

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

ZUZENBIDE
FAKULTATEA
FACULTAD
DE DERECHO

EL DERECHO A ADAPTAR LA JORNADA LABORAL POR
MOTIVO DE CONCILIACIÓN,
en particular durante los tiempos de una emergencia sanitaria.

Grado en Derecho. Año 2019-2020.

Trabajo realizado por Miriam Andrea Martínez Hidalgo.

Dirigido por Juan Pablo Landa Zapirain.

ÍNDICE

LISTADO DE ACRÓNIMOS.....	4
1. <u>INTRODUCCIÓN</u>	5
2. <u>DERECHO EUROPEO</u>	6
2.1. Directivas.....	9
2.1.1.Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.....	9
2.1.2.Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.....	11
2.1.3.Directiva 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 por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.....	12
2.2. Jurisprudencia del TJUE.....	13
3. <u>DERECHO NACIONAL</u>	14
3.1. Regulación Normativa.....	16
3.1.1.Ley 8/1980, de 1 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.....	16
3.1.2.Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.....	17
3.1.3.Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.....	18
3.1.4.Ley3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.....	20
3.1.5.Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores....	21
3.1.6.Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.....	23
3.1.6.1.La corresponsabilidad como factor de valoración en la ponderación judicial para el reconocimiento del derecho de adaptación de la jornada.....	26
3.2. Reacciones Judiciales sobre la adaptación de la jornada por motivos familiares (art. 34.8 del ET).....	29

4. <u>EL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DEL TRABAJO EN TIEMPOS DEL COVID-19</u>	32
4.1. Nueva Normativa RD-L 8/2020.....	32
4.1.1.Comentarios.....	35
4.1.2.Otras Consideraciones.....	38
4.2. Real Decreto 465/2020, de 17 marzo.....	39
5. <u>TELETRABAJO</u>	40
6. <u>CONCLUSIONES</u>	42
7. <u>BIBLIOGRAFÍA</u>	47
8. <u>ANEXOS</u>	49
8.1. Legislación.....	49
8.2. Jurisprudencia Citada.....	50

LISTADO DE ACRÓNIMOS.

BOE	Boletín Oficial del Estado.
CCOO	Confederación Sindical de Comisiones Obreras.
CDF	Carta de Derechos Fundamentales (de la UE).
CE	Constitución Española (1978).
CEOE	Confederación española de Organizaciones Empresariales.
CESE	Comité Económico y Social Europeo.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
DDFF	Derechos Fundamentales.
EM	Estado Miembro.
ERTE	Expediente de Regulación Temporal de Empleo.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
JVSM	Juzgado de Violencia Sobre la Mujer.
LCVFL	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores.
LO	Ley Orgánica.
LOI	Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
RD	Real Decreto.
RDL	Real Decreto Legislativo.
RD-I	Real Decreto-ley.
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.
UGT	Unión General de Trabajadores.

1. INTRODUCCIÓN.

La capacidad de adaptar la jornada es un derecho individual que concede a las personas trabajadoras la facultad de solicitar las adaptaciones de duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar. Podríamos decir, que la conciliación en sentido más amplio, hace referencia al conjunto de medidas orientadas a paliar las dificultades existentes entre los distintos aspectos de nuestras vidas. O dicho de otro modo, podríamos entender el término de “conciliar” como un *“equilibrio en las diferentes dimensiones de la vida con el fin de mejorar el bienestar, la salud y la capacidad de trabajo personal”*¹.

Durante los últimos años la conciliación y su relación con el tiempo de trabajo ha sido una cuestión que ha ido generando cada vez más interés en el ámbito social, por ello, hemos decidido centrar nuestro tema de estudio en torno a esta cuestión. Nuestra intención es observar la aplicación de la normativa a la que hacemos referencia -art. 34.8 del ET- y cómo los conflictos surgidos en torno a su aplicación se acaban solventando en los tribunales de lo social. Gracias a ello, también conseguiremos determinar si las políticas de conciliación obedecen al desarrollo de la igualdad entre géneros o si contribuyen a fomentar la desigualdad.

Hemos creído necesario diferenciar la legislación objeto del trabajo con un derecho que, aunque podría parecer similar, es sumamente distinto; el derecho a reducir la jornada, con la proporcional reducción del salario -art. 37.6 del ET-. Así, con la apropiada referencia, resulta más sencillo entender el funcionamiento y los límites del derecho a adaptar la jornada.

Pero el aspecto más relevante de la monografía reside en la normativa vigente, después de que el coronavirus se haya extendido por todo el territorio nacional. Por ello, trataremos de determinar si la modificación del RD-I 8/2020 sobre el derecho a adaptar la jornada es la solución definitiva a la situación laboral que vivimos tras la pandemia del COVID-19. Además, como este derecho incluye la prestación a distancia del “teletrabajo”, dedicaremos un pequeño apartado para hacernos una idea de su funcionamiento y del nuevo apoyo que ha recibido a escala mundial, aunque sólo sea posible su aplicación en determinados oficios.

El presente escrito es un trabajo de investigación jurídico-documental que realiza una aproximación al derecho a la adaptación de la jornada por medio del

¹ DORMIDO DELGADO, M. “Inserción laboral, sensibilización medioambiental y en la igualdad de género. Manual de orientación laboral”. Editorial CEP. Diciembre de 2017. Pág. 87.

análisis y estudio de documentos, más el manejo de las fuentes jurídicas primarias - jurisprudencia, normativa- y secundarias -doctrina-. Para desarrollar dicho análisis, hemos considerado apropiado estructurar el trabajo en 2 bloques.

En el primero se analiza el Derecho positivo regulador de las medidas de conciliación. Para ello, se realiza una revisión general sobre el origen de las medidas conciliadoras adoptadas por la UE y se desarrollan las Directivas que se corresponden con el derecho a adaptar la jornada. Además, se añade una sentencia interesante del TJUE en esta materia (Capítulo 2). A continuación, se recoge la completa evolución normativa estatal del artículo 34.8 del ET mientras se relaciona con el artículo 37.6 -y apartado 7 correspondiente a su concreción horaria- (Capítulo 3).

En el segundo bloque, se presenta la modificación de la normativa introducida a consecuencia del COVID-19 y se elaborará una ilustración de los cambios más destacables producidos por estas normas de emergencia, junto con otras consideraciones no recogidas expresamente en las mismas. Asimismo, se mencionará muy brevemente el Decreto que establece la prohibición de la libre circulación de los ciudadanos para entender cómo puede afectar a las empresas y a los trabajadores (Capítulo 4).

Por último, se incluye la descripción de la modalidad, ahora más extendida que nunca en España, el “teletrabajo”, en relación con su articulación como medida de conciliación por la nueva redacción de artículo 34.8 del ET (Capítulo 5).

Todas las observaciones anteriores mencionadas no se han realizado a la ligera, y resultan esenciales para poder apreciar la verdadera efectividad del derecho a adaptar la jornada tras el impacto del COVID-19, esto es, en la nueva regulación vigente a día de hoy.

2. DERECHO EUROPEO.

La necesidad de conciliar surge con el incremento de los hogares en los que tanto el hombre como la mujer trabajan; cuando ambos se encuentran desarrollando su actividad laboral -a tiempo completo o a tiempo parcial- la conciliación familiar resulta sumamente complicada en cualquier país del mundo. Por ello, la importancia de ofrecer a los trabajadores derechos para el cuidado de sus hijos se convierte en una demanda imprescindible, cuestión que ya había sido reconocida por la UE desde

los años 90, más concretamente, en la Recomendación del Consejo Europeo 92/271/CEE se recoge la necesidad de asumir iniciativas que posibiliten la conciliación².

Para entender un poco mejor la evolución normativa estatal, realizaremos una revisión de los antecedentes europeos y de las Directivas de la UE más destacables dictadas sobre el derecho de los trabajadores a adaptar la jornada laboral por motivo de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Por último, se mencionará una de las decisiones del TJUE, concretamente, la más destacada en relación a la aplicación del derecho a reducir la jornada, y la posibilidad de la concreción horaria.

Dentro de la UE, contamos desde hace ya varios años con distintos instrumentos (directivas, recomendaciones, orientaciones,..) para facilitar a los trabajadores el reparto equitativo de sus responsabilidades tanto familiares como profesionales. Estas normas comunitarias elaboran un pilar primordial para crear un marco normativo que sirva de referencia, donde se congregan los requisitos mínimos de obligado cumplimiento que deberán adoptar los EM en materia de conciliación³. Es más, las primeras referencias en materia de conciliación están relacionadas con el principio antidiscriminatorio⁴, ligado al propio origen de la UE (Tratado de Roma de 1957), en el que se establecía la prohibición de la discriminación de retribución por razón de sexo⁵.

Otro momento relevante fue la aprobación del Tratado de Amsterdam (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1997), donde se otorgaba el poder al Congreso para adoptar medidas adecuadas para luchar contra nuevos motivos de

² ORTEGA GASPAR, M. "Evolución de las políticas sociales de conciliación en Europa". *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, (vol. 4 nº2) nº11, pág. 50. Fundación Luis Vives. Madrid. Mayo-agosto 2012.
Visto el 06-04-2020, en: https://www.accioncontraelhambre.org/sites/default/files/documents/11_1.pdf.

³ FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2015) "*Manos arriba: ¡trabajo o familia! La conciliación laboral, personal y familiar*" Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones. Págs. 3 y 4.
Visto el 06-04- 2020, en: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000869.pdf.

⁴ La CDF recogen la igualdad entre mujeres y hombres como valor fundamental.

⁵ MERINO CALLE, I. "*El Derecho Comunitario y la Conciliación Laboral, Personal y Familiar*". TFM de la Universidad de Valladolid. Julio 2013. Pág. 18.
Visto el 08-04-2020, en: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/4158/TFM-D_0008.pdf;jsessionid=641AF5B5DB109D093AA3493D44F08FEA?sequence=1.

discriminación: “*por motivo de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*” (art. 2.7)⁶.

Ahora bien, no podemos olvidar en el seno del Marco Europeo la CDF de la UE, elaborada en Niza el 7 de diciembre del 2000; un documento que contiene provisiones de Derechos Humanos y que fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la UE y la Comisión Europea. En su Preámbulo, la UE reconocía estar “*fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad*”, e incluía, sin ningún valor jurídico vinculante, diferentes derechos, libertades y principios, con un extenso desarrollo.

Hay que mencionar, que la CDF enuncia el principio antidiscriminatorio (art. 21) incluyendo numerosos motivos de discriminación y el principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de empleo, trabajo y retribución (art. 23). También incluía el derecho de cualquier trabajador a poder conciliar la vida familiar y profesional, garantizando una protección de la familia tanto en el ámbito jurídico, como en el económico y social. Incluso iba más allá, protegiendo “*contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño*” (art. 33). El único problema que se plantea en este precepto es que no se desarrolla con la necesaria precisión el concepto “familia”, y no queda claro si requiere el vínculo matrimonial o no⁷.

En lo relativo al tiempo de trabajo, las normas comunitarias -de la UE- preferían no manifestar de forma expresa ninguna referencia al tema de la conciliación, a pesar de la incuestionable relación con dicha materia⁸. Es más, en la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, ya se consideraba que una

⁶ MERINO CALLE, I. (Julio 2013). “*El Derecho Comunitario y la Conciliación Laboral, Personal y Familiar*”. TFM de la Universidad de Valladolid. Pág. 19.

Visto el 8-04-2020, en: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/4158/TFM-D_0008.pdf;jsessionid=641AF5B5DB109D093AA3493D44F08FEA?sequence=1.

⁷ MERINO CALLE, I. (Julio 2013). “*El Derecho Comunitario y la Conciliación Laboral, Personal y Familiar*”. TFM de la Universidad de Valladolid. Julio 2013. Pág. 21-23.

Visto el 8-04-2020, en: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/4158/TFM-D_0008.pdf;jsessionid=641AF5B5DB109D093AA3493D44F08FEA?sequence=1.

⁸ Para más información es recomendarle revisar el artículo de Marta Ortega Gaspar sobre la “Evolución de las políticas sociales de conciliación en Europa”, publicado en la *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*. Mayo-Agosto 2012 nº11, vol. 4 nº2, pág. 45-76.

de las modalidades de trabajo qué más podía facilitar la conciliación era precisamente el trabajo a tiempo parcial⁹.

En la misma línea, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento y del Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, por la que se modifica la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, con el mismo nombre, tampoco hace mención alguna sobre el derecho de conciliación.

