

## Cuidados para quienes cuidan: la adaptación del art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 junio de 2019

### Care for carers: the adaptation of Art. 139 of the Law Regulating Social Jurisdiction to Directive (EU) 2019/1158 of 20 June 2019

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Santiago de Compostela

 <https://orcid.org/0000-0002-3345-5330>

Cita sugerida: MANEIRO VÁZQUEZ, Y. "Cuidados para quienes cuidan: la adaptación del art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 junio de 2019". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 3 (2022): 63-86.

Resumen	Abstract
<p>El 2 de agosto de 2022 se cumplirá el plazo para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Sin duda, esta norma incorpora indudables beneficios para los cuidadores, hasta ahora casi totalmente ignorados en sus derechos de conciliación. Como un instrumento esencial para garantizar el pleno ejercicio de este derecho de conciliación, los tribunales se han visto obligados a realizar una intensa interpretación de los requisitos exigidos por el art. 139 LRJS, que regula la modalidad especial para los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente. A través de esta vía procesal las empresas y las personas trabajadoras con obligaciones de cuidado resuelven sus discrepancias cuando no es posible alcanzar un acuerdo previo. La interpretación de sus reglas acorde a las exigencias de la Directiva resulta fundamental para garantizar el respeto y la plena aplicación del derecho de conciliación de los cuidadores.</p>	<p>2 August 2022 will be the deadline for the transposition into Spanish law of Directive (EU) 2019/1158 of 20 June 2019 on the reconciliation of family and working life for parents and carers, repealing Council Directive 2010/18/EU. Undoubtedly, this regulation incorporates undeniable benefits for carers, who until now have been almost totally ignored in terms of their rights to work-life balance. As an essential instrument to guarantee the full exercise of this right to work-life balance, the courts have been forced to carry out an intense interpretation of the requirements demanded by art. 139 LRJS, which regulates the special modality for the legally or conventionally recognised rights to balance personal, family and working life. Through this procedural channel, companies and workers with care duties resolve their disagreements when it is not possible to reach a prior agreement. The interpretation of its rules in line with the requirements of the Directive is essential to ensure that the right of reconciliation for carers is respected and fully implemented.</p>
Palabras clave	Keywords
<p>Artículo 139 LRJS; cuidadores; conciliación; Directiva (UE) 2019/1158; carga de la prueba</p>	<p>Article 139 LRJS; carers; conciliation; Directive (EU) 2019/1158; burden of proof</p>

## 1. LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CUIDADORAS EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158

### 1.1. El derecho a la conciliación de los cuidadores como fuente de discriminación por razón de sexo

Las necesidades de cuidado de menores o recién nacidos no pueden asimilarse con las derivadas del cuidado de mayores o dependientes. La atención que precisan unos y otros es, a todas luces, diferente, como también lo es la dedicación exigida al cuidador. Mientras que el cuidado de

los primeros por sus progenitores se vincula a un período de tiempo concreto, hasta el cumplimiento de una determinada edad, no sucede lo mismo con los deberes de cuidado de los otros grupos.

La Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, regula conjuntamente, sin embargo, la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Esta Directiva, que España habrá de transponer a su ordenamiento jurídico interno antes del 2 de agosto de este mismo año 2022<sup>1</sup>, tiene el mérito de ser la primera norma europea que regula el derecho a la conciliación de la vida familiar y profesional de quienes ejercen como cuidadores no profesionales. Tal regulación, además, tutela por primera vez la conciliación como causa autónoma de discriminación<sup>2</sup>. En tercer lugar, la Directiva modifica con gran acierto su punto de enfoque con respecto a sus predecesoras -señaladamente, la Directiva 2010/18/UE, a la que deroga- para vincular la conciliación y la corresponsabilidad con la igualdad entre los hombres y las mujeres como principio fundamental de la Unión Europea<sup>3</sup>, considerando las dos primeras como elementos imprescindibles para alcanzar la tercera<sup>4</sup>.

La Directiva (UE) 2019/1158 reconoce ahora, con una inocencia casi entrañable, que “tener un familiar enfermo o dependiente también repercute negativamente en el empleo femenino, con el resultado de que algunas mujeres abandonan por completo el mercado de trabajo”<sup>5</sup>. Desde esta óptica, parte de un importante cambio de paradigma: busca favorecer y garantizar la permanencia en el mercado laboral de todas las personas con obligaciones de cuidado, a través de un permiso específico para cuidadores (art. 6) y, siempre que sea posible, el recurso a “fórmulas de trabajo flexible” (art. 9) - reconocidas ya por el art. 34.8 ET como “adaptaciones del puesto de trabajo”- que les permita “adaptar sus necesidades de trabajo a sus necesidades y preferencias personales”<sup>6</sup>.

Con este cambio de enfoque, la Directiva (UE) 2019/1158 rompe la tendencia de sus predecesoras, que orientaron los derechos de conciliación a la ausencia del puesto de trabajo. La feminización de los cuidados familiares no profesionales y su negativa influencia en el acceso y en la permanencia de las mujeres en el mercado laboral, en su promoción profesional y en la degradación de sus condiciones laborales resulta una cuestión sobradamente conocida<sup>7</sup>, al tiempo que un problema común que afecta gravemente, en mayor o menor medida, a todos los Estados miembros. De acuerdo con el informe elaborado por la Comisión Europea en el año 2019<sup>8</sup>, el 31% de las mujeres desempleadas afirmaban que el motivo principal de su inactividad se debía a la

<sup>1</sup> Sobre esta cuestión, véanse especialmente los trabajos de BALLESTER PASTOR, Mª. A.: “De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 11, 2010, pp. 1109-1132; CABEZA PEREIRO, J.: “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de Derecho Social*, n.º 92, 2020, pp. 41-80.

<sup>2</sup> Un análisis en CASAS BAAMONDE, Mª. E.: “¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 1, 2017, pp. 1-18.

<sup>3</sup> En palabras de LÓPEZ ÁLVAREZ, Mª. J.: “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 9, 2019, p. 156: “Es la primera vez que la conciliación se visibiliza con tanta contundencia y obtiene un reconocimiento autónomo dentro del acervo comunitario”.

<sup>4</sup> Como ya indicaba LOUSADA AROCHENA, J. F.: “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 8, 2019, p. 791: “la igualdad se erige, por encima de la conciliación, como macroprincipio fundamentador de los derechos de conciliación”.

<sup>5</sup> Considerando n.º 10 de la Directiva (UE) 2019/1158.

<sup>6</sup> Considerando n.º 34, que reconoce el derecho de los trabajadores a acogerse, cuando sea posible, “a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción del horario laboral”.

<sup>7</sup> Por todos, véase CASAS BAAMONDE, Mª. E.: “La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género: la conciliación de la vida privada y la vida laboral”, *Documentación Laboral*, n.º 117, 2019, pp. 17-21.

<sup>8</sup> COMISIÓN EUROPEA: “A new start to support work-life balance for parents and carers” (<https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=17583&langId=en#:~:text=The%20new%20Directive%20will%20help,preserving%20and%20extending%20existing%20rights>).

necesidad de cuidar de parientes mayores, enfermos o discapacitados<sup>9</sup>. Frente a esta cifra, tan sólo el 4,5% de los trabajadores varones desempleados reconocieron que su falta de actividad se debía a los referidos deberes de cuidado. Una brecha de 26,5 puntos entre ambos sexos puso en evidencia, una vez más, que, cuando las necesidades familiares resultan incompatibles con la dedicación laboral, son las mujeres las principales obligadas a elegir entre el trabajo y las labores de cuidado. Como es obvio, esta situación no se proyecta exclusivamente en el ámbito de realización personal y laboral de aquellas. También conduce a unas importantes brechas de género salariales y de pensiones.

En el caso español, en particular, las cifras resultan preocupantes. En el año 2011, un informe elaborado por la OCDE<sup>10</sup> puso de manifiesto que el 83 por ciento de los cuidadores en el ámbito familiar en España eran cuidadores informales y, de ellos, el 92 por ciento eran mujeres. Esta cifra, que por sí misma ya resulta bastante elocuente, adquiere mayor magnitud ante el dato de que en el 5 por ciento de los hogares españoles vivían personas mayores de 60 años que necesitaban de cuidados para realizar las tareas propias de su vida diaria.

Tanto durante la pandemia como en los meses posteriores a esta<sup>11</sup>, el teletrabajo se presentó como una gran oportunidad para alcanzar la tan ansiada conciliación entre la vida laboral y familiar<sup>12</sup>. Sin embargo, para las mujeres trabajadoras con cargas familiares esta herramienta no resultó ser tan beneficiosa como se esperaba en un principio. Así, entre aquellas se detectó un mayor nivel de estrés, depresión, ansiedad y sentimiento de soledad, al tiempo que aumentaban sus obligaciones de cuidado de menores o dependientes y sus deberes domésticos<sup>13</sup>. Pero también se puso de manifiesto la inadecuación de las políticas existentes en materia de conciliación de la vida familiar y profesional, que proporcionaban escasas posibilidades de disfrutar permisos para el cuidado de familiares a cargo y, cuando las ofrecían, carecían de un adecuado sistema de reparto de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres<sup>14</sup>.

Ya antes de la pandemia, la Directiva (UE) 2019/1158 había señalado varias causas que terminaron de agravar este problema, tales como la escasa presencia de fórmulas de trabajo flexible, la insuficiente cantidad de servicios formales para el cuidado de personas dependientes y los desincentivos económicos para los segundos perceptores de un empleo remunerado, que suelen ser mayoritariamente las mujeres<sup>15</sup>. Un problema de “estereotipos”, afirma la Directiva, tanto masculinos como femeninos, a los que quiere hacer frente con la ayuda de los interlocutores

<sup>9</sup> OCDE: “Caregiving in crisis: Gender inequality in paid and unpaid work during COVID-19”, 2021 (<https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/caregiving-in-crisis-gender-inequality-in-paid-and-unpaid-work-during-covid-19-3555d164/>).

<sup>10</sup> OCDE: “¿Busca ayuda? Proporcionar y pagar cuidados de larga duración”, 2011 (<https://www.oecd.org/els/health-systems/47902750.pdf>).

<sup>11</sup> Véase un análisis de las medidas de conciliación durante la pandemia en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por COVID-19”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 4, 2020, pp. 450-471.

<sup>12</sup> Un análisis sobre esta cuestión en QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: “Negociación colectiva en el teletrabajo: conciliación y flexibilidad en el tiempo de trabajo”, en CCNCC, *Teletrabajo y negociación colectiva. XIII Jornada de Estudio sobre negociación colectiva*, Madrid, 2022, pp. 59-114.

<sup>13</sup> Tal y como figura en el ya referido informe de la OCDE (*Caregiving in crisis...* cit., p. 41), frente a las poco gratificantes tareas domésticas consistentes en limpieza del hogar, lavandería, o de cuidado, los trabajadores varones se dedicaron a las reparaciones del hogar y a la adquisición de alimentos, que constituía prácticamente la única actividad que permitía salir al exterior durante el tiempo del confinamiento.

