



**FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER EN ABOGACÍA**

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**PROBLEMAS APLICATIVOS DEL ARTÍCULO 34.8
DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES**

Autora: D^a. Marta Trigueros Merino

Tutora: D^a. Ana Murcia Clavería

Enero 2020

ÍNDICE

1. OBJETO DEL DICTAMEN JURÍDICO.....	4
2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA APLICABLE AL SUPUESTO DE HECHO.....	5
2.1 LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR.....	5
2.2 ARTÍCULO 34.8 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.....	11
<i>2.2.1 Evolución normativa.....</i>	<i>11</i>
<i>2.2.2 Ámbito subjetivo.....</i>	<i>13</i>
<i>2.2.3 Ámbito objetivo.....</i>	<i>14</i>
<i>2.2.4 Medidas.....</i>	<i>15</i>
<i>2.2.5 Límites.....</i>	<i>18</i>
<i>2.2.6 Negociación colectiva y acuerdo individual entre la persona trabajadora y la empresa.....</i>	<i>20</i>
<i>2.2.7 Finalización del derecho a la adaptación de la jornada por motivos de conciliación laboral y familiar.....</i>	<i>21</i>
<i>2.2.8 Acciones de la persona trabajadora ante la negativa de la empresa.....</i>	<i>22</i>
<i>2.2.9 Plan MECUIDA.....</i>	<i>25</i>
3. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.....	29
4. BIBLIOGRAFÍA.....	33
5. JURISPRUDENCIA.....	34

ABREVIATURAS

CC	Código Civil.
CE	Constitución Española.
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
ET	Estatuto de los Trabajadores.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
LO	Ley Orgánica.
LOI	La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.
RDL	Real Decreto Legislativo.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

1. OBJETO DEL DICTAMEN JURÍDICO

La situación que motiva la realización del presente informe jurídico es la siguiente.

Lucía trabaja en la compañía “Qualytel Teleservices SAU” desde el 17 de abril de 2013, con la categoría profesional de teleoperadora, en el centro de trabajo de Valladolid sito en el polígono industrial “La Zarzamora” de La Cistérniga en Valladolid.

La jornada de trabajo que realiza es de 40 horas semanales, distribuidas en jornada partida con el siguiente horario: de lunes a viernes, por la mañana de 9:00 h. a 14:00 h, y por la tarde de 17:00 h a 20:00 h, sin que trabaje ni sábados ni domingos.

Lucía tiene dos hijos, Javier de 8 años de edad que nació el 15 de septiembre de 2.012 y Luis Miguel de 4 años de edad que nació el 19 de mayo de 2.016. Ambos acuden al mismo colegio y su jornada escolar es de 9:00 h a 14:00, pero Lucía los deja en el programa de madrugadores que se inicia a las 8:15, para poder entrar a su trabajo a las 9:00 h. Lo mismo ocurre con la salida: los recoge a las 14:30, una vez finalizada su jornada de trabajo. Por las tardes ambos niños realizan actividades extraescolares, ya que Lucía se encuentra trabajando.

Lucía realiza una solicitud por escrito a su empresa para poder conciliar su vida laboral y familiar. La solicitud planteada contiene dos posibilidades. Por un lado, la opción de tele-trabajar desde casa, y por otro lado, la reducción de la jornada a 20 horas a la semana, con posibilidad de realizarlo en dos horarios distintos: a) horario de mañana de 10:00 a 14:00 horas, b) horario de tarde de 15:00 a 19:00 horas, con la peculiaridad de que a las 19:00 horas no podría continuar con su jornada porque es cuando tiene que recoger a sus hijos de las distintas actividades extraescolares.

Presentada la solicitud, se abrió un periodo de treinta días de negociación con su empresa, “Qualytel Teleservices, SAU”. La mercantil respondió: *“Por la presente nos ponemos en contacto con Vd., en relación con la solicitud de medidas que ha realizado para poder conciliar su vida laboral y familiar. Sentimos comunicarle que no es posible ninguna de las adaptaciones planteadas. La empresa por razones organizativas y de producción no puede concederla ni la reducción de jornada que plantea ni la modalidad de tele-trabajo. Atentamente”*.

Con este documento, a la vista de lo que ha hecho la empresa “Qualytel Teleservices SAU” Lucía acude a nuestro despacho solicitando asesoramiento jurídico respecto de las siguientes cuestiones.

- Si tiene derecho a las medidas que ha solicitado.
- Cuáles son las razones por las que la empresa puede negarse.
- Qué puede hacer ante la negativa de la empresa.

2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA APLICABLE AL SUPUESTO DE HECHO.

2.1 LA CONCILIACION DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR.

Según la doctrina científica¹ se entiende por conciliación “un conjunto de medidas normativas a través de las cuales se pretende facilitar que el trabajador pueda armonizar o coordinar el tiempo dedicado al trabajo con la atención de responsabilidades de carácter familiar o personal; por lo tanto, es un mecanismo que pretende hacer compatible el trabajo con tales responsabilidades”.

Para que la conciliación de la vida familiar y laboral sea posible se han ido perfilando los derechos de conciliación tales como: la reducción de jornada por cuidado de hijo (guarda legal), la excedencia por cuidado de hijo y familiares, la ordenación y distribución de los tiempos de trabajo y las licencias por nacimiento de hijos y los derechos asociados a la lactancia.

El conjunto de derechos que hacen posible la conciliación de la vida laboral y familiar tienen un alcance constitucional con amparo al derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales de acuerdo al artículo 14 de la Constitución Española (en adelante C.E.)² y el mandato de protección a la familia y a la infancia del artículo 39 de la CE³.

¹ GORELLI HERNANDEZ, Juan. “Límites a la conciliación: de las necesidades de flexibilidad a la insuficiencia de las reducciones de jornada”, *Trabajo y Derecho*, núm. 46, 2018, p.2.

² Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

³ “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reiterado esta doble dimensión. Así, en la STC de 14 de marzo⁴ de 2009 se indica que *“En definitiva, la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas 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 o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). Las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar deben prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. En este sentido, la mencionada sentencia establece que “...ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas ulteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta Ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares”.*

El empleador tiene reconocido en el artículo 38 de la C.E. el derecho de libertad de empresa⁵. Es el derecho que tiene cada empresa a organizarse de la forma más adecuada optimizando sus recursos de la mejor forma que considere. Aunque este derecho tiene alcance constitucional no es un derecho fundamental.

La Unión Europea (en adelante U.E.), a través de su producción normativa mediante Directivas ha perfilado los derechos de conciliación. España tiene la obligación de trasponer las Directivas a la legislación nacional.

legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

⁴ N.º. Rec. 9145/2009.

