose más bien de un conflicto prototípico para la técnica de la conciliación extrajudicial. En suma, también es posible que el riesgo de deriva de la práctica hacia el «arbitraje judicial» –en alguna ocasión incluso más de equidad que de derecho–, en vez de perfeccionar el debido juicio de razonabilidad, optando por una de las partes sin reparar en las soluciones propicias al equilibrio, pueda tener su efecto incentivo de la negociación, como se ha dicho, tanto colectiva como individual. Pues: «Sabido que tienen más que perder, si el árbitro elige la posición final de la otra parte, los participantes están más dispuestos a hacer concesiones en la negociación para llegar a su propia solución» –Bazerman, M. H. y Neale, M. A. (1993). *La negociación racional en un mundo irracional* (p. 122). Barcelona: Paidós–.

Sea como fuere, lo cierto es que estamos ante bastante más que cambios legislativos y desafíos organizativos para las empresas. Se trata de un hondo cambio cultural que la sociedad debe asumir y desarrollar en su conjunto, siendo las empresas, en especial las de dimensiones más significativas, también las más competitivas, solo «motores del cambio», no las «supremas hacedoras». La cuestión es global, social, y, por lo tanto, la solución debería serlo también, en aras de una igualdad efectiva entre mujeres y hombres y un desarrollo más cualitativo del trabajo social de cuidar, que debe compartirse entre progenitores (compromisos de corresponsabilidad) y poderes públicos (promoción de la corresponsabilidad, también de servicios de apoyo para el trabajo de cuidar de una manera más compartida).

Estamos ante bastante más que cambios legislativos y desafíos organizativos para las empresas. Se trata de un hondo cambio cultural que la sociedad debe asumir y desarrollar en su conjunto

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2019). «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*, 441, 5-24.