

CONCILIACIÓN, RÉGIMEN DE TURNOS Y ADAPTACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO¹

CONCILIATION, TURNOS REGIME AND ADAPTATION OF THE WORKING DAY

LUCÍA DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR

Prof. Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna
ldansalv@gmail.com

RESUMEN

Se acaba de producir un esperado cambio normativo en materia de conciliación de la vida familiar y laboral: en el Derecho de la Unión, la Directiva 2019/1158, de 20 de junio, y en el ordenamiento jurídico laboral español, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 marzo. Entre otros, las dos normas implican cambios en la regulación del derecho a solicitar la adaptación y la flexibilización de la jornada, que parece traducirse ya en un derecho que debe atender el empresario. Entretanto, el TJUE acaba de resolver una cuestión prejudicial sobre esta materia con arreglo a la normativa recién derogada, por lo que es difícil prever el impacto que pueda tener.

Palabras clave: Conciliación de la vida familiar y laboral, adaptación de la jornada, reducción de jornada.

ABSTRACT

There has just been an expected regulatory change in the reconciliation of family and work life: in Union Law, Directive 2019/1158, of June 20, and in the Spanish labor legal system, the Real Decreto-ley 6/2019, of March 1.

* Trabajo presentado en el marco del Proyecto *Retos del Derecho del Trabajo español ante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales* (RTI2018-097917-B-100), del que son Investigadores Principales el Prof. Javier Gárate Castro y la Prof. Yolanda Maneiro Vázquez.

Among others, two norms imply changes in the regulation of the right to request the adaptation and flexibility of the working day, which seems to. Meanwhile, the CJEU has just resolved a preliminary ruling on this matter in accordance with the recently repealed regulations, so it is difficult to foresee the impact it may have.

Keywords: reconciliation of family and work life; working day adaptation, working day reduction.

RESUMO

Acábase de producir un esperado cambio normativo en materia de conciliación da vida familiar e laboral: no Dereito da Unión, a Directiva 2019/1158, do 20 de xuño, e no ordenamento xurídico laboral español, o Real decreto-lei 6/2019, de 1 marzo. Entre outros, as dúas normas implican cambios na regulación do dereito para solicitar a adaptación e a flexibilización da xornada, que parece traducirse xa nun dereito que debe atender o empresario. Namentres, o TXUE acaba de resolver unha cuestión prexudicial sobre esta materia conforme a normativa recentemente derogada, polo que é difícil prever o impacto que poida ter.

Palabras chave: Conciliación da vida familiar e laboral, adaptación da xornada, redución de xornada.

1. PRELIMINAR

No por más veces que se haya podido decir es menos cierto que la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo es una de las transformaciones más sísmicas que ha experimentado la sociedad española en los últimos cuarenta años. Sería injusto obviar el protagonismo absoluto que al respecto ha tenido la vieja CEE, que —alertada por los Estados miembros que ya habían dado los primeros pasos en la regla de la igualdad salarial, como ocurría con Francia— empezó a recomendar primero y a imponer después la no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales. Con paso lento, pero firme, y pese a las implicaciones puramente económicas que tuvo en su origen, la prohibición de discriminación por razón de sexo ha pasado «de ser un mero principio de política económica, a configurarse como un verdadero y propio derecho

fundamental a la igualdad de trato [y de oportunidades] entre hombres y mujeres en aspectos de la vida profesional muy alejados del original y restrictivo ámbito salarial»².

Claro que a medida que se fueron escalando peldaños en la construcción de tan elemental derecho fundamental, quedó evidenciada la importancia de articular a su alrededor una serie de instrumentos legales que permitiesen a los trabajadores compaginar sus obligaciones profesionales y familiares, a fin de facilitar y asegurar la permanencia en el empleo de las mujeres; visto, sobre todo, que la necesidad de atender el cuidado de hijos y familiares constituía —y sigue constituyendo— la principal causa de abandono del mercado de trabajo por parte de aquéllas³. En este sentido, ya la vieja Directiva 96/34/CE, de 3 junio⁴, hoy derogada, reconocía que «una verdadera política de igualdad de oportunidades presupone una estrategia global e integrada que permita organizar mejor los horarios de trabajo, una mayor flexibilidad, así como una vuelta más fácil a la vida

² Cfr. T. PÉREZ DEL RÍO, “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, en E. RUIZ PÉREZ (Coordinadora), *Mujer y Trabajo*, Bomarzo (Albacete, 2003), pág. 286.

³ En nuestro país, un total de 56.700 profesionales permanecen fuera del mercado laboral para ocuparse directamente de un familiar dependiente o con discapacidad. A día de hoy, los inactivos por este motivo ya superan el medio millón (595.700 personas), lo que se traduce en un incremento del 10,5%, respecto a 2017 (539.000 personas) y un crecimiento del 22% con respecto a hace dos años. Así al menos lo asegura el último informe “Discapacidad y Familia”, confeccionado por la Fundación Adecco en mayo de 2019, según el cual un 94% de esas personas que han abandonado el mercado de trabajo son mujeres. Más en concreto, los datos desglosados arrojan los siguientes porcentajes, por edades, de entre las mujeres que han abandonado el mercado de trabajo: el 40% superan los 45 años; un 21% tiene entre 45 y 54 años; y un 19% supera los 55 años (cfr. sus págs. 10 y 12). Informe accesible en <https://fundacionadecco.org/informe-discapacidad-familia/> (Fecha de última consulta: 30 de noviembre de 2019).

