

## **CONCILIACIÓN, RÉXIME DE QUENDAS E ADAPTACIÓN DA XORNADA DE TRABALLO<sup>1</sup>**

### 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](mailto:ldansalv@gmail.com)

#### **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.

#### **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

---

\* Trabajo presentado no marco do Proxecto *Retos do Dereito do Traballo español ante a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza en materia de política social e dereitos fundamentais* (RTI2018-097917-B-100), do que son Investigadores Principais o Prof. Javier Gárate Castro e a Prof. Yolanda Maneiro Vázquez.

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. 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.

### **1. PRELIMINAR**

Non por máis veces que se puidese dicir é menos certo que a incorporación masiva da muller ao mercado de traballo é unha das transformacións máis sísmicas que experimentou a sociedade española no últimos corenta anos. Sería inxusto obviar o protagonismo absoluto que respecto diso tivo a vella CEE, que —alertada polos Estados membros que xa deran os primeiros pasos na regra da igualdade salarial, como ocorría con Francia— empezou a recomendar primeiro e a impoñer despois a non discriminación por razón de sexo nas relacións laborais. Con paso lento, pero firme, e a pesar das implicacións puramente económicas que tivo na súa orixe, a prohibición de discriminación por razón de sexo pasou «de ser un mero principio de política económica, a configurarse como un verdadeiro e propio dereito

fundamental á igualdade de trato [e de oportunidades] entre homes e mulleres en aspectos da vida profesional moi afastados do orixinal e restritivo ámbito salarial»<sup>2</sup>.

Claro que a medida que se foi avanzando na construción de tan elemental dereito fundamental, quedou evidenciada a importancia de articular ao seu redor unha serie de instrumentos legais que permitisen aos traballadores compaxinar as súas obrigas profesionais e familiares, a fin de facilitar e asegurar a permanencia no emprego das mulleres; visto, sobre todo, que a necesidade de atender o coidado de fillos e familiares constituía —e segue constituíndo— a principal causa de abandono do mercado de traballo por parte daquelas<sup>3</sup>. Neste sentido, xa a vella Directiva 96/34/CE, do 3 xuño<sup>4</sup>, hoxe derogada, recoñecía que «unha verdadeira política de igualdade de oportunidades presupón unha estratexia global e integrada que permita organizar mellor os horarios de traballo, unha maior flexibilidade, así como unha volta máis fácil á vida profesional, e toma nota do importante papel dos

---

<sup>2</sup> 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), páx. 286.

<sup>3</sup> No noso país, un total de 56.700 profesionais permanecen fóra do mercado laboral para ocuparse directamente dun familiar dependente ou con discapacidade. A día de hoxe, os inactivos por este motivo xa superan o medio millón (595.700 persoas), o que se traduce nun incremento do 10,5%, respecto do 2017 (539.000 persoas) e un crecemento do 22% con respecto a hai dous anos. Así polo menos o asegura o último informe "Discapacidade e Familia", confeccionado pola Fundación Adecco en maio de 2019, segundo o cal un 94% desas persoas que abandonaron o mercado de traballo son mulleres. Máis en concreto, os datos desagregados presentan as seguintes porcentaxes, por idades, de entre as mulleres que abandonaron o mercado de traballo: o 40% superan os 45 anos; un 21% ten entre 45 e 54 anos; e un 19% supera os 55 anos (cfr. as súas páxs. 10 e 12). Informe accesible en <https://fundacionadecco.org/informe-discapacidad-familia/> (Data de última consulta: 30 de novembro de 2019).

<sup>4</sup> Directiva relativa ao Acordo marco sobre o permiso parental celebrado pola UNICE, o CEEP e a CES (DO L de 19 xuño).

interlocutores sociais neste ámbito e na oferta a homes e mulleres dunha posibilidade de conciliar responsabilidades profesionais e obrigas familiares»<sup>5</sup>.

A fin de lograr canto acaba de expoñerse, o lexislador español removeu o noso ordenamento xurídico laboral, como se sabe, promulgando unha serie de normas dirixidas a facer compatible o traballo coas responsabilidades familiares: 1) a Lei 3/1989, do 3 marzo, pola que se amplía a dezaseis semanas o permiso por maternidade e se establecen medidas para favorecer a igualdade de trato da muller no traballo<sup>6</sup>, onde se contemplan diversas accións «dirixidas a facer compatible a realización do traballo co exercicio da maternidade e a paternidade»<sup>7</sup>, visto que a regulación ata entón existente «non ofrecía os niveis adecuados para evitar que a atención das situacións derivadas do nacemento de fillos incida negativamente sobre a vida laboral dos traballadores»<sup>8</sup>; 2) a Lei 39/1999, do 5 novembro, para promover a conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras<sup>9</sup>, en virtude da cal se introducen novos cambios na lexislación laboral «para que os traballadores poidan participar da vida familiar»<sup>10</sup>, facilitando —entre outras cousas— que «os homes poidan ser copartícipes do coidado dos seus fillos dende o mesmo momento do nacemento ou da súa incorporación á familia»<sup>11</sup>; e 3) a Lei orgánica 3/2007, do 22 marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes<sup>12</sup>, que fai gala de fomentar «unha maior corresponsabilidade entre mulleres e homes na asunción de obrigas familiares»<sup>13</sup>.

De entre o abano de dereitos de conciliación da vida familiar e laboral recoñecidos legal ou convencionalmente en España, que dúbida cabe que habitualmente presentan un

---

<sup>5</sup> Cfr. o seu Considerando núm. 5.

<sup>6</sup> BOE/BOE de 8 marzo.

<sup>7</sup> Cfr. apartado I da súa Exposición de Motivos.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> BOE/BOE de 6 novembro.

<sup>10</sup> Cfr. parágrafo quinto da súa Exposición de Motivos.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> BOE/BOE de 23 marzo.

<sup>13</sup> Cfr. apartado III da súa Exposición de Motivos.

maior atractivo para as persoas traballadoras aquelas fórmulas de conciliación que permiten compaxinar familia e traballo ao mesmo tempo. Ou dito doutro xeito, aquelas fórmulas legais ou convencionais que non supoñan forzosamente —como ocorre no caso das excedencias para coidado de fillos ou familiares— a suspensión do contrato de traballo, pois diso derívase, como é ben sabido, o inconveniente de que tamén se suspenden as obrigas recíprocas das partes de traballar e pagar o traballo prestado. Dunha maneira ou outra, a posibilidade de exercitar tales dereitos facilita á súa vez o mantemento da muller no traballo<sup>14</sup>.

