

EL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO PARA CONCILIAR LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

(Comentario a la STSJ de Galicia de 24 de octubre de 2008, rec. núm. 1305/2008) *

ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

*Doctora en Derecho
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Universidad Europea de Madrid*

Extracto:

TIEMPO de trabajo. Jornada. Conciliación de la vida laboral y familiar. Trabajadora a tiempo parcial con hijo menor de 8 años que solicita modificación de su horario de trabajo al objeto de no prestar servicios los sábados, domingos y festivos. Tiene derecho a la concreción horaria, ya que debe prevalecer la necesidad de satisfacer el interés expresamente tutelado de atender al cuidado del hijo sobre el mero poder de organización de la actividad profesional, máxime si la empresa se basa para recurrir en la existencia de perjuicios para la misma de discriminación para el resto de trabajadores que no resultan acreditados.

Modalidades procesales. Permisos por lactancia y reducción de jornada. Cuando lo que se debate es el derecho mismo a adaptar el horario, el procedimiento adecuado es el ordinario, siendo la sentencia dictada en él recurrible en suplicación.

Palabras clave: conciliación de la vida familiar y laboral, derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada y reducción de jornada por cuidado de hijos.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 312, marzo 2009 y en *Normacef Socio-Laboral*.

Sumario

- I. Supuesto de hecho y cuestión debatida.
- II. Modalidad procesal adecuada y admisibilidad del recurso de suplicación.
- III. El derecho del trabajador a modificar su «tiempo de trabajo» para conciliar la vida familiar y laboral.
 1. Situación anterior a la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
 2. Situación posterior a la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: el derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores.
- III. El fallo de la STSJ de Galicia de 24 de octubre de 2008.
- IV. Conclusión.

I. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIÓN DEBATIDA

La sentencia objeto de este comentario plantea la controversia acerca de la existencia del derecho del trabajador a adaptar el horario para conciliar la vida familiar y laboral. Interesa destacar que los hechos tuvieron lugar después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ¹ –en adelante LOI–. La demandante, contratada a tiempo parcial, venía realizando una jornada laboral de 86 horas mensuales de lunes a domingo. Solicitó a la empresa una reducción de «jornada» por guarda legal de su hijo, procediendo a realizar una jornada semanal de 20 horas en el siguiente horario: de 12:30h a 16:30 horas, de lunes a viernes, excepto festivo. Dicha solicitud fue denegada por la empresa por considerar que este horario supondría la misma jornada de 20 horas semanales o las 86 horas mensuales que se establecía en su contrato de trabajo, y entender que no cabe el derecho a la concreción horaria si no va acompañado de una reducción de jornada. Con anterioridad, había presentado una solicitud con el mismo contenido tomando como apoyo el artículo 48 del *Convenio Colectivo Estatal de Elaboradores de Productos Cocinados para su venta a domicilio 2006, 2007 y 2008* que regula la reducción de jornada por cuidado de hijos. Dicha petición fue desestimada por la empresa, alegando, en lo que se refiere a la solicitud de horario de trabajo, que había transcurrido el plazo previsto tras la baja maternal en el propio convenio para la preferencia a la elección de turno de horario de trabajo sobre las nuevas incorporaciones. En concreto, el artículo 50 del convenio dispone que «los trabajadores con hijos menores de tres años de edad tendrán derecho de preferencia sobre nuevas contrataciones a la elección de turno horario de trabajo. La opción habrá de solicitarse por escrito antes del segundo mes siguiente a la incorporación al trabajo tras la baja maternal.»

Nos encontramos con doctrina de suplicación contradictoria sobre el derecho del trabajador a adaptar o definir su horario de trabajo sin que correlativamente se solicite una reducción de jornada. Recientemente, el Tribunal Supremo ha unificado doctrina en dos sentencias, de 13 y 18 de junio de

¹ BOE de 23 de marzo de 2007.

2008², declarando que, al menos antes de la entrada en vigor de la LOI, el derecho debatido estaba indisolublemente unido a la reducción de jornada. Considera la Sala que el Estatuto de los Trabajadores no contempla otra posibilidad de variación del horario que la del artículo 41.1 b), como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa en las condiciones tasadas por el precepto. Esta última afirmación resulta cuando menos discutible. El Tribunal Supremo juzgaba un caso anterior a la LOI, pero hizo importantes reflexiones acerca de los posibles cambios que esta pudiera haber introducido en la configuración del derecho discutido. La sentencia objeto de comentario, que por su fecha no pudo conocer el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo, destaca por su fundamentación, ya que considera que en el artículo 37 cabe tanto la reducción de jornada como la reducción de horario. Por otro lado, la sentencia plantea un problema interesante, ya que el convenio colectivo junto a la reducción de jornada para cuidado de hijos regulaba un derecho a adaptar la misma, consistente en la elección de turno. Pese a existir esa regulación, tanto las partes como el Tribunal reconducen el supuesto al primer derecho, lo que obliga a hacer una interpretación espiritualista tanto del artículo 48 del convenio, como del artículo 37 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores –en adelante TRET–.

II. MODALIDAD PROCESAL ADECUADA Y ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN

Previamente al examen de la cuestión de fondo, la Sala se plantea la procedencia del recurso de suplicación contra la sentencia de instancia. En un principio, de conformidad con el artículo 189 apartado 1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante TRLPL–, no procedería recurso si el procedimiento seguido en la instancia hubiera sido el regulado en el apartado b) del artículo 138 bis, cuyo objeto procesal es la concreción horaria de la reducción de jornada por motivos familiares de la trabajadora.

No obstante, el Tribunal considera en el caso enjuiciado que el procedimiento adecuado es el ordinario, toda vez que el objeto del litigio no es la concreción horaria derivada de una reducción de jornada, sino el reconocimiento del derecho a adaptar el horario, que hace derivar del artículo 37.6 del TRET. Contra las sentencias que versan sobre el reconocimiento o denegación de dicho derecho sí cabría, pues, recurso de suplicación, al no estar comprendidas de forma expresa en la exclusión del artículo 189.

Las sentencias de suplicación y el Tribunal Supremo han considerado que el cauce adecuado era el procedimiento ordinario en otros supuestos parecidos al planteado, arguyendo que lo pedido en la demanda era la declaración del derecho a disfrutar de un horario por parte del trabajador en un supuesto que no está comprendido dentro del artículo 138 bis del TRLPL, «y cuya decisión requiere una interpretación extensiva del alcance del artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores en un supuesto de no reducción de jornada, que es el contemplado en este artículo»³.