2.1. Directivas.

Para conseguir cumplir sus objetivos, la UE ha elaborado numerosas Directivas, a continuación, destacaremos las más relevantes en materia de conciliación laboral y familiar, deteniéndonos especialmente en la evolución del permiso parental de los trabajadores hasta llegar al derecho a producir cambios en sus horarios o en su régimen de trabajo -fórmulas de trabajo flexible-:

2.1.1. Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

Como señala la doctrina, con la Directiva 96/34 se consigue dar el paso desde “*una mera política laboral y de protección social a una política familiar*”¹⁰. De hecho, esta Directiva contribuyó enormemente a mejorar las oportunidades de las que disponían los trabajadores con hijos en los EM, con excepción de Reino Unido e Irlanda del Norte, para conciliar mejor sus responsabilidades laborales y familiares mediante permisos¹¹.

A su vez, el Acuerdo Marco adjunto representa un compromiso de la UNICE, el CEEP y la CES “*para establecer disposiciones mínimas sobre el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de*

⁹ MERINO CALLE, I. (Julio 2013) “*El Derecho Comunitario y la Conciliación Laboral, Personal y Familiar*”. TFM de la Universidad de Valladolid. Págs. 30 y 31.

Visto el 8-04-2020, en: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/4158/TFM-D_0008.pdf;jsessionid=641AF5B5DB109D093AA3493D44F08FEA?sequence=1.

¹⁰ RODRÍGUEZ- PIÑERO, M. (1999). “*La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)*”, Relaciones Laborales. Pág. 30.

¹¹ En cuanto a estos territorios, conviene mencionar que mediante la Directiva 97/75/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 se amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

trato entre hombres y mujeres". Todo ello, considerando que las medidas para la conciliación de la vida familiar y profesional "*deben fomentar la introducción de nuevos modos flexibles de organización del trabajo y del tiempo, más adaptados a las necesidades cambiantes de la sociedad y que deben tener en cuenta a la vez las necesidades de las empresas y de los trabajadores*" (Preámbulo).

Concretamente, este Acuerdo establece unas disposiciones mínimas cuyo único objetivo es facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de todos los progenitores que trabajan, sean hombres o mujeres, e independientemente de la relación laboral a la que se encuentren sujetos (cláusula 1). Además, establece para cada trabajador un derecho individual de permiso parental por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, desde los 3 meses a los 8 años. Este permiso deberá ser definido por los EM y/o los interlocutores sociales, pero, en principio, no será transferible (cláusula 2).

Por último, recoge que los EM deberán adoptar "*las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos y/o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador*". Al respecto, los EM podrán precisar los requisitos de acceso y limitar el derecho hasta una duración determinada por año y/o por caso (Cláusula 3).

Gracias a este Acuerdo y a la Directiva se generalizaron estos derechos, proporcionando un carácter de "*derecho individual, obligatorio para el empresario, y que permite así que pueda ser disfrutado tanto por el hombre como por la mujer, e incluso alternar su disfrute*"¹². Logrando que la conciliación familiar y laboral de los trabajadores merezca una mayor atención y sensibilidad por las instituciones comunitarias, y por ende, por los EM.

Sin embargo, CCOO y UGT consideran que la aplicación en la negociación colectiva no resultó ser satisfactoria, primero, porque las redacciones que mantienen sólo contemplan la petición de los permisos por parte de los trabajadores, y segundo, porque no se precisaron mejoras ni garantías concretas en la mayoría de los

¹² UGT. (2006). "20 años de Sindicalismo Español en la Unión Europea (1986 - 2006)". Diálogo Social y Normas Sociales. Madrid Pág.53.
Visto el 6-04-2020, en: <http://portal.ugt.org/internacional/20sindicalismo.pdf>.

convenios¹³. En la actualidad, en España, estos derechos superan las prescripciones establecidas en esta Directiva e, incluso, con el tiempo se han extendido a las personas mayores y enfermas.

2.1.2. Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

Recordemos, que la Directiva 96/34/CE contribuyó en gran medida a mejorar las oportunidades de las que disponían los trabajadores con hijos en los EM para lograr conciliar mejor sus responsabilidades laborales y familiares mediante permisos. Ello, sumado a la idea que mantenía la Comisión sobre buscar la manera de seguir mejorando la conciliación de la vida profesional, privada y familiar, abre la posibilidad de introducir nuevos tipos de permisos familiares, tales como los permisos de paternidad, de adopción y para el cuidado de familiares, desencadenando la creación de la presente Directiva¹⁴.

Esta Directiva 2010/18 aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, aprobado el 18 de junio de 2009 por las organizaciones europeas de interlocutores sociales intersectoriales (Business Europe, UEAPME, CEEP y CES), que figura en el anexo (art. 1 Directiva 2010/18).

Al igual que la directiva anterior -la Directiva 96/34/CE-, esta nueva norma comunitaria establece disposiciones mínimas para facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, y añade la importancia de tener en consideración "*la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares*" respetando la legislación (cláusula 1.1). Del mismo modo, añade ciertas novedades respecto del permiso de paternidad, y realiza la primera referencia sobre las medidas suplementarias para abordar las necesidades específicas de los padres y madres adoptivos (cláusula 4).

Para promover una mejor conciliación, la cláusula 6ª del Acuerdo recoge que los EM deberán tomar "*las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o*

¹³ UGT. (2006). "*20 años de Sindicalismo Español en la Unión Europea (1986 - 2006)*". Diálogo Social y Normas Sociales. Madrid. Pág. 53.
Visto el 6-04-2020, en: <http://portal.ugt.org/internacional/20sindicalismo.pdf>.

¹⁴ Exposición de motivos, Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010.

regímenes de trabajo durante un periodo determinado de tiempo". Los empresarios considerarán dichas peticiones atendiendo, tanto a sus propias necesidades como a las de sus trabajadores. Asimismo, para facilitar la reintegración al puesto de trabajo tras el permiso, *"se anima a los trabajadores y empresarios a mantenerse en contacto durante el período de permiso"* (cláusula 6.2).

Es la primera vez que se invita a los EM a impulsar la conciliación utilizando diferentes tipos de permiso entre los que destaca los cambios horarios o del régimen laboral. Entendemos que este es el germen que acabará por convertirse en el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada laboral introducido por el RD-I 6/2019 -desarrollado en el siguiente capítulo-.

2.1.3. Directiva 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 por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

Esta nueva Directiva, publicada el 12 de julio, se encarga de establecer los requisitos mínimos para conseguir la igualdad entre hombres y mujeres *"por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo"*¹⁵, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional. Para alcanzar este objetivo la Directiva 2019/1158 establece: a) Derechos Individuales y b) Fórmulas de Trabajo Flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores¹⁶.

a) Derechos Individuales.

En primer lugar, la Directiva 2019/1158 establece la obligación de los EM de adoptar las medidas necesarias para que se cumplan los derechos individuales relacionados con el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores -en orden, art. 4, 5 y 6 D 2019/1158-.

b) Fórmulas de Trabajo Flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores.

¹⁵ Exposición de motivos, Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

¹⁶ URÍA MENÉNDEZ. *"Conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores"*. Derecho laboral, Novedades legislativas y jurisprudenciales. Agosto del 2019. Visto el 04-04-2020, en: <https://www.uria.com/documentos/circulares/1109/documento/8747/195-agosto.html?id=8747#2>.

En relación con este segundo apartado, la Directiva 2019/1158 fuerza a los EM a asegurarse de que los trabajadores con hijos hasta una determinada edad, como mínimo de 8 años, y cuidadores, tengan derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para poder cumplir con sus obligaciones de cuidado. De hecho, los empleadores deberán estudiar y atender las solicitudes en un plazo razonable de tiempo y deberán justificar cualquier denegación de estas solicitudes (art. 9.1 y 2 D 2019/1158).

Cuando la duración de estas fórmulas esté limitada, el trabajador podrá reincorporarse a su modelo de trabajo original al término del periodo acordado (art. 9.3 D 2019/1158).

2.2. Jurisprudencia del TJUE.

No nos extenderemos demasiado en esta cuestión, lo suficiente para dejar constancia de la postura marcada por el TJUE en relación a los derechos que aquí analizamos.

Lo más destacable del TJUE es un fallo reciente, que llegó a causar aún más confusión en relación a la materia que pretendía esclarecer; el vacío legal que rodea el derecho a la reducción de jornada y la posibilidad de concreción del horario a elección del empleado -dentro o fuera de la jornada ordinaria y sin reducción del salario-¹⁷.

El origen de esta cuestión surge a causa de la denegación de una solicitud de concreción horaria por razones de conciliación: un trabajador quería modificar su jornada ordinaria -turnos rotatorios de mañana, tarde y noche- por una adscripción exclusiva al turno de mañanas, manteniendo el mismo número de horas y la misma remuneración. Ante la negativa de este recurso, el JS nº 33 de Madrid plantea una cuestión prejudicial, y solicita al TJUE que realice la interpretación de los artículos 34.8 y 37.6 del ET, para su aplicación efectiva en la fecha en la que sucedieron los hechos.

Concretamente, la mencionada cuestión planteaba si la redacción del artículo 37.6 del ET era contraria al derecho de la UE -en concreto a la Directiva 2006/54/CE y Directiva 2010/18/UE-, “*al exigir al trabajador a fin de hacer efectivo su derecho de conciliación para atender al cuidado directo de menores o familiares a su cargo*” que proceda con la reducción de su jornada ordinaria y proporcional del salario, sin que pueda recibir un horario fijo cuando su régimen de jornada ordinaria se corresponde

¹⁷ S.N. (2019). “*TJUE: Es necesario realizar una reducción de jornada para tener derecho a concreción horaria*”. Laboral. Visto el 19-04-2020, en: <https://www.iberley.es/noticias/tjue-necesario-reduccion-jornada-derecho-concrecion-horaria-29784>.

con turnos rotatorios. Así como la existencia de una actuación que podría ser discriminatoria -en contra de las disposiciones de la UE- al ser las mujeres las que habitualmente solicitan estas medidas¹⁸.

A lo que el tribunal responde: 1) La Directiva 2010/18 no contiene ninguna disposición que conceda el permiso a los EM, en el contexto de una solicitud de permiso parental, *“a conceder al solicitante el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable”*. 2) *“La Directiva 2010/18/UE del Consejo, (...) debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho del trabajador a reducir su jornada ordinaria de trabajo para atender el cuidado directo de menores o familiares a su cargo, con una disminución proporcional de su salario, sin que pueda acogerse, cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable, a un horario de trabajo fijo manteniendo su jornada ordinaria de trabajo”* (STJUE de 18 de septiembre de 2019, 366/18). 3) Por último, debido a que la norma es aplicada indistintamente a trabajadores hombres y mujeres, el Tribunal Europeo determinó la inexistencia de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo¹⁹.

En conclusión, de la sentencia emanada por el TJUE se entiende que es necesario realizar una reducción de jornada para que la persona trabajadora pueda tener derecho a la “concreción horaria”, siempre con la reducción proporcional del salario. Por ello, una persona trabajadora no podrá acogerse al derecho a adaptar la jornada cuando su régimen de trabajo habitual sea un régimen de turnos con un horario variable y su intención sea pasar *“a un horario de trabajo fijo manteniendo su jornada ordinaria de trabajo”*.

3. DERECHO NACIONAL.

Son diferentes los textos legales que a lo largo de los años se han confeccionado en materia de conciliación, en el presente trabajo nos centraremos en la CE de 1978 y en el ET.

¹⁸ S.N. (2019). “Modificación de la jornada ordinaria del trabajador sin reducción de la misma por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”. Andersen Tax & Legal. Visto el 19-04-220, en: <https://www.andersentaxlegal.es/es/publicaciones-y-noticias/modificacion-de-la-jornada-ordinaria-del-trabajador-sin-reduccion-de-la-misma-por-razones-de-conciliacion-de-la-vida-personal-familiar-y-laboral.html>.

¹⁹ S.N. (2019). “TJUE: Es necesario realizar una reducción de jornada para tener derecho a concreción horaria”. Laboral. Visto el 19-04-220, en: <https://www.iberley.es/noticias/tjue-necesario-reduccion-jornada-derecho-concrecion-horaria-29784>.

De entre los preceptos constitucionales recogidos en nuestra norma suprema destacamos; en primer lugar, el artículo 9.2 de la CE que impone la obligación a los poderes públicos “*para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*”, removiéndolo cualquier obstáculo que impida “*facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”; segundo, el artículo 14 de la CE garante del principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo; y en tercer lugar, el precepto 39 de la CE relativo a la protección de la familia. A pesar de que se advierte que el eje central de estas disposiciones es la igualdad, no se recoge referencia literal alguna sobre la conciliación de la vida familiar y laboral²⁰.

De otro lado, en el ET aparecen reconocidos la mayoría de los derechos de conciliación; por ejemplo, maternidad, paternidad y vacaciones, entre otros. Como bien explicaba CÁNDIDO MÉNDEZ, aunque todos “*aspiramos a contar con un ET que cumpla la misión constitucional de garantía, protección y corrección del desequilibrio empresario-trabajador*” -como se recoge en el artículo 35.2 CE-, la realidad es que muchos han sido los intentos realizados para lograrlo, y por desgracia, excesivamente lentos los resultados obtenidos. Ahora bien, el Derecho del Trabajo tiene un papel fundamental en el siglo XXI, tanto para evitar la arbitrariedad de las empresas como para lograr unas relaciones laborales tan equilibradas como productivas²¹.