⁵ “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

Han sido múltiples las Directivas que se han promulgado en este ámbito. La Directiva (UE) 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, que ha sido traspuesta al ordenamiento laboral a través de la LOI, y del ET, entre otras normas, afectó a los preceptos que van a ser objeto de estudio en este dictamen. En especial, el derecho a la adaptación del tiempo de trabajo regulado en el art.34.8 del ET.

La Directiva (UE) 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental ha sido recientemente reformada por la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y todavía está pendiente su trasposición.

La Directiva (UE) 2019/1158 establece políticas de conciliación con perspectiva de género regulando requisitos mínimos exigibles relacionados con el permiso de paternidad, el permiso parental o fórmulas de trabajo flexibles para las personas trabajadoras con la finalidad de mejorar la conciliación de la vida familiar y personal⁶.

Los derechos de conciliación han sido reconocidos en el ordenamiento jurídico español a través de la promulgación de múltiples normas cuyo fin era mejorar la situación de la mujer trabajadora en el mercado laboral como: la Ley 3/1989 que tuvo una finalidad impulsora de los derechos de igualdad de la mujer, estableciendo medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad o la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha sido una de las normas más importantes en este ámbito⁷. Se caracteriza por el tratamiento que se otorga al derecho fundamental de la no discriminación por razón de sexo, que se justifica en la doble dimensión constitucional de este derecho.

Por ello, la LOI en su artículo 1.1 indica que “... *esta Ley tiene por objeto hacer efecto el derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombre, en particular mediante la eliminación*

⁶ FERNÁNDEZ PRIETO, Marta. “Reformas en materia de igualdad entre hombres y mujeres: Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidad en la Directiva (UE) 2019/1158”. *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm 12, 2020. Pp 7-8.

⁷ CLAVERÍA MURCIA, Ana. “La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: un hito legislativo en la consecución de la igualdad real entre mujeres y hombres en el derecho español”. *Documentación Laboral*, núm. 82, 2008, p. 6.

de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democráticas, más justa y más solidaria”

De este precepto se desprende que el principio de igualdad no solo es un principio constitucional, sino que tiene la categoría de principio fundamental. Con la LOI se responde a la necesidad de trasponer el derecho comunitario relativo a la igualdad de trato de hombres y mujeres.

Esta norma se caracteriza por su transversalidad⁸ ya que tiene proyección sobre todo el ordenamiento jurídico. No es una norma laboral, aunque la mayoría de sus medidas están destinadas a que se haga efectivo el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito del trabajo. La transversalidad de se pone de manifiesto en el artículo 15 de bajo la rúbrica “*Transversalidad del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres*”. No solo se limita a trasponer la Directiva (UE) 2002/73, sino, se inspira en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece en su artículo 23 que “*La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.*”

No es una ley laboral sino general. Pero establece medidas en este ámbito debido a la relevancia que tiene la actividad laboral en la vida de las personas. Además, hay que tener en cuenta que, el ámbito laboral es uno en los que las mujeres han sido discriminadas y han recibiendo un tratado perjudicial.

Todo lo indicado se pone de manifiesto en las modificaciones que realiza en el E.T. El primer apartado del artículo 34.8 del E.T. establece medidas de conciliación en el ámbito personal, familiar y laboral fue introducido por esta norma.

Estas medidas se ven reforzadas por el principio de corresponsabilidad, que pretende un reparto igualitario de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres. El principio de corresponsabilidad está fundamentado en la doble dimensión constitucional ya indicada. Se pretende con las medidas establecidas en esta Ley, lograr un reparto equilibrado de las tareas familiares y personales mejora los tiempos de trabajo

⁸CLAVERÍA MURCIA, Ana. “La Ley Orgánica 3/2007... op. cit. Pp. 17-19.

Posteriormente se promulga la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Esta norma destaca por la profunda reforma que introdujo en el E.T, y por lo que afecta a la conciliación de la vida laboral y familiar supuso importantes transformaciones. El permiso de lactancia empieza a ser disfrutado por cualquiera de los progenitores. Además, establece que serán los convenios colectivos los que implanten criterios para poder otorgar a los trabajadores la posibilidad de solicitar la concreción horaria para conciliar su vida laboral y familiar. Estas modificaciones se recogen en los artículos 37 y 38 del E.T.

La última reforma en esta materia la realizar el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en virtud del cual se han introducido importantes modificaciones relativas a la conciliación de la vida laboral y familiar. Dichas modificaciones se concretan en que favorece la corresponsabilidad en el sistema de conciliación, presupuesto necesario para alcanzar la igualdad⁹, regula de forma igualitaria la suspensión del contrato por maternidad y paternidad, introduce la nueva regulación de la adaptación de la jornada del artículo 34.8 del E.T. y modifica el permiso del cuidado de lactante del artículo 34.7 E.T., entre otros cambios.

2.2 EL ARTÍCULO 38.4 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

2.2.1 Evolución normativa

El E.T. regula medidas de las que disponen las personas trabajadoras para poder conciliar su vida laboral y familiar. En concreto, en el artículo 34.8 del E.T. se establecen las posibilidades de las que dispone la persona trabajadora para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar.

En la actual redacción del artículo 34.8 del E.T. se establece que *“Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas*

⁹FERNÁNDEZ PRATS, Celia, GARCÍA TESTAL, Elena y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. *Los derechos de conciliación en la empresa: la corresponsabilidad como objetivo para la igualdad*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2019, p. 13.

adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años. En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión. La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto. Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37. Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.”

La actual redacción es resultado de las reformas introducidas por el artículo 2.Ocho del RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Sin perjuicio del análisis jurídico que se realizará posteriormente de este artículo, conviene en este punto hacer referencia a la evolución normativa de este artículo.

El primer apartado del artículo 34.8 del E.T. fue introducido por la LOI estableciendo que “*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 segundo apartado fue incluido a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en concreto por el artículo 9.2 en el que se establecía que “*A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.*”

De la lectura de uno y otro artículo, se desprende un régimen jurídico diferenciado desde el punto de vista formal y material.

Desde un punto de vista formal, en la redacción actual del artículo 34.8 del E.T. se ha utilizado un lenguaje más igualitario desde la perspectiva de género, ya que se ha sustituido la referencia al “trabajador” por “*personas trabajadoras*”. También ha sustituido la palabra “*empresario*” por “*empresa*”.