² Recursos 897/2007 y 1625/2007, respectivamente.

³ SSTs de 13 de junio y de 18 de junio de 2008 anteriormente citadas en nota 2.

Tras la entrada en vigor de la LOI, el cauce procedimental adecuado para resolver los litigios sobre el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada, al margen de la reducción de jornada, parece ser el previsto en el artículo 138 bis del TRLPL⁴, pero aun así cabría el recurso de suplicación, ya que el artículo 189 del TRLPL, que no ha sido modificado por dicha ley, no excluye todas las sentencias que recaigan en los procesos del 138 bis, sino solo aquellas que hacen referencia a la «concreción horaria y determinación de períodos de disfrute de permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares». Por la fecha de los hechos –octubre de 2007–, el procedimiento seguido debía haber sido el del artículo 138 bis. No obstante, tanto las partes como el tribunal no lo consideraron así, pues entendieron que el derecho dirimido no era el del artículo 34.8 del ET, sino el del 37.6 del mismo texto legal.

III. EL DERECHO DEL TRABAJADOR A MODIFICAR SU «TIEMPO DE TRABAJO» PARA CONCILIAR LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

1. Situación anterior a la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

1.1. El derecho del trabajador a modificar el tiempo de trabajo como cuestión previa.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de junio de 2008 señalaba que, al margen del artículo 37.5 del TRET, no se contempla en el ET otra posibilidad de variación del horario que la del artículo 41.1 b), como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa en las condiciones tasadas por el precepto. Lo cierto es, sin embargo, que tanto el ET, como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, reconocen a determinados sujetos la facultad de modificar la variable del tiempo de trabajo. El estudio de estos supuestos puede ayudarnos a entender el sentido del artículo 37.6 del TRET, así como del nuevo artículo 34.8.

1.1.1. El derecho a modificar el tiempo de trabajo por cuidado de hijos y familiares, mediante la reducción de la jornada.

El legislador ha previsto tradicionalmente medidas de distinto alcance y configuración que ayudan al trabajador a conciliar su vida familiar y laboral. Algunas de ellas afectan a las prestaciones básicas de la relación laboral, de forma que la obligación del trabajador de prestar servicios se suspende, y paralelamente la obligación empresarial de retribuir. Son medidas como la suspensión del contrato por maternidad o paternidad, o la excedencia por cuidado de hijos y familiares. En otras

⁴ Así lo entienden SEMPERE NAVARRO, A.V., y CHARRO BAENA, P. («Adaptación del horario de trabajo por cuidado de un hijo discapacitado», *Aranzadi Social, Westlaw.es*, BIB 2008\2713) que citan las SSJS núm. 4 Sevilla de 30 de noviembre de 2007, núm. 33, Barcelona de 15 de enero de 2008 y Santander de 30 de junio de 2008. *Vid.*, también ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Derivaciones procesales de la Ley de Igualdad», *Aranzadi Social, Westlaw.es*, BIB 2007\813.

ocasiones, se interrumpe solo la prestación de trabajar. Así ocurre con el permiso de lactancia o con el permiso por nacimiento de hijos o familiares hospitalizados. Existe otro tipo de medida que no afecta a la obligación de trabajar, sino que incide en uno de los elementos de la relación, la jornada, permitiendo al trabajador su modificación unilateral de forma provisional. Dicha medida, consistente en el derecho a reducir la jornada de trabajo, con reducción proporcional de la retribución, para atender a hijos menores o familiares dependientes –mayores y enfermos–⁵, se regula en el artículo 37.5 del TRET.

En su redacción originaria, existía una laguna al no indicarse a cuál de las partes correspondía la concreción del horario de la nueva jornada reducida. Ello dio lugar a que, en no pocas ocasiones, el empresario aceptara la reducción, pero tratara de imponer el horario. Ante el conflicto de intereses que se planteaba, los Tribunales fueron elaborando una doctrina que atribuía al trabajador la facultad de concretar el horario adecuado para el cuidado del menor o del familiar, por considerar que es el único capacitado para decidir cuál es el período más idóneo para cumplir las obligaciones derivadas de la patria potestad que le competen. Solo de forma excepcional, cuando ese derecho entrase en colisión con el derecho de dirección y organización del empresario habría que valorar las circunstancias concurrentes en cada caso, incluida la buena fe, para atribuir esa facultad a uno o a otro⁶.

Conforme señaló el Tribunal Supremo en sentencias de 20 de julio de 2000⁷ y 11 de diciembre de 2001, el juez debe tener en cuenta, al ponderar los intereses en juego, que el artículo 37.5 del TRET forma parte del desarrollo del mandato constitucional del artículo 39, que establece la protección a la familia y a la infancia. Esta medida tiende a proteger «no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que

⁵ En concreto, el artículo 37.5 del TRET, en su redacción actual, señala que «Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho 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, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida».

⁶ Se valoran circunstancias tales como la coincidencia entre el horario reducido y los horarios de guardería, los horarios de la pareja, la plantilla de la empresa, la posibilidad de contar con la ayuda de los padres... En la STS de 16 de junio de 1995 (Rec. 3849/1994), la Sala estimó que la elección por la actora –que realizaba una jornada normal de las 14 a las 22 horas– de las cuatro primeras era el horario más adecuado al interés del menor y que debía prevalecer sobre la que trató de imponerle la empresa por razones de productividad de 18 a 22 horas, aduciendo que es notorio que la presencia de la madre con el menor se hace más intensa en estas últimas horas cuando se han cerrado las guarderías y hay que proceder a su higiene, alimentación y prepararle para dormir. En el caso analizado por la STSJ Castilla-La Mancha de 4 de julio de 1997, la Sala da la razón a una trabajadora que había solicitado reducción de jornada y que la misma se llevase a efecto adelantando siempre la hora de salida del trabajo, aplicando sin embargo la empresa la reducción, en atención a la prestación rotatoria del trabajo por la demandante, unas veces adelantando la hora de salida, otras retrasando la hora de entrada y adelantando la de salida, y finalmente, otras retrasando la hora de entrada. En el mismo sentido, dando la razón a la trabajadora, *vid.*, SSTSJ Navarra de 31 de diciembre de 1997, Madrid 7 de septiembre de 1999 y Murcia 13 de marzo de 2000. En sentido contrario, da la razón a la empresa la STSJ de Andalucía/Málaga de 22 de marzo de 2002 (Rollo 2194/2001): rechaza el pedimento de reducir la jornada en semanas alternas sucesivas de dos días la primera, y tres días la segunda, porque, además de causar un perjuicio organizativo al empresario, no permite el adecuado ejercicio de la ocupación laboral, ni posibilita la atención adecuada del hijo, pues el cuidado de este ha de ser diario.