⁴ Directiva relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (DO L de 19 junio).

profesional, y toma nota del importante papel de los interlocutores sociales en este ámbito y en la oferta a hombres y mujeres de una posibilidad de conciliar responsabilidades profesionales y obligaciones familiares»⁵. A fin de lograr cuanto acaba de exponerse, el legislador español removi6 nuestro ordenamiento jur6dico laboral, como se sabe, promulgando una serie de normas dirigidas a hacer compatible el trabajo con las responsabilidades familiares: 1) la Ley 3/1989, de 3 marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo⁶, donde se contemplan diversas acciones «dirigidas a hacer compatible la realización del trabajo con el ejercicio de la maternidad y la paternidad»⁷, visto que la regulación hasta entonces existente «no ofrecía los niveles adecuados para evitar que la atención de las situaciones derivadas del nacimiento de hijos incida negativamente sobre la vida laboral de los trabajadores»⁸; 2) la Ley 39/1999, de 5 noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁹, a cuya virtud se introducen nuevos cambios en la legislación laboral «para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar»¹⁰, facilitando —entre otras cosas— que «los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia»¹¹; y 3) la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹², que tiene a gala fomentar «una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares»¹³.

⁵ Cfr. su Considerando núm. 5.

⁶ BOE de 8 marzo.

⁷ Cfr. apartado I de su Exposición de Motivos.

⁸ *Ibid.*

⁹ BOE de 6 noviembre

¹⁰ Cfr. párrafo quinto de su Exposición de Motivos.

¹¹ *Ibid.*

¹² BOE de 23 marzo.

¹³ Cfr. apartado III de su Exposición de Motivos.

De entre el abanico de derechos de conciliación de la vida familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente en España, qué duda cabe que habitualmente presentan un mayor atractivo para las personas trabajadoras aquellas fórmulas de conciliación que permiten compaginar familia y trabajo al mismo tiempo. O dicho de otro modo, aquellas fórmulas legales o convencionales que no supongan forzosamente —como ocurre en el caso de las excedencias para cuidado de hijos o familiares— la suspensión del contrato de trabajo, pues de ello se deriva, como es bien sabido, el inconveniente de que también se suspenden las obligaciones recíprocas de las partes de trabajar y pagar el trabajo prestado. De una manera u otra, la posibilidad de ejercitar tales derechos facilita a su vez el mantenimiento de la mujer en el trabajo¹⁴.

2. LOS INSTRUMENTOS DE CONCILIACIÓN ADECUADOS PARA SIMULTANEAR RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y LABORALES: ADAPTACIÓN DE JORNADA Y REDUCCIÓN DE JORNADA

Al respecto, nuestra norma estatutaria reconoce, por un lado, el derecho de los trabajadores a acogerse a una jornada reducida cuando se produzcan ciertos acontecimientos familiares que, por distintos motivos, requieran de una dedicación más o menos intensa, ex art. 37.5 y 6 ET. Cuentan también, por otro lado, con el «derecho a solicitar la adaptación de la duración y la distribución de su jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral», en los términos abreviados que hasta fechas muy recientes utilizaba el art. 34.8 ET, tras las modificaciones que ha experimentado dicha norma por obra del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y

¹⁴ Mostrando cómo una adecuada gestión en el tiempo de trabajo contribuye a un adecuado equilibrio entre trabajo y familia, véase S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares (Granada, 2016), especialmente, págs. 155 y siguientes.

hombres en el empleo y la ocupación¹⁵. Aunque algo posterior en el tiempo, esta norma se dicta con el punto de mira puesto en los trabajos preparatorios de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo¹⁶. De ahí, muy probablemente, que haya tanta homogeneidad entre la norma española y la europea.

2.1. EL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA PARA LA ATENCIÓN DE OBLIGACIONES FAMILIARES

En verdad, el primero de los dos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral a que acaba de hacerse referencia, ex art. 37 ET, no ha experimentado modificación alguna. Dicho precepto reconoce un derecho a la reducción de jornada: 1) a «quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida»¹⁷; 2) a «quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida»¹⁸; 3) al progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente, «para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente... como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años»¹⁹; y 4) a los progenitores que deban atender a hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados tras el parto (art. 37.5 ET).

¹⁵ BOE de 7 de marzo.

¹⁶ DOL de 12 de julio.

¹⁷ Cfr. su párrafo primero.

¹⁸ Cfr. su párrafo segundo.

¹⁹ Cfr. su párrafo tercero.

Pese a haber sido objeto de importantes modificaciones desde su introducción en el ET-1980²⁰, el art. 37.6 ET adolece hoy de cierto anacronismo. En primer lugar, porque sigue condicionando su ejercicio a la circunstancia de que la persona con discapacidad a cargo del trabajador no desempeñe una actividad retribuida, lo que no deja de resultar paradójico, sobre todo si se tiene en cuenta la preocupación del legislador español por facilitar y favorecer la integración sociolaboral de las personas con discapacidad²¹; incluso, la de aquellas que pudiesen necesitar el concurso de un tercero para realizar los actos más esenciales de la vida²². Bien es cierto que el referido inciso del art. 37.6 ET sólo habla de una actividad retribuida, lo que en principio no excluye que la persona con discapacidad pueda estar percibiendo una prestación económica de protección social. Pero, sobre la base siempre de que la reducción de la jornada en estos casos lleva aparejada una disminución proporcional del salario, la pervivencia de un requisito de esta índole no sólo tiene un alto efecto disuasorio para el trabajador, sino que, de algún modo, constituye un obstáculo adicional para alcanzar el objetivo perseguido por la norma, que no es otro que el de

²⁰ A su vez, el ET-1980 reproduce —aunque en distintos términos— el art. 25 de la Ley 16/1976, de 8 abril, de Relaciones Laborales (BOE de 21 abril), según el cual «el trabajador que tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o algún minusválido físico o psíquico, y que no desempeñe otra actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo de al menos un tercio de su duración, con la disminución proporcional del salario correspondiente», precisando que «este derecho sólo podrá ser ejercitado por uno de los cónyuges».

²¹ También en este sentido, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Reducciones de jornada y ausencias por motivos familiares", en A.R. ARGÜELLES BLANCO, C. MARTÍNEZ MORENO y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Igualdad de Oportunidades y Responsabilidades Familiares*, CES (Madrid, 2004), pág. 129.

²² El propio art. 198.2 LGSS prevé la compatibilidad de las pensiones de invalidez permanente absoluta o de gran invalidez con «el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión».

posibilitar una mejor conciliación de la vida familiar y laboral²³.