## **2. OS INSTRUMENTOS DE CONCILIACIÓN ADECUADOS PARA COMPAXINAR RESPONSABILIDADES FAMILIARES E LABORAIS: ADAPTACIÓN DE XORNADA E REDUCCIÓN DE XORNADA**

Respecto diso, a nosa norma estatutaria recoñece, por unha banda, o dereito dos traballadores a acollerse a unha xornada reducida cando se produzan certos acontecementos familiares que, por distintos motivos, requiran dunha dedicación máis ou menos intensa, ex art. 37.5 e 6 ET. Contan tamén, doutra banda, co «dereito a solicitar a adaptación da duración e a distribución da súa xornada de traballo para facer efectivo o seu dereito á conciliación da vida familiar e laboral», nos termos abreviados que ata datas moi recentes utilizaba o art. 34.8 ET, tras as modificacións que experimentou a dita norma por obra do Real decreto-lei 6/2019, do 1 de marzo, de medidas urxentes para garantía da igualdade de trato e de oportunidades entre mulleres e homes no emprego e a ocupación<sup>15</sup>. Aínda que algo posterior no tempo, esta norma dítase co punto de mira posto nos traballos preparatorios da Directiva 2019/1158, do 20 de xuño, relativa á conciliación

---

<sup>14</sup> Mostrando como unha adecuada xestión no tempo de traballo contribúe a un adecuado equilibrio entre traballo e familia, véxase S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares (Selecta, 2016), especialmente, páxs. 155 e seguintes.

<sup>15</sup> BOE/BOE do 7 de marzo.

da vida familiar e a vida profesional dos proxenitores e os coidadores, e pola que se derroga a Directiva 2010/18/UE do Consello<sup>16</sup>. De aí, moi probablemente, que haxa tanta homoxeneidade entre a norma española e a europea.

## 2.1. O DEREITO Á REDUCIÓN DE XORNADA PARA A ATENCIÓN DE OBRIGAS FAMILIARES

En verdade, o primeiro dos dous dereitos de conciliación da vida familiar e laboral a que acaba de facerse referencia, ex art. 37 ET, non experimentou modificación ningunha. Este precepto recoñece un dereito á redución de xornada: 1) a «quen por razóns de garda legal teña ao seu coidado directo algún menor de doce anos ou unha persoa con discapacidade que non desempeñe unha actividade retribuída»<sup>17</sup>; 2) a «quen precise encargarse do coidado directo dun familiar, ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade, que por razóns de idade, accidente ou enfermidade non poida valerse por si mesmo, e que non desempeñe actividade retribuída»<sup>18</sup>; 3) ao proxenitor, adoptante, gardador con fins de adopción ou acolledor permanente, «para o coidado, durante a hospitalización e tratamento continuado, do menor ao seu cargo afectado por cancro (tumores malignos, melanomas e carcinomas), ou por calquera outra enfermidade grave, que implique un ingreso hospitalario de longa duración e requira a necesidade do seu coidado directo, continuo e permanente... como máximo, ata que o menor cumpra os dezaioito anos»<sup>19</sup>; e 4) aos proxenitores que deban atender a fillos prematuros ou que por calquera causa deban permanecer hospitalizados tras o parto (art. 37.5 ET).

A pesar de ser obxecto de importantes modificacións dende a súa introdución no ET-1980<sup>20</sup>, o art. 37.6 ET adoece hoxe

---

<sup>16</sup> DOL do 12 de xullo.

<sup>17</sup> Cfr. o seu parágrafo primeiro.

<sup>18</sup> Cfr. o seu parágrafo segundo.

<sup>19</sup> Cfr. o seu parágrafo terceiro.

<sup>20</sup> Á súa vez, o ET-1980 reproduce —aínda que en distintos termos— o art. 25 da Lei 16/1976, de 8 abril, de relacións laborais (BOE/BOE de 21 abril), segundo o cal «o traballador que teña ao

de certo anacronismo. En primeiro lugar, porque segue condicionando o seu exercicio á circunstancia de que a persoa con discapacidade a cargo do traballador non desempeñe unha actividade retribuída, o que non deixa de resultar paradoxal, sobre todo se se ten en conta a preocupación do lexislador español por facilitar e favorecer a integración sociolaboral das persoas con discapacidade<sup>21</sup>; mesmo, a daquelas que puidesen necesitar o concurso dun terceiro para realizar os actos máis esenciais da vida<sup>22</sup>. Ben é certo que o referido inciso do art. 37.6 ET só fala dunha actividade retribuída, o que en principio non exclúe que a persoa con discapacidade poida estar a percibir unha prestación económica de protección social. Pero, sobre a base sempre de que a redución da xornada nestes casos leva aparellada unha diminución proporcional do salario, a pervivencia dun requisito desta índole non só ten un alto efecto disuasorio para o traballador, senón que, dalgún modo, constitúe un obstáculo adicional para alcanzar o obxectivo perseguido pola norma, que non é outro que o de posibilitar unha mellor conciliación da vida familiar e laboral<sup>23</sup>.

---

seu coidado directo algún menor de seis anos ou algún discapacitado físico ou psíquico, e que non desempeñe outra actividade retribuída terá dereito a unha redución da xornada de traballo de polo menos un terzo da súa duración, coa diminución proporcional do salario correspondente», precisando que «este dereito só poderá ser exercitado por un dos cónxuxes».

<sup>21</sup> Tamén neste 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), páx. 129.

<sup>22</sup> O propio art. 198.2 LXSS prevé a compatibilidade das pensións de invalidez permanente absoluta ou de gran invalidez con «o exercicio daquelas actividades, sexan ou non lucrativas, compatibles co estado do incapacitado e que non representen un cambio na súa capacidade de traballo a efectos de revisión».

