



# REVISTA DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

## NUEVAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN, PERMISOS Y FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE

NÚMERO 19, SEPTIEMBRE DE 2023

JULIO A DICIEMBRE DE 2023, FECHA DE CIERRE SEPTIEMBRE DE 2023

### NOVEDADES EN LA ADAPTACIÓN DE “JORNADA” POR CONCILIACIÓN TRAS EL RDL 5/2023: ALGUNOS AVANCES HACIA UNA FLEXIBILIDAD MÁS EQUILIBRADA

María Teresa Igartua Miró

ENTIDAD EDITORA

*Dykinson, S.L.*



CÁTEDRA UNESCO  
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY



UNIVERSIDAD  
DE LA RIOJA

 **SAGARDOY**  
BUSINESS&LAW SCHOOL

ISSN 2341-135X

# NOVEDADES EN LA ADAPTACIÓN DE “JORNADA” POR CONCILIACIÓN TRAS EL RDL 5/2023: ALGUNOS AVANCES HACIA UNA FLEXIBILIDAD MÁS EQUILIBRADA

*NEWS IN THE ADAPTATION OF “WORKING HOURS”  
BY CONCILIATION AFTER RDL 5/2023:  
SOME PROGRESS TOWARDS A MORE BALANCED FLEXIBILITY*

**MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ**

*Catedrática de Derecho del Trabajo  
Universidad de Sevilla*

Fecha de recepción: 07/10/2023

Fecha de aceptación: 16/11/2023

**SUMARIO:** 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. PRINCIPALES CAMBIOS EN LA SOLICITUD. 2.1 La solicitud como elemento central de delimitación del derecho de adaptación. 2.2 Ámbito de aplicación. 2.3 Negociación, plazos y resolución. 3. UNA MEJORA NOTABLE: EL DERECHO DE RETORNO A LA SITUACIÓN PRECEDENTE. 4. TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO. 5. ALGUNOS ASPECTOS PENDIENTES. 5.1 El amplio margen de maniobra en la ponderación judicial de los intereses en juego. 5.2. Incentivos, orientación y asesoramiento 5.3. Mayores dosis de flexibilidad en favor de la persona trabajadora. 5.4. ¿La adaptación precisa mayores avances hacia la corresponsabilidad? 6. ¿CAMBIOS EN EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO? 7. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** El RDL 5/2023 traspone al ordenamiento tardía y parcialmente la Directiva 2019/1158. Para la adaptación de jornada supone una segunda fase de un proceso llamado a facilitar el ejercicio del derecho. Pese a las mejoras en la redacción legal y algunos aspectos positivos, aún se aprecian algunas carencias y aspectos pendientes, representando un avance hacia la flexibilización del tiempo de trabajo en favor de las personas trabajadoras. Sin embargo, el objetivo de la soberanía sobre el tiempo de trabajo se vislumbra distante y exige cambios estructurales y nuevos paradigmas en su gestión que aconsejaría una revisión de la sección 5ª del Capítulo II del ET.

**ABSTRACT:** RDL 5/2023 transposes Directive 2019/1158 belatedly and partially. For the adaptation of working hours, it represents a second phase of a process aimed at facilitating the exercise of the right. Despite the improvements in the legal wording and some positive aspects, there are still some shortcomings and pending aspects, representing a step towards making working time more flexible in favour of workers. However, the objective of sovereignty over working time is still a distant prospect and requires structural changes and new paradigms in its management, which would make a revision of section 5 of Chapter II of the ET advisable.

**PALABRAS CLAVE:** Adaptación, jornada, horario, flexibilidad, conciliación.

**KEYWORDS:** Adaptation, working time, timetable, flexibility, work–life balance.

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

**E**l ejecutivo antes de la “sorpresa” cita electoral de julio de 2023, decidió dar cumplimiento (más bien extemporáneo, huelga señalar) a algunos de sus compromisos europeos, aun sin satisfacer del todo las exigencias de las normas a trasponer, incluyéndolos en una disposición de las consideradas “ómnibus”, dadas sus dimensiones, la diversidad de cuestiones abordadas y con un preámbulo y título de notable extensión: Real Decreto–Ley 5/2023, de 27 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea<sup>1</sup>. Aunque se abordan distintos aspectos de interés, el estudio se ciñe a la nueva redacción dada al art. 34.8 ET en su agotadora revisión por fases, trasponiendo la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, sobre conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores. Se aduce el objetivo del Consejo Europeo de que los Estados miembros traspongan a su derecho interno en los plazos establecidos las Directivas comunitarias, reconociendo la acumulación de retrasos –el plazo venció el 1 de agosto<sup>2</sup>– como consecuencia de la repetición de las elecciones generales, de la existencia de gobiernos en funciones y de la pandemia, habiéndose recibido carta de emplazamiento de la Comisión y dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales, motivos suficientes a su juicio para justificar el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad. La redacción anterior procedente del RDL 6/2019 supuso una completa reelaboración del precepto, reforzando el ejercicio del derecho de adaptación para la persona trabajadora (condicionado a la solicitud), aunque presentaba algunas lagunas, suscitaba determinadas dudas y dejaba un amplio margen a la interpretación judicial. Se trata de averiguar en qué

1 BOE 29 de junio de 2023.

2 Vid. LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., “Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Briefs AEDTSS* nº 52, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023. Con carácter más general, vid también su trabajo sobre “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Galega de Dereito Social* nº 9, 2019, pp. 155 ss. Una aproximación a la norma en NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* nº 7, 2023, pp. 75 ss.

medida se han resuelto, dando cuenta también de los criterios judiciales sentados hasta la fecha<sup>3</sup>, apoyándonos en los criterios interpretativos de la abundante doctrina existente<sup>4</sup> y resaltando aspectos aún susceptibles de mejora.

La primera valoración debe ser positiva al reconfigurar de forma explícita la titularidad y los supuestos de solicitud, aportando mayores dosis de seguridad jurídica. Son además notorias algunas correcciones de redacción y ciertos avances en la tutela del derecho, en especial en la protección frente al despido. No se alcanza en modo alguno el reconocimiento de un derecho directo de adaptación, condicionado a la solicitud y de carácter “reforzado” por su dimensión constitucional en sede judicial<sup>5</sup>, pero se dan pasos acertados como la presunción favorable a la persona trabajadora en caso de falta de contestación expresa en los plazos indicados.

## 2. PRINCIPALES CAMBIOS EN LA SOLICITUD

### 2.1. La solicitud como elemento central de delimitación del derecho de adaptación

La adaptación, sin cambios en este punto, viene condicionada a la solicitud por parte de la persona trabajadora en relación con “*la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la*

.....

3 Como se sabe, el acceso a la suplicación está limitado a la acumulación de solicitud de indemnización o a la alegación de vulneración de derechos fundamentales (vid. STS 20 de junio de 2022 –rec. 454/2021–). Se ha propuesto permitir el acceso a la suplicación para unificar los dispares pronunciamientos, aunque la sentencia de instancia fuera ejecutable provisionalmente para evitar la desprotección del trabajador, MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “El nuevo marco jurídico de la Directiva (UE) 2019/1158 en relación con la adaptación del tiempo de trabajo a las circunstancias personales y familiares de las personas trabajadoras”, *Documentación Laboral* nº 122, 2021, p. 32.

4 Entre otros, AGUSTÍ MARAGALL, J., “El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento”, *Revista Jurisdicción Social* nº 199, 2019, pp. 42 ss; ARAGÓN GÓMEZ, C., “Tiempo de trabajo y conciliación: reducciones y adaptaciones de jornada por razones familiares”, *Trabajo y Derecho* nº 60, 2020, La Ley 955/2020; IGARTUA MIRÓ, M.T., “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 53, 2019, pp. 66 ss; JURADO SEGOVIA, A., “Tutela del derecho”, en AA.VV., *Registro de jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*; La Ley, Madrid, La Ley 4968/2020, pp. 20 ss; LÓPEZ BALAGUER, M., “El derecho de adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto-Ley 6/2019”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF.* Nº 437, 438, 2019, pp. 93 ss; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “El derecho a solicitar la adaptación de jornada: Una aproximación legal y judicial”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* LVI (2023), pp. 95 ss; MORÁN ROA, S., “La conciliación de la vida laboral y familiar a través de la adaptación de jornada: una herramienta para la igualdad de género y la productividad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF.* nº 431, 2019, pp. 185 ss.

5 Por todas, SSTSJ Galicia 5 de diciembre de 2019 (rec. 5209/2019) y 16 de mayo de 2023 (rec. 931/2023). O STSJ Castilla y León (Valladolid) 24 de enero de 2022 (rec. 1527/2021).

*vida familiar y laboral*”. Adaptación que en el orden comunitario se refiere a su modelo de trabajo, acogerse al trabajo a distancia, horarios flexibles o reducciones del tiempo de trabajo englobados bajo la referencia a las fórmulas de trabajo flexible (art. 3.1. f) Directiva). Me parece que el empleo del término adaptación, de notable holgura, es claramente intencionado, poniendo el acento en la capacidad de flexibilizar y adecuar algo a necesidades o intereses concretos. Para el Diccionario de la RAE **adaptar no significa más que acomodar o ajustar algo a otra cosa** y, por ende, es a la persona trabajadora a quien se otorga la facultad de dar forma a estos ajustes conforme al propio diseño derivado de sus necesidades, sin pasar de la fase previa y sin reconocer un derecho subjetivo perfecto a la adaptación, que seguramente no tiene cabida dentro de los parámetros de la ajenidad y la dependencia.