⁷ Recurso 3799/1999.

enumera el artículo 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible»⁸.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁹, recogió esta doctrina finalmente, y añadió un párrafo 6 al artículo 37, reconociendo en él que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada «corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria». Se indicaba, además, que las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute serían resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis del TRLPL.

La reforma legislativa no puso fin a los problemas interpretativos. Es habitual que en trabajadores con sistema de trabajo a turnos rotatorios y/o con jornadas de lunes a domingos, la solicitud de reducción de jornada venga acompañada de la petición de la adscripción a un turno fijo y/o de la exclusión de prestar servicios en sábados, domingos y festivos. Resulta controvertido si el derecho a la «concreción horaria» puede ejercerse con tal extensión, ya que el apartado 6 del artículo 37 indica que dicha concreción tendrá lugar «dentro de su jornada ordinaria». Algunas sentencias interpretaron de forma restringida dicho precepto y concluyeron que el nuevo horario debía desenvolverse dentro de los límites de la jornada pactada, de forma que si esta se prestaba a turnos, el nuevo horario debía fijarse dentro de cada turno¹⁰.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, en Sentencia 3/2007, de 15 de enero¹¹, rechaza una interpretación restringida de la norma que prescindiera «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 del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que esta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma».

Considera el Alto Tribunal que la dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del artículo 37 del TRET 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 de las mujeres trabajadoras (art. 14 CE), 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.

⁸ SSTS de 20 de julio de 2000 (Rec. 3799/1999) y de 11 de diciembre de 2001.

⁹ BOE del 6 de noviembre.

¹⁰ STSJ Madrid de 22 de octubre de 2002 (Rec. 2124/2002).

¹¹ Recurso 6715/2003 (BOE de 15 de febrero de 2007). En el caso que da lugar al recurso de amparo, la trabajadora con régimen de trabajo a turnos de mañana y tarde, solicitaba, en virtud del artículo 37.5 del TRET, la concentración de la jornada en tres días de la semana y en horario exclusivamente de tarde.

Corresponde una vez más al juez valorar las circunstancias concretas del caso, ponderando tanto el derecho del trabajador a conciliar su vida familiar y laboral, como los intereses organizativos de la empresa. Sobre el trabajador recae la carga de la prueba de aquellas circunstancias que favorecen su pretensión en el proceso, y a la empresa corresponde la carga de la prueba de la realidad de las dificultades organizativas que invoque ¹².

1.1.2. Otras modificaciones del tiempo de trabajo: el derecho a modificar el horario y la distribución de la jornada.

a) El derecho del trabajador a modificar el horario por razones de salud.

Conforme al artículo 36.4 del TRET, si al trabajador nocturno se le reconocen «problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno», tiene derecho a ser ubicado en un puesto con horario diurno «que exista en la empresa y para el que sea profesionalmente apto». Como puede observarse, se trata de un derecho directamente aplicable, sometido únicamente a dos condicionamientos: que el puesto exista en la empresa, y que el trabajador tenga las aptitudes para prestarlo. No se condiciona al pacto con el empresario, ni a su recepción en un convenio colectivo. El cambio de puesto deberá realizarse siguiendo las reglas de la movilidad funcional del artículo 39 del TRET, o de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 del TRET, según la naturaleza del cambio ¹³.

Un supuesto específico de derecho a la modificación de horario por razón de protección de la salud del trabajador es la previsión del artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales ¹⁴, que impone al empresario, en el caso de riesgo evaluado sobre el embarazo o la lactancia natural, la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición al riesgo, a través de una «adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos». El cambio a un puesto diurno o a un horario fijo –no rotatorio–, es no solo un derecho de la trabajadora, sino también un deber ¹⁵. Nuevamente, no se condiciona al pacto con el empresario o a la previsión en convenio colectivo.

b) El derecho del trabajador a adaptar su jornada para asistir a cursos de formación.

El legislador establece ciertas garantías para el trabajador en orden a hacer efectivo el derecho a su promoción y formación profesional en el trabajo, reconocido en el artículo 4.2 b) del TRET, dictado en desarrollo de los artículos 35 y 40.2 de la Constitución.

¹² STSJ Madrid de 21 de mayo de 2008 (Rec. 2064/2008): reconoce el derecho de la trabajadora que tenía horario de lunes a sábado a reducir su jornada, librando un sábado sí y otro no; STSJ Castilla y León/Burgos de 10 de noviembre de 2006 (Rec. 518/2006).

¹³ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2007, pág. 562. Según la STSJ Castilla-La Mancha de 1 de julio de 1999 (Rec. 1082/1998), el cambio no tiene que realizarse necesariamente a un puesto diurno de la misma categoría profesional.

¹⁴ BOE de 10 de noviembre de 1995.

¹⁵ MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «La protección jurídica de la mujer trabajadora», *Consejo Económico y Social. Colección Estudios*, núm. 162, pág. 142.

En este sentido, el empresario está obligado a facilitar al trabajador la adquisición, fuera de la empresa, de dicha formación. Entre las medidas previstas en el artículo 23, y en lo que aquí interesa, destacan dos:

- La preferencia para elegir el turno de trabajo, si tal fuera el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional ¹⁶.
- El derecho a la adaptación de su jornada ordinaria para la asistencia a cursos de formación profesional.

El artículo 23.1 b) reconoce al trabajador el derecho a la «adaptación» de la jornada ordinaria de trabajo (variación de horario, reducción del tiempo de trabajo, etc.) para la asistencia a cursos de formación profesional. El apartado 2 del mismo precepto indica que «en los convenios colectivos se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos».