<sup>14</sup> Un exhaustivo análisis sobre esta cuestión en PÉREZ DEL PRADO, D.: “Teletrabajo y negociación colectiva: retribución y asunción de costes por la empresa”, en CCNCC, *Teletrabajo y negociación colectiva. XIII Jornada de Estudio sobre negociación colectiva*, Madrid, 2022, pp. 115 y ss.

<sup>15</sup> Véase un análisis sobre el tratamiento de la discriminación por el ejercicio de los derechos de conciliación, también en la Directiva (UE) 2019/1158, en FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “Conciliación y responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 12, 2020, pp. 3 y ss. También un excelente estudio sobre esta cuestión en MARTÍNEZ MORENO, C.: “La nueva regulación de la adaptación de jornada con fines de conciliación. ¿Hasta dónde llega el avance?”, *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 12, 2020, pp. 71 a 79.

sociales, sensibilizando a los trabajadores y a los empleadores sobre la necesidad de combatir la discriminación por el ejercicio de las tareas de cuidado<sup>16</sup>.

Así las cosas, puede afirmarse que los cuidadores no profesionales se convertirán en los más beneficiados por las medidas avanzadas por la Directiva (UE) 2019/1158, pero ello tan solo por el hecho de que, hasta el momento, no disfrutaban apenas de protección alguna. La legislación española puede enorgullecerse de contar, en especial a partir del Real Decreto ley 6/2019<sup>17</sup>, con una importante batería de medidas dirigidas a favorecer la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores. Pero poco esfuerzo ha prestado nuestra legislación para aliviar la situación de quienes, sin ser progenitores, cuidan y, al mismo tiempo, trabajan. Los permisos de corte genérico, que no siempre se adaptan a las necesidades de los cuidadores, se han venido orientando en la misma línea de ausencia de la relación laboral, o de reducción de la jornada de trabajo con la consiguiente minoración salarial y su repercusión en las futuras prestaciones. Ello a pesar de que la disminución de ingresos no resulta ser la medida que mejor se adapta a las necesidades de quienes tienen que enfrentarse a los costes ocasionados por los deberes de cuidado, sobre todo en aquellos casos en los que el cuidador no precisa más tiempo libre, sino una mejor redistribución de su tiempo de trabajo. Dichos costes, como bien precisa la Directiva (UE) 2019/1158 no son solo económicos, sino de muy variado tipo, que se proyectan en el empleo, el trabajo y la retribución, bien en forma de pérdida de oportunidades laborales o, en el peor de los casos, en el abandono del mercado laboral.

## **1.2. El derecho a la no discriminación de los cuidadores: de la sentencia *Coleman* a la Directiva (UE) 2019/1158**

La situación expuesta no es en modo alguno novedosa. El Tribunal de Justicia ya trató de poner remedio a esta cuestión a través de la sentencia *Coleman*<sup>18</sup>, que propició un importante avance en la protección de los derechos laborales de los cuidadores, al reconocer el concepto de discriminación por asociación por razón de discapacidad en favor de una cuidadora y, a la vez, madre trabajadora de su hijo discapacitado<sup>19</sup>.

Actualmente, resulta curioso comprobar cómo la flexibilidad en las condiciones laborales que solicitaba entonces la Sra. Coleman no difiere en absoluto de las medidas de flexibilidad que recoge el artículo 9 de la actual Directiva (UE) 2019/1158. Sin embargo, cuando en su momento fue objeto de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, presentó una solución más que compleja bajo la Directiva 2000/78/CE<sup>20</sup>. La interpretación vigente hasta entonces ofrecía protección a los trabajadores que sufrían una discapacidad. Pero el trato peyorativo sufrido por la Sra. Coleman no obedecía a una discapacidad personal, sino a su condición de cuidadora de una persona discapacitada.

La Directiva (UE) 2019/1158 ha venido a dar respuesta a esta necesidad de tutela laboral de los cuidadores de personas con discapacidad o necesitadas de cuidados y supone un enorme avance en este sentido. Para comenzar, ofrece una definición de “cuidador”, hasta ahora inexistente, como el “trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada estado miembro” [artículo 3.1.c)].

<sup>16</sup> Considerando 11 de la Directiva (UE) 2019/1158.

<sup>17</sup> 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 hombres en el empleo y la ocupación.

<sup>18</sup> Sentencia de 17 de julio de 2008, *Coleman v Attridge Law and Steve Law*, Asunto C-303/06 (ECLI:EU:C:2008:415).

<sup>19</sup> Un estudio más amplio en MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021.

<sup>20</sup> De 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

También ofrece una definición de “familiar” necesitado de cuidado, que será el “hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional”. Aunque la definición no concluye con ninguna cláusula abierta, este catálogo de familiares podrá ampliarse por los Estados miembros para incluir parientes adicionales, como los abuelos o los hermanos. Nada se indica en la Directiva sobre el parentesco por afinidad<sup>21</sup>, aunque sin duda podría entenderse comprendido en la noción más amplia de “convivientes”, de darse el caso. La discapacidad tampoco será ahora un requisito esencial. Bastará con acreditar “la necesidad de asistencia o cuidados importantes por un por un motivo grave”, a través de “una certificación médica previa”<sup>22</sup>. Pero lo más importante es que la titularidad del derecho de cuidado se amplía al conviviente, aunque quien los precise no sea un familiar. De este modo, serán cuidadores quienes dispensan cuidados o presten ayuda a alguno de los familiares anteriormente mencionados, aunque no convivan con ellos, o a un conviviente, aunque no sea familiar.

Bajo la protección de la Directiva (UE) 2019/1158, el asunto *Coleman* hubiera tenido una solución mucho más sencilla de la que el Tribunal de Justicia pudo ofrecer en 2008. La Sra. Coleman, como cuidadora de su hijo discapacitado, hubiera podido beneficiarse del derecho expresamente reconocido por el art. 10 de la Directiva (UE) 2019/1158 de regresar al mismo o equivalente puesto de trabajo, así como el mantenimiento, hasta el final de su permiso, de los derechos laborales adquiridos. Este permiso no es otro que el previsto en el art. 6 de la Directiva (UE) 2019/1158, denominado “permiso para cuidadores”<sup>23</sup>. Es una de las principales novedades que recoge su articulado, puesto que, hasta el momento, no existía, en el ámbito comunitario, ningún permiso con este mismo objetivo.

Más importante, sin embargo, tanto por su novedad como por el enorme potencial que presentan, son las fórmulas de trabajo flexible reguladas ahora en el artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1158 y definidas en su artículo 3.1.f) como “la posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo”. Estas medidas se contemplan como un beneficio hacia los cuidadores “para ocuparse de sus tareas de cuidado” y supeditadas a una duración “razonable” (apartado 1), así como, potestativamente, a una antigüedad en la empresa que no podrá superar los seis meses. Las empresas de acuerdo con el apartado 2 de la nueva Directiva, tendrán que “justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas”.

Por último, los insultos y amenazas hacia la Sra. Coleman o hacia la persona de su hijo habrían estado prohibidas por el artículo 14 de la Directiva (UE) 2019/1158 en tanto que “trato desfavorable” por parte del empleador. De igual modo, su despido podría haberse considerado fácilmente como un despido discriminatorio, a la luz de la consideración por su artículo 12, dedicado a la “protección contra el despido y la carga de la prueba”. De acuerdo con este precepto, habrá de prohibirse “el despido y cualquier preparación para el despido de un trabajador por haber solicitado o disfrutado” cualquiera de las fórmulas de trabajo flexible que el art. 9 de la Directiva ofrece a los cuidadores. Esta protección frente al despido se beneficia, además, de las reglas sobre inversión de la carga de la prueba (apartados 3 y 4), así como de una sanción “efectiva, proporcionada y disuasoria” para la empresa.

<sup>21</sup> Alerta sobre los peligros de un modelo extensivo de cuidadores informales como el español, CABEZA PEREIRO, J.: “La Directiva (UE) 2019/1158 y su transposición al derecho interno”, en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. y MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.: *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Barcelona, Bosh, 2021, p. 71.

<sup>22</sup> Considerando n.º 27 de la Directiva (UE) 2019/1158.

<sup>23</sup> De acuerdo con este precepto, se ordena a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para garantizar que “cada trabajador” pueda disfrutar de un permiso para cuidadores “de cinco días laborables al año”. No obstante, se permite a los Estados miembros la ampliación de este permiso, ya sea en su duración, como es obvio, pero también en su asignación, al permitir su apartado 2 que se distribuya “sobre la base de períodos de un año, por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso”

## 2. LA MODALIDAD PROCESAL ESPECIAL DEL ART. 139 LRJS Y SU ADECUACIÓN A LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158

Uno de los principales retos que originará la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española será la determinación del procedimiento adecuado para que la persona trabajadora pueda reclamar la aplicación de tales “fórmulas de trabajo flexible” en caso de desacuerdo, negativa o silencio de su empresa. No se trata de una cuestión desconocida para el legislador español. El vigente art. 38.4 ET reconoce el derecho de adaptación y lo vincula a la efectividad del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral y a la corresponsabilidad. Con todo, no lo reconoce como un derecho absoluto, sino que las adaptaciones se subordinan a ciertos requisitos procedimentales: a los establecidos por la negociación colectiva y, en su ausencia, a una previa negociación entre el empleador y la persona solicitante.

Si dicha negociación no culmina con un acuerdo, el mismo art. 34.8 ET remite a la jurisdicción social la solución de “las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora” respecto de estas “fórmulas de trabajo flexible” a través del procedimiento establecido en el artículo 139 LRJS. Esta modalidad procesal especial, caracterizada por su preferencia y urgencia, también es la adecuada para tramitar las reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia cuando su causa esté relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación (art. 138.bis LRJS<sup>24</sup>).

La transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 obligará a realizar una importante tarea interpretativa sobre las reglas de funcionamiento de la modalidad especial de conciliación del art. 139 LRJS para integrarlas con las nuevas necesidades derivadas de los derechos de adaptación. Esta tarea interpretativa resulta imprescindible para asegurar la tutela efectiva del derecho a la conciliación y corresponsabilidad de quienes están al cuidado de familiares y convivientes y evitar que quienes soliciten o disfruten sus derechos de adaptación puedan ser objeto de discriminación o de trato menos favorable, prohibido por el art. 9 de Directiva.

Las “fórmulas de trabajo flexible” recogidas en la Directiva (UE) 2019/1158 se dirigen a garantizar, también en el caso concreto de los cuidadores, el derecho a la presencia de las personas trabajadoras en sus puestos de trabajo. Fundamentalmente y sin ocultarlo en modo alguno, de las mujeres trabajadoras, que son también las principales cuidadoras. Por ese motivo, ya se ha dicho que la Directiva posiciona los derechos de adaptación por encima de las fórmulas tradicionales de conciliación, caracterizadas por la ausencia de la solicitante de su puesto de trabajo<sup>25</sup>. Así las cosas, la interpretación de los artículos 34.8 ET y 139 LRJS conforme a la Directiva (UE) 2019/1158 no crea, como es lógico, un derecho absoluto de los trabajadores a la adaptación de las condiciones de trabajo. Si bien, al vincularlo con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, sí impide que su ejercicio pueda verse limitado por el solo efecto de los intereses empresariales.