Desde un punto de vista material, la nueva redacción del artículo 34.8 del E.T. establece que “*se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37*”. La persona trabajadora puede solicitar las medidas que se indican en el artículo 34.8 del E.T., aunque disfrute de alguno de los permisos regulados en el artículo 37 del E.T. como pueden ser los permisos por cuidado de lactante, reducción de jornada por cuidado de familiares, etc...

El texto introducido por la LOI limitaba el derecho a la adaptación de la jornada por motivos de conciliación laboral y familiar, ya que solo si se contemplaba en el convenio colectivo o si existía acuerdo en las partes era posible, no regulando los efectos de la ausencia de negociación colectiva o en acuerdo entre las partes.

La actual redacción del artículo 34.8 del E.T. es muy completa. Por un lado, se incluyen nuevas medidas para conciliar la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras como el teletrabajo. Y, por otro lado, se establece que el procedimiento judicial a seguir en el supuesto de que surjan discrepancias entre la persona trabajadora y la empresa será el regulado en el artículo 139 de la LJRS.

2.2.2 Ámbito subjetivo.

En cuanto al alcance subjetivo del derecho, tanto hombres como mujeres gozan del derecho a solicitar la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar que se recoge en el artículo 34. 8 del E.T. El derecho que se recoge en este precepto es un derecho individual de todas las personas trabajadoras, aunque no se diga de forma expresa. La individualidad

se manifiesta en que no es necesario que concurren otras personas trabajadoras con los mismos intereses conciliatorios, como puede ser el otro progenitor o adoptante. Es decir, podrá la persona trabajadora solicitar las medidas de conciliación que considere oportunas aun cuando concorra otra persona que sea trabajadora o no, y comparta los mismos intereses familiares.

Aunque sea un derecho individual, no implica que sea obligatorio, ya que la persona trabajadora puede solicitarlo o no.

No es un derecho subjetivo perfecto e incondicionado¹⁰. Es decir, la solicitud de algunas de sus medidas contempladas en el art.34.8 del ET por parte de la personas trabajadora no significa su concesión de forma automática y en todo caso. La empresa puede aceptar en su totalidad la solicitud, solo en parte o denegársela. La persona trabajadora, en el caso de que no esté de acuerdo con la contestación de la empresa, podrá acudir a la vía judicial. Sin embargo, es un derecho incondicionado la posibilidad de “solicitar” el derecho a la adaptación de la jornada por motivos de conciliación de la vida laboral y personal, y en tal caso, a negociar con la empresa la adaptación de la jornada¹¹.

En la redacción anterior del artículo 34.8 del E.T. (introducida por la L.O.I.) se establecía que “*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*” y dicho derecho solo podía ejercerse “*en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en ella*”. Por lo tanto, a falta de negociación colectiva o de acuerdo individual que lo desarrollara, no resultaba obligada la adaptación *ex* artículo 34.8 del E.T.

En conclusión, en el art.34.8 del E.T. se reconoce el “*derecho a solicitar la adaptación*” y no el “*derecho a adaptar*” la jornada de trabajado solicitada¹². Por ello se insiste en que la solicitud no conlleva la adaptación de la jornada de forma automática.

¹⁰ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. “Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de vida familiar y laboral.”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2019, pp.10-12.

¹¹ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. “Adaptación...” op. cit. Pp. 9-10.

¹² BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. “Adaptación...” op. cit. P. 9.

2.2.3 *Ámbito objetivo*

En la solicitud que realiza la persona trabajadora a la empresa se debe establecer de forma clara qué medidas solicita en el marco de las opciones que ofrece el artículo 34.8 del E.T. para poder conciliar su vida laboral y familiar.

Con carácter general no se establece en el precepto nada respecto del momento y forma en el que deberá realizarse la solicitud. Sobre ello habrá que acudir a lo establecido en el convenio colectivo. A falta de regulación expresa, la solicitud podrá realizarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho: de forma verbal, por escrito, a través de medios electrónicos, entre otros. No obstante, es aconsejable que la solicitud se realice por escrito y que se indique de forma clara y expresa cuál es la situación de justifica dicha petición, qué medidas se pretenden y que duración tendrán, a fin de evitar controversias entre la persona trabajadora y la empresa.

El único aspecto relativo a la forma al que se alude expresamente el artículo 34.8 del E.T. es a la forma de contestación de la empresa, indicando que deber de efectuarse “por escrito”¹³.

Tampoco existe plazo para solicitar el derecho a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo. Cuando la persona trabajadora tenga necesidad de conciliar su vida laboral y personal deberá presentar su solicitud, no existiendo un plazo general, pues la solicitud no está vinculada a un momento concreto.

La persona trabajadora puede o no ejercer el derecho a solicitar la adaptación y distribución de la jornada de trabajo si lo considera oportuno. Puede ocurrir que, aun existiendo una necesidad conciliatoria por parte de la persona trabajadora, esta opte por realizar su solicitud en otro momento o incluso por no tramitarla.

Aunque no existe un plazo general para realizar la solicitud, como acabamos de indicar, del siguiente inciso legal cabe deducir, para tales casos, una limitación temporal: *“En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años” (art.34-8 ET)*. Conviene aclarar que este precepto solo se refiere a la limitación de edad de los hijos para aquellas solicitudes de adaptación y distribución de la jornada de trabajo que se justifiquen en la edad de los hijos.

¹³ Párrafo tercero del artículo 34.8 del E.T: *“...Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición...”*

2.2.4 Medidas

El artículo 34.8 del E.T. establece que las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar para poder conciliar su vida laboral y familiar “*las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo*”, (...) las adaptaciones podrán operar, sigue indicándose, “*en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia*”.

Respecto de la anterior redacción del artículo 34. 8 del E.T.¹⁴, se amplían las posibilidades de las que dispone la persona trabajadora. Con la nueva regulación, la persona trabajadora puede: realizar su trabajo en horario continuado o partido, establecer horarios flexible o intensivo, reducir la jornada, prestar su servicio a tiempo completo o parcial, adaptar los turnos de trabajo, realizar su prestación de forma presencial, semipresencial o a distancia, e introducir permisos o variar sus descansos entre otras posibilidades.

Se desprende con claridad que el vigente artículo 34.8 del E.T. tiene un contenido amplio, haciendo alusión tanto al tiempo de trabajo como a los descansos en sentido extenso y a la forma de prestar dicho trabajo.

Siguiendo a la doctrina científica¹⁵, las opciones que plantea este precepto son las siguientes:

1. Adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo.
2. Adaptaciones en la ordenación del tiempo de trabajo.
3. Adaptaciones en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia.

¹⁴ Redacción artículo 34.8 anterior al Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo: “A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.”