El problema que plantea el artículo 23 es la falta de concreción, ya que remite a la negociación colectiva los términos del ejercicio de ambos derechos. La doctrina ha sostenido dos interpretaciones ¹⁷:

- Por un lado, se sostiene el carácter meramente programático del precepto, de forma que, en ausencia de convenio colectivo, no sería directamente aplicable.
- Por otro lado, se defiende que pese a que la norma pueda parecer incompleta, puede y debe ser aplicada directamente. Aun cuando no exista convenio colectivo, el trabajador podría ejercitar el derecho en los términos del acuerdo al que llegue con el empresario y, en su defecto, según la interpretación jurisprudencial que tendrá en cuenta las circunstancias concurrentes, dentro de los principios de la buena fe y la corrección. Respecto de la elección del turno, así lo ha entendido la jurisprudencia y la doctrina de suplicación ¹⁸. Especialmente clara es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas, de 16 de mayo de 2001 ¹⁹, al estimar que el artículo 23 del TRET y el convenio no pueden quedar vacíos de contenido por el mero hecho de que aquel se remita a la negociación colectiva y el convenio nada determine al respecto. Reconocido el derecho, este habrá de ser ejercitado en todo caso conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil), solo limitado por derechos de rango superior o equivalente al derecho de promoción o por las exigencias organizativas de la empresa.

¹⁶ La STSJ Madrid de 15 de julio de 1999 niega que el trabajador pueda elegir un turno de trabajo que no exista efectivamente en la empresa.

¹⁷ Las dos interpretaciones doctrinales se han tomado de ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J., SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato individual*, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 422.

¹⁸ SSTSJ Cantabria de 22 de febrero de 1991 y Galicia de 26 de julio de 1993. Las SSTS de 25 de octubre de 2002 (Rec. 4005/2001) y de 6 de julio de 2006 (Rec. 1861/2005) conocieron sobre unos hechos en los que, estando instaurado en la empresa un sistema de turnos rotatorios, el trabajador solicitaba que se le adscribiera de forma fija a uno de ellos. En los casos analizados, no consta que el convenio concretara el derecho a elegir turno. El Tribunal da la razón al trabajador con base en el artículo 23 del TRET y considera que el derecho a elegir turno existe con independencia del régimen instaurado por la empresa, ya se trate de turno fijo o rotatorio. En el mismo sentido, STSJ Aragón de 13 de mayo de 2002 (Rec. 997/2001).

¹⁹ Recurso 854/1999.

c) El derecho de las mujeres víctimas de violencia de género a flexibilizar el tiempo de trabajo.

Entre las medidas laborales protectoras de la trabajadora, víctima de violencia de género, destacan aquellas que, manteniendo la relación laboral, inciden en la variable tiempo de trabajo, de forma que le permiten tener unas condiciones de horario que hagan posible recibir la protección y asistencia social necesaria, así como dificultar el seguimiento de la víctima por su agresor, al impedirle conocer con certeza los horarios de entrada y salida de la misma. Son tres las maneras de llevar a cabo dicha reordenación del tiempo de trabajo:

1. Mediante la adaptación del horario.
2. Mediante la aplicación del horario flexible.
3. Mediante la aplicación de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

La remisión que hace el artículo 37.7 del TRET a «otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa» parece hacer referencia a formas de organización previstas de forma colectiva para todos los trabajadores de la empresa²⁰. En este caso, la trabajadora podría solicitar su aplicación prioritaria. Por ejemplo, si existe un sistema de trabajo a turnos, la trabajadora podría pedir de forma eventual su aplicación o cambiar el orden o la periodicidad de la rotación o, incluso, solicitar la adscripción a un turno determinado. Cabría también, de haberse previsto así en el convenio colectivo, las posibilidades de anticipar las vacaciones anuales para las trabajadoras que lo soliciten²¹, teletrabajar o alternar la actividad presencial con el teletrabajo²², fragmentar las vacaciones, modificar los días de descanso semanal, etc.²³.

Son escasos los convenios que regulan los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género²⁴. En aquellos que lo hacen destaca que la reordenación de tiempo de trabajo es un derecho que suele ser recogido en los convenios analizados²⁵, aunque la mayoría se limita a reproducir el

²⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V., «La Ley Orgánica contra la violencia de género: una introducción para iuslaboralistas (II)», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2005, *Westlaw.es* (BIB 2005/1145)), pág. 6; de la misma opinión es ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 291, 2007, pág. 9.

²¹ El derecho a la anticipación de las vacaciones se recoge en el artículo 37 del CC. Comercio Textil de Barcelona; artículo 43 del CC. PANSFOOD (2005-2008); artículo 44 del CC. ESTABLIMENTS VIENA (2005-2008).

²² El Acuerdo del Grupo PSA recoge la posibilidad de teletrabajar en el artículo 4.

²³ Los ejemplos sobre las posibilidades de actuación sobre la ordenación del tiempo de trabajo son de SEMPERE NAVARRO, A.V., «La Ley Orgánica contra la violencia de género... (II)», *op. cit.*, pág. 7.

²⁴ De 311 convenios colectivos analizados de los años 2005-2008, solo 27 han incorporado cláusulas específicas sobre violencia de género. *Vid.* ROLDÁN MARTÍNEZ, A., y TORRENTS MARGALEF, J., «Violencia de género, acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral», en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque multidisciplinar*, págs. 282-299.

²⁵ *Vid.*, el artículo 37 del CC. Comercio Textil de Barcelona que recoge el derecho a jornadas flexibles «durante el período de tiempo suficiente para que la víctima normalice su situación»; en los mismos términos recogen este derecho el artículo 43 del CC. PANSFOOD (2005-2008); artículo 44 del CC. ESTABLIMENTS VIENA (2005-2008), artículo 53

contenido del artículo 37.7 del TRET sin tener en cuenta que en el articulado del propio texto convencional no se recogen formas diversas de organización del trabajo, ni la posibilidad de horario flexible, lo que dificulta seriamente la posibilidad de ejercer este derecho.

El último párrafo del artículo 37.7 del TRET prevé que «estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada». El precepto reconoce que en defecto de pacto colectivo o de acuerdo individual con la trabajadora, «la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora». La empresa no puede oponerse a ello, salvo que acredite razones organizativas serias y firmes²⁶. Si existieran discrepancias se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis del TRLPL.

1.2. El derecho del trabajador a adaptar la jornada y su distribución para conciliar su vida familiar y laboral: el silencio legal y la previsión de los convenios colectivos.

