

**Adscripción a un turno de trabajo fijo por motivos de conciliación: presunción de necesidad adaptativa.**

**Susana Rodríguez Escanciano**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.*

**Resumen:** *Aun cuando el ordenamiento jurídico no consagra un derecho directo e incondicionado de las personas trabajadoras a la adscripción a un turno fijo para el cuidado de hijo/a, lo cierto es que concurre una especie de presunción de la necesidad adaptativa invocada en la solicitud en los supuestos en que la empresa no oponga razones organizativas especialmente gravosas para la denegación, en cuyo caso procederá una indemnización de daños y perjuicios derivada de la vulneración de un derecho fundamental dada la vinculación de la conciliación con la prohibición de discriminación sexista y el derecho a la intimidad familiar.*

**Palabras clave:** *Cuidado de hijo. Trabajo a turnos. Adaptación de jornada. Indemnización de daños y perjuicios.*

**Abstract:** *Although the legal system has not established a direct and unconditional right of employees to be assigned to a fixed timetable for work-life balance, it is true that there is a kind of presumption of the adaptive need invoked in the petition in cases where the company does not provide particularly heavy organisational reasons for the refusal, in which case compensation for damages resulting from the violation of a fundamental right will be applicable, considering the link between the right to work-life balance and the prohibition of gender discrimination and the right to family privacy.*

**Keywords:** *Childcare. Shift work. Adjustment of working hours. Compensation for damages.*

---

## **I. Introducción**

Cierto es que la visión clásica de las medidas de conciliación, tanto en Derecho Europeo como en el ordenamiento jurídico español, presentaba un marcado carácter femenino, lo que enfatizaba estereotipos de género, al pivotar sobre la posibilidad de otorgar tiempo (ausencias al trabajo), de forma remunerada o no, para que la trabajadora, cuidadora clásica y tradicional de los menores, de los mayores, de los enfermos y de las personas con discapacidad, pudiera atender sus responsabilidades domésticas, minorando el período dedicado a sus actividades laborales.

No menos verdad resulta que en la actualidad ha comenzado a asumirse que, para conseguir un buen encaje entre las obligaciones laborales y familiares, no basta con facilitar a las mujeres la concesión de asuetos en el trabajo para destinarlos al cuidado de los hijos o personas dependientes, pues ello provoca la desvinculación de su entorno laboral, la dedicación a tiempo parcial, así como menores posibilidades en su progresión retributiva o para retomar tardíamente su carrera, con el inherente

descenso en la atención por el sistema de Seguridad Social, todo ello enarbolado con un denostado efecto boomerang al considerar muchos empresarios que se trataba de una mano de obra más cara. Se apuesta ahora por el diseño de medidas, no sólo neutras, sino personales e intransferibles, capaces de permitir la asunción de responsabilidades familiares tanto por hombres como por mujeres, así como la adopción de normas políticas tendentes a equiparar tales quehaceres entre los dos sexos, para que las disposiciones adoptadas puedan ser solicitadas en igual medida por ambos.

Dentro de esta nueva perspectiva, adquiere un papel nuclear la posibilidad que otorga el art. 34.8 ET de solicitar adaptaciones en la distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del horario de trabajo y en la forma de prestación de la actividad, presencial o a distancia. Dichas modulaciones, en lo que se refiere al tiempo de trabajo, comprenden variadas fórmulas como pudieran ser jornadas continuadas, supresión de viajes y desplazamientos aprovechando las nuevas tecnologías, limitación en las franjas horarias para celebrar reuniones de trabajo, horas de libre disposición, bolsas de horas, semana comprimida, acumulación de las horas de trabajo en determinadas épocas del año, amplios espacios de entrada y salida, cambio de jornada continuada a partida o viceversa, posibilidad de trabajar a distancia con mayor flexibilidad o, como se dilucida en la sentencia aquí comentada, de no someterse a un régimen de turnos incompatible con deberes de cuidado o, dicho en otros términos, adscripción a un turno fijo que haga factible estos deberes.