¹⁵ FERNÁNDEZ PRATS, Celia, GARCÍA TESTAL, Elena y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. *Los derechos de...* op. cit. Pp 98-99.

En relación con la primera de las opciones que se plantean, no se introducen novedades respecto de la regulación anterior. En cambio, son nuevas las demás posibilidades.

En primer lugar, las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo. Antes de la reforma de 2.009 la doctrina judicial denegaba el derecho a conciliar la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras cuando solicitaban la concreción horaria sin reducir la jornada. Es decir, la persona trabajadora que solicitara la asignación de un turno fijo de trabajo debería solicitar conjuntamente la reducción de la jornada a tenor de lo establecido en el artículo 37.6 y 7 del E.T. Con la nueva redacción, la persona trabajadora podrá adaptar su jornada en atención a las necesidades familiares que alegue. Por ello, podrá solicitar el cambio de turno¹⁶, el cambio a un horario exclusivo de mañana¹⁷ o jornada continuada¹⁸, entre otras fórmulas.

En segundo lugar, la ordenación del tiempo de trabajo. La persona trabajadora también podrá adaptar los descansos, las vacaciones y los permisos. Las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo pueden ir acompañadas de estas variaciones. La persona trabajadora puede solicitar que los días de descanso sean el sábado y el domingo, siempre que esté justificado en criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

En tercer lugar, la prestación del trabajo a distancia. Supone un cambio en la forma de prestación del trabajo. Va más allá que las medidas anteriores, ya que no sólo se hace alusión al tiempo sino al modo en el que se ejerce la prestación laboral. Es una de las fórmulas de trabajo flexible que se recoge en el art.3.1.f) de la Directiva (UE) 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores¹⁹. Son muchos los convenios colectivos que incluyen el trabajo a distancia como medida de conciliación de la vida laboral y familiar²⁰. En todo caso, esta modalidad tiene

¹⁶ STSJ de Sevilla de 11 de abril de 2019. N.º. Rec. 623/2019.

¹⁷ STSJ de Asturias de 22 de enero de 2019. N.º. Rec. 470/2019.

¹⁸ STS de 24 de julio de 2001. N.º. Rec. 3876/2000.

¹⁹ “Fórmulas de trabajo flexible: la posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo.”

²⁰ VII Convenio colectivo de Repsol, S.A., Convenio colectivo de Unidad Editorial, SA, Convenio colectivo de Consultoría Tecnológica para el Comercio S.L, etc...

una importante limitación, y es que no en todos los puestos de trabajo puede resultar de aplicación.

La persona trabajadora cuando solicite cualquiera de las medidas explicadas con anterioridad, debe justificar que sean *“razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas y productivas de la empresa”*.

2.2.5 Límites

Cuando una persona trabajadora presenta a la empresa una solicitud de adaptación de la jornada de trabajo para poder conciliar su vida laboral y familiar surge un conflicto de intereses entre la persona trabajadora (que necesita conciliar su vida laboral y familiar) y la empresa (que tiene que organizarse). El principio de buena fe será el que rijan en esta cuestión.

Según el art.34-8 del ET, la empresa puede denegar la solicitud a la persona trabajadora por dos motivos:

1. Cuando la medida que solicite la persona trabajadora para poder conciliar su vida laboral y familiar no sea razonable y proporcionada.
2. Cuando la empresa alegue necesidades organizativas y productivas.

En primer lugar, debe existir por parte de la persona trabajadora la necesidad real de conciliar. Las medidas que haya solicitado a la empresa deben ser satisfacer sus necesidades conciliatorias.

Además, las medidas solicitadas deben ser proporcionadas y razonables. Ni la doctrina ni la jurisprudencia han establecido una definición general de estos principios, sino que hay que valorar las circunstancias específicas de cada supuesto. Aunque, como regla

general, algunos autores como BARRIOS BAUDOR²¹ consideran que una medida será razonable y proporcionada cuando se alcance el objetivo perseguido.

En segundo lugar, tampoco existe un criterio general para determinar cuáles son las “*necesidades organizativas y productivas de la empresa*”, sino que hay que atender a lo que han ido resolviendo los distintos Tribunales.

Para valorar las causas objetivas en las que se ha amparan las empresas para denegar la solicitud, influyen varios factores como: el tamaño de la empresa, la actividad que desarrolla y los puestos de trabajo de los que dispone. En una empresa pequeña será más fácil demostrar dichas causas organizativas por parte de empresa. En los casos en los que exista más afluencia de clientes en una franja horaria resultará más fácil para la empresa demostrar las causas organizativas.

La empresa podrá alegar imposibilidad total o absoluta en los supuestos en los que la medida que se ha solicitado no sea posible con la actividad que desarrolla la empresa. La posibilidad de solicitar el teletrabajo no es compatible con el trabajo que se realiza en muchas empresas.

Aunque no se establece de forma explícita en el artículo 34. 8 del E.T. los Tribunales han dado la razón a empresas que han denegado la solicitud de medidas conciliatorias de la persona trabajadora cuando estas causaban un perjuicio al resto de los compañeros de trabajo. O bien, en los casos en que se produce una “descompensación en el sistema organizativo” que afecta además a otros compañeros de la empresa, como se indica en la Sentencia del Juzgado de Lo Social (SJS) de Gijón de 29 de agosto de 2019²² en la que se justifica la denegación de la empresa del siguiente modo: “*la adscripción de la demandante a un turno de mañana de forma fija, conlleva necesariamente la descompensación en el sistema organizativo, y perjudica de forma evidente a la empresa. Y ello no supone ningún problema, porque pueden ajustarse al horario de la trabajadora, pero ello supondría alterar la atención al público de manera significativa, y modificar también la jornada de los dos veterinarios que cubren el horario de 9 a 21 horas. Esto es, no solo se causa un perjuicio a la empresa, sino que también se afecta a los compañeros de Dña. Pura.*”

²¹ RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo Enrique. *Adaptación de la jornada de trabajo o en la forma de prestar el trabajo por razones de conciliación*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020. Pp. 83-84.

²² N°. Rec. 380/2019.

En cualquier caso, la empresa no puede denegar la solicitud a la persona trabajadora alegando cualquiera de las causas mencionadas de forma genérica, sino que se exige alegar razones “de peso” como ha puesto de manifiesto la SJS de Palencia de 23 de junio de 2019²³: *“la empresa no opone en su contestación razones organizativas de peso que permitan justificar la decisión adoptada, valorando que, no sólo no ofrece alternativas a la trabajadora, descartando cualquier tipo de negociación posible, sino que además, la fórmula utilizada (“Los motivos de dicha denegación se basan en razones estrictamente organizativas ya que pondría problemas al funcionamiento normal de esta empresa”) es absolutamente genérica e impide a la trabajadora conocer los motivos de referida denegación”*.