<sup>23</sup> Sobre este e outros posibles anacronismos que aínda subsisten na norma, con máis detemento, L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, "Tras el paréntesis de las obligaciones familiares: instrumentos jurídicos-laborales tendentes a asegurar la

O exercicio deste dereito de reducir a xornada está subordinado a unha correlativa diminución proporcional do salario, que —salvo nos dous últimos dos catro supostos recentemente sinalados<sup>24</sup>— concrétese «entre, polo menos, un oitavo e un máximo da metade da duración». De feito, o art. 37.6 ET límitase a establecer eses límites porcentuais mínimos e máximos dentro dos cales é posible concretar o tempo en que o traballador poderá exercitar o seu dereito<sup>25</sup>. Con todo, o verdadeiramente importante é a contrapartida que para o traballador carrega o exercicio deste dereito, con independencia da causa que xustifique o seu exercicio: a diminución proporcional do seu salario. Tanto é así, que cando se interese unha redución dunha oitava parte da xornada, a retribución diminuírá nun oitavo, mentres que se o que se pretende é a redución da metade da xornada, o seu salario tamén se contraerá á metade<sup>26</sup>.

A titularidade do dereito á redución de xornada por calquera dos motivos familiares a que se refire o art. 37.6 ET tamén aparece conferida actualmente con independencia do sexo de quen pretenda o seu exercicio. O único que esixe tal

---

permanencia de la mujer en el empleo”, en A. LÓPEZ ARRANZ, C. FARALDO CABANA e M<sup>a</sup>.P. MILLOR ARIAS (Coordinadoras), Cuestiones actuales sobre el trabajo de la mujer y su protección social, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010).

<sup>24</sup> Para o caso de coidado dun menor afectado por cancro ou por calquera outra enfermidade grave, que implique ingreso hospitalario de longa duración, o art. 37.6 ET prevé unha redución de xornada de «polo menos, a metade da duración de aquela». En cambio, a redución de xornada para atender o coidado dun fillo ou fillos que deban continuar hospitalizados tras o parto entrará en xogo cando se prolongue por máis dunha hora e por espazo de ata dúas horas de redución, segundo se deduce do art. 37.5 ET.

<sup>25</sup> Cfr. o seu parágrafo primeiro.

<sup>26</sup> Dende o momento en que «a redución de xornada por coidado de fillos e o permiso retribuído por lactación son institutos perfectamente diferenciados e por iso compatibles» [cfr. STSX Comunidade Valenciana do 24 de maio de 2002 (AS 2289, 2003), FD Único], advírtase que «na redución de xornada por coidado de fillo non poderá considerarse o permiso retribuído por lactación» (*ibid.*). No mesmo sentido, tamén, STSX Cataluña do 18 de marzo de 2003 (AS 1955).



precepto é que a persoa en cuestión preste os seus servizos por conta allea, pois tal e como se advirte no seu parágrafo terceiro «a redución de xornada contemplada no presente apartado constitúe un dereito individual dos traballadores, homes ou mulleres». Baixo esta premisa, é posible afirmar que aquel poderá exercitarse: a) indistintamente, tanto por un traballador como por unha traballadora; b) simultánea ou sucesivamente, por un e outra; ou c) só por un deles, con independencia de que o seu cónxuxe ou parella non traballe, ou o faga por conta propia. É máis, trátase do único dereito de conciliación da vida familiar e laboral do que poden beneficiarse máis de dous traballadores ao mesmo tempo, como o confirma a previsión común contida no acto seguido, segundo a cal «se dous ou máis traballadores da mesma empresa xerasen este dereito polo mesmo suxeito causante, o empresario poderá limitar o seu exercicio simultáneo por razóns xustificadas de funcionamento da empresa». E iso, na intelixencia de que a dita hipótese unicamente cobrará sentido no segundo dos dous supostos de feito que regula a norma; é dicir, cando a persoa cuxo coidado directo deben atender aqueles traballadores sexa un familiar que non poida valerse por si mesmo por razóns de idade, enfermidade ou accidente<sup>27</sup>.

Convén chamar a atención así mesmo acerca da importancia de que o traballador comunique ao empresario a súa intención de reducir a xornada. Aínda que os arts. 37.5 e 6 ET nada din sobre a formalización da solicitude, o máis conveniente será que se efectúe por escrito, onde figure non só a intención do traballador de acollerse ao dereito de redución de xornada, senón tamén o período de tempo en que se vai reducir e —de coñecerse con anterioridade— a duración do período de gozo. Loxicamente, e salvo nalgúns casos nos que exista un prazo certo (como ocorre co cumprimento da idade de doce anos polo menor a cargo), en moitos outros non vai ser posible fixar con antelación a data precisa en que o traballador se

---

<sup>27</sup> Non sería desatinado pensar no caso de tres ou máis irmáns que desexen ocuparse en primeira persoa do coidado da súa nai enferma.

reincorporará á súa xornada ordinaria; e máis se se ten en conta que a dita reincorporación pode ter lugar en calquera momento, pola súa propia vontade. A única obriga que aparentemente se lle impón ao traballador, salvo forza maior, é a de «preavisar ao empresario cunha antelación de quince días ou a que se determine no convenio colectivo aplicable»<sup>28</sup>.

Polo demais, tamén aquí se trata dun tempo que aquel poderá reducir en función dos seus propios intereses, de maneira que ao empresario lle está vedado impoñer ao traballador o goce da xornada reducida na forma ou horario que máis conveña á súa empresa. Isto é, polo menos, o que se deduce do art. 37.7 ET, cando afirma que «a concreción horaria e a determinación do período de gozo... da redución de xornada, corresponderá ao traballador, dentro da súa xornada ordinaria»<sup>29</sup>. E iso é así ata o punto de que calquera discrepancia xurdida entre ambos por este motivo poderá dirimirse en sede xudicial pola vía da modalidade procesual sobre exercicio dos dereitos de conciliación da vida familiar e laboral, regulada no art. 139 LRXS.

De entre as discrepancias que rexistra a casuística xurisprudencial, quizais unha das máis recorrentes sexa a relativa xustamente á interpretación que deba facerse da expresión recentemente transcrita «dentro da súa xornada ordinaria». Téñase en conta que a concreción horaria que leva aparelada toda redución de xornada «pode chegar a implicar un cambio no réxime de traballo a quendas ata entón vixente por outro de carácter fixo, ou ben, mesmo, traballar só en determinadas quendas, e non outras, en función do horario que cada [traballador]... tivese asignado»<sup>30</sup>. É o caso, en efecto, do traballador cuxa xornada ordinaria se desenvolve de luns a venres, en quendas de mañá e tarde, e interesa —por calquera dos

---

<sup>28</sup> Cfr. art. 37.6 ET. Segundo STSX Galicia do 17 de marzo de 2009 (JUR 235059), trátase da «única limitación» a este dereito individual recoñecido aos traballadores (FD 5º).