Por tanto, **las posibles fórmulas amparadas legalmente son numerosas y heterogéneas**<sup>6</sup>, incluyendo el horario diario, los módulos de cómputo de la jornada, el número de horas al día, a la semana, al mes o al año, flexibilidad en las horas de entrada o salida, horario flexible o mecanismos como las cuentas o bancos de horas, permisos recuperables, distribución irregular de un porcentaje de la jornada, elección de turno de trabajo o, inclusive, el cambio de jornada continuada a partida, o viceversa, entre los más significativos<sup>7</sup>. Además, puede afectar a la “forma de prestación”, incluido el cambio de sede geográfica<sup>8</sup>, de concurrir el resto de los presupuestos exigidos por el art. 34.8 ET. Dados los amplios dictados legales, corresponde a la empresa justificar la irrazonabilidad o desproporción de la medida o las causas que justifican la negativa, sin que se esté dando carta de naturaleza



6 También para la STSJ Cantabria 31 de julio de 2016 (rec. 315/2015) se trata de una amplia fórmula que abarca todo lo relacionado con turnos, horarios (rígidos, flexibles, etc) y otros aspectos relacionados con la ordenación del tiempo de trabajo. No constituye entonces un catálogo cerrado de derechos sino una cláusula abierta. Para el cambio de turno, por todas, STSJ Aragón 1 de abril de 2022 (rec. 136/2022). Exclusión del turno de noche en SJS Soria 27 de febrero de 2020 (proc. 61/2020), por falta de acreditación empresarial de las razones organizativas. Se deniega cambio a turno de mañana en trabajadora con contrato para el turno de tardes, y acreditadas las muy serias dificultades organizativas de la empresa en SJS Ponferrada n. 2 30 de junio de 2021 (proc. 21/2021). Reducción de jornada equivalente al 87,5% de la habitual en STSJ Madrid 17 de febrero de 2023 (rec. 1011/2022). Adaptación del horario en los meses de junio y septiembre para recoger al hijo menor en el colegio, STSJ Madrid 16 de noviembre de 2022 (rec. 524/2020). En un sentido extensivo, incluyendo toda variación de la jornada de trabajo, tenga la naturaleza que tenga, BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador”, *Revista de Derecho Social* n° 78, 2017, p. 119.

7 No comparto la necesidad de empleo de una formulación más detallada como la del plan MECUIDA, esgrimida por alguna autora MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, Albacete, 2023, p. 153, en tanto lo fundamental es la flexibilidad y la adaptación que puede operar sobre los aspectos temporales, pero también modales, funcionales o espaciales de la prestación de servicios, atendiendo también a la variedad de circunstancias o necesidades planteadas, espacio que, además también puede ser cubierto por la negociación colectiva.

8 STSJ Galicia 25 de mayo de 2021 (rec. 335/2021), cambio a la localidad donde tiene su residencia, con la consiguiente indemnización por la vulneración de un derecho fundamental. Doctrina que sigue también la SJS Barcelona 13 de marzo de 2023 (rec. 962/2022) en cuyo fallo pesa considerablemente el hecho de no mantener negociación alguna con la trabajadora solicitante. STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 21 de julio de 2020 (rec. 215/2020). Ello no supone un derecho automático al traslado ni impone a la empresa obligación de convocar concurso de traslado, STSJ Galicia 30 de junio de 2021 (rec. 4509/2020).

a un genérico derecho al traslado, debiendo exponerse en qué forma contribuye a hacer efectivo el derecho a la conciliación, puesto que el trabajo a distancia es una precisión meramente ejemplificativa.

La solicitud no se condiciona a requisito de antigüedad, algo admitido por la Directiva (6 meses), aspecto a valorar positivamente, evitando trabas injustificadas a los trabajadores temporales o con poco tiempo de permanencia en la empresa. Tampoco toma en consideración explícitamente aspectos como la duración a efectos de su incidencia en la concesión por parte del empresario. A la persona trabajadora corresponde delimitar tanto la adaptación pretendida como su duración –en ocasiones claramente determinada por la causa que la motiva–, que convendría exponer, al menos de forma aproximada, aunque no venga exigido legalmente. Dado que se vincula a determinadas necesidades de conciliación la duración habrá de ser “razonable” y proporcionada a las mismas, pero también con las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Como se sabe, el art. 9.1 de la Directiva señala que la duración de las fórmulas de trabajo flexible podrá estar supeditada a un límite razonable. Ni en la redacción anterior ni en la actual se establece límite alguno al número de solicitudes ni al ejercicio, lo que **permite cursar una solicitud cada vez que la persona trabajadora tenga necesidades de conciliación que puedan atenderse por esta vía**<sup>9</sup>.

Pese a la ausencia de cambios explícitos, la solicitud se ve afectada al menos por dos modificaciones legales. Por un lado, aunque sigue sin especificarse la forma, sin exigencias de ningún tipo, es recomendable la forma escrita con constancia expresa de su fecha, que cobra especial incidencia para la presunción prevista ante la falta de respuesta escrita por parte del empresario. Por otro, aunque no quedaba claro si la persona trabajadora debía justificar la causa que motiva la solicitud, la reconfiguración del supuesto de hecho lleva a dos tipos diferenciados. **Una petición más simplificada, sin justificación, si es relativa a hijos/as menores de 12 años**, en la que opera una especie de presunción de la necesidad de cuidado en base a su corta edad<sup>10</sup> y **una solicitud en la que se deben “justificar las circunstancias en que se funda su petición”**<sup>11</sup>, cuando venga referida a otros sujetos causantes y otras necesidades de conciliación, aspecto que se ampliará *infra*. En todo caso habrá de detallarse el contenido de la adaptación, si afecta y cómo a los aspectos cuantitativos o cualitativos de la jornada, a la forma de prestación o al teletrabajo, con el mayor detalle posible y, en su caso, en qué mejoran la conciliación. Teniendo en cuenta

.....

9 Reconoce este derecho de nuevas solicitudes, pues puede ser ejercido las veces que sea necesario, condicionado a cambios de circunstancias en las necesidades familiares respecto a los de una anterior la STSJ Canarias (Las Palmas) 12 de septiembre de 2022 (rec. 759/2022), aunque con un voto particular que afirma que la sentencia de la mayoría denegatoria no se ajusta al enjuiciamiento en clave de género.

10 NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 2019/1158...”, op. cit., p. 84.

11 Sobre la diligencia exigible a quien pretende configurar su tiempo de trabajo, inherente al concepto de buena fe, que supondría el suministro de cuanta información personal resulte de interés para la identificación del derecho, la graduación de su preferencia y su reconocimiento y efectividad frente a la organización empresarial, STSJ Canarias (Las Palmas) 25 de mayo de 2023 (rec. 29/2023).

que, ante la falta de acuerdo, la decisión acabará ante el órgano judicial competente lo lógico es pensar que la solicitud junto a la exposición de la necesidad de conciliar debería exponer que lo solicitado es razonable y es proporcional, explicando cómo contribuye al ejercicio del derecho.

## 2.2. **Ámbito de aplicación**

El cambio más notorio afecta a esta cuestión y es valorado positivamente por la doctrina que aprecia una “ampliación”<sup>12</sup> en el ámbito de aplicación del precepto legal. En la práctica se venía admitiendo la solicitud para otras necesidades familiares aunque el menor hubiera cumplido doce años<sup>13</sup>, pero **la norma opera una clara redefinición del supuesto de hecho**, aquejado de un importante grado de indeterminación, provocando cierto desconcierto, inseguridad jurídica y propiciando la negativa empresarial cuando la necesidad no era la de atender a hijos menores de doce años –ocho en la Directiva–. Es de esperar que facilite que prosperen otro tipo de solicitudes, favoreciendo el ejercicio del derecho. Es verdad que parecía desterrarse el derecho para el cuidado de hijos por razón de edad si superaban ese umbral, más no ante otras necesidades de cuidado por enfermedad, discapacidad u otras circunstancias excepcionales, dando cabida a otras necesidades que quizás van a quedar más restringidas según la dicción del precepto legal.

En relación con los hijos, por un lado, la redacción es muy flexible y no exige como en otros preceptos estatutarios requisitos como el cuidado directo del menor. Por otro, atendiendo al art. 108 Cc y a los arts. 14 y 39 CE no cabe hacer distinción alguna entre hijos naturales o adoptados, aunque en otros artículos como el art. 46.3 ET, el legislador ha estimado necesario aclarar que la excedencia es para el cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción. Más dudas suscitan los supuestos de guarda o acogimiento que suelen ser contemplados de manera explícita y que difícilmente encajan con el vocablo hijos, de forma que la solicitud habría de ampararse en el nuevo apartado del precepto legal, si bien condicionado al requisito de la “convivencia”. En otro caso habrá de recurrirse a otros derechos de conciliación como la reducción de jornada del art. 37.6 ET o a la propia excedencia. Misma dificultad plantea el encaje de otras relaciones, habituales en los nuevos tipos de familia, como pueden ser los hijos biológicos de la pareja, que de nuevo tendrán cabida exclusivamente si se da la convivencia.

.....

12 La doctrina considera que se “incrementa” el ámbito del derecho, así SALA FRANCO, T., “Novedades en materia laboral del Real Decreto–Ley 5/2023, de 18 de junio”, *Briefs AEDTSS* n° 50, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023, p. 2.

13 Entre otras, STSJ País Vasco 19 de julio de 2022 (rec. 1413/3022); SJS n. 1 de Valladolid 22 de noviembre de 2019 (rec. 667/2019). En relación con el cuidado de los padres, STSJ Galicia (A Coruña) 18 de febrero de 2022 (rec. 7045/2021).