El ejercicio de este derecho de reducir la jornada está subordinado a una correlativa disminución proporcional del salario, que —salvo en los dos últimos de los cuatro supuestos recién señalados²⁴— se concreta «entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración». De hecho, el art. 37.6 ET se limita a establecer esos límites porcentuales mínimos y máximos dentro de los cuales es posible concretar el tiempo en que el trabajador podrá ejercitar su derecho²⁵. Sin embargo, lo verdaderamente importante es la contrapartida que para el trabajador acarrea el ejercicio de este derecho, con independencia de la causa que justifique su ejercicio: la disminución proporcional de su salario. Tanto es así, que cuando se interese una reducción de una octava parte de la jornada, la retribución disminuirá en un octavo, mientras que si lo que se pretende es la reducción de la mitad de la jornada, su salario también se contraerá a la mitad²⁶.

²³ Sobre este y otros posibles anacronismos que aún subsisten en la norma, con más detenimiento, L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, “Tras el paréntesis de las obligaciones familiares: instrumentos jurídicos-laborales tendentes a asegurar la permanencia de la mujer en el empleo”, en A. LÓPEZ ARRANZ, C. FARALDO CABANA y M^a.P. MILLOR ARIAS (Coordinadoras), *Cuestiones actuales sobre el trabajo de la mujer y su protección social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010).

²⁴ Para el caso de cuidado de un menor afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave, que implique ingreso hospitalario de larga duración, el art. 37.6 ET prevé una reducción de jornada de «al menos, la mitad de la duración de aquella». En cambio, la reducción de jornada para atender el cuidado de un hijo o hijos que deban continuar hospitalizados tras el parto entrará en juego cuando se prolongue por más de una hora y por espacio de hasta dos horas de reducción, según se deduce del art. 37.5 ET.

²⁵ Cfr. su párrafo primero.

²⁶ Desde el momento en que «la reducción de jornada por cuidado de hijos y el permiso retribuido por lactancia son institutos perfectamente diferenciados y por ello compatibles» [cfr. STSJ Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2002 (AS 2289, 2003), FD Único], adviértase que «en la reducción de jornada por cuidado

La titularidad del derecho a la reducción de jornada por cualquiera de los motivos familiares a que se refiere el art. 37.6 ET también aparece conferida actualmente con independencia del sexo de quien pretenda su ejercicio. Lo único que exige tal precepto es que la persona en cuestión preste sus servicios por cuenta ajena, pues tal y como se advierte en su párrafo tercero «la reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres». Bajo esta premisa, es posible afirmar que aquel podrá ejercitarse: a) indistintamente, tanto por un trabajador como por una trabajadora; b) simultánea o sucesivamente, por uno y otra; o c) sólo por uno de ellos, con independencia de que su cónyuge o pareja no trabaje, o lo haga por cuenta propia. Es más, se trata del único derecho de conciliación de la vida familiar y laboral del que pueden beneficiarse más de dos trabajadores al mismo tiempo, como lo confirma la previsión común contenida en el artículo 37.6 ET, según la cual «si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa». Y ello, en la inteligencia de que dicha hipótesis únicamente cobrará sentido en el supuesto de los dos supuestos de hecho que regula la norma; es decir, cuando la persona cuyo cuidado directo deben atender aquellos trabajadores sea un familiar que no pueda valerse por sí mismo por razones de edad, enfermedad o accidente²⁷.

Conviene llamar la atención asimismo acerca de la importancia de que el trabajador comunique al empresario su intención de reducir la jornada. Aunque los arts. 37.5 y 6 ET nada dicen acerca de la formalización de la solicitud, lo más conveniente será que se efectúe por escrito, donde figure no sólo la intención del trabajador de acogerse al

de hijo no podrá considerarse el permiso retribuido por lactancia» (*ibid.*). En el mismo sentido, también, STSJ Cataluña de 18 de marzo de 2003 (AS 1955).

²⁷ No sería descabellado pensar en el caso de tres o más hermanos que deseen ocuparse en primera persona del cuidado de su madre enferma.

derecho de reducción de jornada, sino también el período de tiempo en que se va a reducir y —de conocerse con anterioridad— la duración del período de disfrute. Lógicamente, y salvo en algunos casos en los que exista un plazo cierto (como ocurre con el cumplimiento de la edad de doce años por el menor a cargo), en muchos otros no va a ser posible fijar con antelación la fecha precisa en que el trabajador se reincorporará a su jornada ordinaria; y más si se tiene en cuenta que dicha reincorporación puede tener lugar en cualquier momento, por su propia voluntad. La única obligación que aparentemente se le impone al trabajador, salvo fuerza mayor, es la de «preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable»²⁸.

Por lo demás, también aquí se trata de un tiempo que aquél podrá reducir en función de sus propios intereses, de manera que al empresario le está vedado imponer al trabajador el disfrute de la jornada reducida en la forma u horario que más convenga a su empresa. Esto es, al menos, lo que se deduce del art. 37.7 ET, cuando afirma que «la concreción horaria y la determinación del período de disfrute... de la reducción de jornada, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria»²⁹. Y ello es así hasta el punto de que cualquier discrepancia surgida entre ambos por este motivo podrá dirimirse en sede judicial por la vía de la modalidad procesal sobre ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, regulada en el art. 139 LRJS.

De entre las discrepancias que registra la casuística jurisprudencial, quizás una de las más recurrentes sea la relativa justamente a la interpretación que deba hacerse de la expresión recién transcrita «dentro de su jornada ordinaria». Téngase en cuenta que la concreción horaria que lleva aparejada toda reducción de jornada «puede llegar a

²⁸ Cfr. art. 37.6 ET. Según STSJ Galicia de 17 de marzo de 2009 (JUR 235059), se trata de la «única limitación» a este derecho individual reconocido a los trabajadores (FD 5º).