<sup>29</sup> Confirmando que o art. 37.6 ET «atribúe esa materialización aos traballadores», cfr. STSX Galicia do 17 de marzo de 2009 (cit.), FD 5º.

<sup>30</sup> Cfr. STSX Madrid do 6 de marzo de 2009 (AS 1149), FD 6º.

motivos familiares xa expostos— que a concreción da nova xornada se desenvolva exclusivamente de luns a mércores e só en horario de mañá. Pois ben, dado que o art. 37.6 ET se limita a referirse á «xornada ordinaria», sen pronunciarse acerca da forma en que deba concretarse o novo horario, nin se «debe prevalecer o criterio ou as necesidades concretas do traballador ou as organizativas da empresa», unha STSud do 20 de xullo de 2000<sup>31</sup> interpretou este silencio da norma como unha «aparente lagoa legal, posiblemente deixada a propósito, co fin de que se compatibilicen os intereses do menor (e por tanto do pai ou nai traballadores), coas facultades empresariais de organización do traballo»<sup>32</sup>.

De todo iso resulta que o dereito que se confire ao traballador para reducir a súa xornada por necesidades familiares non é un dereito absoluto, senón que vai depender das circunstancias concorrentes en cada caso; ou, máis ben, da valoración que destas termine facendo o órgano xudicial<sup>33</sup>, coa inseguridade xurídica que diso se poida derivar. Isto mesmo confirmouno posteriormente a STC 3/2007, do 15 xaneiro<sup>34</sup>, que fai recaer directamente sobre os tribunais ordinarios a responsabilidade de levar a cabo ese labor de «ponderación das circunstancias concorrentes»<sup>35</sup>, sopesando ademais a importancia que puidese ter a pretensión horaria do traballador para facer efectivo os seus dereitos de conciliación. É máis, o feito de que o órgano xudicial competente «non se formule a cuestión de se denegar... a redución de xornada solicitada constituí[e] ou non un obstáculo para a compatibilidade da súa vida familiar e profesional supón non valorar adecuadamente a dimensión constitucional ex art. 14 CE da

---

<sup>31</sup> RJ 7209.

<sup>32</sup> FD 4º.

<sup>33</sup> Para o estudo dos pronunciamentos xudiciais máis variados sobre o tema, véxase 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, páxs. 3 e seguintes.

<sup>34</sup> BOE/BOE do 15 febreiro.

<sup>35</sup> FJ 6º.

cuestión»<sup>36</sup>. Precisamente por iso, o que o TC reprocha ao órgano *a quo* no suposto axuizado por esta sentenza «non é tanto nin só que renunciase a interpretar a normativa aplicable da maneira máis favorable á efectividade do dereito fundamental, senón que nin sequera se tivo en conta que este dereito estaba en xogo e podía quedar afectado»<sup>37</sup>.

## 2.2. O DEREITO A SOLICITAR A ADAPTACIÓN DA DURACIÓN E DISTRIBUCIÓN DA XORNADA DE TRABALLO, TRAS A DIRECTIVA 2019/1158, DO 20 DE XUÑO, E O REAL DECRETO-LEI 6/2019

Aínda cando o traballador ten a facultade de establecer unilateralmente a concreción do horario en que se vai desenvolver a súa nova xornada —despois de efectuada a correspondente redución—, esta prerrogativa non é senón unha manifestación lóxica e derivada do seu dereito primeiro a reducir a xornada de traballo ordinaria para ocuparse de certas obrigas familiares. Pero ata hai ben pouco constituía unha regra que ía máis aló do disposto no art. 37.6 ET concluír que, ante a existencia de necesidades familiares que atender, calquera traballador podía concretar de forma unilateral o horario dentro da súa xornada laboral. Ata a promulgación do Real decreto-lei 6/2019, esta posibilidade só cabía se mediaba unha redución da xornada do traballador, nos termos fixados polos arts. 37.5 e 37.6 ET. Confirmao unha serie de catro SSTSud do 13 xuño 2008<sup>38</sup>, do 18 xuño 2008<sup>39</sup>, do 20 maio 2009<sup>40</sup> e do 19

---

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.* Considerando que no caso alí axuizado debía prevalecer o dereito da traballadora a compatibilizar a vida familiar e profesional na forma pretendida, véxanse STSX Madrid do 12 de novembro de 2008 (AS 12) e STSX Madrid do 6 marzo 2009 (cit.). Admitindo que o traballador pode concretar o horario dentro da súa xornada ordinaria, pero non pretender que se lle cambie a unha quenda fixa, véxase tamén STSX Galicia do 17 marzo 2009 (cit.).

<sup>38</sup> RJ 4227.

<sup>39</sup> RJ 4230.

<sup>40</sup> RJ 3118.

outubro 2009<sup>41</sup> (as dúas primeiras ditadas en Sala Xeral)<sup>42</sup>, ao concluír que o dereito que contemplan os preceptos recentemente citados «está concibido en canto a súa modalización de maneira máis favorable ao interese do traballador por canto é este quen concreta o horario e o período de gozo, pero sempre no ámbito da redución de xornada, unha importante alteración que tamén posúe a contrapartida negativa da redución proporcional do salario»<sup>43</sup>. Non cabía posibilidade, segundo a Sala, de «elaborar a partir da Lei 39/1999... un novo catálogo de dereitos, ao arbitrio dunha das partes»<sup>44</sup>, nin sequera a partir da Lei orgánica 3/2007, na que «tampouco... se delega sen límites no beneficiario da conciliación a configuración do dereito contemplado no art. 34 do Estatuto dos Traballadores, precepto no que se regula a xornada de traballo»<sup>45</sup>.

En efecto, de entre os instrumentos legais que actualmente se recoñecen aos traballadores, a fin de que poidan compaxinar con maior facilidade as súas responsabilidades familiares coas súas obrigas laborais, quizais o que revista máis interese de todos sexa o dereito a «solicitar as adaptacións da duración e distribución da xornada de traballo, na ordenación do tempo de traballo e na forma de prestación... para facer efectivo o seu dereito á conciliación da vida familiar e laboral», na nova redacción que proporcionou o Real decreto-lei 6/2019 ao art. 34.8 ET. Non pasa desapercibido que a previsión que contén o citado precepto —introducido no noso ordenamento xurídico pola Lei 3/2007— contempla o mecanismo idóneo para que os

---

<sup>41</sup> RJ 7606.

<sup>42</sup> Seguidas logo por STS do 20 de outubro de 2010 (RJ 8447), STS do 24 de abril de 2012 (RJ 5881) ou, máis recentemente, pola STS do 24 de xullo de 2017 (RJ 4405). Véxase un comentario crítico sobre as primeiras sentenzas 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), páxs. 1405 e ss.

<sup>43</sup> STSud do 18 xuño 2008 (RJ 4230).

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Ibid.*

traballadores poidan racionalizar a súa xornada de traballo, en atención a esixencias familiares, sen ter que pasar necesariamente por unha redución desta; e sen o inconveniente engadido, en resumidas contas, de ter que experimentar unha redución no seu salario.

Agora ben, aínda que dende o principio constituíu a fórmula máis vantaxosa para o traballador, e seguramente tamén para a propia empresa<sup>46</sup>, non é menos certo que ata este mesmo ano 2019, o art. 34.8 ET viña reenviando a concreción do exercicio deste dereito de adaptación da xornada ao que respecto diso se establecese «na negociación colectiva ou no acordo a que chegue co empresario, respectando, no seu caso, o previsto en aquela». Dato que forzaba a concluír que a súa operatividade quedaba condicionada á circunstancia, absolutamente aleatoria, de que o convenio colectivo de aplicación contemplase tal prerrogativa<sup>47</sup> e, na súa falta, ao que puidesen chegar a convir traballador e empresario<sup>48</sup>. De aí a doutrina do TS, afirmando que o referido dereito (tal e como estaba deseñado na redacción orixinaria do art. 34.8 ET) se traducía unicamente nunha mera «expectativa»<sup>49</sup>,

---

<sup>46</sup> Tal e como se argumenta no Voto Particular formulado —en idénticos termos— ás SSTSud do 13 e 18 xuño 2008 (RJ 4227 e 4230), dado que a redución da xornada «tampouco supón un beneficio claro para a empresa, pois en moitos casos esa redución da xornada vai supoñer maiores trastornos e dificultades para axustar a organización do traballo que a derivada dun cambio de horario ou xornada de traballo, sen redución desta».

<sup>47</sup> Polo menos nos primeiros anos, só había «uns poucos convenios que regulan medidas de flexibilidade a favor das persoas traballadoras» [cfr. J. CABEZA PEREIRO, “Los derechos de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., páx. 233].

<sup>48</sup> Defendendo que na vella dicción literal do art. 34.8 ET podía extraerse un dereito de proposta por parte do traballador e un deber de negociación —colectivo e individual—, véxase C. MOLINA NAVARRETE, “Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal”, cit., páx. 1409.

<sup>49</sup> STSud do 18 de xuño de 2008 (RJ 4230). Segundo a STSX Castela-A Mancha do 3 de decembro de 2008 (AS 920), «non

que non coincidía exactamente coa facultade de modificar o horario ou quenda de traballo que implica o dereito de redución da xornada, nos termos do art. 37.6 ET. Non constando previsión convencional respecto diso —e aínda que certamente era urxente unha maior flexibilidade no marco das relacións laborais, en canto á elección do horario ou quenda de traballo<sup>50</sup>— a eventual negativa do empresario a atender unha proposta do traballador de tal

---

existe o que se podería contemplar como un recoñecemento dun dereito efectivo tanxible e esixible despois de que a remisión ben á negociación colectiva ou ao acordo individual para a súa efectiva implantación, comporta que ata que esta non se produza, estamos, dunha parte, ante un dereito carente de todo contido eficaz, e doutro, ante un chamamento, unha invocación aos interlocutores sociais e a empresarios e traballadores, para que fagan algo que, mesmo sen a existencia do precepto, poderían xa facer, como é negociar esa posibilidade de conciliación, que non está suxeita en realidade a mínimos legais de calquera clase».

<sup>50</sup> E así o viñan reivindicando numerosos pronunciamentos de suplicación, segundo os cales «sería aconsellable e desexable unha maior flexibilidade no marco laboral que abarcase a posible elección de quenda de traballo acorde coa nova situación persoal das traballadoras sen necesidade de instarse unha previa e necesaria redución de xornada, facilitándose desta forma a máxima compatibilidade e acomodo entre a vida profesional e persoal» [cfr. STSX Andalucía (Selecta) do 23 de decembro de 2008 (AS 311)]. De todos os xeitos, todas estas resolucións asumiron puntualmente a doutrina do TS que rexeita a posibilidade de que o traballador concrete unilateralmente o seu horario de traballo, tras instar a correspondente redución de xornada. Neste sentido, unha STSX Madrid 26 de xaneiro de 2009 (AS 1121), conclúe que «poderá compartirse ou non o criterio que fixo seu a xurisprudencia, pero o que resulta patente é que razóns de seguridade xurídica e igualdade na aplicación da lei aconsellan a súa asunción por esta Sala». Véxanse, tamén, STSX Cataluña do 7 de febreiro 2008 (AS 966), STSX Aragón do 5 de novembro de 2008 (AS 135), STSX Madrid do 27 de febreiro de 2009 (AS 1749), STSX Castela-A Mancha do 3 de abril 2009 (JUR 220663) e STSX Madrid do 18 de maio de 2009 (JUR 371729).

natureza<sup>51</sup>, por moi razoable que esta puidese ser, parecía inatacable<sup>52</sup>.

Todo o que acaba de expoñerse acaba de cambiar grazas á recente intervención normativa operada polo citado Real decreto-lei 6/2019, do 1 de marzo, cuxa tramitación correu en paralelo aos traballos preparatorios da tamén nova Directiva (UE) 2019/1158, do 20 de xuño, relativa á conciliación da vida familiar e a vida profesional dos proxenitores e os cuidadores, e pola que se derroga a Directiva 2010/18/UE, ditada con apenas tres meses de diferenza. De aí, seguramente, a coincidencia na regulación substantiva efectuada por unha e outra norma, a cal — polo menos no que se refire a este concreto dereito— permite descartar unha futura acción lexislativa para adecuar as disposicións da nova Directiva 2019/1158 ao noso ordenamento xurídico laboral.