Al margen de lo anterior, se suscitaban dudas acerca del grado de parentesco respecto a otros familiares que necesitaran atención, las parejas de hecho o posibles personas no convivientes. En esencia, más que una ampliación lo que se opera es una mejor concreción de los sujetos causantes, aunque podría cuestionarse si con ánimo de exhaustividad. En la versión antecedente, no se daba un ajuste pleno a los dictados comunitarios, pues la Directiva acoge un concepto de familiar referido al “hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional” (art. 3.1 e). Asimismo, la Directiva extiende la condición de solicitantes, más allá de los progenitores, a quienes tengan la condición de cuidadores (art. 3.1 d)). La necesidad de ajustarse al reconocimiento del derecho de adaptación por parte de la Directiva está en la base de esta clarificación legal añadiendo a la redacción anterior que se mantiene igual, un nuevo párrafo que recoge literalmente lo siguiente: “Asimismo, tendrán ese derecho aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición”.

Esta nueva redacción despeja algunos aspectos que quedaban algo turbios en la precedente. Entre los más significativos: el **nacimiento del derecho respecto a los hijos e hijas mayores de doce años cuando tengan necesidades de cuidado en los términos legales; la aplicación a las parejas de hecho**, que cabía entender incluidas en una exégesis acorde con la Directiva, y la cuestión del grado de parentesco, situado ahora en el segundo grado por consanguinidad, **eliminándose la referencia al parentesco de afinidad considerado tradicionalmente como un elemento que perpetúa los roles de género**<sup>14</sup>, en detrimento de la corresponsabilidad y de la promoción de la igualdad. Desaparición que no obsta su inclusión en la categoría de “otras personas dependientes” siempre que se dé la convivencia. Llama la atención, sin embargo, que se elimine en este supuesto y se mantenga para la excedencia y la reducción de jornada<sup>15</sup>, con frecuencia disfrutadas por las mujeres y bastante más lesivas para la plena igualdad. Sin embargo, parece lógico el mantenimiento en los permisos retribuidos de corta duración, dada la finalidad perseguida (art. 37.3 b)

.....

14 Por todos, CABEZA PEREIRO, J., “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de Derecho Social* n° 92, 2020, p. 72. También aplaude esta limitación a los familiares propios NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 2019/1158...”, op. cit., p. 83.

15 También destaca la falta de coherencia respecto al non nato proyecto de Ley de Familia, NAVARRO NIETO, F., “Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 262, 2023, BIB 2023/897, p. 3 (versión digital consultada en Aranzadi insignis).

y b) bis ET); en el caso de la hospitalización, por ejemplo, para facilitar la alternancia<sup>16</sup> o en el fallecimiento para atender diversas necesidades que se producen ante los sucesos luctuosos.

La referencia al segundo grado de consanguinidad parece alinear la norma con la llamada de la Directiva a la posible inclusión expresa de los abuelos en el ámbito de aplicación del derecho, terreno donde el legislador nacional no se había pronunciado, quedando ahora cubiertos<sup>17</sup> ante la concurrencia de necesidades de cuidado. Aunque presumiblemente se está pensando más en el cuidado de los abuelos por parte de las personas trabajadoras, donde se dará con más facilidad la exigencia de que “no puedan valerse por sí mismos”, nada obsta que la solicitud se curse por un abuelo/a que, por las razones que sean, tenga necesidad de atender al cuidado del menor (sin sujeción a un requisito concreto de edad). Sin embargo, ante la postergación de la maternidad, la edad media de los progenitores primerizos en nuestro país y la edad “real” de jubilación, la existencia de abuelos en activo igual no va a ser una realidad tan frecuente.

Puede colegirse que la referencia a en “*este último caso*” (otras personas dependientes) va referida exclusivamente al requisito de la convivencia, mientras que la exigencia de que “*por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos*”, engloba a todos los supuestos anteriormente mencionados. En este caso se exige a la persona trabajadora justificar la causa en que se funda la petición, innecesaria si los hijos son de edad inferior al umbral legal. La fórmula es conocida, por ser la tradicionalmente utilizada para la excedencia por cuidado de familiares, aunque mientras allí (art. 46.3 ET) se exige que no desempeñe actividad retribuida, aquí este requisito acertadamente ha desaparecido. **No se da una equivalencia con la discapacidad, aunque exige explicar la situación específica y la necesidad que debe cubrirse y cómo la adaptación propuesta contribuye de forma razonable y proporcional a su atención.** No parece descartar que se refiera a determinadas tareas concretas (p.e. acompañamiento a rehabilitación o determinadas terapias) pues la fórmula es bastante imprecisa, con un contenido más coloquial que esencialmente jurídico, sin que se identifique con otras figuras como la ayuda de tercera persona exigida en la gran invalidez; con requisitos son más circunstanciales, más atenuados y menos exigentes<sup>18</sup>.

.....

16 Así también MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación...*, op. cit., p. 112.

17 Algún pronunciamiento se ha mostrado favorable a dar cabida a la abuela dentro del parentesco requerido por el precepto legal, considerando exigible que la trabajadora justifique sus circunstancias familiares, máxime cuando su hija trabaja en la misma empresa, desestimando la demanda al no acreditar la abuela ni la edad de los nietos, ni el horario escolar, ni la inexistencia de guardería para el menor, ni las circunstancias laborales del padre, sin que se haya argumentado que este no pueda hacerse cargo de sus hijos o que haya ejercido los derechos de conciliación y le hayan sido denegados, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Derecho de una abuela a la adaptación del horario de trabajo por motivos de conciliación: necesidad de acreditar la situación de necesidad familiar”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 9, 2021, pp. 5–6.

18 STSJ País Vasco 20 de octubre de 2020 (rec. 1157/2020).

Se dan avances hacia un concepto más flexible de familia, aun cuando la doctrina advierte de los posibles efectos contraproducentes de esta flexibilidad en sistemas como el nuestro, que se han basado demasiado en el cuidado informal de las mujeres<sup>19</sup>, puesto que “un entendimiento amplio de familia puede ser perjudicial a los objetivos expresos de la Directiva de producir una mayor igualdad entre hombres y mujeres en el empleo y en las condiciones de trabajo”<sup>20</sup>. La convivencia se considera determinante para poder extender el derecho respecto a personas sin vínculo de parentesco o de un grado superior al recogido legalmente (sobrinos, tíos, primos). No obstante, plantea algunas incógnitas a la hora de delimitar su alcance. La doctrina considera que este término extiende subjetivamente el derecho pero también suscita dudas de aplicación, al no aclarar si debe ser en el domicilio del cuidador, si ha de ser previa, o exige un tiempo mínimo o puede surgir de la necesidad de cuidado, considerando que debían haber sido abordados por la Directiva en lugar de por cada Estado<sup>21</sup>. Nuestro legislador, sin embargo, no ha considerado tampoco pertinente aclaración alguna. En este sentido, **la finalidad del precepto y el alcance constitucional de los derechos en liza debería propiciar una interpretación amplia por parte de los tribunales del requisito de la convivencia**, siendo suficiente la prueba de que en el momento concreto y a fin de atender a la necesidad de cuidado se da, con independencia de su duración y la titularidad del domicilio.

Por su parte, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación dependencia se refiere de forma genérica a “personas de la familia y su entorno” (art. 2.5); si con anterioridad podía pensarse en una aplicación analógica de este término, siempre que quedara demostrado el vínculo, la necesidad de conciliar y la razonabilidad de la solicitud, esta posibilidad decae con la especificación legal.

Es lógico plantear si se trata de ante una enumeración tasada o cabría valorar otras situaciones de necesidad no contempladas de forma expresa por la norma. **Seguramente el ánimo del legislador es la exhaustividad**, sin dar cabida a otras circunstancias no previstas, salvo las posibles ampliaciones por vía negocial. Lo que sí se refuerza es el carácter individual del derecho, desterrando la indagación en las circunstancias familiares, con el objetivo de desentrañar si el otro progenitor u otro familiar puede asumir las tareas de cuidado. La vara de medir viene justificada en la necesidad de conciliación y la “razonabilidad” de la solicitud<sup>22</sup>, más aún cuando se admite implícitamente el ejercicio simultáneo

19 Vid. los datos donde se refleja claramente la desigualdad por razón de sexo en la tarea de cuidados en MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación...*, op. cit., pp. 42 ss.

20 CABEZA PEREIRO, J., “La Directiva de conciliación...”, op. cit., p. 52.

21 MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación...*, op. cit., p. 114 ss.

22 El derecho no tiene carácter absoluto, de forma que cualquier medida tendente a hacer efectivo el derecho a la conciliación resultaría razonable, salvo que obedeciera al mero capricho o un ejercicio abusivo no susceptible de tutela, condicionado a parámetros de proporcionalidad, en su pugna con el derecho de libertad de empresa,

y/o sucesivo por más de un miembro de la unidad familiar o de convivencia. El TSJ de Galicia ha sido tajante al sostener que en modo alguno debe demostrarse la imposibilidad de acudir a otros mecanismos de conciliación, o que otros miembros de la unidad familiar no pueden asumir el cuidado o que podrían ejercer el derecho<sup>23</sup>.

### 2.3. Negociación, plazos y resolución

En este ámbito se producen distintas novedades y ciertas mejoras de la redacción legal, avanzando hacia un procedimiento más ordenado de solicitud–concesión frente a la vaguedad del texto comunitario. El art. 34.8 ET optó por un plazo cerrado de treinta días, cuestionado desde la perspectiva de su ajuste a la razonabilidad marcada por la norma comunitaria<sup>24</sup>, mostrándose demasiado largo, especialmente si la necesidad de conciliar es inaplazable. **Ello justifica la actual limitación a quince días**, más acorde con otros previstos en el ET como el recogido en el art. 41.4 ET.