²⁹ Confirmando que el art. 37.6 ET «atribuye esa materialización a los trabajadores», cfr. STSJ Galicia de 17 de marzo de 2009 (cit.), FD 5º.

implicar un cambio en el régimen de trabajo a turnos hasta entonces vigente por otro de carácter fijo, o bien, incluso, trabajar sólo en determinados turnos, y no otros, en función del horario que cada [trabajador]... tuviese asignado»³⁰. Es el caso, en efecto, del trabajador cuya jornada ordinaria se desarrolla de lunes a viernes, en turnos de mañana y tarde, e interesa —por cualquiera de los motivos familiares ya expuestos— que la concreción de la nueva jornada se desarrolle exclusivamente de lunes a miércoles y sólo en horario de mañana. Pues bien, dado que el art. 37.6 ET se limita a referirse a la «jornada ordinaria», sin pronunciarse acerca de la forma en que deba concretarse el nuevo horario, ni si «debe prevalecer el criterio o las necesidades concretas del trabajador o las organizativas de la empresa», una STSud de 20 de julio de 2000³¹ ha interpretado este silencio de la norma como una «aparente laguna legal, posiblemente dejada de propósito, con el fin de que se compatibilicen los intereses del menor (y por tanto del padre o madre trabajadores), con las facultades empresariales de organización del trabajo»³².

De todo ello resulta que el derecho que se confiere al trabajador a reducir su jornada por necesidades familiares no es un derecho absoluto, sino que va a depender de las circunstancias concurrentes en cada caso; o, más bien, de la valoración que de éstas termine haciendo el órgano judicial³³, con la inseguridad jurídica que de ello se pueda derivar. Esto mismo lo ha confirmado posteriormente la STC 3/2007, de 15 enero³⁴, que hace recaer directamente sobre los tribunales ordinarios la responsabilidad de llevar a cabo esa labor de «ponderación de las circunstancias

³⁰ Cfr. STSJ Madrid de 6 de marzo de 2009 (AS 1149), FD 6º.

³¹ RJ 7209.

³² FD 4º.

³³ Para el estudio de los pronunciamientos judiciales más variopintos sobre el tema, véase M. ALEGRE NUENO, "La elección del horario de trabajo en los supuestos de reducción de jornada por motivos personales: criterios judiciales", *Boletín Social Quantor*, núm. 93 (2008), especialmente, págs. 3 y siguientes.

³⁴ BOE de 15 febrero.

concurrentes»³⁵, sopesando además la importancia que pudiera tener la pretensión horaria del trabajador para hacer efectivo sus derechos de conciliación. Es más, el hecho de que el órgano judicial competente «no se plantee la cuestión de si denegar... la reducción de jornada solicitada constitu[ye] o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión»³⁶. Precisamente por eso, lo que el TC reprocha al órgano *a quo* en el supuesto enjuiciado por esta sentencia «no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera se haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado»³⁷.

2.2. EL DERECHO A SOLICITAR LA ADAPTACIÓN DE LA DURACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO, TRAS LA DIRECTIVA 2019/1158, DE 20 DE JUNIO, Y EL REAL DECRETO-LEY 6/2019

Aun cuando el trabajador tiene la facultad de establecer unilateralmente la concreción del horario en que se va a desarrollar su nueva jornada —después de efectuada la correspondiente reducción—, esta prerrogativa no es sino una manifestación lógica y derivada de su derecho primero a reducir la jornada de trabajo ordinaria para ocuparse de ciertas obligaciones familiares. Pero hasta hace bien poco constituía una regla que iba más allá de lo dispuesto en el art. 37.6 ET concluir que, ante la existencia de necesidades familiares que atender, cualquier trabajador podía concretar

³⁵ FJ 6º.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.* Considerando que en el caso allí enjuiciado debía prevalecer el derecho de la trabajadora a compatibilizar la vida familiar y profesional en la forma pretendida, véanse STSJ Madrid de 12 de noviembre de 2008 (AS 12) y STSJ Madrid de 6 marzo 2009 (cit.). Admitiendo que el trabajador puede concretar el horario dentro de su jornada ordinaria, pero no pretender que se le cambie a un turno fijo, véase también STSJ Galicia de 17 marzo 2009 (cit.).

de forma unilateral el horario dentro de su jornada laboral. Hasta la promulgación del Real Decreto-ley 6/2019, esta posibilidad sólo cabía si mediaba una reducción de la jornada del trabajador, en los términos fijados por los arts. 37.5 y 37.6 ET. Lo confirma una serie de cuatro SSTSud de 13 junio 2008³⁸, de 18 junio 2008³⁹, de 20 mayo 2009⁴⁰ y de 19 octubre 2009⁴¹ (las dos primeras dictadas en Sala General)⁴², al concluir que el derecho que contemplan los preceptos recién citados «está concebido en cuanto a su modalización de manera más favorable al interés del trabajador por cuanto es éste quien concreta el horario y el período de disfrute, pero siempre en el ámbito de la reducción de jornada, una importante alteración que también posee la contrapartida negativa de la reducción proporcional del salario»⁴³. No cabía posibilidad, según la Sala, de «elaborar a partir de la Ley 39/1999... un nuevo catálogo de derechos, al arbitrio de una de las partes»⁴⁴, ni siquiera a partir de la Ley Orgánica 3/2007, en la que «tampoco... se delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración del derecho contemplado en el art. 34 del Estatuto de los Trabajadores, precepto en que se regula la jornada de trabajo»⁴⁵.

En efecto, de entre los instrumentos legales que actualmente se reconocen a los trabajadores, a fin de que puedan compaginar con mayor facilidad sus responsabilidades familiares con sus obligaciones laborales,

³⁸ RJ 4227.

³⁹ RJ 4230.

⁴⁰ RJ 3118.

⁴¹ RJ 7606.

⁴² Seguidas luego por STS de 20 de octubre de 2010 (RJ 8447), STS de 24 de abril de 2012 (RJ 5881) o, más recientemente, por la STS de 24 de julio de 2017 (RJ 4405). Véase un comentario crítico sobre las primeras sentencias citadas, en C. MOLINA NAVARRETE, "Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal", *Diario La Ley*, núm. 7057 (2008), págs. 1405 y ss.