Dadas las amplias facilidades abiertas, que desbordan sobradamente el parámetro de la jornada rígida, la naturaleza jurídica del art. 34.8 ET podría asimilarse, en una primera aproximación, a una modificación sustancial a la inversa sin reducción de la dedicación ni pérdida de la retribución. Ahora bien, este precepto no reconoce un derecho absoluto sino que condiciona la novación de las condiciones de trabajo a la concurrencia de los siguientes parámetros: primero, a la previa formulación de la solicitud por la persona trabajadora en la que deberá indicar tanto el contenido de la adaptación, como las necesidades de conciliación; segundo, a la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas peticionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa; tercero, a la adaptación de la solicitud a lo previsto en convenio colectivo, al que se hace un llamamiento para que establezca “los términos de ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre las personas trabajadoras de uno otro sexo”; cuarto, ante el silencio convencional, habrá de abrirse un procedimiento de negociación individualizada (sin intervención de terceros que intenten mediar o conciliar las posturas enfrentadas, ni posibilidad de resolución arbitral), durante un período máximo de 30 días (quince días tras el Decreto Ley 5/2023), concluido el cual la empresa es quien habrá de comunicar si acepta la proposición, plantea una alternativa o deniega el ejercicio del derecho indicando las “razones objetivas” en que se sustenta su postura.

En fin, las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

## **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social).

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 1941/2023, 17 de abril.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** recurso de suplicación núm. 660/2023.

**ECLI:**ES:TSJGAL:2023:3218

**Fuente:** CENDOJ

**Ponente:** Ilma. Sra. María Antonia Rey Eibe.

**Votos Particulares:** carece

### III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia objeto de comentario resuelve un recurso de suplicación formulado por la empresa frente a un pronunciamiento previo de 25 de noviembre de 2022 del Juzgado de lo Social número 3 de La Coruña en procedimiento de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. En el pronunciamiento de instancia, la actora, enfermera desde el 1 de enero de 2015, presenta demanda frente a la Clínica Sanatorio Quirúrgico Modelo SL, tras la denegación de su solicitud de prestar servicios en un turno fijo con horario de lunes a viernes de 8 a 15 horas. El Juzgado de lo Social estima la demanda presentada y condena a la empresa a conceder a la actora la concreción horaria interesada consistente, como ya consta, en disfrutar de un turno fijo de mañana de lunes a viernes de 8 a 15 horas, además de abonar una indemnización por daño moral por el importe de 3.500 euros.

Como hechos probados, cabe mencionar los siguientes:

1.- La actora es madre de una niña nacida en 2019, escolarizada en un centro educativo con horario lectivo de 9.00 a 14.00 horas, con una franja de madrugadores de 7.30 a 9.00 horas de y comedor de 14 a 16 horas.

2.- A fecha 29 de septiembre de 2022, el horario del otro progenitor es de lunes a viernes de 7.30 a 13 horas y de 14 a 17.30 horas. A fecha 21 de junio de 2022 tenía un horario de lunes a viernes de 8.30 a 13.30 horas y de 15.30 a 18.30 horas.

3.- El 17 de septiembre de 2020, la actora solicita la reducción de su jornada laboral a 35 horas semanales a partir del 1 de octubre de 2020 por cuidado de hijo. Por escrito de 18 de septiembre de 2020, que firma la trabajadora indicando su conformidad, se le concede dicha reducción con una concreción en turnos rotatorios de mañana, tarde y noche de lunes a domingo, pero salvo error u omisión desde dicha fecha hasta el inicio de la situación de incapacidad temporal no consta que la demandante haya trabajado los sábados y domingos. En un período de tiempo aproximadamente desde octubre de 2020 hasta agosto de 2021 la actora trabajó en turno fijo de mañana de lunes a viernes. Posteriormente, trabajó en turnos rotatorios de mañana y tarde de lunes a viernes.