No que agora interesa, a Directiva dedica o seu art. 9 ás chamadas «Fórmulas de traballo flexible», a través das que se impón aos Estados membros a obriga de adoptar «as medidas necesarias para garantir que os traballadores con fillos de ata unha idade determinada, que será como mínimo de oito anos, e os cuidadores, teñan dereito a

---

<sup>51</sup> Formulación, dito sexa de paso, que tamén contrastaba sensiblemente coa utilizada no art. 37.7 ET, en virtude do cal a traballadora vítima de violencia de xénero si «terá dereito... á reordenación do tempo de traballo, a través da adaptación do horario, da aplicación do horario flexible ou doutras formas de ordenación do tempo de traballo que se utilicen na empresa», ata o punto de que «a concreción deste dereito corresponde á traballadora», en defecto de previsión convencional ou acordo co empresario.

<sup>52</sup> Hai que lembrar aquí, con todo, que en STC 26/2011, do 24 do 14 de marzo (RTC 26), o Alto Tribunal entendeu que no suposto axuizado produciuse unha situación de discriminación por razón de circunstancias familiares, abrindo a porta con iso á necesidade de que a empresa tivese que xustificar que razóns organizativas dificultan o horario pretendido. Sobre todo isto, véxase 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), páxs. 124 e 125.



solicitar fórmulas de traballo flexible para ocuparse das súas obrigas de coidado»<sup>53</sup>, engadindo que «a duración destas fórmulas de traballo flexible poderá estar supeditada a un límite razoable»<sup>54</sup>. Esta obriga pasa por impoñer ás empresas o deber de atender as devanditas solicitudes, como se desprende do apartado 2, en virtude do cal «os empregadores estudarán e atenderán as solicitudes de acollerse a fórmulas de traballo flexible...nun prazo razoable de tempo, tendo en conta tanto as súas propias necesidades como as dos traballadores». Cabe, é certo, a posibilidade de que o empresario rexeite a proposta, pero en todo caso «deberá xustificar calquera denegación destas solicitudes, así como calquera aprazamento das devanditas fórmulas»<sup>55</sup>. En perfecta congruencia coa Directiva europea —a pesar de ser esta, lémbrese, máis moderna no tempo—, a nova redacción do art. 34.8 ET consagra xa un verdadeiro dereito a «solicitar as adaptacións da duración e distribución da xornada de traballo, na ordenación do tempo de traballo e na forma de prestación, incluída a prestación do seu traballo a distancia, para facer efectivo o seu dereito á conciliación da vida familiar e laboral». No caso de que se trate do coidado dos fillos, o dereito pódese exercitar ata que estes cumpran doce anos, co que mellora notablemente a idade mínima indispoñible de oito anos, que fixa a Directiva 2019/1158. Non se establece un dereito absoluto, na medida en que «as ditas adaptacións deberán ser razoables e proporcionadas en relación coas necesidades da persoa traballadora e coas necesidades organizativas ou produtivas da empresa», pero o que está claro é que xa pode falarse dun dereito cun contido concreto e tanxible para todas as persoas traballadoras. Pénsese que agora non só compromete frontalmente a negociación colectiva, que haberá de “pactar os termos exactos do seu exercicio, que se acomodarán a criterios e sistemas que garantan a ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre persoas dun e outro sexo”, senón que, en defecto de

---

<sup>53</sup> Cfr. o seu apartado 1.

<sup>54</sup> *Ibíd.*

<sup>55</sup> Cfr. o seu apartado 2.

previsión convencional, a solicitude de adaptación de xornada obriga a empresa a «abrir un proceso de negociación coa persoa traballadora durante un período máximo de trinta días», que poderá finalizar con algunha das tres seguintes respostas: 1) aceptación da petición; 2) unha posible proposta alternativa que satisfaga dalgún modo as necesidades de conciliación do solicitante; ou 3) a negativa ao seu exercicio, a cal deberá estar acompañada en todo caso de «as razóns obxectivas nas que se sustenta a decisión».

### 3. O IMPREDICIBLE IMPACTO DO ASUNTO ORTIZ MESONERO

Pois ben, precisamente no medio de todo este contexto de transformacións legais, viña xestándose o suposto de feito examinado pola STXUE do 18 setembro 2019, asunto 316-18, *Ortiz Mesonero*, acerca da cuestión prexudicial exposta polo maxistrado José P. Aramendi, titular do Xulgado núm. 33 de Madrid, a través de Auto do 23 de maio de 2018<sup>56</sup>. Iso explica que tanto a normativa nacional como parte da normativa europea analizada neste asunto Ortiz Mesonero, resultase estar xa derogada na data en que se ditou a sentenza. Trátase, ademais, dun pronunciamento moi recente, polo que resultaría infrutuoso poñerse a buscar aínda o verdadeiro impacto desta sentenza, e non parece que a Directiva 2019/1158 vaia desencadear unha intervención normativa urxente por parte do lexislador español —tendente a adecuar a regulación interna—, vista a coherencia que gardou o Real decreto-lei 6/2019 en materia de adaptación e distribución de xornada para conciliar familia e traballo. Dito o cal tampouco pode descartarse un eventual impacto *ex ante* do asunto Ortiz Mesonero. Como tampouco convén descartar o nada desdeñable *efecto bolboreta* de toda sentenza do TXUE, mesmo daquelas que —como é o caso— aínda que pertencen a ese grupo de

---

<sup>56</sup>

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

cuestións prexudiciais aparentemente erradas ou carentes de éxito, poden chegar a ter consecuencias en principio insospeitadas nos ordenamentos xurídicos de calquera outro ou outros Estados membros<sup>57</sup>.

Dos antecedentes de feito do litixio principal, despréndense os seguintes datos, imprescindibles para a correcta exposición do asunto: 1) O sr. Ortiz Moreno vén prestando os seus servizos por conta allea para a UTE Madrid Centro, adxudataria da contrata de mantemento da iluminación eléctrica da cidade de Madrid; 2) o convenio de aplicación é o convenio colectivo da industria do metal, para Madrid; e 3) a prestación de servizos do sr. Ortiz transcorre en réxime de quendas —entre as cales rota e que aparecen organizadas en tres franxas horarias (de 7:17-15:15 horas, de 15:15 a 23:15 horas e de 23:15-7:15 horas)—, contando para ese efecto cun descanso de dous días por semana, que son variables a elección do empresario. Con data de 26 de marzo de 2018, o traballador solicitou á empresa a prestación de servizos nunha quenda fixa de mañá, a fin de poder recoller do colexio e atender daquela o coidado dos seus dous fillos, que entón contaban con 8 e 5 anos de idade. Aduce, para xustificar a necesidade da súa petición, que a súa muller traballa como avogada, a xornada completa e en horario partido<sup>58</sup>.