⁴³ SSTSud de 18 junio 2008 (RJ 4230).

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

quizás el que más interés revista de todos sea el derecho a «solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación... para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral», en la nueva redacción que ha proporcionado el Real Decreto-ley 6/2019 al art. 34.8 ET. No pasa desapercibido que la previsión que contiene dicho precepto —introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 3/2007— contempla el mecanismo idóneo para que los trabajadores puedan racionalizar su jornada de trabajo, en atención a exigencias familiares, sin tener que pasar necesariamente por una reducción de la misma; y sin el inconveniente añadido, en resumidas cuentas, de tener que experimentar una reducción en su salario.

Ahora bien, aunque desde el principio constituyó la fórmula más ventajosa para el trabajador, y seguramente también para la propia empresa⁴⁶, no es menos cierto que hasta este mismo año 2019, el art. 34.8 ET venía reenviando la concreción del ejercicio de este derecho de adaptación de la jornada a lo que al respecto se estableciese «en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla». Dato que forzaba a concluir que la operatividad del mismo quedaba condicionada a la circunstancia, absolutamente aleatoria, de que el convenio colectivo de aplicación contemplase tal prerrogativa⁴⁷ y, en su defecto, a lo que

⁴⁶ Tal y como se argumenta en el Voto Particular formulado —en idénticos términos— a las SST*Sud* de 13 y 18 junio 2008 (RJ 4227 y 4230), dado que la reducción de la jornada «tampoco supone un beneficio claro para la empresa, pues en muchos casos esa reducción de la jornada le va a suponer mayores trastornos y dificultades para ajustar la organización del trabajo que la derivada de un cambio de horario o jornada de trabajo, sin reducción de la misma».

⁴⁷ Al menos en los primeros años, sólo había «unos pocos convenios que regulan medidas de flexibilidad a favor de las personas trabajadoras» [cfr. J. CABEZA PEREIRO, “Los derechos de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., pág. 233].

podieran llegar a convenir trabajador y empresario⁴⁸. De ahí la doctrina del TS, afirmando que el referido derecho (tal y como estaba diseñado en la redacción originaria del art. 34.8 ET) se traducía únicamente en una mera «expectativa»⁴⁹, que no coincidía exactamente con la facultad de modificar el horario o turno de trabajo que conlleva el derecho de reducción de la jornada, en los términos del art. 37.6 ET. No constando previsión convencional al respecto —y aunque ciertamente era urgente una mayor flexibilidad en el marco de las relaciones laborales, en cuanto a la elección del horario o turno de trabajo⁵⁰— la eventual negativa del empresario a atender

⁴⁸ Defendiendo que en la vieja dicción literal del art. 34.8 ET podía extraerse un derecho de propuesta por parte del trabajador y un deber de negociación —colectivo e individual—, véase C. MOLINA NAVARRETE, “Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal”, cit., pág. 1409.

⁴⁹ STSud de 18 de junio de 2008 (RJ 4230). Según la STSJ Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 2008 (AS 920), «no existe lo que se podría contemplar como un reconocimiento de un derecho efectivo tangible y exigible en cuanto que la remisión bien a la negociación colectiva o al acuerdo individual para su efectiva implantación, comporta que hasta que la misma no se produzca, estamos, de una parte, ante un derecho carente de todo contenido eficaz, y de otro, ante un llamamiento, una invocación a los interlocutores sociales y a empresarios y trabajadores, para que hagan algo que, incluso sin la existencia del precepto, podrían ya hacer, como es negociar esa posibilidad de conciliación, que no está sujeta en realidad a mínimos legales de cualquier clase».

⁵⁰ Y así lo venían reivindicando numerosos pronunciamientos de duplicación, según los cuales «sería aconsejable y deseable una mayor flexibilidad en el marco laboral que abarcara la posible elección de turno de trabajo acorde a la nueva situación personal de las trabajadoras sin necesidad de instarse una previa y necesaria reducción de jornada, facilitándose de esta forma la máxima compatibilidad y acomodo entre la vida profesional y personal» [cfr. STSJ Andalucía (Granada) de 23 de diciembre de 2008 (AS 311)]. De todas formas, todas estas resoluciones asumieron puntualmente la doctrina del TS que rechaza la posibilidad de que el trabajador concrete unilateralmente su horario de trabajo, tras instar la correspondiente reducción de

una propuesta del trabajador de tal naturaleza⁵¹, por muy razonable que ésta pudiera ser, parecía inatacable⁵².

Todo lo que acaba de exponerse acaba de cambiar gracias a la reciente intervención normativa operada por el citado Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, cuya tramitación ha corrido en paralelo a los trabajos preparatorios de la también nueva Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE, dictada con apenas tres meses de diferencia. De ahí, seguramente, la coincidencia en la regulación sustantiva efectuada por una y otra norma, la cual —al menos en lo que se refiere a este

jornada. En este sentido, una STSJ Madrid 26 de enero de 2009 (AS 1121), concluye que «podrá compartirse o no el criterio que ha hecho suyo la jurisprudencia, pero lo que resulta patente es que razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley aconsejan su asunción por esta Sala». Véanse, también, STSJ Cataluña de 7 de febrero 2008 (AS 966), STSJ Aragón de 5 de noviembre de 2008 (AS 135), STSJ Madrid de 27 de febrero de 2009 (AS 1749), STSJ Castilla-La Mancha de 3 de abril 2009 (JUR 220663) y STSJ Madrid de 18 de mayo de 2009 (JUR 371729).

⁵¹ Formulación, dicho sea de paso, que también contrastaba sensiblemente con la utilizada en el art. 37.7 ET, a cuya virtud la trabajadora víctima de violencia de género sí «tendrá derecho... a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa», hasta el punto de que «la concreción de este derecho corresponde a la trabajadora», en defecto de previsión convencional o acuerdo con el empresario.