4.-El 6 de julio de 2022, la actora presenta escrito interesando la concreción horaria al amparo del artículo 34.8 del ET con horario de lunes a viernes en turno fijo de mañana de 8 a 15 horas a partir del 1 de octubre de 2022.

5.-El 7 de agosto de 2022 la empresa contesta denegando la concreción del turno fijo de mañana y proponiendo dos alternativas.

6.-El 30 de septiembre de 2022 la actora reitera su petición, que fue denegada el 3 de octubre de 2022, siendo notificada dicha denegación el día 5 de octubre.

7.- La actora presta servicios en el servicio de hospitalización. Con anterioridad lo hacía en el de endoscopias. En el servicio de hospitalización, organizado por turnos rotatorios, prestan servicios un total 32 enfermeras/os, de las cuales, ocho, incluida la actora, disfrutaban de reducción de jornada por guarda legal. El personal de enfermería puede intercambiar los turnos entre sí.

8.- En fecha no determinada pero posterior a la primera solicitud de la actora de adaptación de jornada, la empresa mantuvo una reunión con la demandante, en la que estuvo presente la directora de enfermería, la supervisora de enfermería de la demandante y la supervisora de enfermería de urgencias. En dicha reunión se le preguntó a la demandante sobre las necesidades de conciliación y se le ofreció la posibilidad de volver al servicio de endoscopias, donde también había de realizar

turnos de tarde, o de realizar rotaciones de mañana, tarde y noche, declinado la actora ambas ofertas.

9.- La actora inició un proceso de incapacidad temporal el 14 de noviembre de 2022 por enfermedad común, situación en la que se encuentra en el momento de celebración del juicio. El marido de la actora también inició un proceso de incapacidad temporal el 4 de octubre de 2022 por enfermedad común.

#### **IV. Posición de las partes**

El conflicto entre las partes deriva de las siguientes circunstancias:

La empresa, recurrente en suplicación, formula las tres siguientes consideraciones: por un lado, solicita la revisión de los hechos probados con el fin de hacer constar no solo la existencia de negociación con la trabajadora sino también el ofrecimiento de concreciones horarias alternativas, esto es, trabajar en turno de mañana, incluidos sábados y domingos, máxime cuando las necesidades de conciliación no se plantean los fines de semana, dado que el otro progenitor no trabaja tales períodos, estando, en consecuencia, la menor atendida; por otro, argumenta que exonerar a la trabajadora de prestar servicios en tales momentos (fines de semana) comprometería no sólo la actividad organizativa de la empresa sino que perjudicaría al resto de compañeros/as; en fin, entiende que no procede la indemnización de daños y perjuicios reconocida en la sentencia impugnada, pues este pronunciamiento no reconoce vulneración de derecho fundamental alguno sino una mera preocupación por la incertidumbre generada por tener que acudir a un juicio, por lo que es evidente que ni la incertidumbre de una trabajadora ni la preocupación pueden ser consideradas un derecho fundamental, sin olvidar que no hay daño ni perjuicio alguno por cuanto que la trabajadora inicia una situación de incapacidad temporal por enfermedad común.

La persona trabajadora solicita la adaptación de su jornada por motivos de conciliación (cuidado de hija) para realizar un turno fijo de lunes a viernes en horario de 8.00 a 15.00 horas.

#### **V. Normativa aplicable al caso**

Dos son los preceptos aplicables en el supuesto aquí comentado:

De un lado, el art. 34.8 ET, en su versión anterior a la modificación operada por el art. 34.8 ET, conforme al cual: "Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. 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.

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el

cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social”.

De otro, el art. 139 LRJS, según el cual: “1. El procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por las siguientes reglas:

a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador.

El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia.

b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

2. El procedimiento anterior será aplicable igualmente al ejercicio de los derechos de la trabajadora víctima de violencia de género establecidos en la ley, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y 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. Podrá acumularse a la referida demanda la acción de daños y perjuicios directamente causados a la trabajadora por la negativa o demora del derecho. Podrá instarse, en su caso, la adopción de las medidas cautelares reguladas en el apartado 4 del artículo 180”.