Debido a las exigencias introducidas por la UE y al creciente reclamo para lograr cambios en materia de conciliación, entre otros, ha tenido lugar durante los últimos años un intenso avance legislativo orientado a conseguir la igualdad entre mujeres y hombres²². Por lo tanto, para comprender mejor la legislación actual, corresponde realizar un ligero repaso por los textos legales que han conformado los distintos ET en el tiempo, y también, por las normas que han introducido alguna modificación sobre el derecho de los trabajadores a realizar cambios en su jornada laboral.

²⁰ ARROYO, C. (2007). “Perspectivas laborales en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral: el reto de la compatibilidad y la corresponsabilidad”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº 40. Pág. 246.

²¹ MÉNDEZ, C (2005). “25 años del Estatuto de los Trabajadores, una norma con futuro”. *El País*.
Visto el 27-03-2020, en: https://elpais.com/diario/2005/03/09/economia/1110322810_850215.html.

²² FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2015) “*Manos arriba: ¡trabajo o familia! La conciliación laboral, personal y familiar*” Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones. Págs. 5 y 6.
Visto el 06-04- 2020, en: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000869.pdf.

Para que el presente análisis no resulte excesivamente extenso acotamos nuestro interés en torno a dos puntos principales: 1. Derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada; 2. Derecho a reducir la jornada por motivos familiares.

3.1. Regulación Normativa:

3.1.1. Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

Comenzamos con el ET de 1980, primera versión de este texto legislativo, que surgió como fruto de un consenso social y político. Para lograrlo, resultó ser indispensable el Acuerdo Básico Interconfederal, firmado por CEOE y UGT el 10 de julio de 1979, debido a que algunos de sus criterios fueron incluidos en el texto legal del ET. En este Acuerdo, se establecían los elementos constitutivos de dicha norma, o dicho de otro modo: *“los derechos y deberes básicos de la relación laboral, la representación de los trabajadores en las empresas y la autonomía de los interlocutores sociales”*²³.

Una vez adentrados en la redacción de este nuevo texto, destacamos el artículo 34 relativo a la “jornada”, que, por el momento, no realiza ninguna alusión al derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo, y muchos menos, sobre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. De hecho, aunque este artículo es modificado con posterioridad en todos sus apartados (1-6) por el artículo 4 de la Ley 11/1994, de 19 de mayo -por la que se modifican otros artículos no sólo del ET-, sigue sin contemplar el derecho a la conciliación, que no se reflejará hasta el artículo 34.8 del ET introducido por la LO 3/2007.

En el presente texto legal se reconoce a las mujeres trabajadoras, por razón de lactancia de un hijo menor de 9 meses, la sustitución del derecho a ausentarse una hora del trabajo por una reducción de la jornada en media hora (art. 37.4 Ley 8/1980). Y no sólo ellas, también quienes tengan que cuidar de un *“menor de 6 años o a un disminuido físico o psíquico que no desempeñe otra actividad retribuida”*, tendrá también el derecho a una reducción de la jornada de trabajo, pero en este caso se especifica que siempre con la disminución proporcional del salario (art. 37.5 Ley 8/1980).

²³ MÉNDEZ, C (2005). “25 años del Estatuto de los Trabajadores, una norma con futuro”. *El País*. Visto el 27-03-2020, en: https://elpais.com/diario/2005/03/09/economia/1110322810_850215.html.

En definitiva, desde el primer texto del ET se plantea el derecho, en casos muy concretos, para ausentarse del trabajo o, incluso, para optar por una reducción de jornada siempre acompañada de la disminución proporcional del salario; pero, aún no se recoge ninguna relación con la conciliación, ni se menciona el derecho que a día de hoy nos permite adaptar la jornada.

3.1.2. Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

A nivel comunitario, el enfoque en el tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral se aprecia con claridad en la Directiva 96/34/CE -previamente desarrollada- relativa al Acuerdo Marco sobre “permiso parental”, que constituye la primera muestra de un enfoque orientado a integrar la maternidad-paternidad y sus responsabilidades familiares²⁴. Esta Directiva europea tuvo también su reflejo a nivel nacional con la publicación de la LCVFL. La entrada en vigor de esta Ley se produjo al día siguiente al de su publicación en el B.O.E., es decir, el 7 de noviembre de 1999.

Con esta Ley se introducen *“cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”*, después de la creciente incorporación de las mujeres al mundo laboral; lo que ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo²⁵. En definitiva, su objetivo radicaba en configurar *“un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada”*²⁶.

Es relevante destacar el párrafo primero del artículo 2.2 LCVFL por la introducción de la deficiencia sensorial como causa de minusvalía, además de la física y la psíquica -ya contempladas-. Del mismo modo, en su segundo párrafo amplía el derecho a la reducción de jornada de los trabajadores que tengan que cuidar 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 -tanto niños de hasta 6 años como ancianos-, y que no desempeñen actividad retribuida (art. 37.5). Además,

²⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R. (2007). “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 del Trabajo y Asuntos Sociales*. pág. 70. Visto el 27-03-2020, en: http://www.mtramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/Extralgualdad07/Est03.pdf.

²⁵ Exposición de motivos Ley 39/1999.

²⁶ Exposición de motivos LCVFL.

el tercer párrafo recoge que la reducción de jornada se constituye como derecho individual de todos los trabajadores, ya sean hombres o mujeres, por lo que varios miembros de la misma familia pueden disfrutarlo siempre que el grado de parentesco lo permita. Sin embargo, *“si dos o más trabajadores de la misma empresa generan este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”* (art. 37.5 p.º 3º L 39/1999).

Por último, añade un nuevo apartado 6 al artículo 37, que especifica que *“la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria”*. O dicho de otro modo, que los trabajadores tendrán *“libertad para decidir en qué modo y manera van a tomar el permiso de lactancia o si van a reducir su jornada”*²⁷, sin que el empresario pueda oponerse, a no ser que acredite la existencia de alguna causa objetiva que le cause perjuicio. En caso de surgir discrepancias entre la empresa y el trabajador, se procederá a resolverlas a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.

3.1.3. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Hemos de recordar, que la LOI supuso un hito en esta materia, ya que como venimos diciendo, las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral guardan una estrecha relación con el principio de igualdad, por ello, esta normativa ofrece una especial atención a las mismas. Sin embargo, los objetivos perseguidos por esta ley - de igualdad de trato entre mujeres y hombres- y por los *“derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”* no son coincidentes, aunque constituyen una técnica indirecta para la consecución del principio de igualdad real de hombres y mujeres²⁸.

En consecuencia, como queda recogido en la STC 3/2007, de 15 de enero, en caso de conflicto todas las medidas abogarán por facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, *“tanto desde la perspectiva del derecho*

²⁷ MENÉNDEZ LLANEZA, C. Conciliación de la vida familiar y laboral. Presentación y comentarios de la Ley 39/1999, de 5 de Noviembre. Madrid. Pág. 16.
Visto el 27-03-2020, en: <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/conciliacionvidafamiliar.pdf>.

²⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R. (2007). *“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 del Trabajo y Asuntos Sociales. Pág.70.
Visto el 27-03-2020, en: http://www.mtramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/ExtraIgualdad07/Est03.pdf.

a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”.

Aunque la LOI habla de “*derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”, en ningún momento procede a realizar una enumeración de dichos derechos, asumiendo que los mismos ya son conocidos. De hecho, no existe hasta la fecha ninguna norma que contenga una enumeración de los “derechos de conciliación”, por lo que se entiende “*que dichos derechos están integrados por todas aquellas figuras jurídicas que, desperdigadas a lo largo de una pluralidad de disposiciones, permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares*”²⁹.

Pero lo más relevante de esta Ley es que introduce por primera vez el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada, en el nuevo apartado 8 del artículo 34 del ET en su Disposición Adicional 11ª Tres, con el siguiente enunciado: “*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*”. Con ello, la intención de la LOI es promover la adopción de medidas concretas en favor de la igualdad en las empresas situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido³⁰.

Igualmente, se modifica el párrafo primero del apartado 5 del artículo 37, ampliando, en relación a la reducción de jornada por guarda legal, la edad máxima del menor que da derecho a la reducción, que pasa de 6 a 8 años, y reduciendo de 1/3 a 1/8 de la jornada el límite mínimo de dicha reducción³¹ (Disposición Adicional 11ª Cinco, LO 3/2007).

²⁹ AGUILERA IZQUIERDO, R. (2007). “*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 del Trabajo y Asuntos Sociales. Pág.71.
Visto el 27-03-2020, en: http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/ExtraIgualdad07/Est03.pdf.

³⁰ Exposición de motivos, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

³¹ Exposición de motivos, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

3.1.4. Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Para poder afrontar el considerable aumento del desempleo durante el año 2011 y las horribles previsiones para 2012, el Gobierno aprobó un RD-I con el que pretendía satisfacer más y mejor los intereses de todos -empresarios y trabajadores-, el RD-I 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Esta reforma intenta, por un lado, garantizar la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa, y por otro, aportar seguridad a los trabajadores en el empleo y adecuarlos a niveles de protección social.

Pero, el deseo de promover nuevas formas para desarrollar la actividad laboral hace que dentro de esta reforma se busque también dar cabida, con garantías, a una forma distinta de organizar el trabajo, el “**teletrabajo**”. Esta particularidad, *“encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar”*. Por consiguiente, se modifica la ordenación del tradicional trabajo a domicilio, dando cabida al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías que tenemos a nuestra disposición³².

Además, el capítulo III agrupa diversas medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo. En un sistema que genera incentivos adecuados, las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada.

Finalmente, aunque el RD-I 3/2012 no prospera, es la Ley 3/2012, de 6 de junio -con el mismo nombre- la que consigue hacer pública y oficial la “versión definitiva” de la reforma laboral de 2012. Para ello realiza numerosas modificaciones, de las que destacaremos las siguientes:

Se añade, por primera vez, un segundo párrafo al apartado 8 del artículo 34, el cual promueve *“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”* (art. 9.2 L3/2012).

³² Exposición de motivos Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero.

Pero eso no es todo, en su Disposición Final 1ª también varía ligeramente la redacción del apartado 5 del artículo 37. Esto es, mantiene casi intacta la redacción de la LO 3/2007 salvo por la adición del término “diario” al hacer referencia a la jornada, y esto empeora las posibilidades de conciliar: Hasta entonces, el ET no especificaba los criterios bajo los que debía hacerse dicha reducción -por ejemplo, podía ser cómputo semanal o cómputo anual-, pero la reforma del 2012 precisa que la reducción de jornada deberá realizarse sobre la jornada “diaria”.

Por último, esta Ley también modificó el apartado 6º del artículo 37 del ET, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, quedando descrito de manera muy similar a su primera redacción -introducida por las modificaciones de la Ley 39/1999- pero con alguna novedad. Aunque mantiene la obligación para el trabajador de avisar con 15 días de antelación a la fecha en la que se reincorporará a su jornada ordinaria, se contempla por primera vez la excepción de no poder hacerlo por razón de fuerza mayor.

Además, reconoce a los convenios colectivos para establecer criterios sobre la concreción horaria de la reducción de jornada (apartado 5), “*en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas*”. Por último, ante cualquier discrepancia surgida, resuelve siempre el artículo 139 de la LRJS, distinto de la regulación anterior (DF 1ª. 3 L3/2012).

3.1.5. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 1 d) de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, concede al Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la CE, para aprobar un texto en el que se integrasen, debidamente regularizado, aclarado y armonizado el texto refundido de la Ley del ET, aprobado mediante RDL 1/1995, de 24 de marzo, y todas las disposiciones legales relacionadas que se enumeran en ese apartado, así como las normas con rango de ley que las hubieren modificado³³.

El “antiguo” artículo 34.8 del ET del RDL 2/2015 reconocía la misma redacción que recogió la Ley 3/2012, mencionada anteriormente. Es más, se abogaba por el derecho del trabajador “*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*”

³³ Exposición de motivos Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

*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*³⁴. Incluso, promovía 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”*. Hablamos de “antiguo” artículo porque no se encuentra vigente en la actualidad, debido a que fue modificado más adelante mediante el Real Decreto-ley 6/2019 -esto sin tener en cuenta la actual situación del COVID-19-.