Fuera de los casos anteriormente analizados, se ha discutido si existe un derecho autónomo, independiente de la reducción de jornada, a la adaptación de horario con el fin de conciliar la vida familiar y laboral. Caben al menos tres interpretaciones posibles:

- Una interpretación literal, conforme a la cual el derecho de concreción horaria aparece íntimamente ligado a la reducción de jornada, pues el 37.6 es consecuencia y tiene como presupuesto el 37.5²⁷.
- Una interpretación espiritualista del artículo 37.6, atendiendo al bien que se considera necesitado de protección y que, como señaló el Tribunal Supremo, no es solo el derecho a conciliar vida familiar y laboral, sino también el interés del menor a recibir la mejor atención posible. El deber y finalidad de proteger a la familia y a la infancia prevalecerían y servirían de orientación para resolver cualquier duda interpretativa, así como para dar al sentido literal de las palabras de la ley la mayor eficacia posible conforme al espíritu de esta. En consecuencia, al margen del derecho a reducción de jornada, existiría el derecho de los trabajadores a solicitar el horario o turno más conveniente para atender sus necesidades familiares²⁸. En términos puramente técnicos, cabría interpretar también que una medida que permite el

CC. TELEFÓNICA GESTIÓN DE SERVICIOS COMPARTIDOS (2006-2007); artículo 29 CC. CTC INGENIERÍA APLICADA (2005-2007); artículo 54 CC. HOSPITAL DE FUENLABRADA; artículo 85 CC. AENA (2006).

²⁶ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004...», *op. cit.*, pág. 94.

²⁷ SSTSJ Madrid de 28 de febrero de 2007 (Rec. 5368/2006), Cataluña de 22 de enero de 2007 (Rec. 7085/2005).

²⁸ STSJ Madrid de 19 de diciembre de 2007 (Rec. 4598/2007): la trabajadora estaba adscrita a un turno de retén lo que le imponía la obligación de estar localizable y disponible durante 24 horas, no precisándose presencia física, pero con obligación de acudir al centro de trabajo en un plazo inferior a 60 minutos de 8 a 22 horas y en un plazo inferior a 80 minutos el resto de jornada. La Sala concede el derecho a quedar adscrita a uno de los turnos de forma fija, aun cuando en la empresa solo existían turnos rotatorios, pues era perfectamente factible para la empresa que trabaja las 24 horas, y quedaba demostrado que el turno de retén claramente impide la organización familiar, y el cuidado y la atención de los hijos.

ajuste en la duración y distribución del tiempo de trabajo como un todo, también puede dar pie a considerar que permite e integra el disfrute de un solo aspecto del mismo ²⁹.

- Una interpretación que afirme la existencia de un principio general del Derecho que sirve de criterio orientador en la labor interpretativa de las normas y actúa como fuente del Derecho en caso de insuficiencia de ley o de convenio: la conciliación de la vida familiar y laboral ³⁰. La obligación de procurar al trabajador la consecución de ese objetivo no se detendría en el mero cumplimiento de las disposiciones que establece el artículo 37.5 del TRET. La empresa tendría el deber de facilitar a sus empleados fórmulas que, más allá de los concretos derechos que previene esa normativa, les permitan armonizar necesidades familiares y trabajo con el menor sacrificio posible para ellos cuando los legítimos intereses empresariales no sufren con la medida ningún perjuicio o menoscabo tangible. Sería esta una manifestación del deber de ejercitar los derechos con arreglo a la buena fe que enuncia el artículo 7.1 del Código Civil ³¹.

El Tribunal Supremo ha optado recientemente por la primera interpretación en las sentencias de 13 y 18 de junio de 2008 ³². Ambas sentencias contienen, no obstante, dos votos particulares que entienden que estamos ante una laguna legal que puede resolverse bajo criterios de interpretación por nuestros Tribunales. Los fundamentos de las sentencias afirman que el artículo 37.5 no es «un texto abierto sobre el que configurar diferentes posibilidades para la conciliación, a merced de la creatividad de las partes. Se trata de una norma positiva que contempla una modalidad específica de auxilio a trabajadores con necesidades familiares que atender», en concreto la reducción de jornada. El derecho a la concreción horaria del apartado 6 no puede desvincularse del apartado 5, pues no se trata de dos derechos independientes sino de uno solo, la reducción de jornada en el apartado 5 y la extensión en la que puede ejercitarse, con arreglo al apartado 6.

Entiende el Tribunal que, a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, tampoco cabe elaborar un nuevo catálogo de derechos al arbitrio de una de las partes. Rechaza la aplicación de la STC 3/2007 a estos casos pues aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario con apoyo en el artículo 37.5 y 6 del TRET, como en la sentencia del Tribunal Constitucional, sino solo de una petición de cambio de horario, y por tanto de

²⁹ EZQUERRA ESCUDERO, L., «La reducción de jornada por guarda legal», *Aranzadi Social, Westlaw.es*, BIB 2008/2453.

³⁰ MOLINA NAVARRETE, C., «Un nuevo paso en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal», *Diario La Ley*, núm. 7057, 17 de septiembre de 2008, págs. 2 y 3.

³¹ SSTSJ Islas Baleares de 4 de julio de 2005 (Rec. 297/2005), Madrid de 19 de mayo de 2008 (Rec. 479/2008).

³² La actora, madre de una hija con un grado de minusvalía del 51 por 100 había trabajado desde febrero de 1996 a tiempo parcial (90%). En el año 1998 se produjo una segunda novación de su contrato, pasando a prestar servicios al 64,07 por 100 de la jornada anual, con obligación de trabajar los sábados y vísperas de festivos si era requerida, y mayor concentración en los meses de enero, julio, agosto y diciembre, trabajando 12 días al mes con horario de 13,40 a 22,10 horas. En fecha 3 de febrero de 2006 solicitó de la empresa pasar a realizar la jornada de trabajo de lunes a viernes de 9,30 hasta las 14,30 horas para el cuidado de su hija, lo que le fue denegado. Formulada demanda, el Juzgado de lo Social núm. 12 de Málaga, por sentencia de 14 de julio de 2006 desestima la pretensión actora, por entender que no concurren los requisitos previstos en el artículo 37, apartados 5 y 6 del ET. Previa a la celebración del juicio, la empresa propuso a la actora acceder a lo solicitado, si bien provisionalmente, y para no conculcar derechos de otros trabajadores con jornada reducida por cuidado de hijos, en otro centro de trabajo del grupo, más cercano al domicilio de la actora, en el horario solicitado durante el plazo de un año, transcurrido el cual, seguiría en las condiciones requeridas por la trabajadora en su actual centro de trabajo; propuesta que fue rechazada por la actora.

turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal al no estar comprendido en el artículo 37 del TRET, y en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir funciones legislativas.