Recibida unha negativa por resposta, o traballador interpuxo demanda fronte ao empresario, pola modalidade procesual sobre dereitos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral recoñecidos legal ou convencionalmente, regulado no art. 139 LRXS. Sabemos tamén que se celebrou acto de xuízo coas garantías propias do proceso de tutela de dereitos fundamentais —xa que se contou coa presenza do

---

<sup>57</sup> Sobre este efecto bolboreta, e o efecto que un modesto litixio rexional pode terminar orixinando noutros países da Unión, véxase J. M<sup>a</sup>. 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), páx. 287.

<sup>58</sup> Na sentenza refírese o seguinte horario do seu cónxuxe: de 9:00-14:00 horas e de 17:00 a 20:00 horas, de luns a xoves; e os venres, de 8:00 a 15:00 horas.

Ministerio Fiscal—, polo que é fácil supoñer, aínda que o Auto do Xuíz non explicita este punto, que na demanda se invocou a existencia dunha discriminación por razón de sexo. Do que non cabe ningunha dúbida, é de que esta foi a hipótese que barallou no seu momento o órgano xudicial español, pois sobre a devandita eventualidade descansa a cuestión prexudicial exposta ante o TXUE, cuxa resposta se dá na sentenza que agora se comenta.

Máis concretamente, o feito de que ao traballador unicamente lle quede, como alternativa posible para conciliar coidado de fillos e traballo, a de solicitar unha xornada reducida —coa consecuenta redución proporcional do salario, ex art. 37.6 ET—, lévalle a formularse se o que encerra o noso ordenamento xurídico non entraña unha forma de discriminación indirecta para o colectivo das mulleres, por ser estas as que con máis frecuencia solicitan este tipo de reducións de xornada, para o coidado de fillos e outros familiares. É dicir, considera o xulgado *a quo* que «a normativa aplicable consolida unha situación de discriminación indirecta para a muller»<sup>59</sup>, sen que obste a tal consideración o dato —neste caso, indiferente— de que fose un home e non unha muller quen pretendese exercer este dereito, que, como xa se dixo, no Dereito español é de titularidade individual e, por tanto, pode gozarse por todas as persoas traballadoras, homes e mulleres.

Non está de máis lembrar, para comprender adecuadamente o alcance da formulación do xuíz nacional, o concepto de «discriminación indirecta», que constitúe a premisa principal da cuestión prexudicial que somete a criterio do TXUE. Concepto, como se sabe, cuxa definición aparece cumpridamente recollida na normativa europea invocada. Trátase do art. 1 da Directiva 2006/54, do 5 de xullo<sup>60</sup>, relativa á aplicación do principio de igualdade de oportunidades e igualdade de trato entre homes e mulleres

---

<sup>59</sup> Cf. o Razoamento Xurídico I do Auto do Xulgado do Social do 29 de maio de 2018.

<sup>60</sup> E, como consecuencia da súa trasposición ao noso ordenamento xurídico, tamén no art. 6 da LO 3/2007, para a igualdade efectiva de mulleres e homes, cunha redacción idéntica á do art. 1 da referida Directiva.

en asuntos de emprego e ocupación, segundo o cal entraña discriminación indirecta toda «situación en que unha disposición, criterio ou práctica aparentemente neutros sitúan a persoas dun sexo determinado en desvantaxe particular con respecto a persoas do outro sexo, salvo que a dita disposición, criterio ou práctica poida xustificarse obxectivamente cunha finalidade lexítima e que os medios para alcanzar a devandita finalidade sexan adecuados e necesarios». A discriminación focalízase non tanto na intención, que pode ser perfectamente neutra, como no resultado que produce sobre o colectivo das mulleres, favorecendo dalgún modo que se perpetúe a situación inicial de desigualdade.

Da definición que acaba de transcribirse resulta, ademais, a necesidade de que o órgano xudicial efectúe o correspondente proceso de ponderación e de avaliación de datos, consistente en comprobar cal dos dous sexos resulta máis desfavorecido pola medida en cuestión. E que dúbida cabe, para estes efectos, acerca da idoneidade da proba estatística<sup>61</sup>. Dende logo, así o considerou o Xuíz nacional, que achegou cumpridamente as estatísticas —desagregadas por sexos— tanto da fenda salarial como do índice de parcialidade na contratación, tanto en España como na Unión Europea, segundo Eurostat<sup>62</sup>. Engade, ademais, unha

---

<sup>61</sup> Véxase STXCE do 9 de febreiro de 1999, asunto C-167/97, *Seymour-Smith e Pérez*, onde se afirma que «corresponde ao órgano xurisdiccional nacional apreciar se os datos estatísticos que representan a situación da man de obra son válidos e se poden tomar en consideración, é dicir, se se refiren a un número suficiente de individuos, se non constitúen a expresión de fenómenos meramente fortuítos ou conxunturais e se, de maneira xeral, resultan significativos».

<sup>62</sup> Segundo a citada Oficina Europea de Estatística, en Europa, a fenda salarial entre homes e mulleres durante o ano 2015 foi de 16,2%; e en España, do 14,2%. En canto á porcentaxe de mulleres contratadas a tempo parcial que teñen a cargo un menor de seis anos, as porcentaxes móvense entre o 39,2% de mulleres, fronte a un 6% de homes que se atopan na referida situación. Algo máis baixo, aínda que a fenda segue sendo considerable, son os datos para España, que, segundo Eurostat, tamén para 2015 eran de 29,3% e 5,1%, respectivamente.

estadística do Instituto Nacional de Estatística de España, que mostra o amplo desfasamento entre o número de mulleres e de homes ocupados que reduciron a súa xornada por máis dun mes, para o coidado dos seus fillos<sup>63</sup>.