De otro modo, este RDL también modifica sustancialmente el artículo 37.6 del ET. Para ser más exactos, introduce una nueva transcripción en este apartado -sobre el derecho a la reducción de jornada- y, la redacción correspondiente -sobre la concreción horaria- pasa al siguiente apartado, el número 7. Por lo tanto, la “nueva” redacción del apartado 6 indica que, quien esté al cuidado de algún menor de 12 años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario, entre un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella (art. 37.6 párr. 1º RDL 2/2015). Asimismo, ostentará el mismo derecho quien se encargue del cuidado 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”* (art. 37.6 párr. 2º RDL 2/2015). Y no sólo eso, este precepto añade dos nuevos párrafos más sobre el derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario.

Para concluir, nos convendría recordar que la antigua redacción del apartado 7 no cae en el olvido, y como pasó con la anterior, pasa a formar parte de un nuevo apartado. Es decir, el apartado 8 es nuevo, pero mantiene gran parte de la regulación modificada por la LO 1/2004 de Medidas de Protección contra la Violencia de Género (art. 37.7). Es cierto que, aunque mantiene más o menos el mismo texto, se advierte una redacción más sensible hacia la víctima, lo que entendemos que favorece la ideología que defiende la Ley Orgánica de Protección 1/2004.

³⁴ S.N (1019). “El novedoso derecho de adaptación de la jornada y otras condiciones de trabajo para conciliar vida familiar y laboral”. ICAT. Visto 27-03-2020, en: <https://www.icatarragona.com/continguts/revista/2715/el-novedoso-derecho-de-adaptacion-de-la-jornada-y-otras-condiciones-de-trabajo-para-conciliar-vida-familiar-y-laboral/>.

3.1.6. Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

El Gobierno socialista aprobó el 1 de marzo de 2019 el Real Decreto-ley 6/2019, normativa con la que se pretendía adoptar medidas que impulsasen la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres. Este nuevo RD-I, supuso la última reforma emanada del poder ejecutivo español sobre la jornada de trabajo, introduciendo un mayor alcance del derecho a adaptar la jornada y abogando por la conciliación laboral, hasta la aparición del virus que, tristemente, todos conocemos, el COVID-19. No obstante, esta norma también introdujo algunos límites -*“la razonabilidad y proporcionalidad de la solicitud, las necesidades productivas de la empresa, el ofrecimiento por parte de esta última de medidas alternativas”*³⁵- que ponen en práctica nuestros Tribunales para justificar su negativa a la solicitud de este derecho.

Por un lado, respecto a las fórmulas de trabajo flexible, el Real Decreto-ley 6/2019 introduce una importante modificación en el apartado 8 del artículo 34 del ET para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, con la siguiente redacción: *“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”* -antes: “derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada”-³⁶. Añade, que teniendo hijos, dicha solicitud podrá efectuarse hasta que el niño cumpla 12 años. Todo ello, siempre garantizando la ausencia de cualquier tipo de discriminación entre uno y otro sexo (art. 2. Ocho RD-I 6/D2019).

Los términos de su ejercicio se detallarán en la negociación colectiva, pero en ausencia de regulación convencional, será la empresa la que, *“ante la solicitud de la adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de 30 días”*. Finalizado el plazo, la empresa comunicará,

³⁵ LÓPEZ CUMBRE, L. (2019) *“Adaptación de jornada, ¿obligación empresarial?”*. Gómez-Acebo & Pombo. Pág. 1. Visto el 22-03-2019, en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/10/Adaptación-de-jornada-1.pdf>

³⁶ De hecho, la “ordenación tiempo de trabajo” ya se reconocía a las víctimas violencia de género (art. 37.8 ET).

por escrito, la aceptación de la solicitud, planteará otra alternativa manteniendo las necesidades de conciliación o expresará la negativa a su ejecución³⁷.

Al amparo de esta nueva redacción del apartado 8, los trabajadores “*tendrán derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior*” cuando concluya el periodo establecido o cuando aún no hubiese transcurrido el periodo, por cambio de las circunstancias. En definitiva, todo lo recogido en este apartado se debe entender, sin perjuicio de los permisos establecidos en el artículo 37 para las personas trabajadoras. En caso de cualquier discrepancia, continúa establecido que se resolverá por medio del procedimiento del artículo 139 de la LRJS (art. 2. Ocho RD-I 6/2019).

El derecho de la adaptación de jornada no es nuevo, como ya hemos visto en el “antiguo” artículo 34.8 del ET, pero si es cierto que introduce una dicción más garantista abogando por la conciliación. Con esta modificación normativa, la antigua alusión a la conciliación de la vida personal y familiar pasa a ser únicamente a la vida familiar -lo que encaja con las STC 3/2007 y STC 26/2011^{38,39}, y no sólo eso, sino que se reconocen mecanismos alternativos a la conciliación -jornada continuada, horario flexible...-⁴⁰. En resumidas cuentas, esta norma obliga al empleador a admitir la solicitud de adaptación, permitiéndole también la posibilidad de presentar una oferta alternativa, e incluso, a rechazar la petición de la persona trabajadora, pero, siempre y cuando se aporte la justificación objetiva exigida para legitimar esta actuación.

Se trata de un derecho adicional al de la reducción de la jornada con su proporcional reducción del salario previsto en el artículo 37.6 del ET, que tras la

³⁷ “*En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión*” (Art.34. 8 párr.3º final ET).

³⁸ Doctrina según la cual “*se requiere la ponderación de las circunstancias concurrentes para valorar si la negativa empresarial encierra un obstáculo injustificado a la efectividad de cualquier derecho de conciliación en juego, incluso de aquellos que requieren previsión colectiva o acuerdo entre las partes, como es el caso del derecho consagrado en el artículo 34.8 ET*”. Visto el 01-04-2020, en: <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/adaptacion-jornada-a-la-carta-en-accion/>

³⁹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2019). “El derecho de adaptación de la jornada para conciliar la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET)”. Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Visto el 01-04-2019, en: <https://ignasibeltran.com/2019/06/26/el-derecho-de-adaptacion-de-la-jornada-para-conciliar-la-vida-familiar-y-laboral-art-34-8-et/#primero>.

⁴⁰ LÓPEZ CUMBRE, L. (2019) “*Adaptación de jornada, ¿obligación empresarial?*”. Gómez-Acebo & Pombo. Pág. 2. Visto el 22-03-2019, en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/10/Adaptación-de-jornada-1.pdf>.

reforma del artículo 34.8, permite la posibilidad de adaptar la jornada por motivo de conciliación para no tener la obligación de recurrir a una reducción con disminución del salario⁴¹. Además, lo establece como un derecho individual cuyo reconocimiento no está, en ningún caso, condicionado a lo previsto en un convenio colectivo o cualquier otro acuerdo⁴².

Por otro lado, el artículo 37 también sufre ciertas modificaciones en algunos de sus apartados, relevante para nuestro estudio resulta la nueva escritura del apartado 5, el cual concede el derecho a ausentarse del trabajo durante 1 hora por nacimiento prematuro de un hijo o si este necesita hospitalización, y les ofrece el “*derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de 2 horas, con la disminución proporcional del salario*”. Para el disfrute de este último permiso nos apoyaremos en lo previsto en el apartado 7 del art. 37 del ET⁴³ (art.2. Nueve RD-I 6/2019).

Como se reconoce en el apartado 7º del artículo 37 la concreción horaria, la determinación de los permisos y las reducciones de jornada, de los apartados 4, 5 - novedad incluida en el Decreto 6/2019- y 6, corresponderán al trabajador dentro de su jornada ordinaria (art. 2. Nueve RD-I 6/2019).

Para finalizar, después del análisis de esta última reforma, queda claro que existen dos derechos distintos de conciliación en materia de jornada: Por un lado, el derecho de reducción de jornada (art. 37.6, y su concreción horaria del art. 37.7), y por el otro, el nuevo derecho de adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo (art. 34.8). El primero es un derecho “incondicionado”, esto es, su ejercicio es unilateral por parte del trabajador sin ningún otro límite que los legales -por ejemplo, la concreción horaria debe ser dentro de la jornada ordinaria- y los convencionales. No así el derecho de adaptación, el cual queda sujeto en caso de “*no existir acuerdo convencional, colectivo o individual, a su exigibilidad en sede judicial, que deberá*

⁴¹ LÓPEZ CUMBRE, L. (2019) “*Adaptación de jornada, ¿obligación empresarial?*”. Gómez-Acebo & Pombo. Pág. 2.
Visto el 22-03-2019, en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/10/Adaptación-de-jornada-1.pdf>

⁴² BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2019). “El derecho de adaptación de la jornada para conciliar la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET)”. Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Visto el 1-04-2019, en: <https://ignasibeltran.com/2019/06/26/el-derecho-de-adaptacion-de-la-jornada-para-conciliar-la-vida-familiar-y-laboral-art-34-8-et/#primero>.

⁴³ En resumidas cuentas, el trabajador deberá realizar un “preaviso” con 15 días de antelación y ante las discrepancias surgidas resolverá la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladores de la Jurisdicción Social.

ponderar los bienes e intereses confrontado, bajo un criterio de razonabilidad y proporcionalidad”, sin desatender la dimensión constitucional que también ostenta el citado derecho⁴⁴. En términos generales, es muy probable que ante la ausencia de acuerdo el papel que desempeñen los órganos jurisdiccionales sea determinante, por ello, habrá que estar muy pendientes de sus resoluciones.

3.1.6.1. La corresponsabilidad como factor de valoración en la ponderación judicial para el reconocimiento del derecho de adaptación de jornada.

El RD-I 6/2029 consigue ofrecer una solución al fijar el procedimiento a seguir para el ejercicio del derecho a la adaptación de jornada, sin reducción de la misma, cuando éste no está regulado en el convenio colectivo o no existe acuerdo entre las partes. Anteriormente, no se contemplaban los efectos que pudiera tener la ausencia de negociación colectiva o de acuerdo individual, por lo que se podría entender que en esos casos no podía hacerse efectivo el derecho a la adaptación de jornada (LO 3/2007). No obstante, existen varios pronunciamientos judiciales -STSJ de Canarias, de 18 de marzo de 2013- que han defendido que la simple inexistencia de acuerdo colectivo o individual no es causa excluyente por sí misma, sino que se deberá analizar cada caso concreto⁴⁵.

Revisando la aplicación que realiza la doctrina del TC sobre esta materia, resulta imprescindible destacar la STC 3/2007, de 15 de enero de 2007 -aunque trata sobre un supuesto de reducción de jornada por guarda legal- y la STC 26/2011, de 14 de marzo de 2011, -sobre la solicitud de un cambio de turno sin reducción de jornada-, porque ambas abogan por ponderar todas las circunstancias concurrentes para poder determinar si se debe, o no, aceptar la adaptación solicitada en cada caso⁴⁶. Como el precepto no precisa sobre cómo se realizará la concreción horaria de la reducción de jornada, ni determina “*los criterios y necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa*” que deben prevalecer, tenemos que recurrir a las sentencias de los tribunales para establecer las circunstancias que faciliten el análisis

⁴⁴ S.N. “Jurisdicción Social”. *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 199, **abril de 2019**.
Visto el 9-04-202, en: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2019/05/REVISTA-SOCIAL-ABRIL-2019.pdf>

⁴⁵ FRANCO, L (2019). “*Las nuevas medidas de conciliación harán aumentar la litigiosidad*”. Departamento Laboral de Garrigues.
Visto el 11-04-2020, en: <https://bloglaboral.garrigues.com/las-nuevas-medidas-de-conciliacion-haran-aumentar-la-litigiosidad>.

⁴⁶ FRANCO, L (2019). “*Las nuevas medidas de conciliación harán aumentar la litigiosidad*”. Departamento Laboral de Garrigues.
Visto el 11-04-2020, en: <https://bloglaboral.garrigues.com/las-nuevas-medidas-de-conciliacion-haran-aumentar-la-litigiosidad>.

de la situación, manteniendo siempre la perspectiva de ambas partes. Pero aunque en esta ponderación judicial concurren elementos personales, su acreditación no debe, en ningún caso, convertirse en un elemento regulador de las relaciones familiares o de pareja del trabajador solicitante -como se ha recogido de la STC 26/2011-.

Defiende JOAN AGUSTÍ MARAGALL⁴⁷ que para resolver el “derecho de adaptación”, es necesario que los órganos de justicia social tengan en cuenta circunstancias tanto personales como familiares que concurren en el trabajador demandante, junto con el régimen de organización del trabajo. Tales como, *“el número de hijos del demandante, su edad, situación escolar, situación laboral de su cónyuge e incidencia en ella del rechazo de la petición de conciliación del demandante”*⁴⁸. Pero esta interpretación no coincide con lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria, donde no resulta extraño que los trabajadores que soliciten estos derechos de conciliación tengan que acreditar, además, otras circunstancias como el calendario laboral del marido o pareja, certificados del horario de guardería, sentencias de separación y divorcio con el convenio regulador, régimen de visitas, etc⁴⁹.