## **VI. Doctrina básica**

El Tribunal Superior de Justicia, tras una valoración conjunta de la prueba, reconoce el derecho de la trabajadora a la concreción horaria solicitada, ya que este derecho debe decaer sólo en supuestos excepcionales de abuso de derecho, mala fe o manifiesto quebranto para la empresa, que no constan en el presente supuesto. Por otra parte, entiende el Tribunal que la empresa no acreditó razones poderosas y concretas (más allá de las meramente organizativas) de la imposibilidad o dificultad de adaptar el horario; pese a que el servicio se organiza por turnos, ni tampoco justificó perjuicios de especial gravedad para no conceder a la actora el turno de mañana, no en vano la dificultad de la empresa no puede ser equiparable a la imposibilidad. Es más, el órgano judicial añade que el reconocimiento del derecho de la trabajadora a

concretar su horario y la falta de justificación de su denegación por parte de la empresa conlleva la pertinente indemnización de daños y perjuicios al haberse vulnerado un derecho fundamental dada la vinculación de los derechos de conciliación con la prohibición de discriminación sexista y el derecho a la intimidad familiar (arts. 14 y 18 CE).

## **VII. Parte dispositiva**

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Sanatorio Quirúrgico Modelo SL contra la Sentencia dictada por el Juzgado núm. 3 de La Coruña de 25 de noviembre de 2022, confirmando el reconocimiento del derecho a la concreción horaria en turno fijo de mañana de lunes a viernes solicitada por la actora y a la percepción de la cantidad de 3.500 euros como indemnización del daño moral soportado ante la negativa empresarial.

## **VIII. Pasajes decisivos**

El Tribunal Superior de Justicia realiza un razonamiento anclado en los siguientes extremos:

En primer lugar, rechaza la revisión de hechos probados formulado por la parte recurrente a fin de que se haga constar no solo la existencia de negociación sino el ofrecimiento de las concreciones horarias alternativas. Entiende el Tribunal que dicha revisión no procede, pues el recurso de suplicación tiene carácter extraordinario. No se trata de una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor probatoria llevada a cabo por el magistrado de instancia, y que a tales efectos sólo son invocables documentos y pericias en tanto que tales pruebas, documentos y pericias, evidencien por sí mismos el error sufrido en la instancia. Por ello, el órgano judicial aclara que “a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente, hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un medio hábil revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte”<sup>[1]</sup>. Según el órgano de suplicación, “en el supuesto de autos, la revisión que propone la recurrente (existencia de negociación y ofrecimiento empresarial de medidas alternativas) no se trata de un hecho controvertido, otra cosa es lo que pretende la demandada recurrente en cuanto a las consecuencias que se deriven del mismo en orden a acreditar que permiten a la demandante la atención y cuidado del menor a su cargo, y que ha de ser analizada a través de la denuncia relativa a la infracción jurídica”.

En segundo término, el Tribunal considera cierto que el art. 34.8 ET no otorga un derecho de modificación unilateral a instancia de la persona trabajadora, sino un poder de negociación de buena fe; esto es, habilita a la persona trabajadora a plantear cambios con efecto útil para su interés de cuidar al menor, debiendo el empleador negociar de buena fe (con ofertas y contrapropuestas reales), de modo que, si este último no observa estas pautas, y no esgrime una razón organizativa suficiente, el art. 34.8 ET en relación al art. 139 LRJS, confiere una mejor posición a la mujer trabajadora titular de un derecho- expectativa a la adaptación razonable del art. 38.4 ET.