⁵² Hay que recordar aquí, sin embargo, que en STC 26/2011, de 24 de marzo (RTC 26), el Alto Tribunal entendió que en el supuesto enjuiciado se había producido una situación de discriminación por razón de circunstancias familiares, abriendo la puerta con ello a la necesidad de que la empresa tuviera que justificar por qué razones organizativas dificultan el horario pretendido. Sobre todo esto, véase J.J. RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor, 2014), págs. 124 y 125.

concreto derecho— permite descartar una futura acción legislativa en orden a adecuar las disposiciones de la nueva Directiva 2019/1158 a nuestro ordenamiento jurídico laboral.

En lo que ahora interesa, la Directiva dedica su art. 9 a las llamadas «Fórmulas de trabajo flexible», a través de las que se impone a los Estados Miembros la obligación de adoptar «las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores con hijos de hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años, y los cuidadores, tengan derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de sus obligaciones de cuidado»⁵³, añadiendo que «la duración de estas fórmulas de trabajo flexible podrá estar supeditada a un límite razonable»⁵⁴. Esta obligación pasa por imponer a las empresas el deber de atender dichas solicitudes, como se desprende del apartado 2, a cuya virtud «los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible...en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores». Cabe, es cierto, la posibilidad de que el empresario rechace la propuesta, pero en todo caso «deberá justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas»⁵⁵.

En perfecta congruencia con la Directiva europea —pese a ser ésta, recuérdese, más moderna en el tiempo—, la nueva redacción del art. 34.8 ET consagra ya un verdadero derecho a «solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral». En el caso de que se trate del cuidado de los hijos, el derecho se puede ejercitar hasta que éstos cumplan doce años, con lo que mejora notablemente la edad mínima indisponible de ocho años, que fija la Directiva 2019/1158. No se establece

⁵³ Cfr. su apartado 1.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ Cfr. su apartado 2.

un derecho absoluto, en la medida en que «dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa», pero lo que está claro es que ya puede hablarse de un derecho con un contenido concreto y tangible para todas las personas trabajadoras. Piénsese que ahora no sólo compromete frontalmente a la negociación colectiva, que habrá de “pactar los términos exactos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas de uno y otro sexo”, sino que, en defecto de previsión convencional, la solicitud de adaptación de jornada obliga a la empresa a «abrir un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días», que podrá finalizar con alguna de las tres siguientes respuestas: 1) aceptación de la petición; 2) una posible propuesta alternativa que satisfaga de algún modo las necesidades de conciliación del solicitante; o 3) la negativa a su ejercicio, la cual deberá estar acompañada en todo caso de «las razones objetivas en las que se sustenta la decisión».

3. EL IMPREDECIBLE IMPACTO DEL ASUNTO ORTIZ MESONERO

Pues bien, precisamente en medio de todo este contexto de transformaciones legales, venía gestándose el supuesto de hecho examinado por la STJUE de 18 septiembre 2019, asunto 316-18, *Ortiz Mesonero*, a propósito de la cuestión prejudicial planteada por el magistrado José P. Aramendi, titular del Juzgado núm. 33 de Madrid, a través de Auto de 23 de mayo de 2018⁵⁶. Ello explica que tanto la normativa nacional como parte de la normativa europea analizada en este asunto Ortiz Mesonero, resultase estar ya derogada a la fecha en que se dictó la sentencia. Se trata, además, de

⁵⁶ Resolución accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/74fa0819f2699f3f/20190604>. Fecha de última consulta: 28 de noviembre de 2019).

un pronunciamiento muy reciente, por lo que resultaría infructuoso ponerse a buscar aún el verdadero impacto de esta sentencia, y no parece que la Directiva 2019/1158 vaya a desencadenar una intervención normativa urgente por parte del legislador español —tendente a adecuar la regulación interna—, vista la coherencia que ha guardado el Real Decreto-ley 6/2019 en materia de adaptación y distribución de jornada para conciliar familia y trabajo. Dicho lo cual tampoco puede descartarse un eventual impacto *ex ante* del asunto Ortiz Mesonero. Como tampoco conviene descartar el nada desdeñable *efecto mariposa* o *efecto guijarro* de toda sentencia del TJUE, incluso de aquellas que —como es el caso— si bien pertenecen a ese grupo de cuestiones prejudiciales aparentemente fallidas o carentes de éxito, pueden llegar a tener consecuencias en principio insospechadas en los ordenamientos jurídicos de cualquier otro u otros Estados miembros⁵⁷.

De los antecedentes de hecho del litigio principal, se desprenden los siguientes datos, imprescindibles para la correcta exposición del asunto: 1) El sr. Ortiz Moreno viene prestando sus servicios por cuenta ajena para la UTE Madrid Centro, adjudicataria de la contrata de mantenimiento del alumbrado eléctrico de la ciudad de Madrid; 2) el convenio de aplicación es el Convenio Colectivo de la industria del Metal, para Madrid; y 3) la prestación de servicios del sr. Ortiz transcurre en régimen de turnos —entre los cuales rota y que aparecen organizados en tres franjas horarias (de 7:17-15:15 horas, de 15:15 a 23:15 horas y de 23:15-7:15 horas)—, contando a tal efecto con un descanso de dos días por semana, que son variables a elección del empresario. Con fecha de 26 de marzo de 2018, el trabajador solicitó a la empresa la prestación de servicios en un turno fijo de mañana, a fin de poder recoger del colegio

⁵⁷ Sobre este efecto mariposa, y el efecto que un modesto litigio regional puede terminar originando en otros países de la Unión, véase J. M^a. MIRANDA BOTO, "Algunas observaciones sobre la cuestión prejudicial y su relevancia en el orden social", L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (Coordinadora), *La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral*, Bomarzo (Valladolid, 2014), pág. 287.

y atender luego el cuidado de sus dos hijos, que entonces contaban con 8 y 5 años de edad. Aduce, para justificar la necesidad de su petición, que su mujer trabaja como abogada, a jornada completa y en horario partido⁵⁸.