Las razones objetivas en las que se justifique la denegación de la solicitud por parte de la empresa a la persona trabajadora deberán ser acreditadas, ya sea durante la negociación colectiva o durante el procedimiento judicial. En todo caso será necesario analizar las características de cada supuesto, ya que no es posible establecer definiciones generales sobre los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ni sobre qué ha de entenderse por *“necesidades organizativas y productivas de la empresa”*.

2.2.6 Negociación colectiva y/o acuerdo individual entre la persona trabajadora y la empresa

El artículo 34.8 del E.T. no delimita la forma en la que ha de ejercerse en la práctica la adaptación y distribución de la jornada por razones de conciliación familiar y laboral. El precepto remite a la negociación colectiva y/o al acuerdo individual al que pueden llegar la empresa y la persona trabajadora, estructurándose en dos reglas diferenciadas que son al mismo tiempo complementarias: una principal (relativa a la negociación colectiva), y otra subsidiaria (acuerdo entre la persona trabajadora y la empresa.)²⁴

La regla principal hace alusión a la negociación colectiva en la que se deben pactar los términos de las adaptaciones de la jornada. La norma destaca la prevalencia de la negociación con los interlocutores sociales. Tendrán prevalencia los convenios colectivos sea cual sea su ámbito de aplicación pero, como ha señalado la doctrina, también se

²³ N°. Rec. 270/2019.

²⁴ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. “Adaptación... op. cit. Pp. 17-18.

admiten otras fórmulas como los acuerdos colectivos o los planes de igualdad de la empresa²⁵.

El convenio aplicable puede hacer referencia a medidas de conciliación de la vida laboral y familiar concretándose parámetros aplicativos del derecho de adaptación de la jornada²⁶. De esta forma, el empresario deberá conceder la modificación de la jornada si la solicitud que ha realizado la persona trabajadora se ajusta a las previsiones convencionales.

En la actualidad, son muy escasas las aportaciones de los convenios colectivos en esta materia. Las cláusulas convencionales que se incluyen suelen remitirse de forma directa a lo establecido en el artículo 34. 8 del E.T. para hacer referencia a las medidas de conciliación laboral y familiar. Por ello, resulta evidente la dificultad que entraña llegar a un acuerdo en la negociación colectiva. Ante la falta de acuerdo es necesario acudir a la regla subsidiaria, la negociación entre la persona trabajadora y la empresa, negociación individual. En ausencia de negociación colectiva, también será necesario acudir a este mecanismo.

La empresa está obligada a abrir un proceso de negociación individual con la persona trabajadora, aunque en el precepto no se establece cómo se deberá realizar la negociación individual.

El procedimiento de acuerdo individual consta de las siguientes fases²⁷:

- Apertura: consiste en la recepción por parte de la empresa de la solicitud de la trabajadora. Solicitud la cual como ya he indicado debe ser expresa por parte de la persona trabajadora.
- Negociación individual: entre la empresa y la persona trabajadora. Tendrá un periodo máximo de 30 días, plazo que no tendrá por qué agotarse de forma obligatoria. Los términos de la negociación vienen delimitados en por la propia solicitud y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como por las

²⁵ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. “Adaptación... op. cit. pp. 19-22.

²⁶ FERNÁNDEZ PRATS, Celia, GARCÍA TESTAL, Elena y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. *Los derechos de...* op. cit. P. 83

²⁷ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. “Adaptación... op. cit. p. 18.

necesidades organizativas y productivas de la empresa. La empresa en este punto puede plantear otras alternativas.

— Finalización: desistimiento por parte de la persona trabajadora, aceptación de la petición o planteamiento de una alternativa siempre por escrito.

Ante la falta de negociación individual, el precepto no establece qué consecuencias conlleva, pero sí sitúa a la persona trabajadora en una posición más favorable judicialmente²⁸.

Finalizado el proceso de negociación individual, la empresa debe dar contestación a la solicitud de la persona trabajadora aceptando o denegando en su totalidad la solicitud de la persona trabajadora o plantear una alternativa que se ajuste a sus necesidades. La norma no establece que la alternativa propuesta por la empresa deba estar motivada, pero sería beneficioso que lo justificara para evitar discrepancias.

2.2.7 Finalización del derecho a la adaptación de la jornada por motivos de conciliación laboral y familiar

A tenor de lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 34.8 del E.T.²⁹, las causas de finalización del derecho de adaptación a la jornada son dos: conclusión del periodo de tiempo acordado o cambio en las circunstancias que lo justifican. Finalizado el derecho por una u otra causa “*La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior*”. Como ya se ha indicado anteriormente estamos ante un derecho subjetivo imperfecto³⁰. La persona trabajadora tiene derecho a solicitar el regreso pero la empresa puede denegárselo. Para evitar discrepancias, es recomendable que en la negociación colectiva o en el acuerdo individual entre la persona trabajadora y la empresa se dejen establecidos todos estos términos pues la vuelta al puesto de trabajo no es automática.

²⁸ RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo Enrique. *Adaptación...* op. cit. P. 63.

²⁹ “La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto”.

³⁰ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. “Adaptación...” op. cit. P. 22.

La cuestión de solicitar el regreso al puesto de trabajo no es plenamente compatible con lo establecido en la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en cuyo artículo 9.3 se establece que: *“Cuando la duración de las fórmulas de trabajo flexible a que se hace referencia en el apartado 1 esté limitada, el trabajador tendrá derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado. El trabajador también tendrá derecho a solicitar volver a su modelo de trabajo original antes de que finalice el período acordado siempre que lo justifique un cambio en las circunstancias. Los empleadores estudiarán y atenderá las solicitudes de volver anticipadamente al modelo de trabajo original teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”*.

De la redacción de este precepto se desprende que la persona trabajadora cuando concluyan las medidas de conciliación podrá volver a su puesto de trabajo en las mismas condiciones. En cambio el artículo 34.8 del E.T. establece que *“La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior”*. Se contempla la posibilidad de *“solicitar”* el regreso al puesto de trabajo pero no se establece de forma automática.

A falta de una modificación legislativa que recoja lo establecido en la Directiva mencionada, BARRIOS BAUDOR³¹ considera que se debe entender que la persona trabajadora deberá volver a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que antes de solicitar las medidas de conciliación.