En tercer lugar, señala el Tribunal que “el legislador ha fijado dos condicionantes para un uso más flexible del derecho individual. Uno de legitimación procedimental: que medie un acto de voluntad empresarial, ya sea por acuerdo colectivo o contractual. Otro de legitimación sustantiva: que ese acuerdo, colectivo o singular, asegure un equilibrio concreto entre la razón de la trabajadora y la razón de la empresa, llamando a modulaciones más limitadas y ciertas para la empresa”. Bajo tales premisas, el órgano de suplicación considera que “la trabajadora tiene reconocido en nuestro ordenamiento laboral, el derecho a una modificación de su

régimen horario, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, con la única excepción de que ello resulte excesivamente gravoso para la organización de la empresa. De esta afirmación no cabe obtener como conclusión que los trabajadores tengan ahora reconocido un derecho a la modificación unilateral de su jornada de trabajo, sino que lo que se reconoce es un derecho a proponer, a falta de normativa convencional, la adaptación de su horario de trabajo, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Al empleador le incumbe por tanto acreditar las razones de tipo organizativo (o/y económico) por las cuales se opone a la propuesta del titular de este derecho, realizando en su caso, alternativas a esta propuesta”. Descendiendo al caso concreto, no consta, a juicio del Tribunal, que la empresa realizara ningún ofrecimiento condicionando la posibilidad de trabajar en turno de mañana a la extensión de la actividad laboral a los fines de semana. Tampoco consta la justificación empresarial de esta opción, pues la trabajadora no ha trabajado ningún fin de semana desde que solicitó la reducción de jornada en el año 2020.

En cuarto lugar, al entrar en colisión los derechos de ambas partes, entiende el Tribunal que, de un lado, es la trabajadora quien debe probar las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario, pero no cabe trasladar el coste de cuidado de un menor a la mujer, negando o dificultando la legítima aspiración de la madre trabajadora, que sólo quedaría preterida si concurriera abuso de derecho o mala fe. De otro lado, es al empresario al que incumbe demostrar que confluyen razones poderosas que hacen inviable la pretensión de la trabajadora para conciliar su vida laboral y familiar, más allá de una mera dificultad de adaptar los cuadrantes horarios del personal y de reorganización de los turnos de trabajo. En suma, debe prevalecer “el interés del menor, el mejor derecho de la trabajadora a conciliar su vida laboral y familiar y la protección de los valores familiares teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el art. 37 ET”, argumentación que ahora se extiende también al art. 34.8 ET.

En fin, se ratifica el reconocimiento del derecho a la indemnización por daños y perjuicios reconocida en el pronunciamiento de instancia por vulneración de un derecho fundamental, pues, “desde una perspectiva constitucional, los derechos de conciliación son derechos fundamentales dada su vinculación con la prohibición de discriminación sexista y con el derecho a la intimidad familiar”<sup>[2]</sup>. Ello no quiere decir que se trate de derechos absolutos, pero sí que sus limitaciones en función del interés empresarial solo son admisibles en atención a un triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por tal razón, el reconocimiento del derecho a la concreción horaria y la existencia de vulneración de un derecho fundamental al no haber justificado su denegación, determina la confirmación de la indemnización impuesta, cuya naturaleza jurídica no solo radica en una función resarcitoria (la utópica *restitutio in integrum*) sino también en la de prevención general<sup>[3]</sup>, debiendo ponderar, como se ha hecho, los intereses y derechos en conflicto y las circunstancias concurrentes.

## **IX. Comentario**

La posición de la doctrina judicial mayoritaria en España venía distinguiendo entre dos situaciones distintas: de un lado, el supuesto de reducción de jornada ex art. 37.6 ET en el que, a la par, se solicitaba la adscripción a un turno a través de lo dispuesto por el art. 37.7 ET, donde con mayor frecuencia se concedía tal posibilidad; de otro, cuando los trabajadores pedían acceder a un turno fijo pero sin reducción de jornada, donde mayoritariamente se rechazaba la pretensión. Como novedad, el art. 34.8 ET atribuye no sólo al convenio colectivo o al acuerdo con el empresario la posibilidad de acceder a un turno fijo, sino también, al propio órgano judicial del orden social que, ponderando las circunstancias del caso desde la perspectiva de la razonabilidad objetiva, podría conceder el derecho siempre y cuando no hubiera una dificultad organizativa relevante para la empresa.