Recibida una negativa por respuesta, el trabajador interpuso demanda frente al empresario, por la modalidad procesal sobre derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente, regulado en el art. 139 LRJS. Sabemos también que se celebró acto de juicio con las garantías propias del proceso de tutela de derechos fundamentales —ya que se contó con la presencia del Ministerio Fiscal—, por lo que es fácil suponer, aunque el Auto del Juez no explicita este punto, que en la demanda se invocó la existencia de una discriminación por razón de sexo. De lo que no cabe ninguna duda, es de que esta fue la hipótesis que barajó en su momento el órgano judicial español, pues sobre dicha eventualidad descansa la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE, cuya respuesta se da en la sentencia que ahora se comenta.

Más concretamente, el hecho de que al trabajador únicamente le quede, como alternativa posible para conciliar cuidado de hijos y trabajo, la de solicitar una jornada reducida —con la consiguiente reducción proporcional del salario, ex art. 37.6 ET—, le lleva a plantearse si lo que encierra nuestro ordenamiento jurídico no entraña una forma de discriminación indirecta para el colectivo de las mujeres, por ser éstas las que con más frecuencia solicitan este tipo de reducciones de jornada, para el cuidado de hijos y otros familiares. Es decir, considera el juzgado *a quo* que «la normativa aplicable consolida una situación de discriminación indirecta para la mujer»⁵⁹, sin que obste a tal consideración el dato —en este caso, indiferente— de que haya sido un varón y no una mujer quien haya pretendido ejercitar este derecho, que, como ya se ha dicho, en el Derecho español es de titularidad individual y, por tanto,

⁵⁸ En la sentencia se refiere el siguiente horario de su cónyuge: de 9:00-14:00 horas y de 17:00 a 20:00 horas, de lunes a jueves; y los viernes, de 8:00 a 15:00 horas.

⁵⁹ Cf. el Razonamiento Jurídico I del Auto del Juzgado de lo Social de 29 de mayo de 2018.

puede disfrutarse por todas las personas trabajadoras, hombres y mujeres.

No está de más recordar, para comprender adecuadamente el alcance del planteamiento del juez nacional, el concepto de «discriminación indirecta», que constituye la premisa principal de la cuestión prejudicial que somete a criterio del TJUE. Concepto, como se sabe, cuya definición aparece cumplidamente recogida en la normativa europea invocada. Se trata del art. 1 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio⁶⁰, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, a cuyo tenor entraña discriminación indirecta toda «situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios». La discriminación se focaliza no tanto en la intención, que puede ser perfectamente neutra, como en el resultado que produce sobre el colectivo de las mujeres, favoreciendo de algún modo que se perpetúe la situación inicial de desigualdad.

De la definición que acaba de transcribirse resulta, además, la necesidad de que el órgano judicial efectúe el correspondiente proceso de ponderación y de evaluación de datos, consistente en comprobar cuál de los dos sexos resulta más desfavorecido por la medida en cuestión. Y qué duda cabe, a estos efectos, acerca de la idoneidad de la prueba estadística⁶¹. Desde luego, así lo consideró el Juez

⁶⁰ Y, como consecuencia de su trasposición a nuestro ordenamiento jurídico, también en el art. 6 de la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, con una redacción idéntica a la del art. 1 de la referida Directiva.

⁶¹ Véase STJCE de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, *Seymour-Smith y Pérez*, donde se afirma que «corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si los datos estadísticos que representan la situación de la mano de obra son válidos y se pueden tomar en consideración, es decir, si se refieren a un

nacional, que aportó cumplidamente las estadísticas — desagregadas por sexos— tanto de la brecha salarial como del índice de parcialidad en la contratación, tanto en España como en la Unión Europea, según Eurostat⁶². Añade, además, una estadística del Instituto Nacional de Estadística de España, que muestra el amplio desfase entre el número de mujeres y de hombres ocupados que redujeron su jornada por más de un mes, para el cuidado de sus hijos⁶³. Plantea el Juez nacional la posible colisión del art. 37.6 ET con las principales normas europeas en materia de igualdad y en materia de permisos parentales. Quizás de forma indiscriminada, invoca las siguientes: a) el art. 3 TUE y los arts. 8, 10 y 157 TFUE; b) los arts. 23 y 33.2 de la CDFUE; c) los arts. 1 y 14.1 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; y d) la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental⁶⁴. Sostiene su planteamiento, con la cita de alguna de las sentencias que muestran la vinculación existente entre el principio de igualdad y las medidas de conciliación

número suficiente de individuos, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos».

⁶² Según la citada Oficina Europea de Estadística, en Europa, la brecha salarial entre hombres y mujeres durante el año 2015 fue de 16,2%; y en España, del 14,2%. En cuanto al porcentaje de mujeres contratadas a tiempo parcial que tienen a cargo un menor de seis años, los porcentajes se mueven entre el 39,2% de mujeres, frente a un 6% de hombres que se encuentran en la referida situación. Algo más bajo, aunque la brecha sigue siendo considerable, son los datos para España, que, según Eurostat, también para 2015 eran de 29,3% y 5,1%, respectivamente.

⁶³ Según el censo de 2011, que es el año que tomó como referencia el juez nacional, nuestro Instituto Nacional de Estadística acredita que el 23,79% de las mujeres ocupadas redujeron su jornada en más de un mes por cuidado de hijos, en claro contraste con el porcentaje de hombres, que apenas alcanzó el 2,05%.

⁶⁴ DOUE de 18 de marzo.

de la vida familiar y laboral⁶⁵. Y finaliza aventurando: 1) que si se reconoce que existe discriminación indirecta, de algún modo se favorece con ello la coparticipación de los hombres en las tareas de cuidado tradicionalmente asumidas en exclusiva por las mujeres; y 2) que de no reconocer el derecho pretendido en los términos por el trabajador solicitados, esto supondría la consecuencia nociva de que tuviese que ser su esposa quien tuviese que reducir su jornada de trabajo, para atender el cuidado de los dos hijos del matrimonio, contribuyéndose así —a juicio del juez nacional— a perpetuar «la situación de discriminación objetiva apreciada que existe en Europa y España»⁶⁶.