La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de los progenitores ya había sido admitida por nuestros tribunales, al amparo del art. 44.1 LOI, que reconoce este derecho a trabajadores y trabajadoras “en forma que fomente la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”<sup>26</sup>. La jurisprudencia ha señalado que la vulneración de los derechos de conciliación conlleva un componente de discriminación

<sup>24</sup> De acuerdo con el apartado 2 art. 138.bis LRJS: “Cuando la causa de la reclamación en materia de trabajo a distancia esté relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por el procedimiento establecido en el artículo 139”.

<sup>25</sup> En esta línea, un exhaustivo análisis de la Sentencia de 18 de septiembre de 2019, *Ortiz Mesonero*, asunto C-316/18, en *DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.*: “Conciliación, régimen de turnos y adaptación de la jornada de trabajo”, *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 9, 2019, pp. 189-214.

<sup>26</sup> A ello obliga, entre otros, el art. 4 LOI, para el que “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

indirecta por razón de género, al tiempo que atenta contra el derecho fundamental de protección a la familia (art. 39 CE)<sup>27</sup>. Esta dimensión constitucional, como no podía ser de otra manera, se ha hecho prevalecer y empleado como orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en caso de discrepancia entre los derechos de conciliación de los trabajadores y los criterios organizativos y productivos de las empresas<sup>28</sup>. Para ello resulta imprescindible una fórmula que compatibilice, en cada caso, los distintos intereses en juego. Como consecuencia, parece claro que los tribunales no pueden denegar la concesión de las solicitudes de adaptación de las personas trabajadoras empleando para ello, como único criterio, las razones organizativas alegadas por las empresas, sin tener en cuenta las circunstancias personales y familiares de los solicitantes<sup>29</sup>. Cualquier otra interpretación supondría un “obstáculo injustificado” para la permanencia en el empleo de los trabajadores y “para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar”<sup>30</sup>.

## 2.1. La elección de la modalidad procesal adecuada para el ejercicio del derecho de adaptación vinculado a las necesidades de cuidado

Desde el punto de vista procesal no es esta una cuestión menor. Por una parte, destaca la *vís atractiva* del proceso regulado en el art. 139 LRJS respecto de todas aquellas demandas en las que se solicite una adaptación vinculada a necesidades de conciliación laboral, personal y familiar. En tal caso, la impugnación de una modificación en las condiciones de trabajo, ya sea de horario, de funciones, de centro de trabajo, de forma de prestación del trabajo, o de turno, de alteración de horario, de horario flexible, modificación de jornada partida o continuada o, en fin, la petición de teletrabajo, o bien la solicitud de reversión de cualquiera de ellas, ya no se canalizarán por la modalidad prevista en el art. 138 LRJS<sup>31</sup>, sino por la modalidad especial de derechos de conciliación<sup>32</sup>. Respecto de estas cuestiones, la STC 119/2021 tuvo ocasión de pronunciarse sobre la dimensión constitucional de la decisión empresarial de distribuir irregularmente la jornada de una trabajadora que tenía concedida una reducción como de una exclusión de la realización de guardias los fines de semana, con el fin de cuidar de su hija. Se planteó en relación con ello la adecuación de la modalidad procesal del art. 139 LRJS para conocer de dicha impugnación, ya que la adecuación horaria por motivos de conciliación había sido acordada y concedida previamente y, este caso, tan sólo se discutiría la decisión empresarial como una modificación de condiciones de trabajo y si, en consecuencia, esta cuestión debía tramitarse como tal, a través del art. 138 LRJS.

En segundo lugar, y no menos importante, la configuración del derecho de conciliación como un derecho fundamental obliga que las demandas en las que se soliciten los referidos derechos de adaptación y se invoque lesión de derechos fundamentales, sean tramitadas a través de la modalidad recogida en el art. 139 LRJS, acumulándose en ella “las pretensiones de tutela de

<sup>27</sup> Véase, entre otras, las SSTC 3/2007, de 15 de enero; 79/2020, de 2 de julio; 119/2021, de 31 de mayo.

<sup>28</sup> Por todas, STC 3/2007, cit.: “el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego”.

<sup>29</sup> Como afirma la STC 119/2021, cit.: “el hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si modificar el horario de la demandante de amparo constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes supone, como señala la recurrente en amparo, no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el art. 39.3 CE”.

<sup>30</sup> STC 119/2021, cit.

<sup>31</sup> Un análisis sobre ello en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción Social: Luces y sombras del proceso de movilidad geográfica”, *IUSLabor, Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, 2022, n.º 1, pp. 213-49.

<sup>32</sup> Es importante recordar que a través de la modalidad especial regulada en el art. 139 LRJS pueden ser impugnadas las pretensiones individuales o plurales. No es, en cambio, la modalidad adecuada para la impugnación de las medidas de conciliación que pudieran recogerse en el convenio colectivo o acuerdo colectivo aplicable, o en el plan de igualdad correspondiente. En tales casos, dado que se trata de la impugnación de normas de naturaleza colectiva, deberían tramitarse a través de la modalidad especial de conflictos colectivos (arts. 153 y ss. LRJS) o de impugnación de convenios colectivos (arts. 163 y ss. LRJS).

derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva”<sup>33</sup>. Así pues, no se trata de una cuestión opcional. En todo caso, la solicitud de adaptación de sus condiciones de trabajo que pueda presentar una persona para atender a sus obligaciones de cuidado ha de tramitarse necesariamente a través de la modalidad procesal del art. 139 LRJS. Y, en la medida en la que se invoque la lesión de un derecho fundamental o el carácter discriminatorio de la conducta impugnada, se añadirán a esta modalidad procesal las garantías previstas para el proceso de tutela.

A este respecto, son indudables los beneficios de la referida suma de garantías, frente a lo que supondría plantear la demanda directamente a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales, dado el objeto extraordinariamente limitado de esta, que le obliga a conocer exclusivamente de la lesión del derecho fundamental denunciado “sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad” (art. 178.1 LRJS). Por lo tanto, si una demanda de tutela se fundase en una discrepancia respecto de la adaptación horaria en la que se incluyeran diferentes propuestas por ambas partes, resultaría difícil que el órgano judicial pudiera incluir en su sentencia la estimación de una u otra propuesta, por ser esta una cuestión propia de la legalidad ordinaria<sup>34</sup>. En cambio, si puede entrar en esta cuestión cuando la pretensión se tramite a través de la modalidad especial del art. 139 LRJS, pues para ello se ordena al empresario y al trabajador que lleven “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” (apartado a). Como es obvio, el contenido de la demanda no podrá contener propuestas diferentes de las presentadas en el acto de conciliación previa al juicio<sup>35</sup>.

Con todo, el demandante habrá de tener muy presentes otras garantías específicas del proceso de tutela de derechos fundamentales, que habrá de incluir en su demanda para que puedan añadirse a la modalidad especial del art. 139 LRJS<sup>36</sup> y su omisión no genere excesivos problemas procedimentales. Es el caso del deber de llamamiento como demandado del Ministerio Fiscal, exigido por el art. 177.3 LRJS para el proceso de tutela, pero no, en cambio, por el art. 139 LRJS. En esta línea, una consolidada jurisprudencia ha reconocido que la ausencia de este requisito solo determina la nulidad de actuaciones cuando genere indefensión a la parte demandada<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Este mandato se encuentra en línea con el recogido en el art. 178.2 LRJS, que extiende a las modalidades procesales previstas en el mencionado art. 184 LRJS las reglas y garantías propias de la modalidad de tutela, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal.

<sup>34</sup> Sirva como ejemplo la SJS León de 3 de marzo de 2020 (sentencia n.º 115/2020), en la que la demandante solicitó su derecho a la concreción de jornada laboral por cuidado de su hijo de lunes a viernes de 13:00 a 19:00 horas y, subsidiariamente, de lunes a viernes de 14:00 a 20:00 horas.

<sup>35</sup> En la STSJ Galicia de 17 de abril de 2020 (Rec. 40/2020) admitió la incongruencia *extra petita* por la sentencia de instancia que admitió la solicitud de dispensa de prestación de servicios los domingos y festivos de apertura autorizada, pese a que no había sido planteada por el demandante en conciliación –“en el acto de conciliación judicial previa al juicio, se ofreció al demandante exactamente el horario que pedía en la demanda, y o lo aceptó, por tener que prestar servicios los domingos y festivos de apertura autorizada”–, y de que ratificó su demanda “sin introducir ninguna modificación, ni aclarar que también reclamaba la dispensa de prestación de servicios los domingos y festivos de apertura autorizada”.

<sup>36</sup> Conforme al art. 102.2 LRJS: “Se dará al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda. No obstante, si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma (...)”. En la misma línea se manifiesta, respecto del proceso de tutela de derechos fundamentales, el art. 179.4 LRJS.

<sup>37</sup> Por todas, sentencias TS de 15 de noviembre de 2005 (Rcud. 4222/04) y de 28 de enero de 2009 (Rcud. 1576/08).



Asimismo, la solicitud de medidas cautelares durante la tramitación del proceso constituye una garantía coincidente en ambas modalidades procesales<sup>38</sup>. Estas medidas coinciden abiertamente con buena parte de las pretensiones que podrá plantear quien solicite una adaptación por cuidado de familiares: suspensión de la relación o exoneración de la prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse. También resultarán especialmente adecuadas para los supuestos en los que la persona trabajadora se oponga a la puesta en práctica de una modificación de condiciones acordada por la empresa que pudiera afectar negativamente, o hacer inoperativo, su derecho al cuidado de familiares. En este punto, el segundo apartado del art. 139 LRJS, a diferencia del primero, no prevé que la adopción de tales medidas cautelares durante el juicio pueda servir para exonerar al empleador de la indemnización por daños y perjuicios.

La figura del coadyuvante, característica del proceso de tutela de derechos fundamentales, no se contempla en cambio en el especial del art. 139 LRJS. Pudiera resultar una oportunidad muy favorable que el cuidador que solicite una adaptación o se oponga a una modificación de condiciones de trabajo pudiera beneficiarse de la ayuda prestada por un sindicato o, especialmente, por una asociación entre cuyos fines se encuentre la defensa del derecho a la igualdad y no discriminación de los cuidadores, o cualquier otra “asociación pública o privada orientada a la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados” (art. 177.2 LRJS). Bien es cierto que, en este punto, el art. 17.2 LRJS permite a los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto su actuación en cualquier proceso “en defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social”. La propia Directiva hace frecuentes llamamientos al papel de los sindicatos, inspecciones de trabajo y otros organismos encargados de hacer cumplir los derechos de los trabajadores. En cuanto a la posible intervención como coadyuvantes de las asociaciones para la defensa de la igualdad, no ha de olvidarse que la Directiva (UE) 2019/1158 muestra su preocupación por garantizar que los trabajadores “gocen de una protección judicial adecuada contra cualquier trato o consecuencia desfavorable”, así como que las víctimas “puedan verse disuadidas a ejercer sus derechos” ante el riesgo de futuras represalias<sup>39</sup>. A tal fin, prevé la competencia de “los organismos nacionales de fomento de la igualdad” para ejercer las funciones relacionadas con la lucha contra la discriminación, como la tarea de proporcionar asistencia independiente a las víctimas de discriminación<sup>40</sup>.