Critica esta fundamentación anticuada, al entender que puede provocar *“una verdadera desconfiguración de los derechos de conciliación, que dejan de ser derechos individuales de los trabajadores para quedar sometidos a exigencias que su regulación legal no contempla y que limitan su ejercicio, produciéndose una indebida inversión de la carga de la prueba, pues, es el empresario quien debe probar sus dificultades organizativas y productivas para justificar su negativa a aquel ejercicio, y no la persona trabajadora, titular del derecho, quien ha de demostrar una especie de necesidad insuperable de conciliación, revelando innecesariamente datos de su vida familiar al conocimiento ajeno. Por lo demás, quedan afectados aquí los derechos fundamentales de los trabajadores a la privacidad, a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 y 4 CE)”*⁵⁰.

⁴⁷ Magistrado especialista de la Sala de social del TSJ de Cataluña.

⁴⁸ SJS (núm.251/2019) núm. 1 de Mataró, de 12 de septiembre, donde se establecen factores de valoración en la ponderación judicial sobre derecho de adaptación de la jornada laboral y derecho de conciliación de la vida laboral y familiar.

⁴⁹ MARAGALL, J. A. “El derecho de adaptación de jornada ex. 34.8 ET después del Real Decreto-ley 6/2019. La cuestión de corresponsabilidad en su reconocimiento”. Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia. Núm. 199. Abril de 2019.

⁵⁰ Citando textualmente de la ponencia de M^a EMILIA CASAS BOAMONTE, en el Congreso Internacional “Justicia con perspectiva de género”, abril de 2019.

Por ello, en este análisis no podemos prescindir de la cláusula de corresponsabilidad, establecida en el artículo 44 de la LOIEMH, cuyo fin era evitar que los derechos de conciliación pudieran ocasionar el perjudicial efecto de la perpetuación de roles. Para ello, es indispensable establecer claramente la distinción, como hemos expuesto anteriormente, entre los derechos “incondicionados” y los “condicionados”, y en definitiva, determinar los sujetos a ponderación judicial en los casos en los que concurren discrepancias⁵¹.

En primer lugar distinguiremos los “incondicionados”, el derecho a reducir la jornada del artículo 37.6 y apartado 7, relativo a su concreción horaria, que recoge que, “*corresponderán a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria*”, por lo tanto, entendemos que no están sujetos a ponderación judicial. Es más, AGUSTÍ MARAGALL ampara este razonamiento y explica que, no tiene sentido que en un pleito sobre el derecho de reducción de jornada, o sobre la concreción horaria del mismo dentro de la jornada ordinaria, se investigue sobre las circunstancias personales y familiares del trabajador solicitante. En caso de ser denegada la solicitud, corresponderá al órgano judicial competente comprobar y determinar si se han ajustado a los límites legales y convencionales. Esto quiere decir, que no entrarán a valorar “*la concurrencia de la finalidad de corresponsabilidad en la pretensión conciliatoria*”.

Por otro lado encontramos el derecho de adaptación de jornada por causas de conciliación (art. 34.8 ET), los “condicionados”, el cual entendemos que cuando sea ejercido por motivo de responsabilidades familiares⁵², con ausencia de pacto entre las partes, deberemos atender al mandato del artículo 44 de la LOIEMH para impulsar la “*asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejecución*”⁵³. Pondremos un ejemplo para simplificar la argumentación: Una trabajadora solicita un cambio de turno de la tarde a la mañana, que podría resultar perjudicial para la empresa, y por lo tanto podría condicionarse la prevalencia de la pretensión conciliatoria a la corresponsabilidad. En ese caso, se podría requerir información sobre la disponibilidad e implicación del novio o marido en lo que a las

⁵¹ MARAGALL, J. A. “El derecho de adaptación de jornada ex. 34.8 ET después del Real Decreto-ley 6/2019. La cuestión de corresponsabilidad en su reconocimiento”. Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia. Núm. 199. Abril de 2019.

⁵² Guarda legal de menores, mayores o discapacitados.

⁵³ MARAGALL, J. A. “El derecho de adaptación de jornada ex. 34.8 ET después del Real Decreto-ley 6/2019. La cuestión de corresponsabilidad en su reconocimiento”. Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia. Núm. 199. Abril de 2019.

responsabilidades familiares se refiere, aunque en ningún caso queda claro que esto implique al resto de familiares (abuelos, hermanos, padres biológicos, etc.)⁵⁴. Es más, una de las resoluciones que arroja más luz sobre el tema es la SJS 1º de Mataró, de 12 de septiembre de 2019, la cual resuelve entendiendo que la trabajadora no tenía la obligación de acreditar si los abuelos, y mucho menos terceros ajenos, se encontraban disponibles o no para recoger a los niños del colegio - en esta línea, también la STSJ de Galicia, de 28 de mayo de 2019, rechaza que una trabajadora deba acreditar la disponibilidad de familiares para ayudarla o, incluso, que el centro escolar no tiene comedor o cualquier otra actividad extraescolar-.

Obviamente, este criterio tiene que aplicarse atendiendo a las circunstancias personales de cada caso, porque su aplicación indiscriminada imposibilitaría el acceso y mantenimiento de la mujer en el mundo laboral -objeto primordial de la conciliación-. Por ello, no creemos que la valoración de las citadas circunstancias, atendiendo al principio de corresponsabilidad, deban afectar injustificadamente a los DFFF de los trabajadores: “a la privacidad, a la intimidad personal y familiar” (art. 18.1 y 4 CE). Por lo tanto, parece que esta tesis también es acorde a la perspectiva de género.

3.2 Reacciones Judiciales sobre la adaptación de la jornada por motivos familiares (art. 34.8 del ET).

Como sucede con casi todas las reformas normativas, es necesario que transcurra un tiempo para que los Juzgados y Tribunales perfilen la aplicación práctica de la norma en sus sentencias. Aunque ha transcurrido poco más de una año desde que la normativa se aprobó -RD-I 6/2019-, debido a la nueva situación de pandemia que estamos viviendo, es muy posible que la jurisprudencia sobre la materia se demore bastante más de lo deseado. Mientras permanecemos a la expectativa de esta cuestión, recogeremos cuál ha sido la tendencia judicial hasta la llegada del COVID-19.

Para comenzar, la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 16 de abril de 2019, aunque no aplica el contenido del artículo 34.8 del ET, es muy interesante al ser de las primeras sentencias en defender que este precepto “no da al trabajador o trabajadora de un derecho de modificación unilateral, sino un poder de negociación del mismo de buena fe, esto es, a plantear cambios con efecto útil para su interés de cuidar al menor, que el empleador negocie de buena fe –con ofertas y contrapropuestas

⁵⁴ MARAGALL, J. A. “El derecho de adaptación de jornada ex. 34.8 ET después del Real Decreto-ley 6/2019. La cuestión de corresponsabilidad en su reconocimiento”. Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia. Núm. 199. Abril de 2019.

reales”-. Además, reconoce dos condicionantes fijados por el legislador para un uso más flexible del derecho individual: *“Uno de legitimación procedimental: que medie un acto de voluntad empresarial, ya sea por acuerdo colectivo o contractual. Otro de legitimación sustantiva: que ese acuerdo, colectivo o singular, asegure un equilibrio concreto entre la razón de la trabajadora o del trabajador y la razón de la empresa, llamando a modulaciones más limitadas y ciertas para la empresa. Ahora bien, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta la regulación procesal del artículo 139 LRJS que responde a una orientación de política jurídica opuesta: “el trabajador o la trabajadora tienen un poder negociador con el empleador, al margen del convenio”.*

En base a ello, la Sala entiende que el artículo 34.8 del ET se configura como *“un derecho a proponer, a falta de normativa convencional, la adaptación de su horario de trabajo, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Al empleador le incumbe por tanto acreditar las razones de tipo organizativo por las cuales se opone a la propuesta del titular de ese derecho, realizando en su caso, alternativas a esta propuesta”.*

En cuanto a los criterios jurisprudenciales, para estimar la adaptación de la jornada -total o parcial- solicitada, conviene destacar que las *“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”* (art. 34.8 del ET). Lo que supone, la obligación de la empresa de acreditar los motivos por los que deniega la petición del trabajador. De hecho, la inmensa mayoría de los pronunciamientos judiciales se resuelven a favor de los trabajadores porque la empresa no ha razonado adecuada y suficientemente los motivos por los que denegó dicha petición⁵⁵.

Ejemplos de ello son la Sentencia 642/2019 JS 1º de Mataró, de 12 de septiembre de 2019 -mencionada en el apartado anterior-, la cual entiende que la empresa no acredita las dificultades organizativas para no atender a la petición, o la Sentencia 252/2019 TSJ de Canarias, de 12 de marzo de 2019, en la que, además de reconocer la petición del trabajador, también se reconoce una indemnización por daños y perjuicios por el menoscabo moral causado.

Ahora bien, si la empresa acredita correctamente los perjuicios que esa adaptación de jornada le podría entrañar o se esfuerza en consensuar medidas de

⁵⁵ S.N. “¿Cómo están aplicando la justicia a la carta?”. Súper Contable. Boletín nº39, 2019. Visto el 08-04-2020, en: http://www.supercontable.com/boletin/A/articulos/aplicacion_jornada_a_la_carta.html.

negociación alternativas, se entiende que la empresa se muestra flexible para intentar conciliar y ello puede ser motivo para desestimar, dependiendo del caso, la solicitud de la persona trabajadora. Un ejemplo de ello es la STSJ de Sevilla, de 12 de abril de 2019, la cual admite el rechazo de la empresa a la solicitud de la trabajadora teniendo en cuenta que se dan las razones objetivas requeridas, concluyendo que la empresa ha denegado dicha pretensión en forma ajustada a derecho.

Otra resolución que apoya la idea de desestimar la solicitud del trabajador es la Sentencia JS 3º de Gijón, de 29 de agosto de 2019, por considerar que los términos que planteaba suponían una restricción de los derechos de sus compañeros.

“Los tribunales están siendo contundentes con aquellas compañías que demuestran rigidez”, reconoce al respecto JOSÉ PRIETO, socio laboralista de Baker McKenzie⁵⁶. Por lo que entendemos, que aportar contrapropuesta puede ser un factor que favorezca a la empresa en la resolución judicial.

Sobre los factores para evaluar la capacidad de organización de una determinada compañía, VÍCTOR CANALDA, abogado especialista en la materia, diferencia que *“no es lo mismo una multinacional que una pyme o microempresas”*. Esto resulta evidente, debido a que los márgenes de reestructuración de una pequeña empresa no son comparables con las posibilidades que pueden tener las empresas más grandes. Ante lo cual, la CEOE advierte que el derecho a adaptar la jornada laboral durante la epidemia del COVID-19 *“llevará a cerrar empresas”*⁵⁷.

Por último, de entre las últimas resoluciones dictadas alrededor de esta materia destacamos dos, que a nuestro entender, establecen más criterios importantes sobre la interpretación de este derecho. La primera, la Sentencia JS nº11 Barcelona, de 17 febrero 2020 (núm. 38/2020), además de hacer un repaso de la normativa vigente y de la doctrina constitucional -concretamente, las STS 26/2011 y 3/2007-, entiende que en este caso existe una situación de necesidad añadida al simple cuidado del menor -niña de 7 años con una discapacidad intelectual del 47%-, y estima, que ninguna de las necesidades que la empresa pueda defender resultan suficientes para rechazar la petición del trabajador. El JS defiende abiertamente que la prioridad reside en dar cumplimiento efectivo a las necesidades de los menores, y que deje de ser una simple declaración normativa.

⁵⁶ CORTÉS, I. *“Los jueces rechazan la jornada a la carta si la empresa prueba que le causa problemas”*. Wolters Kluwer. 29 de sep. 2019.

⁵⁷ Visto el 01-06-2020, en: https://www.eldiario.es/economia/Garamendi-CEOE-trabajador-posibilidad-empresas_0_1007549607.html.

La segunda, la Sentencia JS nº4 Valencia, de 11 de febrero de 2020 (núm. 396/2019), donde se entiende que la petición de cambio de turno formulada por la trabajadora es “razonable y proporcionada”, y la falta de negociación -aunque la empresa trate de ayudar facilitándole varias alternativas- no le permite conocer las necesidades alegadas por la empresa. Además, matiza, que las resoluciones emanadas por el JVSM refuerzan la obligación de atender a las necesidades de conciliación -debiendo primar siempre el interés del menor-⁵⁸.

4. EL DERECHO A LA ADAPTACION DEL TRABAJO EN TIEMPOS DEL COVID-19.

La situación en España cambia tras conocer el primer positivo diagnosticado de COVID-19, el cual fue confirmado el 31 de enero de 2020 en la isla de La Gomera. A raíz de esto, el Gobierno, haciendo uso del mecanismo del artículo 116 de la CE, aprueba el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En el presente apartado procederemos a examinar la nueva normativa aprobada en torno a los derechos de adaptar y reducir la jornada laboral y comentaremos los cambios más destacables tras la comparación de la situación actual con la regulación anterior al COVID-19. Concluimos el apartado con otro RD relevante para la evolución de la materia que pretendemos estudiar.