Pese al interés que ciertamente subyace en la cuestión planteada al TJUE, la respuesta que este proporciona termina por dejar la cuestión en el aire, pues no contesta ni en sentido afirmativo ni en sentido negativo. En efecto, y tras plantearse la eventual inadmisibilidad de la cuestión planteada, el TJUE considera que el órgano jurisdiccional «no demuestra» —visto que el art. 37.6 ET es indistintamente aplicable a hombres y mujeres— cuál sería la concreta desventaja particular sufrida al colectivo de mujeres, por lo cual «la apreciación de una discriminación indirecta en perjuicio de las trabajadoras, suponiendo que exista, no resulta pertinente para resolver el litigio principal». Lo que a su vez le lleva a concluir que la cuestión prejudicial sometida a su consideración «presenta carácter hipotético y debe declararse por este motivo inadmisibles». Descarta, asimismo, entrar a interpretar las disposiciones de los Tratados relativas a la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres (los arts. 8, 10 y 157 TFUE y el art. 3 TUE, así como la Directiva 2006/54), por no haber

⁶⁵ Concretamente, la STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09, *Roca Álvarez*; STJUE de 20 de junio de 2013, asunto C-7/12, *Riezniece*. Se apoya asimismo en la STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-222/14, *Maïstrellis*, haciendo hincapié en el reconocimiento del derecho al permiso parental entre los derechos sociales fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁶⁶ Véase el Razonamiento Jurídico Primero del Auto del Juzgado de lo Social de 29 de mayo de 2018.

concretado el órgano *a quo* donde se encuentran las divergencias que aprecia con el art. 37.6 ET. De ahí, en fin, que sólo declare admisible la cuestión prejudicial en lo que atañe a la invocación de la normativa relativa a la conciliación entre familia y trabajo.

Pues bien, una vez confrontado el art. 37.6 ET con la Directiva 2010/18, sobre la aplicación del Acuerdo marco sobre el permiso parental, entiende que la situación jurídica planteada no está dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Y esto es así porque dicha norma no contiene disposición alguna que permita obligar a los Estados Miembros «a conceder al solicitante del derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable». La Directiva únicamente impone a los Estados Miembros la obligación de que garanticen a los trabajadores que puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un cierto tiempo, “*al reincorporarse del permiso parental*”. Siendo así, el TJUE recuerda su propia doctrina, a cuya virtud, cuando una situación no esté comprendida dentro del campo de aplicación del Derecho de la Unión, dicho tribunal carece de competencia para entrar a conocer de ella, sin que las disposiciones de la Carta puedan fundar por sí solas tal competencia⁶⁷. De ahí, en fin, que se limite a declarar, a este respecto, que la Directiva 2010/18 «no se aplica a una normativa nacional... que establece el derecho del trabajador a reducir su jornada ordinaria para atender el cuidado directo de menores o familiares a su cargo, con una disminución proporcional de su salario, sin que pueda acogerse, cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos... a un horario de trabajo fijo manteniendo su jornada ordinaria de trabajo».

Sea como fuere, es muy posible que la pretensión del sr. Ortiz Mesonero habría obtenido una solución bien distinta, de haberse planteado a día de hoy —algo, por cierto, que tampoco es descartable que todavía ocurra— habida cuenta

⁶⁷ Citando a tal efecto, la STJUE de 26 de febrero de 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*; y el ATJUE de 15 de mayo de 2019, C-789/18 y C-790/18, *Corte dei Conti* y otros.

de los avances operados en materia de adaptación de la jornada para la atención de las tareas de cuidado. Aun así, es de lamentar que el TJUE finalmente no haya entrado a valorar la posibilidad de que, bajo la neutralidad del art. 37.6 ET, dicho precepto pueda entrañar algún tipo de discriminación indirecta. Desde luego, la lectura negativa que tiene para el trabajador dicho instrumento de conciliación para atender sus obligaciones familiares (la disminución en sus ingresos) supondrá, en no pocos casos, un importante efecto disuasorio que, una vez más, se erige en obstáculo añadido para la consecución del objetivo que actualmente persigue la norma: facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE NUENO, M., "La elección del horario de trabajo en los supuestos de reducción de jornada por motivos personales: criterios judiciales", Boletín Social Quantor, núm. 93 (2008).
- CABEZA PEREIRO, J., "Los derechos de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras", en J.F. LOUSADA AROCHENA (Coordinador), El principio de igualdad en la negociación colectiva, Ministerio de Trabajo e Inmigración (Madrid, 2008).
- DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., "Tras el paréntesis de las obligaciones familiares: instrumentos jurídicos-laborales tendentes a asegurar la permanencia de la mujer en el empleo", en A. LÓPEZ ARRANZ, C. FARALDO CABANA y Ma.P. MILLOR ARIAS (Coordinadoras), Cuestiones actuales sobre el trabajo de la mujer y su protección social, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010).
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "Reducciones de jornada y ausencias por motivos familiares", en A.R. ARGÜELLES BLANCO, C. MARTÍNEZ MORENO y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Igualdad de Oportunidades y Responsabilidades Familiares, CES (Madrid, 2004).
- MIRANDA BOTO, J.Ma., "Algunas observaciones sobre la cuestión prejudicial y su relevancia en el orden social", L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (Coordinadora), La

nueva dimensión de la materia contenciosa laboral. Bomarzo (Valladolid, 2014).

MOLINA NAVARRETE, C., "Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal", *Diario La Ley*, núm. 7057 (2008).

PÉREZ DEL RÍO, T., "El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario", en E. RUIZ PÉREZ (Coordinadora), *Mujer y Trabajo*, Bomarzo (Albacete, 2003).

RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J., *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor, 2014).

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares (Granada, 2016).