A su vez, el art. 177.1 LRJS permite subsanar una omisión llamativa en el texto del art. 139 LRJS: la concurrencia de un litisconsorcio pasivo en el caso de que la medida solicitada o impugnada pueda afectar a otros trabajadores, o bien cuando la conducta de estos -obstaculizando la solicitud del demandante- resulte determinante de la respuesta empresarial. A diferencia de otras modalidades procesales en las que pueda concurrir un supuesto similar, como sucede con las de vacaciones (art. 125.d LRJS) o de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 138.2 LRJS), el art. 139 LRJS no prevé la posibilidad de demandar a otros trabajadores respecto de los que el demandante afirme tener un derecho de preferencia en la solicitud, disfrute o reversión de la adaptación solicitada. Frente a ello, el art. 177.1 LRJS permite al demandante formular pretensiones “contra terceros vinculados al empresario por cualquier título”, siempre que la pretensión “tenga conexión directa con la prestación de servicios”. Así pues, en los supuestos en los que la empresa fundamente su negativa a la concesión de la adaptación solicitada en el supuesto perjuicio que esta causaría a para los derechos de terceros trabajadores, nada impediría -incluso sería conveniente- que estos fuesen también demandados y se garantizase así su posible intervención en el proceso.

<sup>38</sup> Aun cuando las medidas cautelares resultan un elemento característico del proceso de tutela de derechos fundamentales, el art. 139 LRJS admite su solicitud, con expresa remisión a las contempladas por el art. 180.4 LRJS.

<sup>39</sup> Considerando n.º 44.

<sup>40</sup> Considerando n.º 45.

Sin duda, una de las diferencias más relevantes entre ambas modalidades procesales reside en la recurribilidad de sus sentencias. El art. 139 LRJS prevé una sentencia irrecurrible, salvo en el caso de que a su pretensión principal se hubiera acumulado una pretensión indemnizatoria superior a 3.000€ (art. 139.1.b LRJS). Sin embargo, cuando a esta modalidad procesal se añaden las garantías del proceso de tutela, la sentencia resultante es siempre recurrible en suplicación, con independencia de la cuantía indemnizatoria.

A la vista de la más reciente jurisprudencia y doctrina judicial que aplica la Directiva (UE) 2019/1158, queda por determinar si toda controversia entre trabajadores y empleadores sobre el derecho de adaptación de las condiciones de trabajo con el fin de conciliación presenta, automáticamente, una dimensión constitucional, o si para ello resulta aplicable el requisito exigido por el art. 181.2 LRJS<sup>41</sup>, que obligaría al solicitante de la adaptación a justificar “la concurrencia de indicios de que se ha producido” la lesión del derecho fundamental alegado.

## **2.2. El objeto complejo de la modalidad especial del art. 139 LRJS**

La combinación entre el art. 34.8 ET y las garantías previstas por la Directiva (UE) 2019/1158 en favor de los cuidadores puede lugar a una extraordinaria ampliación del objeto del proceso regulado en el art. 139 LRJS. Esta modalidad procesal deja de ocuparse, con carácter casi exclusivo, de las discrepancias en materia de disfrute de permisos vinculados a la maternidad o paternidad, así como al cuidado de los hijos hasta el cumplimiento de una determinada edad. Nada preveía respecto de las personas trabajadoras con obligaciones de cuidado de otros familiares distintos de los hijos.

Aunque la gran mayoría de los supuestos continúan resolviendo pretensiones relativas a los derechos de conciliación de los progenitores, el objeto del actual art. 139 LRJS admite, como se ha indicado, pretensiones en materia de cuidado de familiares más allá de las derivadas de la maternidad y paternidad.

### **2.2.1. Solicitudes de adaptación de tiempo y forma de trabajo, o de modificación de las condiciones laborales que venía disfrutando la persona trabajadora**

El art. 34.8 ET no concreta en qué pueden consistir estas nuevas fórmulas de “variación en la forma de prestación del trabajo” para ocuparse de las obligaciones de cuidado, exigidas por el art. 9 de la Directiva (UE) 1158/2019. No obstante, el tipo de adaptaciones que puede solicitar la persona trabajadora se amplía a la asignación de un horario distinto al que venía disfrutando (reducido, ampliado o, simplemente, diferente<sup>42</sup>), una distribución regular o irregular de su tiempo de trabajo a lo largo de su jornada (por ejemplo, trabajando solo determinados días a la semana, al mes o al año); la posibilidad de emplear una jornada flexible; de no someterse a un régimen de turnos incompatible con sus deberes de cuidado, o a que se le adscriba a un turno fijo que haga factible estos deberes<sup>43</sup>. A su vez, además de la solicitud del trabajo a distancia en lugar del trabajo presencial<sup>44</sup>, expresamente referido en el texto legal, también se han admitido, subordinadas a su carácter

<sup>41</sup> De acuerdo con este precepto: “En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

<sup>42</sup> La SJS de Logroño de 27 de enero de 2021 (sentencia n.º 20/2020) estimó la siguiente concreción horaria propuesta por la trabajadora para permitir la conciliación de su vida laboral y familiar: de 8:00 a 14:00 horas, de lunes a jueves; viernes libres; sábados alternos y domingos y festivos en los que, según calendario, le correspondiese trabajar. A su vez, la ya citada SJS de León de 3 de marzo de 2020, concedió la adaptación horaria solicitada por la trabajadora, madre de un hijo menor de 12 años: lunes a viernes de 13:00 a 19:00 horas o, alternativamente, de 14:00 a 20:00 horas. En la misma línea, la SJS Valladolid de 14 de febrero de 2020 (sentencia n.º 16/2020), en la que se solicitaba concreción horaria en un horario fijo de mañana de 9:00 a 14:00 horas de martes a viernes y los sábados de 9:00 a 13:15 horas.

<sup>43</sup> STSJ Canarias (Las Palmas) de 18 de septiembre de 2021 (Rec. 577/2020).

<sup>44</sup> SJS n.º 31 Madrid de 20 de diciembre de 2021 (sentencia n.º 448/2021).

necesario y proporcionado, otras pretensiones menos habituales hasta el momento, como el cambio de centro de trabajo hacia otro más cercano al del domicilio del solicitante, donde se encuentran las necesidades de cuidado<sup>45</sup>.

### **2.2.2. Impugnación de las modificaciones operadas en las condiciones de trabajo, que hagan imposible o dificulten la conciliación**

En este punto pueden incluirse las demandas por las que las personas trabajadoras se opongan a la efectividad de una modificación operada sobre sus condiciones de trabajo que pueda impedir o dificultar el ejercicio de su derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

Entre las escasas demandas que, hasta el momento, se han planteado por cuidadores, destaca la STSJ Galicia de 18 de febrero de 2022. En ella, la trabajadora empleó la modalidad especial del art. 139 LRJS para solicitar una adaptación de jornada por mayores a cargo. En particular, se opuso a la decisión empresarial por la que se le adscribió al turno de tarde después de varios años en los que había venido desarrollando el turno de mañana. Para la trabajadora, esta modificación en sus condiciones de trabajo suponía una “importante alteración de la organización y coordinación que tenía establecida para llevar a cabo el cuidado de su padre y de su madre, en tanto que se vería obligada a reorganizar tal cometido por el cambio de turno”. En consecuencia, no se limitó a oponerse a esta modificación empresarial, sino que, además, solicitó una adaptación de la jornada, con dos propuestas: la primera, con una adscripción horaria de 9:00 a 16:00 horas; y la segunda, con adscripción entre las 8:00 y las 15:00 horas. Es esta una de las muchas solicitudes de adaptación de jornada recibidas en los tribunales, pero una de las pocas que tienen como causa de conciliación el cuidado de mayores.

### **2.2.3. Denuncia del incumplimiento empresarial de la ejecución de una medida previamente acordada en materia de conciliación**

En relación con los derechos de conciliación vinculados a la maternidad, la discriminación por razón de sexo no solo se produce cuando a la mujer trabajadora se le niega uno de esos derechos asociados a la maternidad, sino también cuando, pese a su inicial reconocimiento y ejercicio, se le cause un perjuicio efectivo y constatable que consista en un “trato peyorativo en sus condiciones de trabajo”, o en “una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales en la relación laboral”, por la exclusiva razón del ejercicio previo de ese derecho<sup>46</sup>, o cuando, habiéndose reconocido este, su disfrute deviene irreal.

En esta línea y con carácter reciente destaca la STJS Galicia de 20 de diciembre de 2021<sup>47</sup>, que pone de manifiesto cómo la concesión formal de una reducción de jornada por parte de la empresa como medida de conciliación puede verse privada de toda eficacia si, correlativamente, no se reduce la carga de trabajo<sup>48</sup>. Por ello la sentencia recuerda que “la realidad es que la actora ha reducido su jornada, pero no se ha demostrado que se hubiera reducido su carga de trabajo en similar proporción para que el disfrute de su derecho constitucional sea real y efectivo”.

<sup>45</sup> STSJ Galicia de 25 de mayo de 2021 (Rec. 335/2021).

<sup>46</sup> STC 233/2007, de 5 de noviembre.

<sup>47</sup> Rec. 4640/2021.

<sup>48</sup> En términos muy esquemáticos, a la actora se le había permitido reducir su jornada, pero no se había aceptado su solicitud de concreción del tiempo de trabajo y, además, acreditaba que el número de expedientes que se había visto obligada a realizar durante su jornada reducida por conciliación era igual que el de sus compañeros con jornada completa.

### 2.2.4. Reversión de las condiciones de trabajo flexible previamente acordadas por causa de conciliación

De acuerdo con el considerando n.º 35 de la Directiva (UE) 2019/1158, los Estados miembros pueden limitar la duración de las fórmulas de trabajo flexible, incluso si se trata de una reducción de horario o cualquier fórmula de trabajo a distancia. El motivo de esta limitación se deja claro y no es otro que beneficiar a las mujeres cuidadoras de familiares con necesidades de cuidados o asistencia, para evitar que los largos períodos de horarios reducidos puedan dar lugar a un descenso de las cotizaciones a la seguridad social, lo que se traduce en prestaciones reducidas o, en el peor de los casos, inexistentes. A este mandato trata de responder el art. 34.8 ET cuando prevé el derecho de la persona trabajadora a solicitar el reingreso “a su jornada o modalidad contractual anterior, una vez concluido el período acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto”.

Si la duración de las fórmulas de trabajo flexible estuviera sujeta a determinados límites, ya sean estos temporales o de otro tipo, “el trabajador tendrá derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado”, pero también “antes de que finalice el período acordado siempre que lo justifique un cambio en las circunstancias”. Esta solicitud habrá de ser analizada y atendida por la empresa “teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”.