Expón o Xuíz nacional a posible colisión do art. 37.6 ET coas principais normas europeas en materia de igualdade e en materia de permisos parentais. Quizais de forma indiscriminada, invoca as seguintes: a) o art. 3 TUE e os arts. 8, 10 e 157 TFUE; b) os arts. 23 e 33.2 da CDFUE; c) os arts. 1 e 14.1 da Directiva 2006/54, do 5 de xullo de 2006, relativa á aplicación do principio de igualdade de oportunidades e igualdade de trato entre homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación; e d) a Directiva 2010/18/UE do Consello, do 8 de marzo de 2010, pola que se aplica o Acordo marco revisado sobre o permiso parental<sup>64</sup>. Sostén a súa formulación, coa cita dalgunha das sentenzas que mostran a vinculación existente entre o principio de igualdade e as medidas de conciliación da vida familiar e laboral<sup>65</sup>. E finaliza aventurando: 1) que se recoñece que existe discriminación indirecta, dalgún modo favorécese con iso a coparticipación dos homes nas tarefas de coidado tradicionalmente asumidas en exclusiva polas mulleres; e 2) que de non recoñecer o dereito pretendido nos termos solicitados polo traballador, isto supoñería a consecuencia nociva de que tivese que ser a súa esposa quen tivese que reducir a súa xornada de traballo, para atender o coidado dos dous fillos do matrimonio,

---

<sup>63</sup> Segundo o censo de 2011, que é o ano que tomou como referencia o xuíz nacional, o noso Instituto Nacional de Estatística acredita que o 23,79% das mulleres ocupadas reduciron a súa xornada en máis dun mes por coidado de fillos, en claro contraste coa porcentaxe de homes, que apenas alcanzou o 2,05%.

<sup>64</sup> DOUE do 18 de marzo.

<sup>65</sup> Concretamente, a STXUE do 30 de setembro de 2010, asunto C-104/09, *Roca Álvarez*; STXUE de 20 de xunio de 2013, asunto C-7/12, *Riezniece*. Apóiase así mesmo na STXUE do 16 de xullo de 2015, asunto C-222/14, *Maistrellis*, facendo fincapé no recoñecemento do dereito ao permiso parental entre os dereitos sociais fundamentais recoñecidos na Carta de Dereitos Fundamentais da Unión Europea.

contribuíndose así —a xuízo do xuíz nacional— a perpetuar «a situación de discriminación obxectiva apreciada que existe en Europa e España»<sup>66</sup>.

Pese ao interese que certamente subxace na cuestión exposta ao TXUE, a resposta que este proporciona termina por deixar a cuestión no aire, pois non contesta nin en sentido afirmativo nin en sentido negativo. En efecto, e tras exporse a eventual inadmisibilidade da cuestión exposta, o TXUE considera que o órgano xurisdiccional «non demostra» —visto que o art. 37.6 ET é indistintamente aplicable a homes e mulleres— cal sería a concreta desvantaxe particular sufrida polo colectivo de mulleres, polo cal «a apreciación dunha discriminación indirecta en prexuízo das traballadoras, supoñendo que exista, non resulta pertinente para resolver o litixio principal». O que á súa vez lle leva a concluír que a cuestión prexudicial sometida á súa consideración «presenta carácter hipotético e debe declararse por este motivo inadmisibile». Descarta, así mesmo, entrar a interpretar as disposicións dos Tratados relativas á igualdade e non discriminación entre homes e mulleres (os arts. 8, 10 e 157 TFUE e o art. 3 TUE, así como a Directiva 2006/54), por non concretar o órgano *a quo* onde se atopan as diverxencias que aprecia co art. 37.6 ET. De aí, en fin, que só declare admisible a cuestión prexudicial no que incumbe á invocación da normativa relativa á conciliación entre familia e traballo.

Pois ben, unha vez confrontado o art. 37.6 ET coa Directiva 2010/18, sobre a aplicación do Acordo marco sobre o permiso parental, entende que a situación xurídica exposta non está dentro do ámbito de aplicación do Dereito da Unión. E isto é así porque a dita norma non contén disposición ningunha que permita obrigar os Estados membros «a conceder ao solicitante do dereito a traballar cun horario fixo cando o seu réxime de traballo habitual é un réxime de quendas cun horario variable». A Directiva unicamente impón aos Estados membros a obriga de que garantan aos traballadores que poidan pedir cambios nos

---

<sup>66</sup> Véxase o Razoamento Xurídico Primeiro do Auto do Xulgado do Social do 29 de maio de 2018.

seus horarios ou réximes de traballo durante un certo tempo, “*ao reincorporarse do permiso parental*”. Sendo así, o TXUE lembra a súa propia doutrina, en virtude da cal, cando unha situación non estea comprendida dentro do campo de aplicación do Dereito da Unión, o devandito tribunal carece de competencia para entrar a coñecer dela, sen que as disposicións da Carta poidan fundar por si soas tal competencia<sup>67</sup>. De aí, en fin, que se limite a declarar, a este respecto, que a Directiva 2010/18 «non se aplica a unha normativa nacional... que establece o dereito do traballador a reducir a súa xornada ordinaria para atender o coidado directo de menores ou familiares ao seu cargo, cunha diminución proporcional do seu salario, sen que poida acollerse, cando o seu réxime de traballo habitual é un réxime de quendas... a un horario de traballo fixo mantendo a súa xornada ordinaria de traballo».

Sexa como for, é moi posible que a pretensión do sr. Ortiz Mesonero obtería unha solución ben distinta, de exporse a día de hoxe —algo, por certo, que tampouco é descartable que aínda ocorra— tendo en conta os avances operados en materia de adaptación da xornada para a atención das tarefas de coidado. Aínda así, é de lamentar que o TXUE finalmente non entrase a valorar a posibilidade de que, baixo a neutralidade do art. 37.6 ET, o devandito precepto poida entrañar algún tipo de discriminación indirecta. Dende logo, a lectura negativa que ten para o traballador o citado instrumento de conciliación para atender as súas obrigas familiares (a diminución nos seus ingresos) supoñerá, en non poucos casos, un importante efecto disuasorio que, unha vez máis, se erixe en obstáculo engadido para a consecución do obxectivo que actualmente persegue a norma: facilitar a conciliación da vida familiar e laboral.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE NUENO, M., “La elección del horario de trabajo en los supuestos de reducción de jornada por motivos

---

<sup>67</sup> Citando para ese efecto, a STXUE do 26 de febreiro de 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*; e o ATXUE do 15 de maio de 2019, C-789/18 e C-790/18, *Corte dei Conti* e outros.



- 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 e M<sup>a</sup>.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 e P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Igualdad de Oportunidades y Responsabilidades Familiares*, CES (Madrid, 2004).
- MIRANDA BOTO, J.M<sup>a</sup>., “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).