2.2.8 Acciones de la persona trabajadora ante la negativa de la empresa.

Una vez presentada la solicitud en los términos anteriormente descritos, es probable que existan discrepancias entre la persona trabajadora y la empresa. Como hemos ya indicado, el legislador pretende que los conflictos se encaucen en la negociación colectiva o en el acuerdo individual. Y en el supuesto de que no se hayan resuelto en el proceso de negociación, la persona trabajadora puede acudir a un proceso extrajudicial (Comisión Paritaria o Comisión de Igualdad) o a la vía judicial.

³¹ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. “Adaptación... op. cit. P. 24.

Específicamente el precepto establece que *“Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social”*. Se remite a un procedimiento específico, urgente y de tramitación preferente cual es el regulado en el artículo 139 de la LRJS³² que se inicia con la interposición de la demanda por parte de la persona trabajadora en la jurisdicción social. El plazo del que dispone la persona trabajadora será de veinte días hábiles a contar desde que la empresa comunique la negativa a la solicitud o plantee otras alternativas que no cubren la necesidad de la persona trabajadora. También la ausencia de respuesta por parte de la empresa habilita a la persona trabajadora a acudir a este procedimiento.

La jurisprudencia establece que este plazo de 20 días es un plazo de ejercicio jurisdiccional³³ y no de caducidad. Esto se pone de manifiesto en la STS de 19 de julio de 2012³⁴.

³² “1. El procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por las siguientes reglas: a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social. En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador. El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia. b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia. 2. El procedimiento anterior será aplicable igualmente al ejercicio de los derechos de la trabajadora víctima de violencia de género establecidos en la ley, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. Podrá acumularse a la referida demanda la acción de daños y perjuicios directamente causados a la trabajadora por la negativa o demora del derecho. Podrá instarse, en su caso, la adopción de las medidas cautelares reguladas en el apartado 4 del artículo 180.”

³³ RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo Enrique. *Adaptación...* op. cit. P. 74

³⁴ N°. Rec. 3387/2011

Aunque la pretensión principal objeto del procedimiento es la medida de conciliación laboral y familiar solicitada por la persona trabajadora, también puede acumularse la acción de daños y perjuicios.

Respecto de la acción principal, este precepto prevé que tanto en el acto de conciliación previo al juicio como en el propio juicio, la persona trabajadora y la empresa deberán presentar sus propuestas y alternativas de conciliación. Puede ocurrir que durante este procedimiento la empresa y la persona trabajadora expongan otras alternativas con el objetivo de lograr una resolución del conflicto. Solo se acudirá al régimen establecido en el artículo 139 de la LRJS cuando surjan conflictos para hacer efectivo el derecho de las personas trabajadoras a conciliar su vida laboral y familiar.

En cuanto a la acción subsidiaria, la pretensión de indemnización por daños y perjuicios se refiere a daños materiales o patrimoniales. Será la persona trabajadora la que tenga que alegar estos daños, acreditarlos y cuantificarlos, incluyéndose los gastos por tener que contratar actividades extraescolares o a una tercera persona para que cuide del menor.³⁵

La persona trabajadora puede pretender, ya sea de manera exclusiva o complementaria, una indemnización por daños morales. Esta acción la puede ejercitar ante la negativa o limitación empresarial al disfrute del derecho a la conciliación laboral y familiar.

La indemnización por daños morales se justifica en la dimensión constitucional del derecho a la conciliación laboral y familiar que se sustenta en los derechos a la no discriminación por razón de sexo o de las circunstancias familiares del artículo 14 de la C.E. y en la protección a la familia y a la infancia del artículo 39 de la C.E.

El derecho a una indemnización por daños morales se reconoce desde una perspectiva de género extendiéndose a potestades organizativas del empresario que debe evitar las consecuencias físicas y psíquicas que pueden tener las medidas discriminatorias que adopte.

³⁵ RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo Enrique. *Adaptación... op. cit.* P. 75.

De acuerdo a las reglas generales sobre la carga de la prueba que se establecen en el artículo 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁶ (en adelante L.E.C.), la persona trabajadora deberá acreditar el supuesto factico de la norma jurídica que invoca a su favor³⁷, mientras que la empresa deberá demostrar los hechos impeditivos por los que ha denegado la solicitud de conciliación a la persona trabajadora. La carga de la prueba recae en mayor medida en la empresa ya que se considera que tiene mayor facilidad probatoria.

Los Juzgados valoraran lo aportado por las partes teniendo en cuenta que, el conflicto de intereses que surge entre la persona trabajadora que quiere conciliar su vida familiar y laboral y la empresa que tiene unas necesidades organizativas o productivas concretas, no son equivalentes. Pues, predomina el derecho de la persona trabajadora ya que posee vinculación constitucional.

Una vez valorado todos estos aspectos se dictará sentencia en el plazo de tres días desde la conclusión del acto del juicio. Como regla general no es posible formular recurso de suplicación, a excepción de si junto con la pretensión principal se ha acumulado la acción de resarcimiento de daños y perjuicios y la cantidad reclamada supera los 3.000€, como establece el artículo 191.2 g) LRJS³⁸.

La sentencia en la que se reconozcan los derechos de conciliación de la persona trabajadora será ejecutiva desde el momento en el que se dicte. La persona podrá exigir el cumplimiento inmediato de las medidas de conciliación laboral y familiar de acuerdo al artículo 139.1.b)³⁹ de la LRJS.

³⁶“De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

³⁷ RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo Enrique. *Adaptación... op. cit.* P. 77.

³⁸ “2. No procederá recurso de suplicación en los procesos relativos a las siguientes materias.... g) Reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros.”

³⁹ “...en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.”

2.2.9 Plan MECUIDA

La crisis sanitaria motivada por el virus del Covid-19 ha afectado gravemente al mercado laboral, poniendo en relieve la necesidad de adoptar medidas extraordinarias en este ámbito. Para cubrir las necesidades surgidas ante la situación excepcional de crisis sanitaria, el gobierno al amparo del art.86 de la CE, ha dictado importantes Decretos-Leyes, uno de los cuales pretende atender, entre otras necesidades, a las conciliatorias que han surgido durante la pandemia, el RD Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, por el que se establecen previsiones relativas a las adaptaciones y reducciones especiales de la jornada. A este RD Ley 8/2020, le sigue el RD Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

A continuación, se van a analizar los aspectos más importantes de estas medidas extraordinarias, en concreto el PLAN MECUIDA que se regula en el artículo 6 del RD Ley 8/2020.