Este reingreso a las anteriores condiciones de trabajo podrá exigirse también a través de la vía procesal regulada por el art. 139 LRJS. Con todo, parece tratarse de una pretensión asignada, en exclusiva, a la persona trabajadora. Dicho de otro modo, no parece posible que el art. 139 LRJS pueda acoger la pretensión de un empleador que, ante el fin del período acordado o ante un cambio de circunstancias, pueda exigir el reingreso a dichas condiciones. Parece obvio que las armas que tendrá el empleador para forzar a este reingreso no serán las mismas en el caso de una previa adaptación de las condiciones de trabajo sujeta a un determinado período temporal -pactado mediante acuerdo individual o colectivo- o condicionada al cuidado de una determinada persona o la subsistencia de un determinado grado de discapacidad, que en el caso en el que se haga depender de condiciones más genéricas, como la posible mejoría del destinatario de los cuidados o la convivencia de este con la persona trabajadora. Piénsese así en los conflictos que podrían derivarse ante una mejoría que, sin embargo, no evite la necesidad de cuidados; o ante la situación de quien en el momento de la concesión de la medida convivía permanentemente con la persona cuidada y, con posterioridad, pasa a compartir dicha convivencia con otra persona en períodos regulares o irregulares a lo largo del año. Estos últimos supuestos quedarían condicionados a las diferentes valoraciones de las partes, o bien al deber de información del trabajador a su empleador sobre un cambio en las condiciones.

Además, tanto en uno como en otro caso, el empleador habría de utilizar la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET para reponer al trabajador en sus anteriores condiciones<sup>49</sup>. Esta pretensión empresarial no formaría parte del objeto del proceso regulado en el art. 139 LRJS, ni figura protegida por las garantías contempladas en la Directiva (UE) 2019/1158. Por supuesto, tampoco se contempla expresamente que la empresa pueda exigir un retorno anticipado a las condiciones anteriores en el caso de que, a juicio de la empresa, hubieran cambiado las condiciones.

Será también interesante comprobar la evolución del tratamiento jurisprudencial de los supuestos en los que la adaptación de las condiciones de trabajo o la oposición a las modificaciones pretendidas por la empresa se fundase en la necesidad de cuidar y atender a más de una persona. El solicitante de la medida de conciliación tuvo que haberla vinculado, en su momento, al cuidado de una persona concreta. Así, la adaptación de jornada, de horario, puesto de trabajo o, incluso,

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Medidas para la conciliación...”, cit., p. 460.

modalidad de trabajo a distancia pudo haberse vinculado al cuidado de un determinado progenitor y su evolución será la que permita valorar cuándo puede exigirse la reversión de las condiciones. En consecuencia, parece lógico pensar que, en caso de que surja la necesidad de cuidar a otra persona distinta, haya que solicitar una nueva adaptación de las condiciones laborales.

### **2.3. La acreditación de las necesidades de las partes: las reglas de distribución de la carga de la prueba**

Uno de los aspectos más controvertidos que plantea la modalidad procesal regulada en el art. 139 LRJS reside en la correcta interpretación de las reglas sobre la carga probatoria. Resulta necesario establecer un criterio que determine qué elementos y circunstancias han de ser probados en juicio por cada una de las partes enfrentadas para la correcta valoración de la pretensión. No ha de olvidarse que la vía judicial supone el último recurso ante dos opciones preferentes: el procedimiento pactado a través de la negociación colectiva o, en su defecto, la negociación entre ambas partes, con carácter previo a la vía judicial y durante un período máximo de treinta días. Ante la falta de acuerdo, dicha negociación podrá dar como resultado ofertas y contraofertas por cada una de las partes, que habrán de estar debidamente justificadas. Así, la persona trabajadora habrá de justificar el carácter razonable y proporcionado de las medidas de adaptación que propone en relación con sus propias necesidades y las necesidades organizativas o productivas de la empresa. A su vez, la empresa que desestime la propuesta de la persona trabajadora habrá de plantear una propuesta alternativa que permita las necesidades de conciliación de aquella, o bien si deniega la propuesta planteada por la persona trabajadora, habrá de indicar en todo caso “las razones objetivas” que fundamentan su negativa.

Desde un punto de vista procesal, en la medida en la que de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158, el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral ha de ser considerado como un derecho fundamental de las personas trabajadoras con necesidades familiares, el demandante que traiga al proceso una pretensión discriminatoria por indebida aplicación de sus derechos de conciliación, podrá beneficiarse de las reglas procesales sobre distribución de la carga probatoria que reconocen los artículos. 96.1 y 181.2 LRJS con carácter general<sup>50</sup>. Por consiguiente, si de las alegaciones de la parte trabajadora se dedujese la posible vulneración del derecho fundamental, corresponderá al demandado “la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

#### **2.3.1. La actividad probatoria de la persona trabajadora**

De acuerdo con las reglas citadas, podría beneficiarse de las reglas de inversión de la carga de la prueba la persona trabajadora que, para el ejercicio de sus tareas de cuidado, hubiera solicitado una adaptación de sus condiciones de trabajo. Como bien han precisado los tribunales, estas personas disfrutan de un derecho de propuesta que requerirá de una aceptación por parte de la empresa y, en caso de desacuerdo, de concesión judicial. Es aquí donde surgen los principales problemas procesales en materia probatoria.

En el proceso judicial se le exigirá al demandante que acredite determinados elementos:

##### **2.3.1.1. Existencia de un interés conciliatorio o necesidad de conciliación de la persona solicitante**

Ni la LRJS ni el propio art. 34.8 ET definen lo que ha de entenderse por conciliación ni por necesidad o interés conciliatorio, al que la Directiva (UE) 1158/2019 añade ahora las necesidades de cuidado de familiares o convivientes.

<sup>50</sup> También en esta línea, véase art. 13 LOI.

Por ello resulta imprescindible integrar la interpretación del art. 139 LRJS con el objeto de la Directiva. La línea común seguida por nuestros tribunales a la hora de exigir la acreditación de la necesidad de cuidado en los supuestos previstos por el art. 139.1 LRJS se centra en la concurrencia del supuesto de hecho requerido por cada supuesto que se ejercita<sup>51</sup>. Esta interpretación queda perfectamente resumida en la ya citada STSJ Galicia de 25 de mayo de 2021: “el titular del derecho no tiene que demostrar una especie de necesidad insuperable de conciliación”, sino la sola existencia de dicha necesidad. Para ello, indicó, “la actora tiene como única carga la demostración de la existencia de hijos menores de doce años, su deseo de conciliar y que lo solicitado le facilita dicha conciliación familiar”. En el mismo sentido, la también citada STSJ Galicia de 20 de diciembre de 2021 consideró como indicios “claros” y “suficientes” los siguientes: “la actora acredita que tiene reconocida la reducción de jornada con concreción horaria por cuidado de hijos menores, que es la única trabajadora de su Departamento que tiene reconocido dicho derecho, que acredita la existencia de excesos de jornada y de encomienda de trabajos coincidentes con el horario que tiene concretado por conciliación, y que en términos numéricos tiene una carga de trabajo similar a la de sus compañeros de Departamento que no gozan de reducción de jornada”.

Más problemas, sin embargo, puede presentar la acreditación por el demandante de la necesidad de cuidado requerida por el art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1158 para el disfrute de las fórmulas de trabajo flexible, a las que se refiere el art. 139.2 LRJS. Resulta obvio que solo en la medida en la que se acredite la necesidad de cuidado podrá surgir el derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo de los cuidadores<sup>52</sup>. Por tal motivo, sería deseable que una mayor concreción normativa sobre los elementos que pudieran acreditar tal necesidad. Los tribunales han admitido para ello informes médicos o informes elaborados por los servicios sociales, como la STSJ Galicia de 18 de febrero de 2022<sup>53</sup> que, con ambos informes, estimó que la necesidad de conciliación “está acreditada y no se discute”. En ellos se indicaba que los padres de la trabajadora solicitante precisaban de sus cuidados para las necesidades básicas de la vida diaria, pero también se hacía constar que la solicitante era la principal cuidadora de ambos, pues, aunque tenía un hermano, este no se encontraba capacitado para cumplir con sus deberes de cuidado por estar afectado por una minusvalía reconocida del 65%, que también se acreditaba con el correspondiente certificado de discapacidad. Es inevitable pensar qué hubiera sucedido si la trabajadora solicitante de la adaptación de jornada para el cuidado de sus padres no hubiera aportado dicho documento.

Si bien es necesario que el solicitante de la medida de conciliación acredite la existencia de una necesidad de cuidado, resulta mucho más polémico determinar si también ha de acreditar que es la única persona capaz de atender a dicha necesidad. O bien, en otras palabras, que no existe otra persona que pueda ocuparse de dichos cuidados. Es una práctica frecuente que las sentencias, como un elemento más para valorar la concesión de la medida conciliatoria propuesta, especialmente en materia de cuidado de hijos, atiendan a esta circunstancia o, al menos, la mencionen expresamente, algunas con gran exhaustividad<sup>54</sup>. Entre ellas, por su carácter reciente, destaca la STSJ Canarias

<sup>51</sup> Véase al respecto RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “La tutela judicial...”, cit., p. 333.

<sup>52</sup> Destaca en este punto la ya citada SJS n.º 31 Madrid de 20 diciembre 2021, respecto de la solicitud de teletrabajo durante todos los días de la semana presentada por una trabajadora por necesidades de conciliación: “la parte actora no acredita en qué medida perjudica a su vida familiar el hecho de trabajar presencialmente en Madrid algunos días a la semana, tendiendo además en cuenta que no tiene hijos a su cargo, por lo que las cargas familiares son inferiores”.

<sup>53</sup> Rec. 7045/2021.

<sup>54</sup> Esta exigencia ha sido duramente criticada por CASAS BAAMONDE, M. E.: “Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislación y juez”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 10, 2010, pp. 173 y ss. También sobre esta cuestión, a la que define como “irrelevancia del principio de corresponsabilidad en el proceso de tutela y los principios de privacidad y libre organización familiar”, véase RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *op. cit.*, p. 335-336.

(Las Palmas) de 17 de octubre de 2020<sup>55</sup>; para resolver la solicitud de concreción horaria en un turno fijo de mañana, valoró también la acreditación por la trabajadora solicitante de la imposibilidad de atención a los menores por parte de su pareja, el horario laboral de esta y las particulares condiciones de su actividad<sup>56</sup>.

En otros casos, la mención a la existencia de una pareja incapaz de hacerse cargo de los cuidados aparece, aunque con menor intensidad, indicándose, por ejemplo, que “también ha de tenerse presente que el marido de la actora es funcionario de IIPP con destino en Zaragoza y, por tanto, no puede hacerse cargo de los deberes de corresponsabilidad en relación con su hijo, durante la semana laboral”<sup>57</sup>. También la incompatibilidad horaria de los centros escolares con los horarios de trabajo de la persona solicitante se ha tenido en cuenta como un elemento más para justificar la necesidad de la medida conciliatoria<sup>58</sup>. Asimismo, en materia de cuidado de familiares, la sola presencia de otro hermano con una minusvalía del 65% que “no puede participar en el cuidado”, también resultó determinante para apuntalar la acreditación de la necesidad de conciliación.