Interesa destacar que en los casos analizados por el Tribunal Supremo, la empresa no alegó los perjuicios que la decisión de la trabajadora podía causarle. Su negativa, así como el razonamiento del Tribunal, se apoyan exclusivamente en la falta de cobertura legal en el artículo 37.5 del TRET. Es decir, pese a lo razonable de la decisión, como lo demuestra el hecho de que la misma empresa finalmente en el acto de conciliación accediera al cambio de forma provisional, lo cierto es que prima ante todo la falta de previsión legal expresa.

La modificación del horario o de la distribución de la jornada requiere, pues, una reducción de jornada. Quiere ello decir que será suficiente con que esta se haya solicitado una vez. Posteriormente, resulta controvertido si desde la jornada reducida, se puede solicitar una concreción horaria distinta. En este sentido un sector de la doctrina opina que aunque no se solicite una nueva reducción de jornada, el trabajador puede cambiar la concreción horaria, de acuerdo con el cambio que puedan experimentar las necesidades que el cuidado del menor o del familiar exigen³³.

Pese al silencio de la ley, lo cierto es que la negociación colectiva venía recogiendo derechos de adaptación del tiempo de trabajo para conciliar la vida familiar y laboral. Así, en relación con el cuidado y atención de los hijos naturales o adoptados se preveía el disfrute del descanso semanal en sábado y domingo para trabajadores que tuvieran la tutela de hijos con edad inferior a cuatro años siempre que ello fuera posible, es decir, que el número de trabajadores ausentes por tal motivo no generase, a juicio de la empresa, el deterioro del servicio, y se establecía el régimen de jornada flexible con objetivos de conciliación para todos los trabajadores o limitada a aquellos con hijos discapacitados, y en ambos casos, previo acuerdo entre empresario/representantes de los trabajadores o empresa/trabajador, cambios de jornada por motivos personales, etc.³⁴. La misma sentencia objeto de este comentario nos ofrece un ejemplo de este tipo de cláusulas, pues el convenio colectivo aplicable al caso enjuiciado reconocía a la trabajadora un derecho preferente a elección de turno, ejercitable dos meses después de la incorporación de la maternidad, y hasta que el niño cumpliera tres años. En definitiva, en tanto suponían una mejora de las previsiones legales, y no eran contrarias a normas imperativas, dichas cláusulas podían formar parte del contenido de la negociación colectiva.

2. Situación posterior a la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: el derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores.

La disposición adicional décimo primera, apartado quinto, de la LOI dio nueva redacción al apartado 5 del artículo 37, con la finalidad de elevar a 8 años la edad del menor, cuyo cuidado justifica la

³³ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social», *Consejo Económico y Social. Colección Estudios*, núm. 159, pág. 152. Cita la autora la STSJ Comunidad Valenciana de 27 de septiembre de 2001.

³⁴ ALAMEDA CASTILLO, M.T., «Flexibilidad en el tiempo de trabajo y retribución», AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque multidisciplinar*, pág. 98.

concesión de la reducción de jornada, y para reducir a 1/8 la reducción mínima de la jornada. Dejó, sin embargo, inalterado el apartado 6. Así pues, en dicho precepto no se ha producido ninguna modificación que pueda repercutir en el controvertido derecho que estamos analizando, ya que continúa la interpretación del Tribunal Supremo conforme a la cual el apartado 6 es inseparable del apartado 5.

La gran novedad se encuentra en la disposición adicional décimo primera. Tres de la LOI que introdujo en el artículo 34 del TRET un apartado 8 con la siguiente redacción: «El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella». El reconocimiento de este derecho se ha realizado de forma amplia, no solo para conciliar la vida familiar y laboral, sino para permitir al trabajador que desarrolle su vida personal.

Dicho precepto debe ponerse en conexión con el artículo 44.1 de la LOI que prevé que «los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio». Este artículo, como ha señalado la doctrina, contiene un reconocimiento muy genérico de los derechos de conciliación de vida personal, familiar y laboral. A diferencia del precepto anterior, no contienen ninguna referencia a las fuentes reguladoras de dicho derecho, en particular, a la negociación colectiva³⁵.

La regulación se completa regulando el procedimiento que deberá seguirse en caso de discrepancia entre trabajador y empresario. La disposición adicional décimo primera, apartado veinte, de la LOI añade una disposición adicional decimoséptima al ET, aplicable a las discrepancias que surjan en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral –dentro del cual se incluye el nuevo derecho del art. 34.8–, «reconocidos legal o convencionalmente». Conforme al nuevo precepto, se resolverán por la jurisdicción a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis del TRLPL. Parece ser que se resolverían por este procedimiento tanto las controversias sobre el hecho mismo de la concesión del derecho, como su forma de disfrute; esto es, la concreción horaria solicitada por el trabajador.

La redacción del artículo 34.8 resulta ambigua y técnicamente defectuosa. En primer lugar, es criticable la redacción utilizada –«duración y distribución de la jornada»–, ya que resulta un tanto vaga. El legislador no ha querido concretar en qué consisten esos derechos, algo que venía haciendo tradicionalmente a la hora de configurar derechos que permitían al trabajador modificar su tiempo de trabajo, hablando expresamente de reducción de jornada, de elección de turno, de no trabajar en horario nocturno, de adaptar el horario, de elegir un horario flexible, etc.

Creemos que la expresión «duración» de la jornada hace referencia a la jornada máxima del trabajador, que, conforme al artículo 34 del TRET, se fija con carácter anual. La «distribución» hace referencia al reparto de las horas anuales a lo largo de los meses y semanas, hasta llegar a la unidad

³⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «El complejo juego entre la ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres: significación general y manifestaciones concretas (I)», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2007, 1.008-1.009.

inferior de tiempo que es el día. En este sentido, la expresión utilizada en el artículo 34.8 es amplísima y «puede abarcar aspectos relacionados con la turnicidad, los horarios (flexibles, rígidos, variables, etc.), la jornada partida o continuada, «y otros aspectos conectados con la propia ordenación del tiempo de trabajo, entre los que se encuentra el derecho a que la duración de la jornada se amplíe –más improbable– o se reduzca –con o sin pérdida de salario– en función de sus necesidades de conciliación»³⁶. Corresponde al convenio colectivo o al acuerdo individual concretar en qué van a consistir esos derechos³⁷. El acuerdo individual, en su caso, deberá respetar lo establecido en el convenio. Conforme al artículo 3.1 c) del TRET, ello supone que el contrato no podrá establecer unas condiciones menos favorables para el trabajador que las previstas en el convenio, pero sí está en su mano el mejorarlas.