La Directiva obliga también al empresario a justificar su negativa, incluso ante el simple aplazamiento de las fórmulas de trabajo flexible (art. 9.2). Y en este campo pueden apreciarse ciertas mejoras en la regulación interna. Así, la inclusión de una presunción en favor del reconocimiento del derecho, de forma que transcurrido el plazo de quince días mencionado, se presume la concesión si no concurre oposición motivada expresa. Aserto llamado a agilizar los procesos y a actuar como revulsivo para la contestación empresarial. Transcurridos quince días desde la solicitud, cuya fecha debe plasmarse fehacientemente, la persona trabajadora puede adaptar directamente la jornada. Ahora bien, con ello no se eliminan ni los posibles conflictos ni los perjuicios o represalias por el ejercicio, objeto ahora de garantía expresa mejorando la protección frente al despido. También se progresa en la contestación del empresario. Por un lado, frente a la presentación anterior de todas las respuestas en el mismo plano (aceptación, propuesta alternativa o negativa) ahora se apuesta por la aceptación como respuesta más habitual. Al decir del precepto legal “*finalizado el proceso de negociación, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición*”. En caso contrario, planteará una propuesta alternativa o manifestará la negativa a su



organización y dirección empresarial, también de proyección constitucional, sin que exista una libre configuración de la jornada ni un derecho de modificación unilateral. Por todas, SSTSJ Canarias 10 de febrero de 2022 (rec. 1813/2021) y 25 de mayo de 2023 (rec. 29/2023).

23 STSJ Galicia 25 de mayo de 2021 (rec. 335/2021), acogiendo su propia doctrina sentada en Sentencia de 6 de noviembre de 2020. En otros casos, sin embargo, se valora de forma bastante discutible la imposibilidad del cónyuge de asumir la tarea de conciliación, para valorar la razonabilidad de la adaptación, como en STSJ Aragón 19 de enero de 2021 (rec. 637/2020). Vid. STSJ Castilla y León 19 de septiembre de 2023 (rec. 836/2023), aunque abunda en este criterio tras la constatación de la justificación por la empresa de razones organizativas y productivas que hacen muy gravoso acoger lo solicitado. En el sentido del texto, VIQUEIRA PÉREZ, C., “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 4, 2021, p. 5 y 6. En la misma línea, NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 2019/1158...”, op. cit., p. 86.

24 CORDERO GORDILLO, V., “Trabajo a distancia y conciliación familiar y laboral”, *IUSLabor* 2/2021, p. 17.

ejercicio. Aunque son pocas las variaciones, la diferencia se halla en que, escalonadas las respuestas, de no poder acogerla en sus propios términos, **debe motivarla y justificarla tanto para el caso de denegación como de propuesta alternativa, algo que no ocurría con la norma precedente**. Seguramente se busca poner coto a determinadas prácticas donde, sin justificar las razones para la denegación en los términos solicitados, se concede una alternativa a la medida de las necesidades empresariales, cuando debe primar el ajuste de la prestación al ejercicio del derecho a conciliar, cuya dimensión constitucional debe ponderarse en todo caso a la hora de valorar las necesidades organizativas y productivas de la empresa<sup>25</sup>. Implícitamente se eleva el nivel de exigencia para aceptar “*tout court*” la solicitud.

### 3. UNA MEJORA NOTABLE: EL DERECHO DE RETORNO A LA SITUACIÓN PRECEDENTE

Un aspecto mal resuelto era el relativo a la vuelta a la situación precedente, dada la defectuosa redacción legal, constatándose una mayor claridad en el texto de la Directiva que reconoce explícitamente el derecho del trabajador a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado (art. 9.3). Además, considera que las solicitudes para la vuelta anticipada serán estudiadas y atendidas por el empresario, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Aunque no reconoce el derecho de retorno si se ha otorgado sin fijación de un límite temporal, centrándose en la solicitud de la reversión. Por ello se reclamaban posibles y recomendables mejoras que pudieran establecerse a nivel interno<sup>26</sup> y, una vez conocido el texto legal, su revisión<sup>27</sup>.

No era un dechado de claridad nuestra norma cuando preveía que “*la persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el período acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el período previsto*”. Reconocer un mero derecho a la solicitud, también en caso de finalización del período acordado no tenía demasiado sen-

.....

25 Vid. STSJ C. Valenciana 7 de septiembre de 2021 (rec. 1267/2021) que estima la existencia de dificultades productivas y organizativas por parte de la empresa y falta de prueba de las dificultades de los padres para poder atender las necesidades de conciliación de la hija. Asimismo se desestima por falta de prueba de la necesidad de conciliación en trabajadora con una segunda actividad en STSJ Galicia 5 de octubre de 2020 (rec. 2173/2020).

26 CABEZA PEREIRO, J., “La Directiva de conciliación...”, op. cit., p. 70.

27 NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de jornada por motivos familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 55, 2020, p. 23.

tido. No se garantizaba de forma alguna el retorno o el regreso efectivo a las condiciones originales, en contradicción con la Directiva<sup>28</sup>. La actual redacción **reconoce expresamente el “derecho a regresar a la situación anterior”**, tanto una vez concluido el período acordado como cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud, por tanto, admitiendo tanto los pactos con duración concreta como indeterminada, “condicionada” a la necesidad de conciliación. Se sobreentiende, además, que es a hacerlo exactamente **en las mismas condiciones existentes antes de la solicitud y comienzo de la adaptación**. Para los demás supuestos se prevé que “de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello”, reforzando el derecho también en otros casos, por ejemplo, si otra persona puede atender la necesidad de conciliación sin que esta desaparezca o se opta por otro derecho de conciliación. Además **se limita la discrecionalidad del empresario, que habrá de motivar una negativa al “regreso” anticipado**. Pese a estos cambios, debe velarse, incluso por parte de la negociación colectiva, por la garantía del mantenimiento sin fisuras de las condiciones previas al ejercicio del derecho y la evitación de represalias o actos discriminatorios fundados en tal causa, algo plasmado expresamente en el art. 4.2 c) ET, como pasamos a ver a continuación.

#### 4. TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

Los cambios operados en la institución no pueden apreciarse en su integridad si no se pasa revista también a otros preceptos estatutarios objeto de modificación. El art. 4.2 c) ET plasma explícitamente la prohibición de discriminación –directa o indirecta– por razón de sexo, incluyendo el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral<sup>29</sup>. De esta forma, se produce un mejor ajuste a la Directiva, desplegando toda la tutela sancionadora–represora que lo acompaña, conforme a los cánones constitucionales donde prima la objetividad del perjuicio y no el ánimo lesivo a la hora de apreciar la vulneración del derecho (por todas, STC 108/2019, 30 de septiembre).

28 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La “soberanía sobre el tiempo”. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”, *Cuadernos de Relaciones Laborales* 40 (1), 2022, p. 45.

29 También había antecedentes jurisprudenciales relevantes, así a modo de ejemplo la STC 79/2020, de 2 de julio de 2020 que apreció la discriminación indirecta por razón de sexo.

En cuanto a la regulación del despido, en el art. 53.4 b) ET se **incluye ahora de manera expresa como causa de nulidad** junto al despido de las trabajadoras embarazadas o de quienes hayan solicitado los permisos o estén disfrutando de ellos, el de **quienes hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada** previstas en el art. 34.8 ET y otro tanto respecto al despido disciplinario, con su inclusión expresa en la letra b) del apartado 5 del art. 55 ET. En justa correspondencia se da nueva redacción a los arts. 108.2 y 122.2 de la Ley de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre), simplificándola de forma palpable al emplear la fórmula de la remisión legal en lugar de la repetición de los supuestos de nulidad.

El cambio **no puede más que recibir una favorable acogida, al ser uno de los puntos más críticos de la regulación legal**. Aunque la Directiva en sus considerandos apuesta por la necesidad de tutelar a quien se acoge a las fórmulas de trabajo flexible frente a la discriminación o contra cualquier trato menos favorable por este motivo, incluyendo el despido (C. 40 y 41), no se ve equiparada en el articulado a la prevista para el disfrute de los permisos. Diferencias que, pese a la afirmación inicial del considerando 41<sup>30</sup>, comienzan por la propia exigencia de justificación por escrito de los motivos del despido para quienes disfruten de un permiso más no para quienes se acogen a las fórmulas flexibles de trabajo (también art. 12). Misma reflexión cabe para la carga de la prueba (C. 42). Por su parte, su artículo 9 (fórmulas de trabajo flexible) reconoce el derecho a retornar al modelo de trabajo original, aunque seguramente hubiera sido conveniente reforzar expresamente el mantenimiento de los derechos laborales en el art. 10, como sí se hace en relación con los distintos permisos.

Es cierto que en el art. 11 se incorpora un principio de no discriminación por conciliación al señalar que los Estados Miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o ejercido los permisos en ella reconocidos o los derechos previstos en el art. 9, aun sin llevar esta tutela a su máximo nivel en el despido. Pero es que el art. 12 traza una clara línea de demarcación entre la tutela brindada tras la solicitud o el ejercicio de los permisos e, inclusive, del *tiempo de ausencia* previsto en el art. 9 y el resto de las fórmulas de trabajo flexible. Expresión de difícil interpretación pues se introduce *ex novo* y que podría referirse a la reducción del tiempo de trabajo que el precepto enumera entre las posibles fórmulas. Aunque una interpretación extensiva, atendida la finalidad de la norma (la tutela del ejercicio de los derechos de conciliación) permitiría también equiparar ausencia con “no presencialidad”, por ejemplo, la derivada de un posible ejercicio del derecho a disfrutar de la prestación a distancia<sup>31</sup>.

30 *Los trabajadores que ejercen su derecho a acogerse a los permisos o a las fórmulas de trabajo flexible contempladas en la presente Directiva deben estar protegidos contra el despido y contra cualquier medida de preparación para un posible despido por haber ejercido su derecho a solicitar tales fórmulas de trabajo flexible, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.*

31 No obstante, también puede tratarse de una simple errata, entendiendo la referencia hecha al art. 7 y no al 9,

Aun con carencias, frente a esta apuesta en la Directiva por cierta tutela antidiscriminatoria, el legislador patrio guardó silencio, sin estimar pertinente modificar la nulidad del despido, dejando al derecho huero de una garantía efectiva y relegándolo de categoría, sin equipararlo con los tradicionales derechos de ausencia. La tutela está, sin embargo, justificada por afectar a una faceta de la relación de trabajo perteneciente al núcleo de los poderes directivos y organizativos del empleador, sin merma de retribución como regla general y sin sacrificios adicionales, por lo que no faltarán reticencias del lado empresarial.