4.1. Real Decreto-ley 8/2020.

Las medidas para luchar contra el virus no se detienen con el establecimiento del estado de alarma, tres días después se publica el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Esta norma relámpago, intenta mantener las medidas de contención previstas, garantizando al mismo tiempo la continuidad de las relaciones laborales y la actividad empresarial. Para ello, se priorizan sistemas alternativos de organización como el trabajo a distancia -“el teletrabajo”-, insistiendo en la obligación de facilitar las medidas oportunas para hacerlo. Incluso, las Autoridades Sanitarias han apostado por las modalidades de trabajo no presencial en la actual situación. Ello, gracias a las herramientas informáticas y digitales actuales⁵⁹.

⁵⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2019). “El derecho de adaptación de la jornada para conciliar la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET)”. Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Visto el 1-04-2019, en: <https://ignasibeltran.com/2019/06/26/el-derecho-de-adaptacion-de-la-jornada-para-conciliar-la-vida-familiar-y-laboral-art-34-8-et/#primero>.

⁵⁹ Exposición de motivos, RD-I 8/2020.

Para conocer cómo se recoge el derecho de adaptación del horario y reducción de jornada tras el impacto del COVID-19, no tenemos más que acudir a los artículos 5 y 6 del RD-I 8/2020. Por esa razón, a continuación procederemos al análisis de los dos preceptos citados:

No podemos discutir su condición de medidas excepcionales, que debido a la situación de alarma que vive el Estado, su objetivo principal es garantizar que *“la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria”*. En otras palabras, se establecen sistemas de organización que permiten mantener la actividad laboral utilizando mecanismos alternativos, por ejemplo, el trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas para hacerlo posible. Además, estas medidas deberán ser prioritarias ante la cesación temporal o la posibilidad de reducción de la actividad. Incluso, para facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en sectores en los que no estuviera prevista con anterioridad, se entenderá cumplida la obligación de la evaluación de riesgo de acuerdo a lo previsto en el artículo 16 de Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (art.5 RD-I 8/2020).

Por otro lado, en el siguiente precepto del mismo texto normativo es donde se recoge el derecho excepcional para la adaptación de horario y la reducción de jornada (art.6 RD-I 8/2020):

1. Trabajadores que acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, tendrán derecho a acceder a la adaptación de su jornada y/o a la reducción de la misma siempre que 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, necesiten un cuidado personal y directo como clara consecuencia del COVID-19. No obstante, se considerará la concurrencia de circunstancias excepcionales *“cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que implique”* el cierre de centros educativos o de otra naturaleza que dispense cuidado o atención a la persona que los necesite.

También se considerará la concurrencia de circunstancias excepcionales que requieran la presencia del trabajador, cuando la persona que hasta el momento se

encargaba del cuidado o asistencia directa del cónyuge o familiar hasta segundo grado del trabajador no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19.

En efecto, se trata de un derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores, que toma 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.

Sin embargo, los conflictos que pudieran generarse por la aplicación de este precepto se resolverán por la jurisdicción social a través del procedimiento del art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre. Y así, *“el ejercicio de los derechos previstos en el presente artículo se considera ejercicio de derechos de conciliación a todos los efectos”*.

2. *“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”* al trabajador, *“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 de cada caso, debidamente acreditadas, y sin olvidarse de las necesidades de la empresa. Para ello, es recomendable que tanto el trabajador como la empresa se esfuercen en llegar a acuerdos.

Dicho de otro modo, el derecho a adaptar la jornada podrá referirse *“a la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo”*, cuya alteración permita a la persona trabajadora dispensar la atención y cuidado objeto. En concreto, *“puede consistir en: cambio de turno, alteraciones de horarios, horarios flexibles, jornada partida o continuada, 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 periodo excepcional de duración del COVID-19”*.

3. Los trabajadores tendrán derecho a una reducción especial de la jornada de trabajo en las situaciones descritas por el art. 37.6 del ET, siempre y cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en su apartado 1º, con la correspondiente

reducción proporcional de su salario. Sin embargo, a pesar de las peculiaridades que se exponen a continuación, *“esta reducción especial se regirá por lo establecido en los artículos 37.6 y 37.7 del ET así como por el resto de normas que atribuyen garantías, beneficios, o especificaciones de cualquier naturaleza a las personas que acceden a los derechos establecidos en estos preceptos”*.

Esta reducción de jornada especial se deberá comunicar a la empresa con 24 horas de antelación, y será susceptible de alcanzar el 100% de la jornada si resultare necesario, *“sin que ello implique cambio de naturaleza a efectos de aplicación de los derechos y garantías establecidos en el ordenamiento para la situación prevista en el artículo 37.6 del ET”*. Es más, para que la reducción de jornada llegase al 100 %, *“el derecho de la persona trabajadora deberá estar justificado y ser razonable y proporcionado en atención a la situación de la empresa”*.

4. Cuando el trabajador ya se encontrase disfrutando de una adaptación de su jornada por conciliación, o de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, o de algún otro derecho de conciliación, incluidos en el art. 37 del ET, podrá renunciar temporalmente a él o tendrá la facultad para que se modifiquen los términos de su disfrute siempre que concurren las circunstancias excepcionales previstas en el apartado primero de este artículo. Por último, la solicitud deberá *“limitarse al periodo excepcional de duración de la crisis sanitaria y acomodarse a las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, así como a las necesidades de organización de la empresa, presumiéndose que la solicitud está justificada, es razonable y proporcionada salvo prueba en contrario”*.

4.1.1. Comentarios.

Revisando la antigua redacción del derecho a adaptar la jornada, podemos apreciar que tras la nueva normativa este precepto se configura ahora en términos más parecidos al derecho a la reducción de jornada. Es decir, el artículo 34.8 del ET disponía que los trabajadores *“tienen derecho a solicitar”*, por el contrario, la redacción vigente recoge que directamente *“tendrán derecho a acceder”*, muy similar a la del 37.6, *“tendrán derecho a una reducción”*. Dicho de otro modo, mientras que en el artículo 34.8 del ET recoge sólo la potestad de “solicitar” este derecho por los trabajadores, parece que ahora tienen derecho al ejercicio unilateral del mismo, siempre que cumplan con los criterios establecidos.

Es más, el primer apartado del artículo 6 (RD-I 8/2020) recoge por primera vez y reunidos en el mismo precepto, el derecho a adaptar y el derecho a reducir la jornada. De hecho, se recogen unas situaciones o circunstancias concretas en las que cualquier trabajador por cuenta ajena que las cumpla podrá acogerse a cualquiera de los dos derechos cuando concurren las circunstancias excepcionales relacionadas con el COVID-19.

Destacamos la necesidad de que estos derechos individuales -de adaptación o reducción de la jornada- deban ser “*justificado, razonable y proporcionado*” respecto a la empresa, como ya hemos comentado anteriormente, ya que se añade un término nuevo -“justificado”-. Estos son los únicos “límites”, si podemos referirnos a ellos como tales, los que el RD-I 8/2020 impone a la petición del trabajador.

Queda clara, ahora más que nunca, la necesidad de que, tanto los empleados como sus empleadores consigan llegar a acuerdos, aunque esto no siempre sea posible. Pero ¿qué sucede cuando el acuerdo entre las partes no se logra? Entonces, se solucionará igual que se hacía antes de la llegada del COVID-19, será la jurisdicción social la encargada de resolver cualquier conflicto de este tipo. De hecho, hace unas semanas el propio Ministerio de Trabajo recordaba que cualquier trabajador podrá apelar a los tribunales su derecho para adaptar el horario o reducir la jornada de forma temporal.

Para ello, la Comisión Permanente del CGPJ informó, el pasado 20 de marzo, que incluyen en su relación de “servicios esenciales” del orden jurisdiccional social, los procesos relativos a derechos de adaptación del horario y reducción de jornada contenidos en el artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19⁶⁰.

También se utilizará esta vía, para reclamar cualquier negativa para reducir la jornada por cualquier consecuencia de esta crisis. Según esta regulación, el trabajador dispone de 20 días hábiles, a partir de que el empresario le haya comunicado “*su negativa o su disconformidad con la propuesta*”, para presentar la demanda ante el Juzgado de lo Social. Además, “*en la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador*”, sólo por los derivados a consecuencia de la negativa del derecho o por la demora.

⁶⁰ “Qué hacer si la empresa deniega la adaptación o reducción de la jornada”. Artículo de economía. Cinco Días. 20 de marzo de 2020.
Visto el 16-04-2020, en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/03/20/economia/1584711598_718738.html

Como ya hemos visto en alguna sentencia anterior a la situación de emergencia, la reclamación por daños y perjuicios puede hacer que el empresario tenga que abonar dinero, y ello, genera un efecto disuasorio para que el empleador se piense dos veces rechazar la solicitud de conciliación de su trabajador en esta situación. Por otro lado, si el empresario justifica de manera adecuada su negativa, según esta norma y la doctrina emanada por los juzgados de lo social antes del estado de alarma, podría quedar exonerado de dicha responsabilidad (Art. 139.1.a LRJS).

La resolución de estas demandas se llevará a cabo mediante el procedimiento urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista se señalará en los 5 días hábiles siguientes a la admisión de la demanda y la sentencia se dictará en el plazo de 3 días, hábiles también⁶¹. No cabrá recurso contra esta sentencia, “*salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación*” (Art. 139.1.b LRJS).

Seguidamente, comentaremos los cambios más destacables introducidos tanto en el derecho a adaptar la jornada como en el de reducirla, adoptando las medidas oportunas para intentar paliar la crisis sanitaria que vivimos en España, y otros países del todo el mundo.

Comenzaremos con el novedoso derecho a adaptar la jornada laboral, donde desaparece el límite de edad establecido en el segundo párrafo del artículo 34.8 del ET, para los trabajadores que tengan hijos o hijas de “hasta 12 años”. Subrayamos la ausencia de menciones a futuro, como es obvio, sobre si los trabajadores que accedan tendrán o no derecho a solicitar el regreso a su jornada anterior cuando concluya este duro periodo en el que nos vemos inmersos. Por lo tanto, y teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas aquí contempladas, cuando esta situación extraordinaria de alarma finalice, en ausencia de nuevas modificaciones normativas entendemos que se adoptará la regulación del artículo 34.8 del ET -vigente hasta la entrada en vigor del RD-I 8/2020-.

Uno de los mayores problemas que plantea esta nueva redacción del precepto es que la concreción inicial -alcance y contenido- de los deberes de cuidado por circunstancias excepcionales relacionadas con el COVID-19 corresponde al trabajador (progenitor-responsable), esto quiere decir, que será prerrogativa de dicho empleado elegir la modalidad que más le interese. Entendemos que el propio empleado es el

⁶¹ Las actuaciones procesales deberán practicarse en días y horas hábiles (art. 43.1 LRJS). Por días hábiles se entienden los días comprendidos entre el lunes y el viernes, y no computarán los sábados, domingo y festivos (art. 103 LRJS).

sujeto que mejor conoce la situación y más adecuadamente puede elegir la mejor opción, pero el hecho de que sea él quien realiza la primera concreción significa que conoce perfectamente las opciones que tiene.

Por otro lado, para describir esta facultad se utiliza la referencia a la distribución del tiempo y cambia el término “duración” por “cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo”. Y va más allá, y enumera por primera vez todos los instrumentos de conciliación incluidos dentro de este derecho a adaptar la jornada laboral. Anteriormente sólo se había mencionado el “trabajo a distancia”.

Recalamos la posibilidad de que personas que ya venían disfrutando de un derecho a adaptar la jornada en los términos que establecía el artículo 34.8 del ET puedan renunciar a él temporalmente o modificarlo, siempre que cumplan con las circunstancias excepcionales. Es la primera vez que se contempla cualquier posibilidad de cambio para un trabajador que ya disfrutaba de este derecho, permitiéndoles, de este modo, actualizar su horario a las circunstancias del momento.

Concluimos, con el derecho a una reducción especial de la jornada, manteniéndose, como no podría ser de otro modo, la reducción proporcional del salario. Aunque se regirá por lo establecido en el artículo 37.6 y 7 del ET, contempla ciertas excepciones a las que denomina “peculiaridades”, como por ejemplo, la reducción de jornada del 100 por 100, alternativa que recuerda a lo que podría ser una excedencia del artículo 46.3 del ET pero sin delimitación temporal.

4.1.2. Otras Consideraciones.

Existen, de igual manera, otras reflexiones extraíbles del establecimiento de esta nueva formulación del derecho a adaptar el horario y que no se encuentran recogidos explícitamente en el articulado del Real Decreto, sino que se deducen.