En segundo lugar, la redacción del artículo 34.8 recuerda la del artículo 23. No resulta del todo claro si el legislador ha querido reconocer el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada a todos los trabajadores, remitiendo a la negociación colectiva, o al acuerdo con el empresario, únicamente los términos en que puede llevarse a cabo, o si, por el contrario, los trabajadores disfrutarán de este derecho solo si ha sido reconocido en el convenio y en los términos que este fije. Nuevamente, al igual que en su momento se planteó con el derecho a la adaptación de jornada del artículo 23, nos preguntamos si estamos en presencia de una norma de carácter programático o ante una norma de aplicación directa. Es decir, ¿reconoce el legislador un auténtico derecho de los trabajadores o se trata de una mera expectativa de derecho que necesariamente debe concretarse en la negociación colectiva o en el acuerdo individual? Si comparamos el artículo 34 con el artículo 37.7, observamos que en ambos supuestos el legislador remite al convenio colectivo o al acuerdo individual los términos de su ejercicio. No obstante, a diferencia del artículo 34, que guarda silencio, el artículo 37.7 sí prevé la posibilidad de que falte la autonomía colectiva o individual: en este caso, la concreción de estos derechos corresponde a la trabajadora y en caso de discrepancia, será el juez quien dirima la cuestión a través del procedimiento del artículo 138 bis del TRLPL. Esta última precisión es muy importante, ya que, como hemos visto, la negociación colectiva no ha atendido el mandato legal y son escasos los convenios que regulan esta cuestión, algo que, nos tememos, va a ocurrir con el nuevo derecho del artículo 34.8 del TRET.

Realizando una interpretación espiritualista de la norma, la primera interpretación conforme a la cual estamos en presencia de un derecho directamente aplicable sería razonable. Ya hemos visto que en un caso de redacción parecida –los derechos de formación– la jurisprudencia ha terminado entendiendo que, al menos, el derecho a elección de turno era directamente aplicable. Por otro lado, cuando el derecho se solicita para conciliar vida familiar y laboral, no ya la personal, sería aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional que, ante cualquier duda interpretativa en este tipo de medidas de conciliar, obliga a tener en cuenta la dimensión constitucional, tanto desde la perspectiva del dere-

³⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, P. («Adaptación del horario de trabajo por cuidado de un hijo discapacitado», *Aranzadi Social, Westlaw.es*, BIB 2008\2713). Para ESCUDERO RODRÍGUEZ («El complejo juego entre la ley y la negociación colectiva...»), *op. cit.*, pág. 1.008), el artículo 34.8 reconoce de forma genérica el derecho a adaptar «tanto la variable cuantitativa como la ordenadora de dicha jornada con tal finalidad conciliadora».

³⁷ Como ha apuntado MOLINA NAVARRETE («Un nuevo paso en la política jurídica de conciliación...»), *op. cit.*, pág. 3) estamos en presencia de una norma jurídica «de textura abierta», esto es, una norma que acoge una fórmula deliberadamente general cuya concreción para cada caso se deja a la determinación de otras fuentes, tanto del Derecho, en este caso el convenio colectivo, como de la relación obligatoria.

cho 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. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de diciembre de 2007, aun juzgando hechos anteriores a la ley, interpreta el artículo 34.8 del TRET, en el sentido de que si el convenio guarda silencio, debe estarse al acuerdo entre empresa y trabajadora en cuanto a la elección del turno, pero no en cuanto a la existencia del derecho a la adaptación y distribución de la jornada, que es incuestionable³⁸.

La mayoría de la doctrina y el Tribunal Supremo sostienen, sin embargo, la interpretación contraria. El Tribunal Supremo en las dos sentencias de 13 de junio y de 18 de junio de 2008 que enjuiciaban el derecho a adaptar el horario al margen de una reducción de jornada, no se priva de hacer una reflexión en torno al artículo 34.8 del TRET, aunque por las fechas no fuera de aplicación. Considera el Tribunal que, ni antes ni después de esta reforma el derecho existe, al margen de las previsiones legales o convencionales. El artículo 34.8 «solo habría otorgado una expectativa de derecho» estrictamente condicionada a lo que se disponga por convenio colectivo o por contrato individual³⁹.

Si es así, entonces no se ha producido ninguna modificación de fondo en el ET, ya que, como hemos visto anteriormente, la negociación colectiva ya recogía cláusulas de este tipo y el acuerdo individual siempre era posible. El legislador debe haber añadido algo a la situación anterior. Ese «algo más» sería el deber de negociar. En este sentido, estamos de acuerdo con la interpretación de MOLINA NAVARRETE⁴⁰, cuando afirma que estamos no en presencia de un derecho del trabajador a decidir la modificación de su tiempo de trabajo, pero sí en presencia de un derecho-deber de negociar. En su opinión, se trata de un derecho «profesional individual legalmente reconocido pero de configuración convencional y/o contractual», que no queda agotado en la remisión a lo que puedan establecer los convenios o los acuerdos individuales. El legislador no ha querido dejar inerte al trabajador ante la ausencia de un convenio colectivo. Considera el autor que del artículo se desprende que el trabajador tiene el derecho a hacer una propuesta razonable sobre la distribución de su tiempo de trabajo. Paralelamente, existe un deber de negociar tanto en el plano colectivo, pues la ordenación del tiempo forma parte de las medidas de promoción de la igualdad efectiva, o de los planes de igualdad, como en el plano individual. Esto último se desprende del propio artículo 34.8, pues difícilmente se puede llegar a un acuerdo, si previamente no ha existido el deber de negociar. El mismo precepto parece utilizar términos imperativos: «que se establezcan... en el acuerdo a que se llegue». Esto último no significa que haya obligación de llegar a un acuerdo, pues de conformidad con la nueva disposición

³⁸ Al hilo del comentario de la STS de 18 de junio de 2008 sobre el derecho a adaptar el horario del trabajador con hijo discapacitado, SEMPERE NAVARRO y CHARRO BAENA («Adaptación del horario de trabajo...», *op. cit.*) señalan que «vale la pena insistir en que la solución para casos surgidos tras la LOI no debiera quedarse en la pura aplicación del criterio jurisprudencial, sino que ha de tomar en cuenta las previsiones del artículo 34.8 del ET; creemos que ni siempre ni nunca tendrá derecho el trabajador a solicitudes como la de la STS glosada, sino que habrán de ponderarse todas las circunstancias invocadas por el legislador».