Este cambio, despejando cualquier atisbo de duda<sup>32</sup>, se ajusta mejor a las demandas de protección inherentes al ejercicio del derecho y a la necesidad de promover su utilización como alternativa, siempre que sea posible, a otros derechos más perniciosos para los intereses económicos y de carrera profesional de las personas trabajadoras. Un sector de la doctrina ya venía sosteniendo la nulidad (o la procedencia)<sup>33</sup>, que bien podía extraerse de la genérica obligación de los Estados miembros de establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias *ex art. 13*<sup>34</sup>. Otros autores defendían la razonabilidad de la decisión legislativa, dada la amplísima configuración del derecho de adaptación que la hace poco compatible con la extensión de las garantías en materia extintiva<sup>35</sup>. Posición difícil de compartir y rigorista en exceso, pues la respuesta o reacción empresarial, contraria al derecho de igualdad y no discriminación, se debe a la solicitud o al correspondiente disfrute de la adaptación solicitada y, por ende, poco tiene que ver, en esencia, con la heterogeneidad de las medidas que cabe incluir en el catálogo ejemplificativo. Algún pronunciamiento alcanzaba esta misma conclusión con una interpretación extensiva de la garantía de indemnidad equiparando la solicitud a los actos previos o preparatorios del proceso<sup>36</sup>. En definitiva, en

.....

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “El nuevo marco jurídico de la Directiva...”, *op. cit.*, p. 25.

32 Sigue persistiendo la diferencia si el despido se produce tras el regreso, al igual que para los permisos, pues solamente se considera nulo si lo es tras finalizar los períodos de suspensión por nacimiento, adopción y otros análogos en los términos legales.

33 FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, *Revista Derecho Social y Empresa* nº 12, 2020, p. 28; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158”, *Diario La Ley* nº 8600, *La Ley* 2768/2020, p. 9 (versión consultada en [laleydigital.es](http://laleydigital.es)). Apostando por la incorporación expresa en el precepto interno, entre otros, DORMIDO ABRIL, J., “La protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables: sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española”; IGARTUA MIRÓ, M.T., “Promoción de la igualdad de género a través de “fórmulas de trabajo flexible”. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158”, ambas publicadas en *Femeris* vol. 7 nº 2, 2022, p. 56 y 102, respectivamente.

34 Como señala el considerando 43 dichas sanciones pueden incluir sanciones administrativas y económicas, como multas o el pago de una indemnización, así como sanciones de otro tipo. En relación con el art. 18 de la Directiva 2006/54, la STJUE 17 de diciembre de 2015 (C-407/14, Arjona Camacho) admite que los daños punitivos podrían tener cabida en este tipo de sanciones, aunque descartando que hayan de imponerse en todo caso, en tanto el precepto no exige una medida determinada a los Estados miembros en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación.

35 GOERLICH PESET, J.M., “La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019”, *Tribuna* publicada en *El Derecho* en fecha 22.01.2020, p. 5, consultado en <https://elderecho.com/goerlich>. En la misma línea, CABEZA PEREIRO, J., “La Directiva de conciliación...”, *op. cit.*, p. 73, puesto que en ellas no hay interrupción de la actividad.

36 STSJ Extremadura (Cáceres) 5 de julio de 2018 (nº rec. 335/2018). Nulo por discriminación por razón de

este punto concreto **el legislador demuestra arrojo y una clara apuesta por la efectividad del derecho**, pues la nulidad había sido solicitada también resaltando sus efectos positivos al favorecer la corresponsabilidad, dado el tono de neutralidad que presupone<sup>37</sup>.

Las posibles dudas de un supuesto incremento fraudulento de este tipo de solicitud – sin perjuicios económicos– a fin de conseguir un blindaje frente al despido, en relación con otros derechos como la reducción de jornada ha recibido la repulsa de los tribunales, descartando la nulidad del despido<sup>38</sup>. Una posible actuación ilegítima de una minoría no debe conllevar la estigmatización de la mayoría ni la falta de respuesta contundente del legislador en orden tanto a la tutela del derecho a la conciliación, con la consiguiente nulidad, como a la protección frente a comportamientos fraudulentos encaminados a obtener una garantía injustificada de un derecho impostado.

Podría haberse emprendido también la correspondiente reformulación de la LISOS, que se ajusta a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (DF primera), actualizando el catálogo de infracciones y sanciones para dar cabida en sus precisos términos a los comportamientos del empresario contrarios al “derecho” de la persona trabajadora o a aquellos que se consideren discriminatorios en atención a tales motivos, aunque cabe acudir, no sin dificultades, a los tipos generales en materia de jornada (art. 7.5 LISOS, entre las infracciones graves) o a las conductas discriminatorias o atentatorias de otros derechos fundamentales (*ex* arts. 8.11, 12 y 13 bis LISOS). Es dable sancionar comportamientos empresariales contrarios a la buena fe y, en particular, las negativas completamente injustificadas o la falta de estudio, atención y/o respuesta a las solicitudes presentadas. Actitud esta última que recibe ahora como respuesta la presunción comentada y que, como es sabido, ha provocado la estimación de las demandas interpuestas por los trabajadores<sup>39</sup>, también ante la ausencia de período de negociación y de justificación de la negativa en necesidades organizativas o productivas<sup>40</sup>. Los tribunales ven en estas faltas no solo una actitud no proactiva sino obstaculizadora del ejercicio de un derecho fundamental, bajo el palio de una causa no probada organizativa<sup>41</sup>.



sexo tras comunicar sus necesidades de adaptación para la reincorporación tras la pandemia en STSJ Cataluña 8 de junio de 2022 (rec. 1421/2022).

37 NIETO ROJAS, P., “Nulidad del despido y ejercicio de derechos de conciliación ¿es idéntica la protección para padres y madres corresponsables?”, en NIETO ROJAS, P. (Dir.), *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 20.

38 A modo de ejemplo, ATS 12 de septiembre de 2018 (rec. 4347/017) que descarta la nulidad al tratarse de una solicitud de reducción de jornada, formulada cuando ya se conoce que se va a proceder el despido, para blindar el contrato y evitar el despido. También STSJ Madrid 28 de diciembre de 2017 (rec. 273/2017).

39 La falta de respuesta suele llevar a acoger íntegramente la pretensión del/la solicitante, SJS n. 2 León 17 de febrero de 2020 (proc. 981/2019); STSJ Asturias 23 de marzo de 2021 (rec. 425/2021); puesto que la falta de contestación vulnera los derechos fundamentales en liza según la STSJ Cataluña 19 de febrero de 2021 (rec. 4607/2020). También STSJ Asturias 28 de abril 2020 (rec. 3000/2019).

40 STSJ Aragón 19 de enero de 2021 (rec. 637/2020).

41 STSJ Galicia 16 de mayo de 2023 (rec. 931/2023).

## 5. ALGUNOS ASPECTOS PENDIENTES

### 5.1. El amplio margen de maniobra en la ponderación judicial de los intereses en juego

Una de las principales críticas a la reforma es que en caso de conflicto, que no desaparecerá pese a las mejoras operadas, la resolución sigue residenciada en la ponderación judicial de los intereses en juego, perpetuando las ya existentes divergencias entre tribunales y cierta inseguridad jurídica<sup>42</sup>, con un notorio crecimiento de los litigios en este ámbito, algo que contribuye a los monumentales atascos que sufre el orden social. Dado que el derecho se condiciona a la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, a la postre, queda a los jueces una ardua tarea por delante, exigiendo a las empresas algo más que alegar una razón objetiva, debiendo exponerla, midiendo que las causas sean razonables y proporcionales (suficientes). A modo de ejemplo, no lo es alegar respecto a un cambio de horario que excluiría el sábado por la tarde que este día se produce una mayor afluencia de público, porque debería haber probado la imposibilidad de cubrir el puesto con otro personal de la plantilla<sup>43</sup>. También muy tajante, en relación con el teletrabajo, la STSJ Galicia (A Coruña) 5 de febrero de 2021<sup>44</sup> que en una exégesis que hace prevalecer la dimensión constitucional del derecho, señala que es la empresa quien debe demostrar que se le ocasionan graves perjuicios o menoscabos tangibles de carácter organizativo o de producción, capaz de excepcionar la concreción horaria consecuencia de la flexibilización propuesta por la persona trabajadora. Se descartan fórmulas vagas como que la adaptación planteada (teletrabajo) no era idónea para la buena marcha de la empresa<sup>45</sup>.

**Este sistema, aunque bastante proclive a la tutela del derecho de conciliación, plantea no pocas dificultades y podría haberse visto remodelado** especificando de forma más estricta algunas cuestiones a fin de objetivar y unificar las respuestas judiciales, en línea con las posiciones mayoritarias de la doctrina que viene exigiendo una clarificación legal, sea sobre

.....

42 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (a propósito de la regulación del derecho a la adaptación de tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar)”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 2, nº 2, pp. 12 ss. SÁNCHEZ–URÁN AZAÑA, Y., “Adaptación de la jornada laboral y derecho de conciliación de la vida laboral y familiar. Factores de valoración en la ponderación judicial”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 8/2019, pp. 1 ss.

43 STSJ Aragón 19 de enero de 2021 (rec. 637/2020).

44 Rec. 3191/2020. En la misma línea, para el cambio de turno en función de las semanas en que el padre tiene la custodia del menor, SJS n. 3 Valladolid 28 de marzo de 2022 (rec. 765/2021).