En efecto, el art. 34.8 ET reconoce el derecho de las personas trabajadoras a solicitar una adaptación o concreción del tiempo de trabajo por razones de conciliación de la vida laboral y familiar, pero de su tenor se infiere que no basta la mera conveniencia conciliatoria, ni existe obligación empresarial de aceptar la propuesta (que, además, debe ser proporcionada), sólo de negociarla individualmente de buena fe, alejado de cualquier ánimo caprichoso o abusivo, debiendo plantear una oferta alternativa que posibilite, de forma razonable, las pretensiones de conciliación o justificar suficientemente por escrito la negativa fundada en la necesidad de llevar a cabo un esfuerzo empresarial especialmente gravoso. Ahora bien, la sentencia objeto de comentario introduce una conclusión adicional, pues considera que, al entrar en colisión ambos derechos, no cabe trasladar el coste de cuidado de un menor a la mujer, negando o dificultando la legítima aspiración de la madre trabajadora, que sólo podría quedar preterida si concurriera abuso de derecho o mala fe por su parte, debiendo prevalecer “el interés del menor, el mejor derecho de la trabajadora a conciliar su vida laboral y familiar y la protección de los valores familiares”.

Como señala el precepto estatutario mencionado, las discrepancias entre la persona trabajadora y la empresa en cuanto a la adaptación del tiempo (y lugar) de trabajo debe ser resuelta por el órgano judicial que ventile a posteriori el asunto a través del cauce habilitado por el art. 139 LRJS, que exige realizar un juicio de proporcionalidad doble, relativo a la necesidad, idoneidad y razonabilidad, tanto de la petición como de la denegación con el fin de alcanzar un justo equilibrio entre ambas argumentaciones considerando in casu las circunstancias concurrentes y buscando la equidistancia entre posiciones o intereses. En el marco de este razonamiento, surge la duda de si el juez debe realizar un escrutinio sobre la vida personal y familiar de la persona que reclama el derecho, junto a una consideración de razones organizativas empresariales, o si únicamente debe atender a la razonabilidad objetiva de la propuesta formulada por la persona trabajadora, siempre y cuando no hubiera una dificultad organizativa relevante o especialmente grave para la empresa.

Este interrogante ha sido resuelto por la sentencia objeto de comentario apostando por la segunda variable. La remisión al procedimiento establecido en el art. 139 LRJS refuerza la posición de la persona trabajadora ante una denegación empresarial de lo solicitado, pues, a la postre, va a suponer el reconocimiento del derecho por una vía indirecta: judicial y no legal, acompañada de la posible acumulación en la demanda de una acción por daños y perjuicios causados derivados de la negativa de la empresa a la medida adaptativa o de la demora en la efectividad de tal medida, integrando las garantías propias de los derechos fundamentales a tal proceso cuando se invoque la vulneración de un derecho de tal naturaleza asociado a la conciliación de la vida laboral y familiar, lo cual habilitará, además, la posibilidad de recurrir en suplicación la sentencia de instancia, en principio vetada en esta modalidad procesal.

Es más, la indemnización comprende el resarcimiento de los daños patrimoniales o materiales sufridos, entendidos como aquellos que hayan repercutido de forma clara en la esfera económica de la persona trabajadora tanto por lo que hace al daño emergente (gastos asumidos para contratar servicios de cuidados derivados de actividades extraescolares, servicios domésticos, centros de día, residencias, etc.) como por lo que afecta al lucro cesante (salarios dejados de percibir por ejercer otros derechos que implican mermas retributivas como una reducción de jornada o una excedencia). También incluye los daños morales anudados al posible atentado al derecho a la no discriminación, pudiendo mencionar alguna resolución judicial, como sucede en el caso aquí analizado, que reconoce una suerte de automatismo entre la estimación de la pretensión conciliadora y la concesión de una cuantía indemnizatoria por daño moral<sup>[4]</sup>, mientras otros pronunciamientos niegan expresamente tal consecuencia automática, exigiendo aportar indicios de un móvil discriminatorio como puede ser la propia contestación del empresario, la negativa inmotivada o el apoyo en razones absolutamente caprichosas<sup>[5]</sup>, sin que en ningún caso sea necesario, empero, incorporar una prueba plena, no en vano los tribunales suelen acudir para la cuantificación a la aplicación analógica de lo previsto en el Real Decreto Legislativo