³⁹ En este sentido, para ESCUDERO RODRÍGUEZ («El complejo juego entre la ley y la negociación colectiva...», *op. cit.*, pág. 1.008) no se ha producido una modificación de fondo del Estatuto de los Trabajadores, «ya que es un derecho de ejercicio diferido y no una medida de eficacia directa e inmediata sino que está condicionada a lo que la negociación colectiva o el acuerdo individual decida en cada supuesto». Ubica dicha previsión normativa dentro de los artículos que «aluden al contenido potencial de la negociación colectiva o que son puramente instrumentales o incidentales o de mera remisión a la eventual regulación efectuada por la negociación colectiva» (*idem*, pág. 1.000).

⁴⁰ MOLINA NAVARRETE, C., «Un nuevo paso en la política jurídica de conciliación...», *op. cit.*, págs. 4 y 5.

adicional decimoséptima del TRET, en caso de discrepancia, resolverá el juez a través del cauce procesal del artículo 138 bis del TRLPL, pero al menos hay que intentarlo. A partir de la LOI al empresario ya no podrá denegar con el único argumento de que no tiene cobertura legal específica «dado el alcance general de este derecho», sino que deberá probar los perjuicios que causa a la organización. Cuando la decisión corresponda a los tribunales, estos deberán resolver el conflicto teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional que, como hemos visto, en la sentencia 3/2007 obliga a tener en cuenta la dimensión constitucional de este derecho, tanto desde la perspectiva de la prohibición de discriminación por razón de sexo, como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y la infancia ⁴¹.

Tras la entrada en vigor de la LOI, se constata que los trabajadores siguen solicitando la readaptación del horario o del tiempo de trabajo, con base en el artículo 37.5 y no con base en el artículo 34.8. En la mayoría de los casos, ello es así porque se solicita además una reducción de jornada o una prórroga de la reducción de jornada ⁴². En esa misma mayoría, se da la circunstancia, además, de que los convenios no contienen ninguna previsión acerca del derecho de adaptación de la jornada. En el supuesto objeto de este comentario, la sentencia insiste en que la demandante basa su derecho en el artículo 48 del Convenio, que regula la reducción de jornada por cuidado de hijos, y no en el 50 que reconoce un derecho preferente a elegir turno tras la reincorporación de la maternidad.

III. EL FALLO DE LA STSJ DE GALICIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2008

La sentencia reconoce el derecho de la trabajadora a adaptar su horario, sin necesidad de reducir su jornada. Llega a esta conclusión tras hacer una interpretación espiritualista del artículo 37 del TRET, y se apoya en la jurisprudencia anteriormente vista, que tiene en cuenta como bien jurídico protegido, no solo el derecho a conciliar la vida familiar y laboral, sino también el interés del menor. Frente a las alegaciones de la empresa de inexistencia de buena fe en la trabajadora, perjuicio en la organización y distribución del trabajo, y discriminación de la medida hacia los compañeros de la demandante, la Sala refrenda la sentencia de instancia apreciando fundamento en la petición de no trabajar sábados, domingos y festivos, por cuanto la trabajadora no dispone esos días de guarderías para cuidar de su hijo, lo que implicaba una clara incompatibilidad entre su trabajo y el cuidado del menor. Añade, además, que se trata de una petición motivada por la necesidad de satisfacer un interés expresamente tutelado de atender al cuidado de su hijo, que en este caso debe prevalecer sobre el mero poder de organización de la actividad empresarial. Más aún, cuando la empresa no acredita

⁴¹ AGUILERA IZQUIERDO, R., «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número extraordinario 2, 2007, pág. 89. Entiende la autora que en defecto de convenio o acuerdo individual, la decisión corresponde a los Tribunales.

⁴² *Vid.*, SJS núm. 16 de Madrid, de 7 de julio de 2008 (sentencia 420/2008) que enjuiciaba el caso de una cajera de supermercado con sistema de trabajo a turnos rotativos que, prestando servicios de lunes a domingo, solicita reducción de jornada con desempeño de actividad de lunes a viernes y solo en turno de mañana con el fin de atender al cuidado de su hijo menor de 8 años. Acreditadas las circunstancias que impiden compatibilizar el horario laboral del padre con el escolar del menor, prevalece el interés de este a ser atendido sobre el mero poder de organización de la actividad empresarial, cuyo funcionamiento regular no puede verse alterado al tratarse de una gran superficie con cerca de 75 cajeras.

que su funcionamiento regular se vea alterado por mucho que su actividad económica –pizzería– los sábados, domingos, o los festivos tenga mayor actividad, puesto que ello no excluye que en los restantes días carezca de actividad. La empresa tampoco acredita, en fin, la diferencia de trato para los trabajadores y la subsiguiente posible discriminación, pues el diferente trato no obedece a uno de los factores enumerados en el artículo 14 de la Constitución ⁴³.

IV. CONCLUSIÓN

Sentencias como la que ha sido comentada han tratado de atender a situaciones, en ocasiones dramáticas, donde unas condiciones de jornada especialmente duras, por su distribución irregular, por incluir todos los días de la semana, por obligar a los trabajadores a realizar turnos rotatorios o trabajar en festivos y domingos, etc., impedían o hacían especialmente dificultosa la atención de los familiares, en la mayoría de los casos menores o discapacitados. La interpretación espiritualista del artículo 37.6 del TRET, que mantuvieron algunos Tribunales Superiores de Justicia, permitió cubrir el vacío legal. Creemos, sin embargo, que tal como ha señalado el Tribunal Supremo, el artículo 37 resulta claro y supedita el derecho a la concreción horaria a la solicitud de reducción de jornada. Por lo tanto, fueron más allá de una labor de interpretación y entraron a crear Derecho, al estilo de los Tribunales del *Common Law*. Creemos que la sentencia comentada debería haber aplicado el artículo 50 del convenio que regulaba una medida de adaptación de jornada y no la del artículo 48 que regulaba los supuestos de reducción de jornada. Obsérvese que la sentencia se apoya en una jurisprudencia que había recaído en relación con supuestos de reducción de jornada, mientras que en el caso enjuiciado no era así. En el futuro, no obstante, no debe caerse en interpretaciones restrictivas del nuevo artículo 34.8. Los Tribunales tienen la vía abierta a las distintas formas de interpretación ya que dicho precepto no resulta ni mucho menos claro.

⁴³ STS de 22 de noviembre de 2007 (Rec. 3907/2006). Señala la sentencia que la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista.