

EL ALCANCE DEL DERECHO A ADAPTAR LA JORNADA Y A LA ELECCIÓN DE TURNO DE TRABAJO COMO MEDIDA DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL: una controversia aún por resolver

Comentario a la STSJ de Andalucía de 1 de febrero de 2018

M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ*

SUPUESTO DE HECHO: La actora, que prestaba sus servicios para la empresa SUNGLASS HUT IBERIA S.L.U., con la categoría profesional de vendedora, remitió escrito a la misma solicitando acogerse, en virtud del artículo 37. 6 ET, a reducción de jornada por guarda legal de menor, realizando, además, propuesta de concreción horaria con cambio de turno de trabajo. La empresa contestó a la actora aceptando la reducción de jornada, pero no la concreción de las horas, requiriéndola nuevamente para que fijara el horario. La actora contestó a dicho requerimiento en los mismos términos, sin llegar a avenencia alguna tras el intento de esta última de conciliación ante el SERCLA.

La trabajadora, que se reincorporó a su puesto de trabajo desarrollando la jornada reducida a cinco horas, si bien manteniendo los turnos rotativos de mañana y tarde, interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Jerez de la Frontera, que dictó sentencia el 5 de julio de 2017, estimatoria de la pretensión, y declaró el derecho de la demandante a la reducción de jornada de trabajo por razón de guarda legal en los términos solicitados, consistentes en una mínima reducción horaria y la asignación al turno de mañana para la prestación de sus servicios mientras ejerciera el derecho de conciliación legalmente reconocido.

Contra la citada sentencia, la empresa interpuso recurso de Suplicación.

RESUMEN: El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Sevilla, en su Sentencia de 2 de febrero de 2018¹, desestima el recurso interpuesto por SUNGLASS HUT IBERIA S.L.U., en demanda de concreción horaria por guarda legal y tutela de derechos fundamentales y, en consecuencia, confirma la sentencia de instancia.

* Trabajo realizado en el contexto del proyecto de investigación I+D+i DER2015-67342-R, Redireccionando el empleo hacia el autoempleo: precarización de condiciones de trabajo y emergencia de la figura del emprendedor*.

** Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ ECLI:ES:TSJAND:2018:2

ÍNDICE

NOTA PRELIMINAR

1. EL BIENESTAR FAMILIAR DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: PREOCUPACIÓN Y OBJETIVO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS
2. LA SENTENCIA
3. EL SUPUESTO DE HECHO: UN REPASO A UNA JURISPRUDENCIA AÚN CONTROVERTIDA
4. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO. LA NEGOCIACIÓN Y PONDERACIÓN DE INTERESES PARA EL EJERCICIO DE UN DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL
5. LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA Y FINALISTA: ELEMENTO CLAVE PARA LOGRAR LA CONCILIACIÓN DE INTERESES: EL JUEGO DE LOS ARTÍCULO 37 Y 34.8 ET
6. CONCLUSIÓN

NOTA PRELIMINAR

Antes de comenzar con el análisis de esta sentencia, permítame el lector que, a modo de presentación, haga una breve reflexión.

Partimos de una base incuestionable: las mujeres son las que, mayoritariamente, dejan de forma temporal su trabajo para atender a su familia. El 95 por 100 de las excedencias por cuidado de hijos corresponden a mujeres y también son ellas las que más reducen su jornada laboral por este motivo. De hecho, el 73,2 por 100 de los contratos suscritos a tiempo parcial en España recaen en trabajadoras. Ello repercute de forma directa no sólo en sus ingresos, sino también en el momento de la jubilación como una “doble penalización”², que condiciona la persistencia de la brecha salarial y pone en evidencia el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres en el acceso y permanencia en el mercado de trabajo, con negativas consecuencias económicas, laborales y, especialmente, sociales, al quedar gravemente perjudicada una institución que desempeña un papel imprescindible para la cohesión y sostenibilidad social: la familia. De este modo, quedan afectados los valores familiares y vulnerado un principio constitucionalmente reconocido: la protección de la familia.

Como punto de partida, habría que hacer dos precisiones igualmente relevantes.

1.- Hay que tener en cuenta que el rol social asignado tradicionalmente a las mujeres exige que muchas de las medidas adoptadas en materia de protección a la familia compartan la finalidad de promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. La igualdad por razón de sexo requiere de una reacción precisa de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial que, reparando en la desigualdad de hecho que sufren las mujeres, fomente el efectivo equilibrio en el reparto de responsabilidades; en caso contrario, surgirán como inevitables los “efectos perversos”, perpetuadores de las desigualdades y discriminaciones.

² Es por esta mayor dedicación a la familia, en gran medida, por lo que las mujeres, en España, cobran una pensión un 37 por 100 inferior, de media, a la de los hombres.

2.- Por otra parte, y desde un punto de vista eminentemente práctico, la efectividad de estas medidas y su intensidad en orden a la protección de los intereses familiares dependerá del gravamen que las mismas supongan para el empresario. Podríamos afirmar que “a mayor carga empresarial” menor intensidad de protección de los mismos. Por tanto, debe ser objetivo prioritario la adopción de criterios tangibles y mecanismos de actuación dirigidos a equilibrar ambos intereses.

1. EL BIENESTAR FAMILIAR DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: PREOCUPACIÓN Y OBJETIVO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Son numerosas las referencias que a la institución familiar se realizan en nuestra Carta Magna, y que señalan las distintas perspectivas desde las que dicha protección debe ser acometida. Así, por ejemplo, el artículo 35 CE reconoce a todos los españoles el derecho a una remuneración por su trabajo que sea suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, o el artículo 39.3 CE, referido a la asistencia que los padres deben prestar a sus hijos. No obstante, la alusión constitucional que refleja más claramente esta preocupación es la contenida en el artículo 39.1 CE, dentro de los principios rectores de la política social y económica: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Con este mandato, dirigido a los poderes públicos, se manifiesta la obligación que sobre ellos recae de guardar los diversos frentes en los que la institución familiar desempeña un papel como tal - como base de la sociedad, como núcleo económico, como centro de interrelaciones jurídicas, etc...³.

Las normas laborales se refieren a la familia mediante el reconocimiento de instituciones o derechos a los trabajadores que en definitiva no pretenden sino conciliar la vida laboral y familiar. La ley contempla al trabajador como miembro de la unidad familiar y como parte de la relación jurídica contractual que implica el desarrollo de su actividad laboral; en ambas situaciones es titular de derechos y obligaciones, correspondiendo a los poderes públicos arbitrar mecanismos que permitan conciliar los intereses dignos de protección derivados de una y otra situación.

No podemos olvidar que durante años la referencia a la familia por el ordenamiento laboral ha tenido un ámbito muy limitado pues, sobre la base de un modelo de familia nuclear, se dirigía sobre todo a los hijos recién nacidos, o en sus primeros años de vida, y discapacitados, reconociendo determinados derechos que exoneraba de la obligación de trabajar a fin de permitir prestarles una adecuada atención. Las normas laborales garantes de la familia quedaban encuadradas ente las especialidades del contrato de trabajo por razón de maternidad, confundiendo las medidas protectoras del proceso biológico de la gestación-parto y las relativas a las responsabilidades familiares derivadas del nacimiento de un hijo.

³ La familia está reconocida como elemento clave para la integración social y como institución capaz de redistribuir rentas y de hacerlo de manera totalmente altruista para la sociedad, generando un espacio vital para el desarrollo y bienestar de los que la componen.

En menor medida se han conferido a los trabajadores mecanismos que posibilitan atender otros intereses familiares vinculados a parientes próximos (permiso por enfermedad grave o fallecimiento) o al cónyuge (derecho a ser trasladado a un puesto de trabajo vacante en la misma localidad). El ordenamiento laboral ha ido adoptando, a través de sucesivas reformas legales, disposiciones tendentes a conseguir tal reorientación. Desde la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, hasta la actualidad, se han producido avances importantes, incluyéndose innovaciones a un sistema de figuras jurídico-laborales que ya existían en torno a la conciliación pero que van a incidir, sobre todo, en materia de tiempo, al rescatar del empleado en el trabajo periodos más o menos cortos para dedicar a cuestiones familiares.

Desde los poderes públicos se articulan compromisos para articular políticas integrales de apoyo económico y social a la familia, que se concretan en planes y programas que pretenden dar cumplimiento a la obligación que tiene la Administración de apoyar a la familia, desarrollando políticas que faciliten su estabilidad, calidad de vida, autonomía y bienestar, y eliminando los obstáculos o dificultades para el logro de los objetivos propuestos. Entre esas medidas, de muy diversos tipos – de política fiscal y de rentas, en materia de Seguridad Social...- destacan las que afectan a la conciliación de la vida familiar y laboral y a la corresponsabilidad. Sin duda, las profundas transformaciones demográficas, económicas y sociales, la aparición de nuevos modelos de familia y, en muchas ocasiones, el carácter limitado de estas disposiciones, están provocando- y exigiendo- no ya una acomodación del ordenamiento jurídico, sino un cambio de orientación (tendente a una mayor flexibilidad) en las líneas jurisprudenciales dirigido hacia un objetivo final: la conciliación de la vida familiar y laboral en clave de corresponsabilidad, lo que supone la implicación de todos los protagonistas (agentes sociales, instancias públicas –todas las Administraciones, con el papel primordial de los Tribunales de Justicia en su labor de interpretación y aplicación de las fuentes directas del Derecho- y privadas -personas trabajadoras/empleadoras-)

2. LA SENTENCIA

Analizamos en esta sentencia el alcance del derecho a la reducción de jornada contemplado como medida de conciliación en el artículo 37.6 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Antes de comenzar, debemos destacar dos aspectos básicos.

En primer lugar, estamos ante una medida atenuante de la discriminación indirecta por razón de sexo, (que examina e intenta lograr la integración de dos ámbitos imprescindibles en nuestra sociedad -producción y reproducción-; y lo hace con razonabilidad y, al mismo tiempo, practicidad). Por ello, se deben evitar interpretaciones o llegar a conclusiones en las que se obtenga un resultado contra-

rio al fin propio de la norma, que no es otro sino lograr la eficacia de la reducción de la jornada y la conciliación con – y de– los derechos ligados a la maternidad, la familia y el desempeño de un trabajo. Esta debe ser la guía interpretativa de los preceptos que regulan los derechos de conciliación, debiendo reflejarse en el diseño, elaboración e implementación de las políticas públicas en general –y, en particular, de las sociolaborales– destinadas a este fin⁴.

En segundo lugar, en el caso que se nos plantea se pone en juego la protección que a la familia, como unidad básica de articulación social, otorga nuestro ordenamiento jurídico, reflejada en la Carta Magna y en los diversos textos normativos que desarrollan los preceptos constitucionales. En consecuencia, la aceptación por parte del Tribunal de la tesis empresarial y, por ende, el desconocimiento de la reivindicación planteada por la trabajadora, generaría una situación jurídica de desprecio tanto del principio de no discriminación por razón de sexo como de la protección constitucional de los valores familiares.

Veamos la sentencia en cuestión que, sin duda, suscita un especial interés porque aborda la problemática desde una perspectiva constitucional y de protección de la familia, e interpreta por consiguiente la normativa legal desde dicha perspectiva⁵, siguiendo la doctrina sentada por el TC en sentencias núms.3/2007, 24/2011 y 26/2011.

3. EL SUPUESTO DE HECHO. UN REPASO A UNA JURISPRUDENCIA AÚN CONTROVERTIDA

Nos encontramos ante un supuesto en el que la trabajadora afectada solicita reducción de jornada por guarda legal de menor - jornada diaria de 5 horas (de lunes a sábado)- haciendo una propuesta de concreción horaria que conlleva, a su vez, un cambio de turno de trabajo, en concreto solicita la adscripción a un turno fijo - de 10 a 15 hs, de lunes a sábado, (en lugar de los turnos rotativos de mañana – de 10 a 16 hs- y tarde – de 16 a 22 hs- que venía realizando). Estamos, pues, ante una petición no sólo de reducción de jornada, sino también de modificación de turno de trabajo⁶.

⁴ Véanse, en este sentido, STC 3/2007 de 15 de enero y STS (Sala de lo Social) de 21 de marzo de 2011), citadas en la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2015, en la que se analizan los límites a la obligación de ejercer el derecho a reducción de jornada por guarda legal y motivos familiares durante la jornada diaria de trabajo.

⁵ Muy interesante los comentarios de ROJO TORRECILLA, en su Blog: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/02/los-problemas-de-la-conciliacion.html>

⁶ Las ambigüedades en la redacción del artículo 37.6 y 7 ET ha propiciado que las cuestiones planteadas en torno a esta temática hayan sido diversas. Los tribunales se han pronunciado, sentando doctrina sobre los supuestos de petición de adaptación del horario sin solicitud de reducción de jornada, desestimatoria para los intereses del trabajador, debiendo acudir en estos casos a lo establecido en el artículo 34.8 ET, que recurre a las previsiones del convenio colectivo o al acuerdo con el empresario. La posibilidad de solicitud de adaptación de horario junto a la de reducción de jornada está aceptada por la generalidad de la doctrina y jurisprudencia, al desprenderse del tenor literal de los apartados 6 y 7 del artículo 37 ET.; la polémica se presenta cuando esa adaptación conlleva cambio en el turno de trabajo.

Haciéndonos eco del marco legal, la vigente redacción de los apartados 6 y 7 del artículo 37 ET reconocen, respectivamente, el derecho a la reducción de jornada de trabajo a quien por razón de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de 12 años, y el derecho a la concreción horaria y determinación del periodo de disfrute, si bien se introduce en este último punto una referencia a los criterios establecidos en la negociación colectiva que pueden condicionar los intereses familiares y que, sin entrar a analizar en profundidad, –ya que en el caso que analizamos, el convenio no hace previsión alguna al respecto- es una de las novedades introducidas en esta materia por la reforma llevada a cabo por la ley 3/2012 para flexibilizar las condiciones de trabajo, adaptándolas a las necesidades productivas y organizativas de la empresa⁷. Sin embargo, y la prueba evidente está en el caso objeto de estudio, no son muchos los convenios que se ocupen del derecho a la reducción de jornada, limitándose en la mayoría de las ocasiones a reproducir lo establecido en el ET⁸.

Interpretando el contenido de los apartados 6 y 7, en sede judicial se llega a la conclusión de que en ellos no se regulan dos derechos independientes, sino uno solo: la reducción de jornada en el apartado 6 y la extensión en la que puede ejercitarse según lo establecido en el apartado 7⁹. Por tanto, se da un tratamiento distinto al problema dependiendo de que el cambio de turno esté asociado o no a una reducción de jornada. Para este último supuesto- que no es el que ahora analizamos- esto es, cuando se pide cambio sin solicitud de reducción, doctrina científica y judicial¹⁰ coinciden en que la modificación de horario de trabajo sin reducción de jornada laboral para atender al cuidado de hijos no viene recogida en el artículo 37.7, sino en el 34.8 ET. En consecuencia, la concreción del mismo no

⁷ En este sentido, Velasco Portero, M.T. “El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 41/2015. La autora recuerda que el ejercicio del derecho a la reducción venía ya contemplado como contenido posible de la negociación colectiva, para lograr la igualdad de oportunidades en la empresa. Se partía de la base de que el derecho a la reducción de jornada era un derecho necesario relativo, respecto del cual el convenio solo podía mejorar el régimen legal. En el estudio se hace referencia a la STS de 21 de marzo de 2010 que anuló un precepto de un convenio colectivo que establecía una serie de requisitos para la concreción horaria de la reducción de jornada que no aparecen en el artículo 37.

⁸ Como excepción, el convenio XVI Interprovincial para el comercio de flores y plantas que señala: “La referida concreción horaria no podrá afectar al régimen de turnos establecido en el Centro...”. Véase Fraguas Madurga, L. “Reducción de jornada y flexibilidad horaria tras la reforma laboral de 2012”. AS 10/2013

⁹ Como ejemplos, STS de 13 de junio de 2008 (RJ 2008, 4227) y de 18 de junio de 2008 (RJ 2008, 42309), ambas con votos particulares discrepantes.

¹⁰ En este sentido, se constata que a partir de la Sentencia de 13/06/08, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) ha mantenido en distintas resoluciones (SS 18/06/08, 20/05/09, 19/10/09 y 24/04/12 y Auto 21/07/09) que el derecho que reconoce al trabajador el art. 37.7 ET a fijar la concreción horaria está vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones, por lo que deben quedar extramuros de su ámbito de aplicación aquellos supuestos en que la solicitud de cambio de horario o turno de trabajo no vaya unida a una petición de reducción de jornada.

corresponde unilateralmente al trabajador sino al convenio colectivo o al acuerdo con el empresario¹¹, con los problemas que suscita en los casos en los que el convenio guarde silencio¹².

No obstante, hay voces discrepantes que interpretan que la no mención en el artículo 37.6 a la modificación de la jornada u horario de trabajo se tiene que valorar como una laguna legal que debe integrarse con una interpretación judicial que atienda al espíritu de la norma, partiendo de la base de que el precepto controvertido forma parte del desarrollo constitucional que establece la protección de la familia e infancia (art. 39 CE). Esa finalidad ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Por tanto, y siguiendo esta línea, el trabajador/a que solicite guarda legal podría plantear exclusivamente una elección de horario o turno de trabajo sin reducción de jornada¹³.

Por otra parte, a pesar de que encontramos una abundante jurisprudencia que reconoce el derecho del trabajador a solicitar el cambio horario en los casos en que se produce una reducción de jornada, -y ello sobre la base de la ponderación de intereses y la prevalencia de los intereses del menor, la protección de la familia y la igualdad-, habría que hacer unas matizaciones al respecto, pues en algunos pronunciamientos se pone de manifiesto que el cambio de turno va más allá del derecho a la concreción horaria del art. 37.6 ET, que se refiere a la concreción dentro de la jornada ordinaria y que, por tanto, excede del derecho del trabajador¹⁴. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 3 de abril de 2017¹⁵, en la que el Tribunal, sobre la base de pronunciamientos anteriores, resolviendo un

¹¹ Al respecto, véase Poquet Catalá, R., “Los nuevos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: la distribución horaria sin reducción de jornada”, *AL*, nº 21, 2012, p. 2085.

¹² Los conflictos que esta situación ocasiona son tratados en el trabajo de Velasco Portero, cit. En particular, con respecto a esta cuestión, véase el epígrafe titulado “El derecho del trabajador a la adaptación y distribución de la jornada (art. 34.8 ET): la flexibilidad horaria del trabajador y la elección de turno”.

¹³ Véase la Sentencia 400/2013 del TSJ de Canarias, de 18 de marzo, que reconoce que aunque la adaptación horaria se solicite de manera independiente de la reducción de jornada, los principios constitucionales en juego exigen la ponderación. Según sus propios términos “...supuestos en que la variación de turno u horario se postula desde una situación de jornada reducida con una concreción horaria previamente consolidada o sin interesar reducción de jornada alguna, encajan en las previsiones del art. 34.8 ET, que, ha de ser interpretado en los términos establecidos por la STC 26/11, de manera que la simple inexistencia de acuerdo colectivo o individual que contemple medidas que permitan adaptar la jornada y el horario de trabajo para conciliar la vida laboral y la familiar, no constituye causa suficiente para denegar el derecho pretendido por el trabajador, sino que habrá que tomar en consideración en el particularismo de cada caso las singulares circunstancias concurrentes, valorando la dimensión constitucional ex arts. 14 y 39 CE de las medidas solicitadas y realizar la correspondiente ponderación del derecho fundamental que está en juego”.

¹⁴ Para indagar en los argumentos utilizados por las decisiones judiciales contrarias a que las adaptaciones horarias en los supuestos de reducción de jornada pueda conllevar cambio de turno, véase Pastor Martínez, “La concesión de la reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares. La judicialización de una cuestión mal resuelta”. *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 108, 1/2009, pp.113-115.

¹⁵ N° de Recurso 7087/2016

caso similar al ahora planteado, declara que es derecho de la trabajadora no sólo la reducción de su jornada, sino también el derecho a su concreción horaria, pero lo que pretende la demandante (en el caso en cuestión) excede del ámbito de aplicación del artículo 37. 6 y 7 ET, pues lo que se solicita, para aplicar la reducción de jornada, es una modificación unilateral de la jornada ordinaria de trabajo. Como en el caso que nos ocupa, en el supuesto de esta sentencia lo que reclama la trabajadora con la concreción horaria solicitada es realizar su jornada laboral solo por las mañanas y- de forma rotativa-, petición que, según el Tribunal, carece de amparo legal, en la medida que el derecho a fijar la concreción horaria está vinculado con la existencia de una reducción de jornada ordinaria de trabajo, no con la distribución de la jornada de trabajo, para lo que existe una regulación específica en el artículo 34.8 ET, en el que se establece el derecho del trabajador a adaptar la duración y la distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, si bien condicionado a los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo en el que llegue con el empresario.

En la primera línea expuesta –reconocimiento de cambio de turno con la reducción de jornada- nos encontramos con diversos pronunciamientos. Citemos, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2009¹⁶ en donde el trabajador reclamaba una reducción de jornada con elección de un turno fijo nocturno, estimando el Tribunal que debe prevalecer el derecho del trabajador a compatibilizar su vida familiar y profesional, ya que con ello se favorece el derecho constitucional que constituye su razón de ser, y no se ha probado por la empresa que con ello se cause ninguna dificultad relevante al funcionamiento regular de la actividad productiva; o la SJS nº 27 de Madrid, de 13 de noviembre de 2013, que se pronuncia en términos similares, partiendo de la base de que el artículo 39 CE establece la protección a la familia y a la infancia y esa finalidad es la que debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Más recientes, la sentencia del TSJ de Galicia de 22 de mayo de 2017¹⁷, en la que se hace referencia a la sentencia de 28 de mayo de 2012 (Rec. 4545/2008), con abundante citas de pronunciamientos anteriores en el mismo sentido. También, podemos mencionar la sentencia del TSJ de Madrid de 19 de julio de 2017¹⁸, que basa su argumentación fundamentalmente en las tesis defendidas por el TC en su sentencia 26/2011, poniendo énfasis en un aspecto esencial: la empresa solamente puede oponer al ejercicio del derecho de conciliación de la trabajadora a la adaptación de jornada, con elección de turno, legítimas razones de tipo organizativo, técnicas, productivas u organizativas. Es a este aspecto al que debemos prestar especial atención.

¹⁶ AS 1149

¹⁷ N° de Recurso 915/2017

¹⁸ N° de Recurso 1182/2016

4. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO. LA NEGOCIACIÓN Y PONDERACIÓN DE INTERESES PARA EL EJERCICIO DE UN DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL

Recordemos que, en el caso que analizamos, la parte empresarial aceptó la reducción de jornada, pero no los términos en los que planteaba la concreción, esto es, trabajar permanentemente en un solo turno. La trabajadora siguió trabajando en turnos rotatorios y aplicando la reducción de jornada. El II Convenio Colectivo de Sun Planet, S.A., aplicable a la empresa, no incorpora ninguna previsión sobre el ejercicio del derecho de conciliación, por lo que el Tribunal, en sus interpretaciones, se atiene a lo establecido en la regulación legal.

En sus argumentos parte de una base clara. El derecho a la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de un hijo menor, y el derecho a la correlativa concreción horaria derivada del mismo, están regulados en los artículos 37.6 y 7 ET y en el artículo 34.8 ET, en relación con el art. 14 y 10 CE¹⁹. El Tribunal hace hincapié en el alcance del artículo 34.8 ET, que es muestra de la evolución normativa, y no solo regula los derechos mencionados sino que, con un contenido sensiblemente más amplio, reconoce un nuevo derecho a la adaptación razonable de la jornada de trabajo al trabajador por motivos de conciliación, sin necesidad de proceder a una reducción de jornada.

Y en este punto nos planteamos: primero, si el derecho examinado afecta sólo a la reducción de jornada con elección de horario; o, segundo, si también puede aplicarse a aquellos supuestos en los que- al margen de una reducción de jornada, o sea con o sin reducción de la misma- la persona trabajadora pretende elegir jornada con un horario mas adecuado a su necesidades familiares.

En el primer caso, tendríamos que estar al tenor del artículo 37.6 que, sin duda, exige ponderar las circunstancias concurrentes, siguiendo la línea del TC que encomienda al juzgador hacer interpretaciones favorables a un mayor margen de autodeterminación de la persona trabajadora en el reparto del tiempo de trabajo remunerado y el no remunerado- trabajo de cuidado-. Una interpretación literal de las normas controvertidas llevaría a negar la pretensión de la actora por razones de eficiencia productiva, que serían las que siempre prevalecerían de no realizarse la ponderación de circunstancias. Así pues, y en palabras del propio Tribunal, “cualquier derecho de conciliación legalmente reconocido a los trabajadores por la ley o el convenio, que sea rechazado por el empleador, requiere de inmediato el análisis del juez desde la vertiente constitucional, ponderando de manera concreta y cuidada si tal negativa está revelando un obstáculo injustificado y desproporcionado a la efectividad del mismo”. La ponderación exige tener presente

¹⁹ “... en cuanto el sexo y la condición familiar constituyen factores de discriminación (SSTC 3/2007 y 26/2011) de modo que al ser un auténtico derecho social fundamental prevalece en la función resolutoria de dudas interpretativas, exigiéndonos integrar por vía interpretativa las lagunas de esta materia y de los textos restrictivos contrarios a un desarrollo efectivo de estos derechos”. Fundamento de Derecho Tercero (párrafo 2º).

las exigencias de la buena fe, la interdicción del abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, de tal forma que se compatibilicen los intereses de las partes implicadas: el menor, la persona trabajadora y las facultades que recaen en el empresario para la organización del trabajo - poder de dirección- ; ello teniendo presente que la protección de la familia y el derecho a la igualdad son derechos constitucionalmente reconocidos, lo que les otorga un valor adicional.

En el segundo caso, el artículo 34.8 ET, por modificación operada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres introdujo un elemento clave: la negociación. A través del acuerdo, existe una posibilidad de que la persona trabajadora pueda adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectiva la conciliación de la vida personal familiar y laboral. Esto no quiere decir que se delegue sin límites en ella la configuración de la jornada de trabajo, pero sí implica que el empresario deberá aceptar una negociación de buena fe, planteando cambios que faciliten el ejercicio del derecho a conciliar²⁰. Si no lo hace, y no esgrime una razón organizativa suficiente, el art. 34.8 ET en relación al art.139 LRJS le da mejor posición a la persona trabajadora, titular de un derecho-expectativa a la adaptación razonable en base a este precepto legal.

5. LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA Y FINALISTA: ELEMENTO CLAVE PARA LOGRAR LA CONCILIACIÓN DE INTERESES: EL JUEGO DE LOS ARTÍCULO 37 Y 34.8 ET

En el supuesto que nos ocupa, el Tribunal reconoce a la trabajadora el derecho a modificar turno de trabajo para hacerlo más compatible con sus responsabilidades familiares; y ello en base al artículo 34.8 ET, en relación con los números 6 y 7 del artículo 37 ET. Opta por una interpretación teleológica y finalista del precepto en aras a conseguir una real y efectiva conciliación de las responsabilidades laborales y familiares, renunciando a una interpretación restrictiva y literal del mismo. La laguna legal existente debe integrarse teniendo en consideración la finalidad perseguida por el art. 37 ET: la conciliación de la vida laboral y la vida familiar. Por ello, da un paso más y estableciendo el derecho a la elección de turno, en base a los preceptos expuestos, reconoce el derecho de la trabajadora a la concreción horaria, o lo que es lo mismo, a la adaptación de su tiempo de trabajo, pudiendo, por ende, hacer a la empresa propuestas razonables de concreción de su jornada de trabajo. Existe, pues, un reconocimiento legal de un poder de iniciativa de la parte trabajadora que desencadenará un proceso de negociación al que debe quedar sujeto el empresario; ello con el fin de buscar la adaptación del tiempo de trabajo que resulte compatible con los diferentes intereses que mantienen las partes.

²⁰ Como se indica en la Sentencia, “...es cierto que el art. 34.8 ET no da un derecho de modificación unilateral, sino un poder de negociación del mismo de buena fe, esto es, a plantear cambios con efecto útil para su interés de cuidar al menor, que el empleador negocie de buena fe -con ofertas y contrapropuestas reales-...”

Llevada a cabo la lectura integradora de los art. 37.6 . y 7 y art. 34.8 ET y, del art. 139 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social²¹ Ley 36/2011, de 10 de octubre, el Tribunal reconoce que la trabajadora demandante tiene reconocido en nuestro ordenamiento laboral el derecho a una modificación de su régimen horario, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, con la única excepción de que ello resulte excesivamente gravoso para la organización de la empresa. Y como en el caso en cuestión la empresa no alega ningún tipo de razón organizativa para oponerse a las pretensiones de la actora, desconociéndose, por ende, el perjuicio que se ocasiona a la empresa, el Tribunal considera que el no reconocimiento del derecho solicitado supone una discriminación indirecta por razón de sexo- no cabe trasladar, el coste de cuidado de un menor a la mujer, negando o dificultando la legítima aspiración de la madre trabajadora a su autodeterminación económica- y una vulneración de la protección constitucional de los valores familiares.

6. CONCLUSIÓN

La concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho de los trabajadores, que sólo en supuestos excepcionales ha de decaer, como ocurriría en supuestos de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa. De acuerdo con lo argumentado en la sentencia, podemos extraer las siguientes conclusiones²²:

1.- Los trabajadores no tienen reconocido un derecho a la modificación unilateral de la jornada de trabajo; lo que se reconoce es un derecho a proponer (*negociar*), 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.

2.- Al empleador le incumbe por tanto acreditar las razones de tipo organizativo por las cuales se opone a la propuesta del titular de este derecho, realizando en su caso, alternativas a esta propuesta, y demostrando, en su caso, el perjuicio organizativo o/y económico que le supondría la aceptación de la concreción horaria que pretenda la trabajadora.

3.- En ausencia de acuerdo, el juez estará obligado según la doctrina constitucional recogida en la conocida STC 3/2007, a *ponderar* todas las circunstancias concurrentes, destacando entre ellas a juicio del TC, las “dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa”.

4.- Es al empresario al que incumbe demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente organizativas, que le impiden su disfrute en los términos propuestos por la trabajadora pero, de entrar en colisión ambos derechos, es la persona trabajadora quien debe probar las razones que legitiman su posición y el interés en su nuevo horario.

²¹ El artículo 139 LRJS regula el procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, de carácter urgente y preferente.

²² Fundamentos de Derecho 4 y 5 de la sentencia analizada.