También algunas empresas exigen estos datos para valorar el carácter necesario y proporcionado de la solicitud en la que basar su respuesta. En el extremo se encuentra la situación conocida por la ya citada STSJ Canarias (Las Palmas) de 18 de septiembre de 2021, en la que la empresa subordinó la concesión de la medida de conciliación propuesta a que la actora, con carácter “imprescindible” aportase los siguientes datos: “horas lectivas de los menores, si tienen atenciones específicas; horas extraescolares; quien convive con los menores; horarios y períodos de vacaciones; quién recoge a los menores; sobre qué horario de entrada y salida de recogida de los menores, si comen en el comedor, si tienen una enfermedad, quién los cuidaría, así como cualquier otra documentación que resulte de interés a estos efectos”. Ante la protesta de la trabajadora, la empresa manifestó “no entender la negativa de la actora a facilitar la documentación requerida”, motivo que le llevó a denegar la petición. Para evitar este tipo de situaciones, además de los convenios colectivos, los planes de igualdad resultarán una vía imprescindible para regular el tipo de información exigible por la empresa a estos efectos y la vulneración del derecho a la protección de datos y a la intimidad.

Sirva como colofón a tan polémica cuestión la reflexión de la STSJ Galicia de 28 de mayo de 2019: “cualquier valoración sobre cómo deba llevarse a efecto la organización o intendencia familiar excede de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional”<sup>59</sup>.

### **2.3.1.2. La adecuación de la medida propuesta a la necesidad conciliatoria alegada**

Una vez acreditada la necesidad de conciliación, parece claro que, quien proponga una medida concreta de adaptación a estos efectos, haya de acreditar también el carácter necesario de la medida para este fin, así como que la negativa empresarial a su concesión supone un trato perjudicial para la persona solicitante.

Reproduciendo la expresión empleada por el art. 34.8 ET, las adaptaciones solicitadas por la persona trabajadora “deberán de ser razonables y proporcionadas en relación con” sus propias necesidades, así como “con las necesidades organizativas o productivas de la empresa”. Parece claro que la valoración de la medida en estas no ha de ser aportada por la persona solicitante, sino que será un elemento que haya de probar la empresa que la deniegue. En cambio, para quien solicite será

<sup>55</sup> Esta sentencia trae su origen en la SJS n.º 10 de Las Palmas, de 17 de octubre de 2020, que desestimó la demanda presentada por la trabajadora, madre de dos menores de edad, que reclamó reducción horaria por cuidado de hijo, así como el reconocimiento de concreción horaria en turno fijo de mañana.

<sup>56</sup> En concreto, se acreditó que “el padre de los menores tiene un horario fijo de tarde, de 14:00 a 22:00 horas, y por su categoría profesional dentro de la Empresa para la que trabaja, debe hacer visitas de seguimiento a las diferentes estaciones en las Islas y en Barcelona, realizando desplazamientos” (FJ Décimo Segundo).

<sup>57</sup> Así, en la SJS León de 3 marzo de 2020, cit.

<sup>58</sup> También en la SJS León de 3 marzo de 2020, cit.

<sup>59</sup> Rec. 1492/2019.

fundamental acreditar la adecuación de la medida - la adaptación solicitada, la impugnación del cambio pretendido por la empresa o la denuncia del incumplimiento de la ejecución de una medida de conciliación previamente concedida- al pleno ejercicio de su derecho a la conciliación y su adecuación a la finalidad de cuidado. Lo expresa con gran claridad la STSJ Galicia de 18 de febrero de 2022, ya citada, cuando afirma que: “la necesidad de conciliación de la parte actora (...) no pasaría tanto por realizar un turno de mañana o de tarde, sino por mantener el turno que ya viene realizando en los últimos años, que es el de mañana. Pues parece evidente que teniendo a dos familiares a su cargo, el trabajo de cuidado y atención de los mismos, y la organización de los medios que a tal efecto haya de articular para compatibilizar la vida laboral con la familiar, se verá seriamente dificultado con una modificación del turno que realiza en su prestación de servicio para la demandada”.

La ponderación entre las necesidades de cuidado y las dificultades de organización de la empresa será imprescindible también cuando en su demanda la persona solicitante incluya más de una propuesta de adaptación. En estos casos, al órgano judicial corresponderá decidir cuál de las propuestas reflejadas se adapta en mayor medida a las necesidades conciliatorias y, al tiempo, ocasiona menores dificultades organizativas y productivas para la empresa.

### **2.3.1.3. El perjuicio para la persona solicitante de la negativa empresarial**

Resulta, en este punto, necesario que el solicitante de la medida de conciliación acredite el perjuicio que, para la vida familiar, ocasionaría la negación de la medida conciliatoria o bien la efectiva implantación de la medida organizativa empresarial que se impugna por causas de conciliación<sup>60</sup>. En cierto modo, este elemento resulta ser el reverso de dos condiciones acreditadas con anterioridad: la existencia de una necesidad conciliatoria y la adecuación de la adaptación propuesta por la persona solicitante para este fin.

Este perjuicio puede traducirse en la imposibilidad absoluta de llevar a cabo la actividad conciliatoria sin la adaptación solicitada. Pero no siempre tiene que ser así y puede ser suficiente con que la actuación empresarial obstaculice la actividad de cuidado, por ejemplo, obligando a la persona trabajadora a reorganizar el sistema de cuidados que pudiera tener establecido hasta el momento. Así se consideraron acreditadas “las especiales dificultades que presenta la organización de la vida familiar de la parte actora, con dos personas a cargo que necesitan asistencia y cuidado, y sin que consten otros familiares que se puedan hacer cargo de las mismas”<sup>61</sup>. En tal caso, el órgano judicial habrá de valorar el mayor perjuicio que la medida supone para la parte trabajadora y para la empleadora, si bien dicha comparación ha de hacerse siempre bajo la óptica del respeto al derecho fundamental.

### **2.3.1.4. Irrelevancia de la voluntad de discriminar**

La vulneración de un derecho fundamental puede producirse aun cuando no exista intención lesiva, siendo “lo único relevante es que el contenido esencial (...) haya resultado menoscabado”. Así pues, bastará con que quede probado “que el factor protegido estuvo en la base del perjuicio o minusvaloración laboral sufrido por la mujer trabajadora” (STC 2/2017). Se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección, todo ello con irrelevancia de que concurra o no una “intencionalidad” lesiva en el agente que haya afectado al derecho<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> En esta línea, la SJS n.º 31 de Madrid de 20 de diciembre de 2021 desestimó la solicitud de teletrabajo diario para conciliar la vida laboral y familiar “porque no se acreditó el perjuicio de la vida familiar por trabajar presencialmente en Madrid algunos días a la semana, teniendo además en cuenta que no tiene hijos a su cargo”.

<sup>61</sup> STSJ Galicia de 18 de febrero de 2022, cit.

<sup>62</sup> Véase, en este sentido, la exposición de la jurisprudencia constitucional que, al respecto, ofrece la STSJ Galicia de 25 de mayo de 2021, cit.



### 2.3.2. La actividad probatoria de la empresa

De acuerdo con las reglas procesales ya referidas, una vez que la persona trabajadora proponga la adaptación que le resulte más conveniente para cumplir sus necesidades de conciliación para el cuidado, la empresa habrá de aportar “una justificación objetiva y razonable” en la que pueda basar su oposición a esta medida.

El considerando n.º 36 de la Directiva (UE) 2019/1158 aporta algunas pistas al respecto, al permitir que los empleadores que examinen las fórmulas de trabajo flexible puedan tener en cuenta para tomar su decisión, entre otras cosas, “la duración de la fórmula de trabajo flexible solicitada, así como sus recursos y su capacidad operativa para ofrecer dichas fórmulas”.

Por su parte, el párrafo cuarto del art. 38.4 ET solo exige a la empresa que deniegue la adaptación solicitada por la persona trabajadora que indique “las razones objetivas en las que se sustenta la decisión”. Esta exigencia ha sido a menudo identificada con las razones organizativas que sustentan la denegación, ya sea total o parcial, de la solicitud. No obstante, la interpretación jurisprudencial de este requisito no parece dejar duda alguna: no es posible que el órgano judicial valore exclusivamente dichas razones organizativas, sin tener en cuenta las circunstancias familiares y personales de la persona trabajadora que fundamentan sus necesidades de conciliación. En palabras de la STC 119/2021, “sí nos corresponde valorar desde la perspectiva constitucional que nos es propia, y a la vista del derecho fundamental invocado, la razón o argumento en virtud de los cuales la sentencia impugnada desestima la petición de la solicitante de amparo de no seguir prestando servicios los sábados de acuerdo con la jornada reconocida desde que comenzó a disfrutar de su derecho a la reducción de jornada por guarda legal”.

En este punto, ha resultado determinante el criterio conforme al cual, una vez acreditada la existencia de una necesidad de conciliación y la adecuación de la medida solicitada a aquella, la solución al litigio no puede hacerse depender del cumplimiento o el ajuste de la negativa empresarial a los requisitos de la legalidad ordinaria. En tal punto, la STC 119/2021 recordó que “una vez que se puso de manifiesto que la trabajadora estaba disfrutando de una reducción de jornada por cuidado e hijos, el órgano judicial no podía prescindir de analizar si la modificación del horario que venía disfrutando suponía un perjuicio para la demandante y obstaculizaba o perjudicaba la compatibilidad de su vida familiar y laboral”. Lo contrario supondría “no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE en relación con el art. 39.3 CE”<sup>63</sup>. En otras palabras, el derecho de adaptación del puesto de trabajo constituye una de las manifestaciones para hacer efectiva la dimensión constitucional del derecho a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Por tanto, la negativa empresarial a la adaptación solicitada puede afectar al contenido esencial del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y constituir una conducta discriminatoria.

Además, no ha de perderse de vista que, en ciertos casos, no es en el momento de la concesión cuando se produce la conducta discriminatoria o el trato menos favorable, sino con posterioridad a la concesión de la medida solicitada, durante el período en el que esta se ejecuta y se aplica (STC 79/2020). De nuevo la STC 119/2021 insiste en que la posibilidad de que las razones empresariales de carácter organizativo que fundamenten una denegación de las medidas de conciliación solicitadas podrían constituir un supuesto de discriminación indirecta, en la medida en que, aunque se trate de razones aparente y formalmente neutras, podrían perjudicar en la práctica la conciliación de la vida familiar y laboral de la persona trabajadora. En la propia sentencia, la trabajadora había solicitado una reducción de jornada por cuidado de hijos, que le había sido concedida. Posteriormente solicitó la exclusión de su participación en el sistema de guardias y una

<sup>63</sup> Así, afirma el Tribunal, el reproche realizado a la sentencia de instancia “no es tanto ni solo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado”.

concreción horaria para el cuidado de menor en atención a unas necesidades concretas, que le fue denegada. Esta última denegación es la que vulnera el derecho fundamental. Por lo tanto, el derecho a la no discriminación por conciliación no se vulnera solamente denegando la petición original, sino también en las sucesivas adaptaciones, modificaciones o reversiones que guarden relación con el ejercicio de este derecho.