En primer lugar, el ámbito subjetivo del artículo 6.1 del RD Ley 8/2020⁴⁰, hace referencia a los trabajadores por cuenta ajena, excluyéndose al personal funcionario, ya que

⁴⁰ “1. Las personas trabajadoras por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, tendrán derecho a acceder a la adaptación de su jornada y/o a la reducción de la misma en los términos previstos en el presente artículo, cuando concurren circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19. Se entenderá que concurren dichas circunstancias excepcionales cuando sea necesaria la presencia de la persona trabajadora para la atención de alguna de las personas indicadas en el apartado anterior que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID-19. Asimismo, se considerará que concurren circunstancias excepcionales cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos. También se considerará que concurren circunstancias excepcionales que requieren la presencia de la persona trabajadora, cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos de cónyuge o familiar hasta segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19. El derecho previsto en este artículo es un derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores, que debe tener como presupuesto el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles, debiendo ser justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa, particularmente en caso de que sean varias las personas trabajadoras que acceden al mismo en la misma empresa. Los conflictos que pudieran generarse por la aplicación del presente artículo serán resueltos por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10

sus necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar se regirán de acuerdo a lo establecido en el artículo 48. J del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante E.B.E.P.)

En segundo lugar, para que la persona trabajadora pueda ampararse en las medidas que contempla el artículo 6.1 del RD Ley 8/2020 tiene que cumplir dos requisitos:

1. Acreditar la existencia de deberes de cuidado respecto de su cónyuge, pareja de hecho o familiar por consanguinidad hasta segundo grado.
2. Que existan circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión del Covid-19. Las circunstancias pueden ser muy variadas y deben estar relacionados de forma directa con situaciones provocadas por el Covid-19.

En tercer lugar, relativo a las personas causantes de este derecho, el RD Ley 8/2020 debería hacer utilizar el mismo lenguaje que se ha usado en la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, y hacer referencia a personas “*que por vínculos de parentesco o de convivencia en un mismo hogar*”. Especialmente en el momento de crisis sanitaria actual, así lo han puesto de manifiesto algunos autores como BARRIOS BAUDOR.⁴¹

En cuarto lugar, en cuanto a la concurrencias de las circunstancias para que sea de aplicación la adaptación o reducción de la jornada de la persona trabajadora. El precepto 6.2 del RDL 8/2020⁴² hace referencia a ello. Todas las situaciones que engloba este artículo

de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. El ejercicio de los derechos previstos en el presente artículo se considera ejercicio de derechos de conciliación a todos los efectos.”

⁴¹ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. “Adaptación y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de la crisis sanitaria COVID-19: Plan MECUIDA.”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2020, p.4.

⁴² “El derecho a la adaptación de la jornada por deberes de cuidado por circunstancias excepcionales relacionadas con el COVID-19 es una prerrogativa cuya concreción inicial corresponde a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, siempre y cuando esté justificada, sea razonable y proporcionada, teniendo en cuenta las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa. Empresa y persona trabajadora deberán hacer lo posible por llegar a un acuerdo. El derecho a la adaptación de la jornada podrá referirse a la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo, cuya alteración o ajuste permita que la persona trabajadora pueda dispensar la atención y cuidado objeto del presente artículo. Puede consistir en cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada,

están provocadas por el COVID-19. Se incluyen: cuando la persona trabajadora tiene que prestar atenciones a otra persona (causante del derecho) por razones de edad o enfermedad y como consecuencia directa del COVID-19, cuando a través de decisiones adoptadas por las autoridades gubernativas que implique el cierre de colegio o determinados centros de la persona que necesite acudir a los mismos por causa del COVID-19⁴³ o cuando la persona encargada del cuidado de los causantes del derecho no pueda hacerlo por causas relacionadas con el COVID-19.

En quinto lugar, el alcance de las medidas adoptadas en el artículo 6 del RD Ley 8/2020. Para que la persona trabajadora pueda ampararse en este artículo tiene que cumplir con los dos requisitos mencionados anteriormente. Cuando las circunstancias de la persona trabajadora cambien y afecten al derecho que tienen reconocido, tendrán que acudir a otra medida conciliatoria, no pudiendo ampararse en el PLAN MECUIDA.

En sexto lugar, el derecho que se solicita ha de ser justificado, razonable y proporcionado respecto de la situación de la empresa y de la persona trabajadora. El conflicto surge cuando varias personas de la misma empresa solicitan este derecho. La justificación en la que se ampare la persona trabajadora se deberá demostrar a través de cualquiera de los medios que sean admitidos en derecho sin que el precepto especifique nada.

En séptimo lugar, para la resolución de conflictos que pudieran surgir entre la persona trabajadora y la empresa si esta última deniega la solicitud efectuada, la persona trabajadora podrá acudir al procedimiento especial del artículo 139 de la LRJS.

En octavo lugar, la vigencia del PLAN MECUIDA tiene un plazo de caducidad establecido. La vigencia del Plan MECUIDA será hasta el 31 de enero de 2021 de acuerdo al RD Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas en la presente norma, que se limita al período excepcional de duración del COVID-19”.

⁴³ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. “Adaptación... op. cit. P.4.

En noveno lugar, no se ha establecido nada sobre cuál es el procedimiento para la solicitar la adaptación de la jornada de trabajo. Por ello, se entiende que cuando la persona trabajadora solicite las adaptaciones, la empresa debe dar una respuesta inmediata⁴⁴.

Por último, las medidas que se pueden solicitar se describen en el artículo 6.2 del RD Ley 8/2020, el precepto finaliza con una cláusula abierta indicando que si se realiza de forma razonable y proporcionable se pueden solicitar otras medidas.

3. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

De acuerdo a las preguntas planteadas por Lucía y al análisis realizado de la normativa existente, en concreto lo establecido en el artículo 34.8 del E.T. procede dar respuesta las preguntas planteadas.

Lucía es una persona trabajadora por cuenta ajena, por lo tanto se encuentra dentro del ámbito subjetivo de este derecho. Sus hijos tienen 8 y 4 años están dentro del límite de edad de los 12 años que establece el artículo 34.8 del E.T.

En la solicitud que ha planteado Lucía a la empresa ha establecido de forma clara cuáles son sus necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar. Ha propuesto dos alternativas a la empresa, bien teletrabajar o la concreción horaria a un turno fijo, ya sea de mañana o de tarde.

Es necesario analizar si las dos propuestas que ha realizado Lucía a su empresa son razonables y proporcionadas, es decir, si permiten conseguir el objetivo conciliatorio. Hay que analizar estos criterios en consonancia con las necesidades organizativas y productivas de la empresa.