5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, sin perjuicio de que para modular el montante exacto puedan tomarse, asimismo, en consideración otras circunstancias tales como la mayor o menor falta de buena fe por la empresa o la viabilidad económica de la organización productiva. Sea como fuere, el empresario únicamente podrá exonerarse de la indemnización “si hubiera dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador”, previsión que opera a modo de medida cautelar que puede autoimponerse el empleador a los efectos de evitar futuras responsabilidades, de suerte que si finalmente se entiende por el órgano judicial que la pretensión conciliadora no resultaba pertinente el titular de la organización productiva podrá levantar su aplicación provisional, sin que quepa entender que ello supuso un reconocimiento de una condición más beneficiosa.

## **X. Apunte final**

La exigencia de razonabilidad en las posiciones tanto de la persona trabajadora como de la empresa y el hecho de que esta última sólo pueda articular su posición negociadora con la primera en base a la existencia de razones organizativas o productivas siempre y cuando la negativa a la adaptación solicitada se fundamente en motivos objetivos justificados en un daño relevante, excesivo o especialmente gravoso a su capacidad de organización de la actividad productiva, van a tener consecuencias positivas sobre la posibilidad de modulación del tiempo de trabajo a instancias de la persona trabajadora, especialmente cuando a ello se une el reconocimiento de la dimensión constitucional de la conciliación y su impacto desproporcionado de género, sin olvidar el principio del interés superior del menor. Se apuesta, a la postre – adelantando los términos del nuevo art. 34.8 ET, tras su modificación por el Real Decreto Ley 5/2023–, por una especie de presunción de la necesidad adaptativa invocada en la solicitud en los casos en que la empresa no oponga razones organizativas de peso.

Sin duda, el impulso de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio, que no sólo aboga por el reparto equilibrado de las responsabilidades familiares y laborales, adoptando una perspectiva individualizada para lograr una distribución ecuánime de la titularidad de los derechos, sino que establece la obligación de que los Estados miembros configuren mecanismos para que no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio las personas que ejerzan sus derechos de conciliación, junto con su traslación al ordenamiento español a través del Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, ayudarán a que vaya calando en la conciencia social una idea esencial: si se quiere revertir una curva de natalidad verdaderamente desastrosa, será menester abogar para que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, no sea una quimera, sino algo que pueda llegar a materializarse en la práctica cotidiana.

---

## **Referencias:**

1. ^ *Citando las SSTSJ Galicia 9 abril 2018 (rec. 663/18), 20 marzo 2018 (rec. 4626/17). 8 febrero 2018 (rec. 4425/17), 26 enero 2018 (rec. 4648/17), 21 febrero 2018 (rec. 5195/17), 18 enero 2018 (rec. 4612/17), 20 febrero 2018 (rec. 2870/17), entre otras.*
2. ^ *STSJ Galicia 17 abril 2020 (JUR 2020/156379).*
3. ^ *SSTS 26 abril 2016 (rec. 113/2015) y 24 enero 2019 (re. 196/2017)*
4. ^ *SSTSJ, Social, Canarias 12 marzo 2019 (rec. 19/2019) y Galicia 12 septiembre 2019 (núm. 251/2019) y 30 diciembre 2019 (rec. 4836/2019).*
5. ^ *SSTSJ, Social, Cantabria 1 julio 2019 (rec. 439/2019), Navarra 23 mayo 2019 (rec. 166/2019) y Madrid 31 octubre 2019 (rec. 491/2019).*