La justificación empresarial ha de ser, además, suficiente para cubrir todas las pretensiones del trabajador. También en el caso en el que la empresa hubiera aceptado solo una parte de las medidas solicitadas por este<sup>64</sup>. A tal efecto se han admitido como razones organizativas suficientes para justificar una denegación de la solicitud de adaptación, o para imponer una modificación de las condiciones disfrutadas por la persona trabajadora en atención a sus necesidades de conciliación, las siguientes:

### 2.3.2.1. Dificultades organizativas de la empresa

Es claro que dichas dificultades resultan un factor previsto por el propio art. 34.8 ET como límite al derecho de adaptación solicitado. Pero no lo es menos que dicho límite viene determinado no por la existencia de estas, sino por el grado de afectación que la propuesta de la persona trabajadora puede ocasionar sobre dichas necesidades. Así las cosas, las adaptaciones deberán ser “razonables y proporcionadas en relación con” las necesidades organizativas y productivas de la empresa. En consecuencia, el mero hecho de que una solicitud de adaptación genere dificultades organizativas y productivas no es causa suficiente para su denegación si estas no son desproporcionadas o innecesarias en relación con las necesidades de la persona trabajadora.

Las dificultades organizativas pueden derivar de lo dispuesto en el pacto de articulación de las condiciones de trabajo que impide que un trabajador realice guardias dos fines de semana seguidos y derivadas también de la petición presentada por uno de los empleados del mismo departamento de no hacer guardias los sábados y de que otra empleada no quiere hacer las guardias ella sola y quiere volver a la situación anterior a la reducción de jornada de la demandante (STC 119/2021).

En otros supuestos, las causas organizativas o productivas que fundamentan la negativa empresarial vienen determinadas por las necesidades del servicio (“alegando, en esencia, que en las franjas horarias en las que solicita trabajar la actora, existe un número de trabajadores superior al requerido y en las que no trabajaría, ocurriría lo contrario”<sup>65</sup>); inexistencia de vacantes que ofertar<sup>66</sup>.

En cambio, no se admitió como motivo de oposición empresarial la ausencia de trabajadores voluntarios para cambiar su turno y permitir, con ello, la adaptación solicitada por la persona trabajadora, ya que “el art. 34.8 ET no supedita el derecho de conciliación que reconoce a que existan otros trabajadores/as voluntarios para cambiar su horario y facilitar la adaptación de la jornada”<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Así lo exigió la STSJ Canarias (Las Palmas) de 18 de septiembre de 2021 respecto de un supuesto en el que la empresa había reconocido el derecho de la trabajadora a reducir su jornada en el porcentaje solicitado pero, en cambio, denegó la concreción horaria en un turno fijo de mañana.

<sup>65</sup> La SJS León de 20 de marzo de 2020 consideraría insuficiente este argumento empresarial, dado que “en el centro de trabajo en el que presta sus servicios la actora hay unos 400 trabajadores; en el concreto servicio o campaña en que está destinada (atención al cliente, 1004) hay 180 trabajadores; de ellos tan sólo a uno (1) se le ha concedido adaptación de jornada conforme al art. 34.8 ET: existen otros 8 que lo han solicitado y se les ha denegado; de modo que, como mucho se puede presentar alguna dificultad organizativa a la empresa, pero en modo alguno la imposibilidad de reorganizar el servicio, por la concesión a la actora de lo que pide”.

<sup>66</sup> STSJ Galicia de 25 de mayo de 2021, cit.

<sup>67</sup> STSJ Galicia 18 de febrero de 2022, cit.

### 2.3.2.2. Hipotéticos o previsibles inconvenientes que la estimación de la adaptación solicitada pudiera ocasionar

Al respecto, es posible alegar tanto los perjuicios que la aceptación de la solicitud de la persona trabajadora pueda ocasionar a la empresa, como los que puedan derivarse para el resto de los compañeros de la persona solicitante. Así sucedió en el supuesto de hecho examinado por la STC 119/2021, donde la concesión a la trabajadora del turno fijo de mañana que solicitaba supondría ambos tipos de perjuicio. Por una parte, “supondría un innecesario e injusto perjuicio económico para la empresa demandada”, ya que si se le impusiera el turno de mañana solicitado por la trabajadora “su coste salarial no sería sufragado por la Administración”. Además, su concesión también podría acarrear perjuicio para los otros trabajadores, puesto que “los demás Auxiliares Técnicos Educativos nunca podrían prestar servicios en turno de mañana, teniendo que trabajar siempre en turnos de tarde y noche, lo que evidentemente les perjudicaría, además de que le limitaría sus posibilidades de conciliación de su vida familiar y profesional”.

En tercer lugar, también se han alegado como causa de desestimación empresarial de la solicitud del trabajador las importantes repercusiones organizativas que tendría su aceptación en el horario de los demás trabajadores<sup>68</sup>, si bien resulta cuando menos dudosa su utilidad para denegar la petición planteada. Así, la citada STSJ Canarias (Las Palmas) de 18 de septiembre de 2020 rechaza que puedan ser objeto de valoración los hipotéticos inconvenientes que la medida solicitada pudiera ocasionar al resto de compañeros de la trabajadora. Para la Sala es preciso “atender a la razón de ser de la normativa en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, que no es otra que ponderar los intereses en juego dando prevalencia al derecho de conciliación de la vida familiar” del solicitante, especialmente cuando “no consta que el resto de la plantilla tenga cargas familiares ni que se hayan formulado o atendido otras solicitudes de conciliación de la vida familiar”.

A su vez, la afectación sobre los derechos de conciliación adquiridos por otros empleados puede suponer un importante factor de consideración que hubiera requerido de un litisconsorcio pasivo necesario. La LRJS establece este deber en la modalidad especial de vacaciones (art. 136 LRJS) y clasificación profesional (art. 137 LRJS) para los casos en los que la determinación de la fecha de vacaciones o del ascenso solicitado por el demandante pudiera afectar a la fecha de vacaciones ya asignada a otros trabajadores o al ascenso de otro trabajador. Parece comprensible que se adopte una medida similar respecto de las pretensiones de adaptación de jornada cuya negativa se fundamentase en las importantes dificultades organizativas que ocasionaría para la empresa que podrían llevarle a modificar las medidas de conciliación concedidas a otros trabajadores.

Tal sucedió cuando, por ejemplo, se prevé la entrada en vigor de un nuevo pliego de condiciones que modifiquese la distribución del trabajo en la empresa. En este sentido, la STSJ Canarias (Las Palmas) de 18 de septiembre de 2021 estimó que “no resulta aceptable anticipar una imposibilidad organizativa futura como argumento para rechazar la concesión horaria instada por la demandante” que, en el momento de solicitarse, “debió ser atendida dadas las dificultades para el cuidado de los hijos por parte de la demandante”<sup>69</sup>. Será llegado el momento, afirma la Sala, “y en el caso de que de forma efectiva se produzcan los cambios organizativos que resultan del nuevo pliego de condiciones, cuando la empresa podrá si a su derecho interesa modificar las condiciones de trabajo de la plantilla o amortizar los puestos de trabajo (...) que entienda oportunos”.

<sup>68</sup> Por su carácter reciente, véase SJS Valladolid de 14 de febrero de 2020, cit., que desestimó la solicitud de adaptación de la trabajadora demandante “a la luz de las dificultades organizativas que conlleva en su concreto centro de trabajo y por ende en la conciliación de la vida familiar y laboral de” los otros trabajadores de ese mismo centro, “pues en principio no se dispondría de otro dependiente que pudiera desempeñar su labor en la sección de la actora, pescadería, por las tardes”.

<sup>69</sup> En concreto, considera la Sala que “no cabe denegar la concreción en turno de mañana por el hecho de que dentro de unos meses no vaya a existir ese turno para la categoría de la actora, o porque se vayan a precisar entonces menos trabajadores con esas funciones”.

## 2.4. El contenido complejo de la sentencia y la posible acumulación de indemnización de daños y perjuicios

El art. 139 LRJS permite que a la pretensión conciliatoria se le acumule la acción de daños y perjuicios causados al trabajador exclusivamente por la negativa del derecho o la demora en la efectividad de la medida. Esta indemnización puede acompañar a la pretensión principal para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral pero también, en lo que aquí interesa, a la pretensión de adaptación prevista en el art. 139.2 LRJS para los cuidadores.

En este punto, como es sabido, la pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios sufridos por el demandante se desvincula de la posible lesión de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 182 y 183 LRJS). En otras palabras, será posible que quien solicita una medida de adaptación para el cuidado de convivientes pueda obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos sin necesidad de plantear en el proceso, la posible lesión de derechos fundamentales. Por ello, el encargo que realiza la Directiva (UE) 2019/1158 en orden al establecimiento de un conjunto de sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” por la infracción de las disposiciones que ella misma contiene no resulta ninguna novedad para nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la indemnización correspondiente procedería ante una expresa negativa empresarial al disfrute de la medida de adaptación propuesta por la persona trabajadora. Sería igualmente aplicable en aquellos casos en los que la conducta del empleador diese lugar a una demora en la efectividad de la medida. Así sucedería ante el silencio empresarial que impidiera o retrasara en exceso el disfrute de la propuesta de la persona trabajadora.

Más complejidad presentan los casos en los que exista una respuesta empresarial en forma de contrapropuesta. Todo parece indicar que, desde el momento en el que el propio art. 34.8 ET subordina el acuerdo de la medida de adaptación a una previa negociación entre las dos partes afectadas, el tiempo durante el que se prolongue dicho proceso negociador no podría asimilarse con tal “demora”, salvo que este fuese utilizado para prolongar artificial e indebidamente la aplicación de la medida propuesta.

El art. 139.1.a) LRJS ordena que ambas partes -trabajadora y empleadora- lleven “sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio juicio”. Bien es cierto que esta medida no generará una importante demora en la solución del litigio, pues, recuérdese, esta modalidad procesal está excluida del requisito de conciliación o mediación previa a la presentación de la demanda (art. 64 LRJS) y el acto de conciliación previsto en este caso es el que tiene lugar ante el letrado de la Administración de Justicia con carácter inmediato al inicio del juicio oral (art. 84 LRJS). Por consiguiente, se trata más bien de garantizar que, de ser la voluntad de ambas partes, el conflicto pueda resolverse por acuerdo entre ellas antes de que se inicie la vista oral o, incluso, una vez iniciada esta, durante su tramitación. Y no menos importante resulta que, ante la falta de acuerdo, el órgano judicial pueda dictar su sentencia de acuerdo con algunas de ellas, ya que los conflictos de intereses están excluidos de solución judicial. Así las cosas, quedaría afectada por incongruencia *extra petita* la sentencia que recogiese alguna propuesta distinta a la formulada por las partes en sus pretensiones, como sucedería, incluso, con una indemnización superior a la solicitada por la parte<sup>70</sup>.

Esta cuestión guarda relación directa con el expreso mandato que recoge el artículo 9, apartado 2, de la Directiva respecto de los empleadores. De acuerdo con él, los empleadores no solo habrán de “estudiar y atender” las propuestas realizadas por las personas trabajadoras solicitantes de

<sup>70</sup> Así la STSJ Galicia de 25 de mayo de 2021, cit., reconoció que la indemnización solicitada por la actora era inferior a la que le correspondería de acuerdo con la aplicación de la LISOS. No obstante, “como la recurrente ha fijado el valor de su resarcimiento en 6.000€, a dicha cantidad debemos ceñirnos, aunque sea inferior a dichos parámetros abstractos (por un principio rogatorio)”.

las fórmulas de trabajo flexible, sino que, en lo que aquí interesa, habrán de hacerlo “en un plazo razonable de tiempo”.