45 TSJ Asturias 19 de abril de 2022 (rec. 318/2022); SSTSJ Galicia 3 de febrero y 4 de mayo de 2022 (rec. 5108/2021 y 1073/2022), SSJS Avilés 11 de febrero de 2022 (sent. 54/2022), n. 2 Murcia 7 de diciembre de 2021 (proc. 494/2021) y n. 2 Badajoz 31 de mayo de 2021 (proc. 205/2021). Petición denegada en STSJ Madrid 17 de mayo de 2022 (rec. 100/2022), pues la trabajadora no tiene dificultades de conciliación que se puedan solucionar mediante el teletrabajo. Para la SJS n. 31 Madrid 20 de diciembre de 2021 (proc. 1169/2021), no legitima imponer una modalidad no implantada en la compañía, sin que acredite el perjuicio a la vida familiar, quedando justificadas las necesidades organizativas del trabajo presencial.

la necesidad de conciliar “propia” (no de la pareja u otro familiar) y la insuficiencia de alegar razones organizativas de carácter genérico siendo preciso evidenciar (argumentar y probar) la imposibilidad de aceptar la propuesta de disfrute efectuada por el titular del derecho<sup>46</sup>.

No ha considerado pertinente el legislador, a fin de ponderar los intereses en juego, imponer requisitos concretos a la solicitud, exigiendo solamente justificar la necesidad de atender al sujeto causante en el reformulado precepto legal, o la edad del hijo o hija menor de doce años y la razonabilidad y proporcionalidad de lo pedido. Tampoco se ha restringido la posibilidad de que dos titulares realicen su solicitud respecto a la misma persona. A la vista de los amplios términos legales, **el margen judicial es muy amplio y en línea de principio el juez habrá de valorar tanto la proporcionalidad y razonabilidad de la solicitud, incluso en concepto de “coste” empresarial, como su idoneidad y ajuste al derecho de conciliación.** Ahora bien, el supuesto parece acotado en términos de “*numerus clausus*”, admitiendo difícilmente otras necesidades distintas. Si el juez considera idónea la solicitud, habrá de valorar si las razones organizativas o productivas aducidas por la empresa justifican su negativa o, inclusive, su propuesta alternativa. Quizás el legislador podría haber sido más taxativo en cuanto a las causas de denegación, más allá de la genérica referencia a las razones organizativas o productivas o a la irrazonabilidad/desproporción, imponiendo motivos ceñidos a la imposibilidad técnica u organizativa en el propio texto legal. Asimismo, se podía haber incentivado el uso de sistemas alternativos de solución del conflicto como se venía proponiendo desde la doctrina<sup>47</sup>.

La tarea judicial puede tornarse más enmarañada cuando se plantee la valoración de la alternativa propuesta por la empresa, ante la impugnación de la “contrapropuesta”. En este caso, se suscitara la duda de si el juez debe limitarse a valorar esta última o su razonamiento debe ser más completo. Es lógico pensar, dada la relevancia del derecho de adaptación ahora reforzado, que primero habrá que sopesar la solicitud de la persona trabajadora y, en su caso, la causa alegada para no acogerla “en sus propios términos”. **Caso de que las razones empresariales no resulten suficientes, debería concederse la adaptación sin cambios ni matices, en las condiciones pedidas por la persona trabajadora, sin entrar siquiera a valorar la propuesta alternativa.** La respuesta será distinta cuando la empresa justifique adecuadamente los motivos para no acoger la solicitud en los términos planteados, pasando entonces a ponderar si las condiciones alternativas son razonables y proporcionales con el ejercicio del derecho.

46 VIQUEIRA PÉREZ, C., “Límites a la adaptación de jornada...”, op. cit., p. 8.

47 Se ha propuesto la creación de órganos de mediación para estos conflictos y el uso de sistemas de alternancia, suplencia o permuta entre los propios trabajadores de la plantilla, para un uso más flexible del tiempo de trabajo también para atender otros intereses personales, MARTÍNEZ MORENO, C., “La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿hasta dónde llega el avance?”, *Revista de Derecho Social y Empresa* n° 12, 2020, p. 21.

Por su parte, sigue planteándose un posible conflicto ante la previsión de otros supuestos de adaptación en la normativa laboral (por razones preventivas, formativas o de protección a las víctimas de la violencia de género) que hacía conveniente su reunificación y la previsión de reglas de prioridad aplicativa, no tomadas en consideración por el legislador, inclusive entre trabajadores que simultáneamente tengan necesidades de conciliación. Igualmente cabe preguntarse por el alcance de los “deberes” de adaptación impuestos al empresario y **si son títulos habilitantes para la modificación sustancial de condiciones de trabajo respecto a otras personas de la plantilla**, algo que seguramente ha de responderse positivamente<sup>48</sup>, pero no hubiera estado de más la pertinente aclaración legal. Estamos lejos de los supuestos de laboratorio, por cuanto ya algún pronunciamiento ha tenido que enfrentar el conflicto entre el derecho de adaptación de jornada de una trabajadora y la “estabilidad” de otra por conversión de su contrato temporal en indefinido, ponderando el juzgador los intereses en juego (el derecho fundamental del art. 14 CE y el derecho reconocido en el 35 CE que no alcanza tal carácter)<sup>49</sup>, dando clara primacía al primero de ellos.

## 5.2. Incentivos, orientación y asesoramiento

No ha considerado conveniente tampoco el legislador recoger el guante lanzado por la Directiva 2019/1158 (C. 48) cuando anima a los Estados miembros a proporcionar incentivos, orientación y asesoramiento a las pymes a fin de cumplir sus obligaciones de conformidad con la Directiva, evitando que supongan una carga desproporcionada, de especial relevancia en nuestro país tanto por el volumen de este tipo de empresas, con mayores dificultades organizativas, como por la complejidad de compaginar nuestros horarios (en especial, comerciales y de servicios) con el desempeño de tareas de cuidados y otras responsabilidades familiares. Inconvenientes que podrían paliarse con la **implantación de fórmulas organizativas más flexibles de aplicación voluntaria para toda la plantilla**, al margen de las necesidades familiares, compatibles con las exigencias productivas y/o de negocio de las empresas, cediendo parte de las potestades cuasi omnímodas de distribución irregular y dotando a los trabajadores de cierta capacidad de auto organización del tiempo, confiando más en la satisfacción de determinados objetivos o resultados que en la mera presencia en tramos horarios fijos en los lugares de trabajo. Las ventajas de estas fórmulas son patentes tanto sobre las brechas de género como frente a posibles perjuicios y

.....

48 A juicio del TSJ Galicia (A Coruña) 18 de febrero de 2022 (rec. 7045/2021) el derecho no se supedita a que haya trabajadores voluntarios para asumir cambiar su horario y facilitar la adaptación de jornada. Es causa organizativa y productiva suficiente la necesidad de cubrir el turno de tarde de la trabajadora a quien se reconoce jornada reducida de mañana por conciliación, STSJ Navarra 2 de diciembre de 2022 (rec. 473/2022). No obliga a contratar a otra trabajadora para cubrir el cambio de turno, STSJ Andalucía 9 de septiembre de 2021 (rec. 2650/2021).

49 STSJ Galicia 25 de mayo de 2021 (rec. 335/2021).

represalias sobre quienes ejercen su derecho de adaptación, evitando previsibles conflictos entre trabajadores y agravios comparativos entre quienes tienen hijos/as o responsabilidades familiares de cualquier índole y quienes no.

Quizás, dado su carácter pedagógico, se podría haber recuperado la referencia introducida en el párrafo 2º del art. 34.8 ET por la Ley 3/2012, de 6 de julio, a la “obligación de promover el uso de jornadas continuadas, horarios flexibles u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que sean más compatibles con la garantía de esos derechos y la mejora de la productividad en las empresas”, pese a una presencia más bien de “atrezzo” durante sus años de vigencia, sin actuaciones concretas por parte de los sucesivos gobiernos. Tampoco existe un interés especial de la patronal por los temas atinentes a la flexibilidad de la jornada, donde el fiel de la balanza actualmente está bastante inclinado a su favor.

### 5.3. Mayores dosis de flexibilidad en favor de la persona trabajadora

Dadas las ventajas que podrían aportar a todos los niveles la adaptación y el trabajo más flexible, quizás convendría apostar por normalizar algunos supuestos. Como se recordará el Considerando 37 de la Directiva 2019/1158, aunque luego no se recoge en el articulado, alude a que las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas, o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros. Así, podrían haberse incluido casos de concesión automática, salvo razones de absoluta imposibilidad técnica u organizativa o dotar de ayudas a las empresas para la cobertura de las necesidades provocadas por este tipo de ajustes. Asimismo, en caso de conflicto, estos supuestos claramente justificados deberían servir de pauta en favor de la concesión en la interpretación judicial.

En la misma línea, es aún bastante tímido el recurso al teletrabajo como fórmula de adaptación y de ordenación flexible del tiempo de trabajo, con múltiples ventajas para el equilibrio familia-trabajo, pese a sus posibles efectos perniciosos en la igualdad de género, aspecto que necesita una mayor reflexión<sup>50</sup> y al posible incremento de determinados riesgos laborales, que habrían de recibir mejor cobertura. En línea de principio, esta clase de prestación, en especial si es flexible y parcial, permitiendo al trabajador desarrollarla

.....