Mientras dure el citado período de excepcionalidad dictado por el Gobierno, la empresa no podrá, bajo ninguna circunstancia, obligar al trabajador a coger vacaciones. Es sumamente importante saber que las vacaciones son un derecho que debe ser pactado en convenio colectivo o contrato individual por parte del empresario y el trabajador⁶², y por lo tanto no podrán ser impuestas en ningún caso, y mucho menos en la singular situación actual.

Tampoco podrá la empresa anticipar la finalización de los contratos temporales que tenga suscritos con sus trabajadores. Si, en efecto, tiene razones por las que necesita despedir a alguien deberá acudir a la figura del ERTE, y si cualquier contrato laboral se llega a extinguir sin ninguna causa justificativa, esta actividad debería impugnarse ante la Autoridad Laboral competente.

En los casos en los que un trabajador contraiga el COVID-19, la baja correspondiente se entiende como accidente laboral (*“todo impacto exterior sobre el cuerpo que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecutó por cuenta ajena”*) y se cobrará desde el inicio de la misma, sin perder los tres primeros días como sucede con las enfermedades comunes⁶³.

4.2. Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo.

El 11 de marzo de 2020 la OMS declara el brote de coronavirus como pandemia global. Teniendo en cuenta la rápida evolución de los contagios, sobre todo a escala nacional, y las necesidades de reforzar la protección de la salud pública y asegurar el funcionamiento de servicios públicos esenciales, se publica el 17 de marzo de 2020 el RD 465/2020 -por el que se modifica el RD 463/2020-.

Esta modificación incluye, entre otras cuestiones, límites, a la libre circulación de las personas durante la vigencia del estado de alarma (art.1.1) y a la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de algunos expresamente recogidos (art.1.2), con los efectos que ello supone para trabajadores, empresas y ciudadanos.

El confinamiento se ha ido endureciendo poco a poco hasta que han sido únicamente los servicios realmente esenciales los que han continuado activos -un Consejo de Ministros extraordinario de 29 de marzo aprobó el confinamiento prácticamente total del país- para evitar lo máximo posible el aumento de contagios. Las previsiones de los expertos indican que el confinamiento se alargará hasta mayo, y con él, todas las restricciones sociales.

⁶³ S.N. “El trabajador en el estado de alarma por el COVID-19”. Cremades & Calvo Sotelo abogados. 1 de abril de 2020.

Visto el 16-04-2020, en: <https://www.cremadescalvosotelo.com/noticias-legales/el-trabajador-en-el-estado-de-alarma-por-el-covid-19>.

5. TELETRABAJO.

Viviendo en un Estado en confinamiento, no podíamos concluir este trabajo sobre el derecho a la adaptación de la jornada en tiempos del COVID-19 sin hacer una breve alusión a la modalidad laboral que ha revolucionado el modelo de trabajo en España, el Teletrabajo -o trabajo a distancia-.

El teletrabajo es una manera alternativa de organización del trabajo, en la que destacan, por una parte, una innovación tecnológica -posible gracias a las nuevas tecnologías- y, por otra, una flexibilidad organizativa en un entorno distinto. En ocasiones, es posible que esta forma de organización lleve aparejada “extraordinarias capacidades” orientadas a conciliar la vida laboral y familiar, a incrementar la activación de colectivos vulnerables, e incluso, colectivos excluidos del mercado laboral -como personas con discapacidad-. Desgraciadamente, el teletrabajo no puede ser aplicado en todos los puestos de trabajo, sólo en las tareas que puedan realizarse utilizando medios tecnológicos⁶⁴.

A nivel europeo, el Acuerdo Marco de Teletrabajo de 2002⁶⁵ es el primero en reconocer el teletrabajo como una solución al “*amplio abanico de situaciones y de prácticas sujetas a rápidas evoluciones*”. Por ello, los interlocutores sociales eligieron una definición de este término que permitiese cubrir sus diferentes formas: “*El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular*” (2).

Este Acuerdo, pretendía establecer un marco general a nivel comunitario y conseguir que cada Estado Firmante, conforme a sus procedimientos, lo aplicase. Además, pretendía facilitar y extender la utilización de la técnica del teletrabajo en las empresas, en la medida de lo posible. Y no sólo eso, sino que destacaba la utilidad de estos criterios para las empresas, los trabajadores y sus representantes, “*para mantener el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad, así como para mejorar*

⁶⁴ DE LAS HERAS GARCÍA, A. (11/03/2020). “*Implantación del teletrabajo en las empresas ante una situación de emergencia*”. Laboral-social. Visto el 19-04-2020, en: <https://www.laboral-social.com/coronavirus-implantacion-teletrabajo-empresas-modelo-anexo-contrato.html>

⁶⁵ Para más información se recomienda acudir a: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131>.

la productividad de las empresa".⁶⁶ Desgraciadamente, no se profundizó lo suficiente para conseguir los objetivos que se proponían.

En la normativa estatal, la primera regulación en torno a este término se realiza en la Ley 3/2012, donde con "*el deseo de promover nuevas formas de desarrollar la actividad laboral*" se pretendía, dentro de esta reforma, dar cabida, con garantías, al teletrabajo. Se modifica "*la ordenación del tradicional trabajo a domicilio para dar acogida (...) al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías*", incluyendo una nueva alternativa al trabajo presencial en la redacción del artículo 13 del ET: "el trabajo a distancia" (art. 6 L3/2012).

En la actualidad y con apenas cambios, el artículo 13 del ET vigente recoge, de la siguiente manera, la figura del teletrabajo como trabajo a distancia:

En el primer apartado se reconoce un trabajo a distancia que "*se realice de manera preponderante*" en casa o lugar escogido, como alternativa al desarrollo presencial continuo en el centro de trabajo. Entendemos que la intención del precepto es animar a las empresas a ofrecer a sus trabajadores realizar la mayor parte del trabajo, siempre que sea posible, en su residencia u otro lugar elegido combinándolo con algunas presencias en oficina: un trabajo a distancia a tiempo parcial.

En síntesis, el teletrabajo es posible gracias a un acuerdo "voluntario" y "por escrito" entre el empresario y el trabajador, sobre el modo y manera en el que se va a realizar esta prestación; bien como un anexo al contrato existente, bien como un contrato nuevo. Por lo tanto, en la situación actual resulta una medida muy apropiada para defender el interés de ambas partes, evitándose alternativas más perjudiciales - como la suspensión de la relación laboral o el despido-⁶⁷.

A parte de ser una decisión recíproca -solidaria-, también tiene que ser reversible, esto es, que cualquiera de las partes pueda solicitar el regreso a la modalidad laboral ordinaria -antes del trabajo a distancia-. Pero este retorno no siempre podrá ejercerse en cualquier momento, como destaca la profesora ARÁNZAZU DE LAS HERAS GARCÍA, puede quedar condicionado a unos tiempos,

⁶⁶ UGT. 20 años de Sindicalismo Español en la Unión Europea (1986 - 2006). Diálogo Social y Normas Sociales, pág.74.
Visto el 06-04-2020, en: <http://portal.ugt.org/internacional/20sindicalismo.pdf>

⁶⁷ DE LAS HERAS GARCÍA, A. (11/03/2020). "*Implantación del teletrabajo en las empresas ante una situación de emergencia*". Laboral-social.
Visto el 19-04-2020, en: <https://www.laboral-social.com/coronavirus-implantacion-teletrabajo-empresas-modelo-anexo-contrato.html>

exigir un “preaviso” o la desaparición de determinadas circunstancias -como en la situación actual, hasta que se reduzca notablemente las posibilidades de contagio por COVID-19-.

En cuanto a la retribución, debe quedar claro que tienen los mismos derechos los trabajadores que realicen su labor a distancia y los que desarrollen sus funciones en el centro de trabajo, salvo que por algún motivo la realización de la prestación se tenga que hacer de manera presencial. Actualmente, los convenios colectivos de empresas y los diversos estudios doctrinales realizados pueden ayudar a orientar a las empresas en las distintas dudas que les puedan ir surgiendo, aunque debemos de tener en cuenta que ninguno de ellos fue aplicado a los estragos que podría causar una epidemia mundial⁶⁸.

Pero la situación de emergencia que empezó a azotar al Estado obligó a muchos empresas -antes y después de decretarse el confinamiento- a implantar un modelo de trabajo a distancia algo distinto del presente precepto (art. 13). Para minimizar los riesgos del contagio y asegurarse una continuidad en la actividad productiva, estas entidades optaron por un modelo de trabajo a distancia desarrollado íntegramente desde el domicilio del trabajador.

Aunque la aplicación improvisada, debido a la urgente necesidad sanitaria, no es suficiente para considerarse una primera prueba útil de la fórmula del “teletrabajo”, estamos totalmente seguros de que influirá muy positivamente en la percepción que tendremos del trabajo cuando todo esto acabe.

6. CONCLUSIONES.

La regulación normativa emanada de la UE es la primera en hacer alguna mención sobre el derecho de las personas trabajadoras a adaptar la jornada laboral. Todo empieza con el cambio de los modelos de familia, cuando la mujer comienza a incorporarse al ámbito laboral y ya no hay nadie que pueda quedarse en casa para cuidar de los hijos. Sabemos que es a partir de ese momento cuando empieza la comunidad europea, a dar cada vez más importancia a las disposiciones orientadas a facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de todos los progenitores que trabajan, hasta que la Directiva 2010/18 consigue plantar la semilla de lo que se convertirá en el derecho a adaptar la jornada. Más tarde, la Directiva

⁶⁸ DE LAS HERAS GARCÍA, A. (11/03/2020). “*Implantación del teletrabajo en las empresas ante una situación de emergencia*”. Laboral-social. Visto el 19-04-2020, en: <https://www.laboral-social.com/coronavirus-implantacion-teletrabajo-empresas-modelo-anexo-contrato.html>

2019/1158 recogerá por primera vez las “Fórmulas de Trabajo Flexible” en un artículo separado de los permisos individuales reconocidos hasta el momento.

Adentrándonos en la justicia europea consideramos interesante recordar los dos aspectos sobre los que resuelve la sentencia de 18 de septiembre del TJUE (Capítulo 2): El primero, descarta por completo la posibilidad del trabajador de adaptar su jornada laboral sin reducción del salario. El segundo, desestima que un trabajador pueda acceder al derecho a adaptar la jornada cuando su régimen de trabajo habitual sea un régimen de “turnos con un horario variable” y pretenda acceder a un “horario de trabajo fijo” manteniendo su tiempo de jornada.

Pues bien, a pesar de esta doctrina del Tribunal Europeo, después de haber analizado detenidamente la petición de este trabajador -un cambio de jornada de trabajo, que implica el cambio a un turno fijo, sin reducción salarial-, consideramos que el cambio a las mañanas suponía una necesidad fundamental para poder conciliar su vida familiar con la vida laboral. Tanto es así, que se podría llegar a pensar que la necesaria protección de los menores por los Tribunales queda ligeramente diluida - como defiende la SJS nº11 de Barcelona 38/2020 y la SJS nº4 de Valencia 396/2019, entre otras-. Dada la postura defendida por la jurisprudencia nacional, nos aventuramos a opinar que dicha petición no implicaba, de ningún modo, la reducción de su tiempo de trabajo, y por consiguiente tampoco debería afectar a la cuantía de su remuneración.

Por lo que corresponde al ámbito nacional, aunque el derecho a adaptar la jornada laboral -art. 34.8 del ET- aparece por primera vez en la LO 3/2007⁶⁹, es el RDL 6/2019 el que introduce importantes novedades, reforzando el derecho de los trabajadores a acceder al mismo. Lo más destacable de su primera redacción es que la concesión de este derecho se contemplaba en el marco de la negociación colectiva o bajo acuerdos de trabajo, por lo tanto, se podía llegar a entender que en ausencia de ambos no podría hacerse efectivo este derecho. En la actualidad, las sentencias nacionales del ámbito social defienden que la mera inexistencia de acuerdo individual o colectivo, no es causa excluyente en sí misma, sino que habrá de atenderse al caso concreto -STSJ de Canarias 396/2013-. Además, la modificación aportada por el RD-L 6/2019 introduce criterios a cumplir para la negociación colectiva, y en el caso de que las discrepancias persistan, establece el procedimiento encargado de resolverlas. Con ello, también desaparece la alusión a la conciliación personal.

⁶⁹ A pesar de la tardía regulación del derecho a adaptar la jornada, el derecho a reducir la jornada laboral por motivos familiares aparece recogido desde la primera versión del ET, aunque sin ninguna relación aparente con la conciliación.

Siendo sinceros, hasta el año 2019 la única posibilidad que existía para “adaptar la jornada de trabajo para conciliar la vida laboral y familiar” era solicitar una reducción de jornada para el cuidado de un hijo o de algún familiar -art. 37.6 del ET- por eso el Real Decreto-ley 6/2019 intenta cambiar las cosas e ir más allá.

De hecho, existen tres grandes diferencias entre estos dos derechos, que en principio, parecen tan similares: 1. El derecho de reducción de jornada -art. 37.6 ET- conlleva una disminución proporcional del salario, a diferencia de la adaptación de jornada. 2. La concreción del horario sólo parecer ser posible en los permisos y reducciones de jornada previstos en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 37 del ET. 3. Mientras que el derecho a reducir la jornada se cataloga como “incondicional”, el de adaptar la jornada es “condicionado”, y ello afecta a la valoración o no por los Tribunales de la corresponsabilidad -atendiendo a las circunstancias personales de cada caso-.

Gracias a la escasas, pero efectivas, resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha podemos hacernos una idea de cómo hubiese prosperado la jurisprudencia y la doctrina en torno a este derecho. Sabemos que los Tribunales podrían considerar la corresponsabilidad como factor de valoración para el reconocimiento del derecho a adaptar la jornada laboral, al contrario que en el derecho a reducir la jornada. Aunque para evitar menoscabos injustificados de los DDFE de los trabajadores, el mencionado criterio deberá atender a las circunstancias de cada caso. Igualmente, se obliga a las empresas a acreditar las razones organizativas por las que se opone, debiendo esforzarse en proponer medidas alternativas, porque si no el Tribunal podría resolver a favor del empleado.

En efecto, no todas las empresas son iguales, y por ello sería interesante establecer una notable distinción entre las empresas grandes y las pequeñas -pymes-, para que las que ostentan menos recursos organizativos no estén bajo las mismas obligaciones que las grandes corporaciones. De este modo, se podría prever una de las consecuencias más directas de las que advierte la CEOE: el cierre de muchas empresas.

No obstante, la situación ha cambiado drásticamente, y con ella la regulación vigente. Por esta razón, para poder responder a la hipótesis planteada, debemos comparar el funcionamiento que tenía el artículo 34.8 del ET con la nueva regulación dispuesta en el artículo 5 y 6 del RD-I 8/2020, en definitiva, mostrar si ésta era la solución más apropiada dada la emergencia sanitaria existente en estos momentos.

Tras un análisis exhaustivo -de la regulación del derecho a adaptar la jornada, antes y después del coronavirus, incluso en comparación con el art. 37.6 del ET- podemos afirmar que la regulación del RD-I 8/2020 para hacer frente al impacto del COVID-19 se redacta en términos más garantistas, reconociendo el acceso a un derecho y no sólo el derecho a solicitarlo. Aunque existen algunos problemas que se desprenden de su texto literal no creemos que su solución entrañe mayores complicaciones.

En primer lugar, que la concreción inicial quede en manos del trabajador significa que comprende las distintas opciones, y no son cuestiones fáciles de discernir. Por ello, consideraremos que sería adecuado establecer una plataforma pública donde se recoja, de forma sencilla y completa, una recopilación de la normativa vigente en tiempos del COVID-19. En ella no sólo deberían aparecer los requisitos o circunstancias para acceder a la adaptación o reducción de jornada, si no todas las modificaciones realizadas en el ámbito laboral, redactadas de una manera comprensible para todos.

Otro problema, es la recomendación que invita a las empresas y trabajadores a que hagan todo *“lo posible para llegar a un acuerdo”*. Una idea idílica, pero, seamos sinceros, no parece suficiente. Aunque siempre se ha defendido la negociación entre las partes para lograr un acuerdo que beneficie a ambas, la extraordinaria situación que vivimos en estos momentos dificulta, aún más, la flexibilidad de las posturas. Por ello, si las partes no logran adoptar un acuerdo, o si el trabajador quiere reclamar la negativa de la empresa a reducir su jornada, será la LRJS la vía que resuelva el conflicto.

Una vez solucionada la problemática del, hasta ahora “provisional”, RD-I 8/2020, podemos manifestar abiertamente que ampliar las posibilidades para adoptar el derecho a adaptar la jornada, en esta extraordinaria situación, supone una gran ayuda extra para los trabajadores con hijos después de que el Gobierno decidiera clausurar las escuelas, universidades y demás centros educativos de cualquier tipo.

Existen otras reflexiones importantes que debemos tener en cuenta, extraíbles de la nueva regulación del derecho a adaptar la jornada laboral. Los trabajadores no podrán, en ningún caso, ser obligados a coger vacaciones y la empresa no podrá anticipar la finalización de ninguno de los contratos temporales, además, en el caso de que un trabajador contraiga el COVID-19 la baja se computará como accidente laboral.

Entendemos que en el momento en el que la situación de emergencia sanitaria se reduzca y finalice el estado de alarma se volverá a la regulación del artículo 34.8 del ET. Pero sabiendo que vamos a tener que convivir con el virus más tiempo del deseado, es interesante concentrar el esfuerzo en desarrollar técnicas que nos permitan mantener las precauciones suficientes para no contagiarnos, mientras permiten a quien lo necesite conciliar su vida familiar y laboral. Técnicas, que ya tenemos a nuestro alcance pero que no están dirigidas u orientadas a la emergencia sanitaria actual. Por lo tanto, no es discutible que la normativa deberá ir adaptándose a la realidad social, y no sólo en defensa de los derechos de los trabajadores sino también de los derechos de los empresarios, porque si estos no existieran, los primeros tampoco.

A continuación, sólo queda mencionar las consecuencias más directas en el ámbito laboral. Pues bien, lo más destacable de esta reforma es el impulso, sin precedentes, que adquiere el modelo de trabajo a distancia -pasa de un régimen de trabajo presencial a un régimen de teletrabajo-. Esta opción soluciona varios problemas al mismo tiempo: consigue reducir las posibilidades de contagio, permite a los padres compaginar el cuidado de sus hijos con el trabajo desde casa, y una vez que se procede a cerrar todos los servicios no esenciales, permite continuar con el trabajo desde casa y no detener la actividad de la empresa -en la medida de lo posible-. Por ello, sería imprescindible establecer un marco normativo específico sobre el trabajo a distancia que lo regule con la necesaria precisión y claridad.

Además, ello serviría también para determinar de una forma más clara quién tiene que facilitar los medios materiales necesarios para la realización del teletrabajo: ordenador, router, el coste de internet o de la electricidad consumida. Pero, aunque sabemos que esta modalidad laboral no podrá suponer una reducción de los derechos de los trabajadores, ni mucho menos suponerles un coste económico adicional; el presidente de la CEOE Antonio Garamendi asegura que las empresas “*no cuentan con medios físicos para implantar el teletrabajo*”. Con esta última afirmación se resalta que no todas las consecuencias serán tan beneficiosas para la empresa como para los trabajadores -hay consecuencias negativas-.

Por todo lo expuesto, concluimos que la irrupción del COVID-19 ha cambiado nuestra sociedad, incluyendo el modo en el que entendíamos el trabajo. Mientras redactamos este trabajo, millones de empresas por todo el mundo están implementando el teletrabajo a tiempo completo, y fomentando el aprendizaje online de sus empleados. Por lo tanto, conciliar el ámbito laboral con el familiar en esta situación sería inimaginable sin este renovado derecho, que flexibiliza y facilita las

adaptaciones de jornada. Como defiende MAR SOUTO -Coordinadora del Grado de Recursos Humanos y Relaciones Laborales de la Universidad Internacional de La Rioja- “*el teletrabajo no es una opción, ha venido para quedarse*” -cuestión que corrobora el RD-I 8/2020-.

Después de todo, estimamos que la nueva regulación del derecho a adaptar la jornada obedece a la igualdad de género, porque se ofrece a ambos géneros indistintamente y permite que de esta forma no se incurra en la perpetuación de roles, que ambos tengan las mismas oportunidades laborales y de conciliar, y al mismo tiempo.

Conviene recordar que hace un siglo España se convirtió en el primer país de Europa en conseguir la jornada de 8 horas, tras la huelga de la Canadiense. Entonces, ante el COVID-19, la mayor amenaza para la salud pública mundial desde la gripe de 1918, ¿por qué no puede ser también uno de los primeros países comunitarios en establecer una regulación adecuada y efectiva del trabajo a distancia?

7. BIBLIOGRAFÍA.

AGUILERA IZQUIERDO, R (2007). “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 del Trabajo y Asuntos Sociales*. Págs. 70-74.

ARROYO, C. (2007). “Perspectivas laborales en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral: el reto de la compatibilidad y la corresponsabilidad”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº 40. Págs. 243-277.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2019). “El derecho de adaptación de la jornada para conciliar la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET)”. Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

CORTÉS, I. “*Los jueces rechazan la jornada a la carta si la empresa prueba que le causa problemas*”. Wolters Kluwer. 29 de sep. 2019.

DORMIDO DELGADO, M. “Inserción laboral, sensibilización medioambiental y en la igualdad de género. Manual de orientación laboral”. Editorial CEP. Diciembre de 2017. Págs. 82-88.

FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2015) "*Manos arriba: ¡trabajo o familia! La conciliación laboral, personal y familiar*" Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones. Págs. 3-10.

FRANCO, L (2019). "*Las nuevas medidas de conciliación harán aumentar la litigiosidad*". Departamento Laboral de Garrigues.

JUARISTI BESALDUCH, E. (Marzo del 2012). "*¿Qué persigue la normativa de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?*". Boletín del Centro de Investigación de Economía y Sociedad. Barcelona. Págs. 1-11.

LÓPEZ CUMBRE, L. (2019) "*Adaptación de jornada, ¿obligación empresarial?*". Gómez-Acebo & Pombo. Págs. 1-5.

MARAGALL, J. A. "El derecho de adaptación de jornada ex. 34.8 ET después del Real Decreto-ley 6/2019. La cuestión de corresponsabilidad en su reconocimiento". Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia. Núm. 199. Abril de 2019.

MÉNDEZ, C (2005). "25 años del Estatuto de los Trabajadores, una norma con futuro". *El País*.

MENÉNDEZ LLANEZA, C. Conciliación de la vida familiar y laboral. Presentación y comentarios de la Ley 39/1999, de 5 de Noviembre. Madrid. Págs. 11-16.

MERINO CALLE, I. (Julio 2013) "*El Derecho Comunitario y la Conciliación Laboral, Personal y Familiar*". TFM de la Universidad de Valladolid. Págs. 11 - 46.

ORTEGA GASPAS, M. "Evolución de las políticas sociales de conciliación en Europa". *Publicado en la Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, (vol. 4 nº2) nº11, págs. 45-76. Fundación Luis Vives. Madrid. Mayo-agosto 2012.

RODRÍGUEZ- PIÑERO, M. (1999). "*La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)*", Relaciones Laborales. Págs. 19-30.

S.N. "El trabajador en el estado de alarma por el Covid-19". Cremades & Calvo Sotelo abogados. 1 de abril de 2020.

S.N. "Jurisdicción Social". *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 199, abril de 2019.

S.N. “¿Cómo están aplicando la justicia a la carta?”. Súper Contable. Boletín nº39, 2019.

S.N. (2019). “El novedoso derecho de adaptación de la jornada y otras condiciones de trabajo para conciliar vida familiar y laboral”. *ICAT*.

S.N. (2019). “Modificación de la jornada ordinaria del trabajador sin reducción de la misma por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”. Andersen Tax & Legal.

S.N. (2019). “*TJUE: Es necesario realizar una reducción de jornada para tener derecho a concreción horaria*”. Laboral.

UGT. (2006). “*20 años de Sindicalismo Español en la Unión Europea (1986 - 2006)*”. Diálogo Social y Normas Sociales. Madrid. Págs.53-87.

URÍA MENÉNDEZ. “*Conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores*”. Derecho laboral, Novedades legislativas y jurisprudenciales. Agosto del 2019.

8. ANEXOS.

8.1. Legislación.

- Europea:

Directiva 1996/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

Directiva 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 por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

- Nacional:

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

8.2. Jurisprudencia Citada.

SJS nº 1 de Mataró 642/2019, de 12 de septiembre de 2019.

SJS nº3 Gijón 2962/2019, 29 de agosto de 2019.

SJS nº 4 Valencia 396/2020, de 11 de febrero de 2020.

SJS nº 11 Barcelona 38/2020, de 17 de febrero de 2020.

STC 3/2007, de 15 de enero de 2007.

STC 26/2001, de 14 de marzo de 2011.

STJUE 366/2018, de 18 de septiembre de 2019.

STSJ de Andalucía (Sevilla) 8541/2019, 12 de abril de 2019.

STSJ de Andalucía (Sevilla), de 16 de abril de 2019.

STSJ de Canarias 252/2019, de 12 de marzo de 2019.

STSJ de Canarias 396/2013, de 18 de marzo de 2013.

STSJ de Galicia 3362/2019, de 28 de mayo de 2019.