Este carácter “razonable” del plazo del que disponga el empleador para tomar su decisión se condiciona, a dos requisitos temporales. El primero, de tipo sustantivo y fijado por el art. 34.8 ET, concede a las partes un período de negociación máximo de 30 días del que dispone el empleador para emitir su conformidad o disconformidad con la propuesta. El segundo, de carácter procesal y regulado por el art. 139.1 LRJS, ofrece al demandante un plazo de veinte días para presentar su demanda ante el Juzgado de lo Social correspondiente. Dicho plazo comenzará a contar a partir del día en el que el empresario le comunique su negativa o disconformidad con la propuesta realizada. Repárese en que las partes no tendrán por qué agotar ambos plazos. Pero, en el supuesto de que alguna de ellas decidiese emplear los tiempos máximos permitidos por la norma, resulta más que discutible que estos períodos -50 días, si se suman ambos- se acomoden al carácter “razonable” del plazo exigido por la Directiva.

Además, puede ser que no se trate de dos plazos inmediatamente consecutivos. Así, desde que la persona trabajadora formula a la empresa su propuesta de adaptación, esta dispondrá de treinta días para un supuesto “proceso de negociación” con la persona trabajadora. Sin embargo, transcurridos esos treinta días, la empresa podría seguir alargando tal negociación, evitando que comenzase el plazo procesal de veinte días para presentar la demanda. Así, el art. 34.8 ET permite concluir el primer proceso negociador con la comunicación por escrito a la persona solicitante planteando “una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora”. Parece lógico pensar que a tal propuesta alternativa le pueda suceder otra negociación, para la cual la norma ya no fija un plazo máximo. Si el resultado de esta segunda negociación fuese, de nuevo, desfavorable para los intereses de la persona trabajadora, se abriría el plazo de veinte días para presentar la demanda ante la jurisdicción social. Dicho de otro modo, tampoco se prevén consecuencias expresas para el caso de que esta segunda negociación concluya con el silencio empresarial, ni se fija un plazo máximo que, una vez transcurrido, permita entender a la persona trabajadora que su oferta ha sido rechazada y pueda ya presentar la demanda ante la jurisdicción social.

A estos efectos, parecería mucho más acorde a las exigencias de la Directiva (UE) 2019/1158 una disposición normativa que subordinase la respuesta empresarial a un período temporal máximo, sin necesidad de negociación previa. En estas circunstancias, el actual período de treinta días para emitir una respuesta parece ser, también, excesivamente amplio para encajar adecuadamente en el plazo “razonable” exigido por la Directiva. A su vez, sería deseable que, una vez transcurrido el período indicado, sin que el empleador hubiese emitido una respuesta expresa, esta se presumiese negativa o positiva respecto de la propuesta de la persona trabajadora. En este último caso, para el supuesto de que la propuesta de adaptación la formulase una persona trabajadora con obligaciones de cuidado de dependientes, dicha presunción podría subordinarse al cumplimiento de determinados requisitos, tales como la condición de familiar en el grado requerido por la norma, la condición de conviviente efectivo y la dependencia o necesidad de asistencia por parte de la persona trabajadora que solicita la adaptación. Para ello, la persona solicitante podrá aportar con su demanda los informes médicos o administrativos oportunos, que se añadirían a los ya previstos por el art. 139.1 LRJS: el informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad para la empresa para su consideración en la sentencia. En ningún caso ha de olvidarse que estas medidas tratan de asegurar la corresponsabilidad en la asunción de las obligaciones informales de cuidado. Por tal motivo, el carácter personal de este derecho debería merecer una atención especial. Se trataría, pues, de que la persona solicitante acreditase la existencia de un conviviente necesitado de su asistencia y la adecuación de la medida de adaptación solicitada a las necesidades de cuidado que aquel precisa, así como que dichas medidas son razonables y proporcionadas.

El art.139 LRJS permite acumular en la demanda una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la conducta empresarial. Esta cuantía indemnizatoria está sujeta a dos límites claros. El primero de ellos restringe los daños y perjuicios que podrán reclamarse, exclusivamente a los ocasionados al trabajador demandante por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida. Esta limitación no parece encajar perfectamente con las sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” previstas por el art. 13 de la Directiva (UE) 2019/1158. Si bien es cierto que el actor podrá valorar en la cuantía indemnizatoria solicitada las dos primeras características, no es claro que toda cuantía que se ajuste a los daños y perjuicios efectivamente producidos al solicitante vaya a ser “disuasoria” para el empleador. A su vez, esta limitación resulta determinante a los efectos de la recurribilidad de la sentencia en el supuesto de que la impugnación no se hubiera relacionado con la lesión de derechos fundamentales.

El segundo límite al que se sujeta la indemnización por los daños y perjuicios es el de su propia exoneración por el “cumplimiento, al menos provisional, de la medida propuesta por el trabajador”. El tercero limita la cuantía indemnizatoria exclusivamente a los daños y perjuicios causados por la conducta empresarial.

El segundo apartado del art. 139 LRJS, directamente relacionado con las medidas de adaptación, se refiere a los daños y perjuicios “directamente causados” a la persona trabajadora “por la negativa o demora del derecho”. En la redacción de este segundo párrafo se contienen dos importantes omisiones. La primera omite que la efectividad de la medida solicitada pueda tener alguna repercusión en la cuantía indemnizatoria. La segunda no contempla la exoneración de la indemnización por el cumplimiento, aun provisional, de la medida solicitada.

En el caso de que la pretensión de adaptación horaria no se vincule a la vulneración de derechos fundamentales, los daños y perjuicios indemnizables podrían ser tanto materiales como morales. No parece difícil entender el daño emergente o el lucro cesante derivado de la negativa empresarial o de su falta de respuesta a la pretensión de adaptación de la persona trabajadora, entre los que podría encontrarse los gastos ocasionados por la obligada contratación de terceras personas que pudieran ocuparse de las tareas de cuidado. Tampoco parece complejo el lucro cesante por parte de quien, una vez finalizada la necesidad de cuidado que justificaba la adaptación de sus condiciones de trabajo, quisiera retornar, sin una respuesta positiva por la empresa, a sus anteriores condiciones laborales.

Alguna sentencia ha asociado el daño moral derivado de la negativa de la empresa a acceder, de modo injustificado, a la solicitud de adaptación de la parte demandante, alguna sentencia lo ha asociado a la “previsible intranquilidad de quien ve modificado su turno de trabajo teniendo a su cargo, en su vida familiar, a una madre y un padre que precisan cuidados y asistencia”<sup>71</sup>. Esta misma resolución incluye, además, un claro ejemplo de los factores que pueden ayudar a la modulación de la cuantía indemnizatoria: “la empleadora intentó, aunque de modo insuficiente, atender a la petición de la parte, realizando una propuesta alternativa, e indagando en la plantilla la posibilidad de una reorganización voluntaria del personal”. Ambos elementos permitieron imponer la sanción correspondiente a una falta grave (art. 7.5 LISOS) en su grado medio [art. 40.1 b) LISOS]<sup>72</sup>.

En esta cuestión, resulta fundamental la reciente STS de 23 de febrero de 2022<sup>73</sup> que reafirmó, unificando doctrina, la procedencia de la indemnización por daños morales anudada a la

<sup>71</sup> STSJ Galicia de 18 de febrero de 2022, cit.

<sup>72</sup> Según la norma en vigor al tiempo de la denegación por la empleadora (septiembre de 2021) la horquilla se situaba entre los 626 y los 6.250€, que se han actualizado a las cuantías de 751 y 7.500€.

<sup>73</sup> Recud. 4322/2019. En el apartado 3 de su FJ Tercero afirma que: “la sentencia recurrida debió de haber estimado la pretensión de reconocer en favor del trabajador una indemnización por daños morales, al ser suficiente a tal efecto las alegaciones que sobre este particular se exponen en el escrito de demanda, no siendo necesariamente exigible (...)”

vulneración de un derecho fundamental, aun cuando el demandante no hubiera precisado en su demanda las bases de cálculo de dicha indemnización. Sin embargo, nada se indica, ni en esta ni en otras resoluciones, sobre el carácter “disuasorio” de la indemnización impuesta. A tal efecto, quizás hubiera sido conveniente alguna mención relativa al carácter pertinaz, o no, de la conducta impugnada o si esta ha afectado a más trabajadores, entre otros factores capaces de modular la cuantía indemnizatoria como vía para evitar que la conducta impugnada pueda reiterarse en el futuro.

### 3. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>. A.: “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 11, 2019.
- CABEZA PEREIRO, J.: “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de Derecho Social*, n.º 92.
- “La Directiva (UE) 2019/1158 y su transposición al derecho interno”, en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. y MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M<sup>a</sup>.: *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Barcelona, Bosh, 2021.
- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E.: “¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 1, 2017.
- “Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislación y juez”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 10, 2010.
  - “La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género: la conciliación de la vida privada y la vida laboral”, *Documentación Laboral*, n.º 117, 2019.
- DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.: “Conciliación, régimen de turnos y adaptación de la jornada de trabajo”, *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 9.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “Conciliación de responsabilidad de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 12, 2020.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 9, 2019.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 8, 2019.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: “La nueva regulación de la adaptación de jornada con fines de conciliación. ¿Hasta dónde llega el avance?”, *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 12, 2020.
- OCDE, “¿Busca ayuda? Proporcionar y pagar cuidados de larga duración”, 2011 (<https://www.oecd.org/els/health-systems/47902750.pdf>).
- “Caregiving in crisis: Gender inequality in paid and unpaid work during COVID-19”, 2021 (<https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/caregiving-in-crisis-gender-inequality-in-paid-and-unpaid-work-during-covid-19-3555d164/>).
- PÉREZ DEL PRADO, D.: “Teletrabajo y negociación colectiva: retribución y asunción de costes por la empresa”, en CCNCC, *Teletrabajo y negociación colectiva. XIII Jornada de Estudio sobre negociación colectiva*, Madrid, 2022.
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: “Negociación colectiva en el teletrabajo: conciliación y flexibilidad en el tiempo de trabajo”, en CCNCC, *Teletrabajo y negociación colectiva. XIII Jornada de Estudio sobre negociación colectiva*, Madrid, 2022.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por COVID-19”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 4, 2020.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “La tutela judicial de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: una reconsideración a la luz de su dimensión constitucional”, en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. y MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M<sup>a</sup>. (Dir.): *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Barcelona, Bosh, 2021.

---

una mayor concreción en la exposición de parámetros objetivos de muy difícil cumplimiento en atención a la propia naturaleza de los daños morales reclamados”.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción Social: Luces y sombras del proceso de movilidad geográfica”, *IUSLabor, Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, [en línea], n.º 1, 2022 <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2022.i03.08>.