Una de las opciones que ha planteado Lucía es la opción de teletrabajar. Durante el Estado de Alarma producido por la pandemia del COVID-19 realizó su trabajo en esta modalidad. Se ha demostrado que es compatible con su actividad laboral. Tampoco supone para la empresa la opción de teletrabajar un descenso en la productividad de los empleados. Por ello, esta opción es proporcionada y razonable.

⁴⁴ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. “Adaptación... op. cit. Pp. 9-10.

La otra de las opciones consiste en la concreción de su horario de trabajo, ya sea en el turno de mañana o de tarde. Esta opción puede suponer mayor problemática.

Lucía, junto con la concreción horaria ha solicitado la reducción de la jornada. Con la actual redacción del artículo 34.8 del E.T. podría solicitar la concreción horaria sin solicitar la reducción de su jornada.

Por lo tanto, Lucía sí tendría derecho a las medidas que ha solicitado. Pero es necesario que las medidas que ha solicitado se pongan en consonancia con las necesidades de la empresa.

En segundo lugar, vamos a analizar cuáles son las razones por las que la empresa puede negarse. Para poder dar una respuesta a esta pregunta es necesario analizar varios aspectos.

La empresa ha alegado “*razones organizativas y de producción*” para justificar la denegación de las medidas solicitadas.

Desde que Lucía presentó la solicitud hasta la contestación de la solicitud, se debería de haber abierto un periodo de 30 días de negociación entre la empresa y Lucía.

No se llevó a cabo ninguna negociación, ni colectiva, ni individual. Tampoco durante este periodo se informó a Lucía de las causas por las que se iba a denegar su solicitud ni se justificó las mismas causas. La empresa no ha demostrado las causas organizativas y productivas alegadas para denegar la solicitud. Tampoco en la contestación de la solicitud las ha explicado detalladamente. Ante la falta de precisión por parte de la empresa, hay que valorar varios aspectos.

El tamaño de la empresa es un factor que influye a la hora de interpretar las causas organizativas y productivas. En su centro de trabajo hay aproximadamente doscientos empleados. Por lo que, tiene mayor margen a la hora de realizar cambios de turno de trabajo.

También hay que tener en cuenta que el trabajo que desempeña de teleoperadora no requiere una cualificación específica, y el dato de que todos los trabajadores del centro realizan la misma función facilita la concreción horaria. Ya que, la adscripción a un turno de trabajo no está limitada por la tarea que desarrolla.

El trabajo que desarrolla no se limita a una franja horaria. Además, en el turno de mañana (una de las opciones que ha planteado Lucía) es cuando la empresa tiene mayor carga de trabajo. Por ello, las causas productivas que puede alegar la empresa están limitadas.

En la solicitud presentada a la empresa, Lucía plantea varias opciones de conciliación de la vida laboral y familiar. La empresa ha contestado de forma genérica y sin especificar por qué deniega cada una de las causas. Como se ha indicado anteriormente, los Tribunales⁴⁵ han reiterado que las empresas no pueden dar respuestas genéricas.

La tercera de las cuestiones a resolver es qué puede hacer Lucía ante la negativa de la empresa.

Teniendo en cuenta lo indicado anteriormente y ante el conflicto surgido, Lucía tendrá que acudir a la vía judicial para que se le reconozca el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar. El procedimiento a seguir será el establecido en el artículo 139 LRJS. Deberá interponer demanda en el plazo de veinte días desde la recepción de la contestación de la empresa. Se celebrará en primer lugar el acto de conciliación donde La empresa “Qualytel Teleservices, SAU” deberá demostrar de forma práctica “*las causas organizativas y productivas*” alegadas en la contestación a la solicitud. Si el acto de conciliación concluye sin avenencia deberá probarlas en el acto del juicio.

Lucía ha indicado que sus hijos realizan actividades extraescolares ya que con su horario actual no puede hacerse cargo de ellos. Si adaptara la jornada no sería necesario apuntarles a dichas actividades. Por ello, junto a la pretensión inicial de solicitud de las medidas conciliatorias podría reclamar la acción de daños y perjuicios.

Habría que valorar materialmente cuál es el gasto que le supone a Lucía las actividades que realizan sus hijos. Ya que de superar los 3.000€ una vez que se dicte sentencia si no es favorable, podría interponer recurso de suplicación. Si no superara este importe la sentencia del tribunal pondría fin al procedimiento.

⁴⁵ STSJ. de Gijón, de 29 de agosto de 2019. N.º. Rec. 380/2019.

4. BIBLIOGRAFÍA

AGUSTÍ MARAGALL, Joan. “El derecho de adaptación de jornada ex art.34.8 ET después del R. Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento”, *Revista de Jurisdicción Social*, núm.199, 2019.

ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Familia y trabajo: comentario práctico a la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral: aspectos laborales* Granada: Comares. 2002.

BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. “Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de vida familiar y laboral.”. *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2019.

BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. “Adaptación y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de la crisis sanitaria COVID-19: Plan MECUIDA.”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2020.

CABEZA PEREIRO, Jaime. *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

CLAVERÍA MURCIA, Ana. “La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: un hito legislativo en la consecución de la igualdad real entre mujeres y hombres en el derecho español”. *Revista de relaciones laborales, economía, sociología del trabajo y trabajo autónomo*, núm. 82, 2008.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. “Conciliación de la vida familiar y laboral Constitución, legislador y juez.” *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 10, 2018.

FERNÁNDEZ PRATS, Celia, GARCÍA TESTAL, Elena y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. *Los derechos de conciliación en la empresa: la corresponsabilidad como objetivo para la igualdad*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2019.

FERNÁNDEZ PRIETO, Marta. “Reformas en materia de igualdad entre hombres y mujeres: Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidad en la Directiva (UE) 2019/1158”. *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm 12, 2020.

GARCÍA TESTAL, Elena. LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. *Los Derechos de Conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012.

GORELLI HERNANDEZ, Juan. “Límites a la conciliación: de las necesidades de flexibilidad a la insuficiencia de las reducciones de jornada”, *Trabajo y Derecho*, núm. 46, 2018.

PASTOR MARTÍNEZ, Albert. “Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1º de marzo de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”. *Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, núm 1.

RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo Enrique. *Adaptación de la jornada de trabajo o en la forma de prestar el trabajo por razones de conciliación*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020.

5. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

— Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2009. N° Rec. 9145/2009.

Tribunal Supremo

— Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2012. N°. Rec. 3387/2011.

— Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2017. N°. Rec. 3876/2000.

Tribunales Superiores de Justicia

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 22 de enero de 2019. N°. Rec. 470/2019.

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla de 11 de abril de 2019. N°. Rec. 623/2019.

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Gijón, de 29 de agosto de 2019. N°. Rec. 380/2019.