50 Interesantes son las conclusiones extraídas en el estudio de GUAGLIANONE, L. y PARISI, M.L., “¿Smart-working? La teoría de la doble carga de trabajo”, *Temas Laborales* n° 159/2021, pp. 85 ss. Sobre la ambigüedad e incluso contradicción de los datos, GARCÍA MÉNDEZ, I., “Nuevas formas de trabajo: comentario a diversos estudios de Eurofund y la OIT sobre flexibilización del trabajo y sus implicaciones en materia de tiempo de trabajo”, *Trabajo y Derecho* n° 13, 2021, pp. 5–6 (versión de la ley digital).

algunos días a la semana, al mes o al año, gestionando de forma más maleable su tiempo pueden ser sumamente útiles, disminuyendo a la vez algunos inconvenientes asociados al trabajo a distancia, como el aislamiento social y la dificultad de deslinde con la vida privada. Por ello, se echan en falta medidas de promoción y fomento del teletrabajo parcial que no han sido afrontadas legalmente.

Tampoco se ha reformulado el art. 8.3 de la Ley 10/2021, sobre trabajo a distancia, que encomienda a los convenios o acuerdos colectivos el establecimiento de mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial pueda pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades, procurando evitar que en el diseño de estos mecanismos se perpetúen los roles y estereotipos de género, teniendo en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa. Sin embargo, en la elaboración del proyecto, se estableció una expresa prioridad para acceder al teletrabajo de las personas con responsabilidades familiares así como el derecho al trabajo a distancia ocasional por fuerza mayor familiar que desaparecieron del texto definitivo. En este sentido, y aunque el teletrabajo debería plantearse como una opción para cualquier trabajador, siempre que sea posible y sin que pueda considerarse como la panacea, igual podría haberse avanzado en el terreno de prever ciertos supuestos que garantizaran el derecho de acceso a esta forma de trabajo, en los términos apuntados, al estilo de lo regulado para el caso de las víctimas de la violencia de género o del terrorismo *ex art. 37.8 ET*, solo condicionado a que sea compatible con el puesto y las funciones desempeñadas.

#### 5.4. ¿La adaptación precisa mayores avances hacia la corresponsabilidad?

Aunque se aprecian avances hacia la efectividad y garantía del derecho de adaptación, sigue distante el logro de la corresponsabilidad<sup>51</sup> y el recurso a este tipo de medidas también por parte de los hombres. El Dictamen del CESE sobre la Directiva destaca que las fórmulas de trabajo flexible no deben tratarse como una “cuestión relativa a las mujeres”, centrándose en las madres o mujeres que deben cuidar a sus familiares dependientes. Las empresas deben fomentar las fórmulas de trabajo flexible tanto para los hombres como para

.....

51 Un repaso de los avances en la regulación y la jurisprudencia más recientes hacia la corresponsabilización en NAVARRO NIETO, F., “Actualidad normativa y jurisprudencial...”, *op. cit.*, p. 3.

las mujeres, y deben contribuir a una evolución cultural que se ajuste a las aspiraciones de hombres y mujeres y que también fomente una mayor igualdad profesional (punto 4.4.4, p. 7). Sería interesante, como se ha señalado, promover, fomentar o incentivar este tipo de medidas tanto desde las instancias públicas como dentro de las políticas de conciliación y/o los planes de igualdad de las empresas, ámbito donde también ostenta un relevante papel el convenio colectivo, al que el propio art. 34.8 ET reclama acomodar los términos de ejercicio del derecho a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre las personas trabajadoras de uno y otro sexo.

Si bien es cierto que el derecho viene reconocido indistintamente a la persona trabajadora –hombre o mujer– y, por tanto, con un aparente **rasgo de neutralidad** y que desaparece la referencia al parentesco de afinidad, quizás faltan pasos hacia la corresponsabilidad. Como se ha visto, algunos jueces<sup>52</sup> indagan en la situación familiar para determinar si la persona solicitante tiene derecho al ejercicio, ante las dificultades–imposibilidad de otro/s integrantes de la unidad familiar o de la pareja... algo que parece exceder del papel otorgado por la norma. Incluso, cabe encontrar Sentencias recientes de algunos TSJ que, ante estas posibles críticas de las que son conocedores, justifican el recurso a la corresponsabilidad como criterio hermenéutico, desterrando que se trate de imponer ciertas conductas o actuaciones a los interesados invadiendo su ámbito de estricta autodeterminación en sus asuntos privados y familiares, haciendo notar que la aplicación del citado principio, si no se ha acreditado que la pareja ha solicitado un derecho similar de forma que se repartan y compatibilicen las responsabilidades familiares, excluye la pretensión de que la integridad del perjuicio derivado de la adaptación recaiga en exclusiva sobre la empleadora<sup>53</sup>. Añadiendo que la mujer no debe considerarse la única que de manera exclusiva y sistemática asume las cargas asociadas al cuidado para terminar afirmando que “es obvio e indiscutible que la mujer trabajadora puede asumir dicha exclusiva responsabilidad por propia voluntad, como una opción vital completamente respetable. Pero en tao caso y de igual modo, no podrá pretender que dicha opción no se tenga en cuenta al ponderar los intereses en juego, incluidos los de la empresa, y habrá de asumir que, como consecuencia de su decisión, no se pueda repercutir sobre la

.....

52 Vid. STSJ Madrid 19 de diciembre de 2022 (rec. 385/2022), que señala que las actividades extraescolares –facultativas y no preceptivas– no pueden justificar la adaptación de la jornada a costa de la imposición al empresario de una modificación de su propia organización empresarial. Por lo que no cabría descartarlas con carácter general si la adaptación resulta factible organizativamente, y plenamente admisible, sin necesidad de justificación adicional, en el caso de menores de 12 años.

53 STSJ Castilla La Mancha 25 de mayo de 2023 (rec. 792/2022). Vid. STSJ Madrid 15 de septiembre de 2023 (rec. 74/2023) que afirma que “la empresa no puede pretender que, a la hora de reconocer el derecho de la persona trabajadora –sea el del 34.8 sea el del 37.6 ET–, se entre a analizar cómo esta organiza el cuidado del hijo/a o familiar con su cónyuge o pareja, o en su caso con otras personas de la familia (los abuelos). Sería permitir a la empresa, como se ha señalado por autorizada doctrina judicial, la intromisión en la vida privada de matrimonios y parejas, convirtiéndola en una suerte de guardián de la corresponsabilidad (ni, por derivación, ello se debe permitir a los Juzgados de lo Social). Lo que no impide –obviamente– que las dificultades del otro progenitor para conciliar en términos compatibles con el trabajo de la persona trabajadora solicitante puedan ser alegadas por esta para justificar la razón de su derecho”.

empresa la integridad de su propuesta de concreción del tiempo de trabajo si, como es el caso, existe justificación objetiva para la contrapropuesta de la empresa”. Nótese que el principio se trae, en puridad, de forma a mi parecer innecesaria, cuando ya se ha valorado positivamente la razonabilidad de la justificación empresarial de su contrapropuesta, atendido el excesivo “gravamen” que tendría aceptar la solicitud de la trabajadora sin matices, incluida la posible compatibilidad del ajuste de jornada con el horario de guardería. En tal caso, no parece justificado en exceso indagar en la situación de la pareja, cuando el legislador ha reconocido un derecho individual de todas y cada una de las personas trabajadoras. *Sensu contrario*, si las alegaciones de la empresa no son suficientes ni razonables y se concede el derecho tampoco aportaría nada el recurso al mencionado principio.

Seguramente si el legislador hubiera apostado aquí por mayores cotas de corresponsabilidad tendría que haber previsto criterios o reglas concretas para equilibrar el reparto de las tareas de cuidado, aunque es dudoso que por esta vía se consigan resultados positivos. **Dudas razonables plantea que sea el legislador quien priorice al varón sobre la mujer en el ejercicio**, más cuando estamos ante un derecho –el de adaptación– que contribuye mejor a la igualdad de género que los tradicionales permisos y excedencias. Aun cuando no estaría de más promover o incentivar el ejercicio por parte de los hombres, no resulta tan claro el tipo de instrumento a emplear, ni si precisamente debe hacerse en relación con la adaptación. Lógicamente se podrían prever criterios de reparto equilibrado a fin de garantizar la paridad o límites a la solicitud por parte siempre del mismo cuidador, pero nada de esto se ha regulado, quizás por sus más que posibles efectos indeseados, la clara intromisión en el ámbito personal y familiar que supone y, a la postre, los posibles perjuicios para la persona que por las circunstancias que sean debe asumir la propia responsabilidad, al margen de que sea más o menos compartida. El dato contrastable de que un número elevado de hombres no asumen el ejercicio corresponsable de la conciliación no se combate con soluciones impositivas, siendo necesario aún avanzar en el camino de la concienciación y de los cambios culturales y sociales, acabando con los todavía existentes, incluso entre algunas mujeres, estereotipos de género. Sí se ha incluido, aunque en forma de declaración programática, una alusión expresa a la corresponsabilidad en el nuevo art. 46.3 ET, buscando evitar *la perpetuación de roles y estereotipos de género*.

En términos bastante más generales, aun cuando las mejoras en la redacción legal son notorias, **no se llega a priorizar este tipo de medidas frente a los tradicionales permisos ni excedencias**. Quizás porque la propia configuración del derecho, sus escasos o nulos efectos salariales y en la carrera profesional y de cotización, son estímulos suficientes para que las personas trabajadoras opten en primer lugar, en función de sus necesidades, por las fórmulas de trabajo flexible. Aunque seguramente no ocurre lo mismo del lado de la empresa, probablemente más proclive a otras figuras.

## 6. ¿CAMBIOS EN EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO?

Puede cuestionarse si el cambio de redacción legal sustituyendo que en la negociación colectiva “se pactarán los términos de su ejercicio” a “se podrán establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado, los términos de su ejercicio” busca una alteración del papel asumido por el convenio o es más bien ritual. En modo alguno se da al traste con la idea de que **la negociación colectiva es el espacio más idóneo para prever medidas de uso flexible del tiempo de trabajo en favor de las personas trabajadoras**, aunque sí se reafirma la voluntad de evitar que la inacción de los agentes sociales desactive la aplicación del derecho. Frente a las dudas previas sobre la existencia de un deber de negociar, el legislador se muestra ahora consciente de la poca eficacia de este género de imposición, dejándolo en una recomendación pura y dura, descartando implícitamente vincularlo al plan de igualdad. Ello no impide el posible lugar preeminente que el uso flexible del tiempo de trabajo, y más allá del encorsetamiento legal, pudiera ocupar en dicho instrumento.

Sí se entierra definitivamente cualquier concepción anterior (previa al 2019) que llegó a negar la existencia misma del derecho, prevaleciendo la postura de que su ejercicio quedaba “condicionado” a los términos previstos en la negociación colectiva o al acuerdo que se alcance con el empresario<sup>54</sup>. Se afianza la concepción como derecho del trabajador<sup>55</sup>, recogiendo el propio ET mecanismos para evitar que la inexistencia de previsiones específicas en el convenio vacíe de contenido el derecho otorgado<sup>56</sup>. Ahora, sin quitar relevancia al convenio, se busca que facilite o concrete los términos de su ejercicio, pero en el pleno respeto de las previsiones legales, garantizando y reforzando el contenido del derecho de conciliación, con claro anclaje constitucional ligado a los arts. 14 y 39 CE. Por tanto, no cabe admitir el establecimiento de condicionantes, limitaciones, excepciones o restricciones de la norma paccionada sobre el suelo legal. Distinto son las mejoras, el desarrollo o especificación o el reconocimiento de algunos supuestos concretos de concesión automática a fin de regular el ejercicio vetando, de forma específica, cualquier forma de discriminación.

Hasta ahora no sobresalen los convenios en la extensión de las fórmulas de trabajo flexible, ni por el equilibrio en el uso de la ordenación del tiempo, concediendo amplias facultades de distribución irregular a las empresas sin contraprestación alguna. Sería deseable concretar aspectos como las fórmulas de flexibilización a emplear, con especifica-

.....

54 STS 13 de junio de 2008 (rec. 897/2007) o STS 24 de julio de 2017 (rec. 245/2016), con una postura más aperturista por parte del TC.

55 STSJ Aragón 19 de enero de 2021 (rec. 637/2020).

56 MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “El derecho a solicitar la adaptación...”, op. cit., p. 100.

ción de sus aspectos esenciales (elección de turno, horario flexible de entrada y salida, bolsas o cuentas de horas y otros análogos), causas de extinción, si se estimase necesario, forma y momento para la reincorporación, restricción a causas excepcionales o de fuerza mayor para la negativa, intervención de los representantes o creación de comisiones para resolver, a fin de reforzar la posición de la persona trabajadora, entre las más significativas. De enorme interés sería regular cauces para la exclusión del trabajador, por razones familiares, de mecanismos de flexibilidad de jornada y horario empleados por el empresario, en especial de la distribución irregular de la jornada o las bolsas de horas<sup>57</sup>. Además, sería deseable un papel más activo de los trabajadores en el diseño de las fórmulas de trabajo flexible y el incentivo de mecanismos de flexibilidad autogestionados directamente por los trabajadores sin necesidad de sujeción a causa concreta, también para dar satisfacción a otras facetas de su vida privada, frente a la restricción a la conciliación familiar del texto vigente. Cabría esperar que el impulso dado por el AENC 2023<sup>58</sup>, que considera “imprescindible” adoptar fórmulas flexibles de ordenación del tiempo de trabajo, encuentre su reflejo en los convenios venideros, en especial cuando contempla la racionalización del horario de trabajo o la flexibilidad de entrada y salida. Más en concreto en su capítulo XII alude a la incorporación de medidas de flexibilidad interna que faciliten la conciliación así como “desarrollar los términos del ejercicio del derecho a solicitar la adaptación de jornada, concretando los principios y reglas para la concesión de dichas adaptaciones, su reversión y los plazos de contestación a las solicitudes, para hacer efectivo el derecho a la conciliación”, así como en avanzar en alternativas flexibles para el disfrute de las vacaciones que hagan compatible las necesidades de conciliación y las organizativas de las empresas.

De forma más global, se echan en falta propuestas para una gestión flexible del tiempo de trabajo innovadoras, eficientes, equilibradas, ajustadas a las nuevas necesidades organizativas, productivas y sociales del siglo XXI<sup>59</sup>, en términos de neutralidad de género, huyendo de fórmulas rituales o de meras reiteraciones del texto legal. Afrontar el derecho de adaptación o las fórmulas flexibles de forma individual y ceñidas al equilibrio familia-trabajo habría de superarse con **una nueva regulación del tiempo de trabajo más moderna y ajustada a los intereses de ambas partes, reconociendo mayor peso a la vo-**

.....

57 La STSJ Galicia 13 de noviembre de 2020 (rec. 2415/2020) considera nulo un cambio de turno sin tener en cuenta las circunstancias del trabajador con la custodia exclusiva de un menor de cinco años, por vulnerar su derecho a la conciliación. También STSJ País Vasco 25 de enero de 2022 (rec. 2418/2021); reconoce el *ius resistitiae* la STSJ Canarias 10 de junio de 2022 (rec. 1979/2021).

58 Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE 31 de mayo).

59 La OIT en su *Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada*, Ginebra, 2019, p. 12, propone a las empresas implantar modalidades innovadoras de organización del tiempo de trabajo, combinando la eficiencia en los negocios con una mayor influencia del trabajador.

**luntad de los trabajadores en su gestión**<sup>60</sup>, sin dejar atrás por completo las necesidades empresariales, contribuyendo a un mayor grado de igualdad real entre hombres y mujeres y trabajadores con o sin responsabilidades familiares.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍ MARAGALL, J., “El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto–Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento”, *Revista Jurisdicción Social* nº 199, 2019.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., “Tiempo de trabajo y conciliación: reducciones y adaptaciones de jornada por razones familiares”, *Trabajo y Derecho* nº 60, 2020, La Ley 955/2020.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador”, *Revista de Derecho Social* nº 78, 2017, p. 119.
- CABEZA PEREIRO, J., “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de Derecho Social* nº 92, 2020.
- CORDERO GORDILLO, V., “Trabajo a distancia y conciliación familiar y laboral”, *IUS-Labor* 2/2021.
- DORMIDO ABRIL, J., “La protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables: sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española”, *Femeris* vol. 7 nº 2, 2022.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, *Revista Derecho Social y Empresa* nº 12, 2020.
- GARCÍA MÉNDEZ, I., “Nuevas formas de trabajo: comentario a diversos estudios de Eurofund y la OIT sobre flexibilización del trabajo y sus implicaciones en materia de tiempo de trabajo”, *Trabajo y Derecho* nº 13, 2021.
- GOERLICH PESET, J.M., “La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019”, Tribuna publicada en *El Derecho* en fecha 22.01.2020.
- GUAGLIANONE, L. y PARISI, M.L., “¿Smartworking? La teoría de la doble carga de trabajo”, *Temas Laborales* nº 159/202.

60 MARTÍNEZ YÁÑEZ, N., “Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI”, *Trabajo y Derecho* nº 78, 2021, p. 7.

- IGARTUA MIRÓ, M.T., “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 53, 2019.
- “Promoción de la igualdad de género a través de “fórmulas de trabajo flexible”. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Femeris* vol. 7 nº 2, 2022.
- JURADO SEGOVIA, A., “Tutela del derecho”, en AA.VV., *Registro de jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*; La Ley, Madrid, La Ley 4968/2020.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., “Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Briefs AEDTSS* nº 52, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.
- “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Galega de Dereito Social* nº 9, 2019.
- LÓPEZ BALAGUER, M., “El derecho de adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto-Ley 6/2019”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*. Nº 437, 438, 2019.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, Albacete, 2023.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N., “Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI”, *Trabajo y Derecho* nº 78, 2021.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “El derecho a solicitar la adaptación de jornada: Una aproximación legal y judicial”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* LVI (2023).
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “El nuevo marco jurídico de la Directiva (UE) 2019/1158 en relación con la adaptación del tiempo de trabajo a las circunstancias personales y familiares de las personas trabajadoras”, *Documentación Laboral* nº 122, 2021.
- MORÁN ROA, S., “La conciliación de la vida laboral y familiar a través de la adaptación de jornada: una herramienta para la igualdad de género y la productividad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 431, 2019.
- MARTÍNEZ MORENO, C., “La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿hasta dónde llega el avance?”, *Revista de Derecho Social y Empresa* nº 12, 2020.
- NAVARRO NIETO, F., “Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 262, 2023, BIB 2023/897.
- NIETO ROJAS, P., “Nulidad del despido y ejercicio de derechos de conciliación ¿es idéntica la protección para padres y madres corresponsables?”, en NIETO ROJAS, P. (Dir.), *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*, Dykinson, Madrid, 2021.

- “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* nº 7, 2023.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de jornada por motivos familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 55, 2020.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (a propósito de la regulación del derecho a la adaptación de tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar)”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 2, nº 2.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Derecho de una abuela a la adaptación del horario de trabajo por motivos de conciliación: necesidad de acreditar la situación de necesidad familiar”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 9, 2021.
- “Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158”, *Diario La Ley* nº 8600, La Ley 2768/2020, p. 9 (versión consultada en *laleydigital.es*).
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La “soberanía sobre el tiempo”. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”, *Cuadernos de Relaciones Laborales* 40 (1), 2022.
- SALA FRANCO, T., “Novedades en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2023, de 18 de junio”, *Briefs AEDTSS* nº 50, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.
- SÁNCHEZ- URÁN AZAÑA, Y., “Adaptación de la jornada laboral y derecho de conciliación de la vida laboral y familiar. Factores de valoración en la ponderación judicial”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 8/2019.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 4, 2021.