nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

El derecho a la reducción de jornada no comprende el cambio del sistema de trabajo a turnos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2023)

The right to reduced working hours does not include the change of the system of shiftwork (Comment on the Ruling of the Supreme Court of 21 November 2023)

Raquel Coterillo Laso *Investigadora predoctoral*
Universidad de Cantabria
https://orcid.org/0009-0007-6974-1922

Cita Sugerida: COTERILLO LASO, R. «El derecho a la reducción de jornada no comprende el cambio del sistema de trabajo a turnos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2023)». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 213-230.

Resumen

La STS de 21 de noviembre (Rec. 3576/2020) aborda uno de los debates más vivos en el ámbito de la conciliación laboral y familiar, al tiempo que establece un precedente para futuras decisiones. En concreto, se trata de definir el alcance del derecho a la reducción de jornada por guarda legal y determinar si este derecho implica la posibilidad de aplicar tal reducción al sistema de trabajo a turnos de una trabajadora, de modo que pueda realizar su jornada laboral en un único turno, en contraposición a los turnos alternos de mañana y tarde que realizar. Con este propósito, se debe examinar si la configuración legal de este derecho plantea alguna dificultad interpretativa o, por el contrario, es clara y no genera dudas en relación al derecho y condiciones para su ejercicio.

Palabras clave

Reducción de jornada; Turno de trabajo; Conciliación laboral y familiar; Adaptación de jornada; Corresponsabilidad

Abstract

The Ruling of the Supreme Court of 21 November 2023 (Appeal number 3576/2020) addresses one of the most lively debates in the field of work-family balance, while setting a precedent for future decisions. Specifically, it is a about defining the scope of the right to reduced working hours for legal guardianship and determining whether this right implies the possibility of applying such a reduction to a worker's shift work system, so that she can work a single shift, as opposed to the alternating morning and afternoon shifts that she used to do. For this purpose, it must be examined whether the legal configuration of this right poses any interpretative difficulties or, on the contrary, is clear and does not raise doubts regarding the right and conditions for its exercise.

Keywords

Reduction of working hours; Work shift; Work-life balance; Adaptation of working hours; Co-responsibility

1. GÉNERO Y CONCILIACIÓN: UN ANÁLISIS SOCIAL Y JURÍDICO

1.1. La persistencia de la «doble jornada» en la actualidad

1.1.1. La maternidad como obstáculo profesional

El presente estudio aspira a abordar el alcance del derecho a la reducción de jornada por guarda legal que se ha definido en sede judicial. Actualmente, la conciliación laboral y familiar sigue representando uno de los principales desafíos para las personas trabajadoras, especialmente para las mujeres. La práctica de conciliar su trabajo con las responsabilidades familiares y domésticas, que siguen recayendo mayoritariamente en ellas, obliga a estas a disfrutar en mayor medida de los permisos conciliatorios, como la reducción de jornada. Este postulado inicial obliga a realizar

Fecha Recepción: 27/12/2023- Fecha Revisión: 18/01/2024 - Fecha Aceptación: 06/02/2024
Págs. 213-230

previamente un análisis al contexto para entender mejor la problemática abordada por la sentencia objeto de comentario.

La efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, —problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas—, todavía no se ha alcanzado. Una de las principales causas radica en la persistente amenaza de pérdida empleo o degradación de condiciones laborales para las mujeres trabajadoras como consecuencia de la maternidad, constituyendo posiblemente el desafío más apremiante, junto con la desigualdad salarial, en la actualidad laboral[1]. La tensión entre los elementos que se configuran como indicios de discriminación, y la resistencia empresarial, que se articula mediante la justificación objetiva y razonable de la decisión extintiva, alejada de todo móvil discriminatorio, es resuelta en sede judicial. Así, se ha configurado una sólida doctrina constitucional que establece que la discriminación por razón de sexo no solo comprende aquellos tratamientos basados únicamente en el sexo de la persona perjudicada, sino también aquellos que se fundamentan en la presencia de condiciones que guardan una relación directa e inequívoca con el sexo de la persona[2]. De esta manera, se configura una especial relación entre el embarazo y su incidencia en las condiciones laborales de la mujer, por tratarse de un elemento diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, impacta exclusivamente sobre las mujeres[3].

El ordenamiento jurídico trata de compensar la disparidad existente entre hombres y mujeres en el ámbito laboral mediante la concesión de derechos específicos a las mujeres, vinculados a la maternidad, y otros reconocidos a ambos progenitores, pero que terminan incidiendo, por razones sociales, de modo singular en ellas, como demuestran los datos estadísticos[4]. No debe ignorarse que la expresa prohibición de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad que la sociedad y el sistema jurídico han impuesto a las mujeres. Esto ha sido unánimemente admitido por la doctrina científica, y se desprende de los antecedentes parlamentarios del artículo 14 CE.

La protección de la mujer no debe limitarse únicamente a su condición biológica durante y después del embarazo, ni a las interacciones entre ella y su hijo en el período posterior al parto. Más bien, debería extenderse al ámbito específico del desarrollo y las vicisitudes de la relación laboral, de modo que condicione las facultades organizativas y disciplinarias del empleador con el propósito de prevenir las consecuencias físicas y psicológicas derivadas de medidas discriminatorias en la salud de la mujer, al tiempo que preservar todos sus derechos laborales inherentes a su condición de trabajadora[5].

En este sentido, la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, constituyendo la minusvaloración o el perjuicio causado por la maternidad un supuesto de discriminación directa por razón de sexo[6]. En el

[1] Pacheco Zerga, L.: "La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social", *Revista IUS*, vol. 6, núm. 29, 2012, pp. 110-11.

[2] STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 5.

[3] STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 6.

[4] SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 7; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6; 3/2007, de 15 de enero, FJ 5.

[5] Así lo ha recogido el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 17/2003, de 30 de enero, reproducido por todas: STJ Madrid 441/2023, de 5 de mayo (Rec. 165/2023), FJ 10; STSJ Cataluña 664/2023, de 3 de febrero (Rec. 4763/2022), FJ 2; STSJ Madrid 1028/2022, de 16 de noviembre (Rec. 584/2020), FJ 7; STSJ ICAN, de 29 de septiembre (Rec. 1004/2022), FJ 3; STSJ Cataluña 5362/2022, de 17 de octubre (Rec. 2958/2022), FJ 2; STSJ Canarias 984/2022, de 29 de septiembre (Rec. 1004/2022), FJ 3; STSJ Galicia 4025/2022, de 8 de septiembre (Rec. 2886/2022), FJ 4; STSJ ICAN 666/2022, de 10 de junio (Rec. 1979/2021), FJ 3; STSJ Madrid 304/2022, de 28 de abril (Rec. 837/2021), FJ 5; STSJ Madrid 260/2022, de 16 de marzo (Rec. 4/2022), FJ 4.

[6] STC 182/2005, de 4 de julio, (Rec. 2447/2002), FJ 4.

ámbito laboral, la maternidad se sigue presumiendo como un perjuicio económico para el empleador, y un obstáculo en el transcurso de la carrera profesional de las empleadas. En esta situación, la mujer se encuentra con dos opciones –igualmente reprobables–: la primera es renunciar a la maternidad, y la segunda es renunciar al trabajo. Sobra decir que esta disyuntiva debe erradicarse de forma inmediata, de forma que la mujer pueda elegir libremente realizarse en ambas funciones, sin que ninguna de las decisiones menoscabe su proyecto personal y vital, ni su proyección profesional.

La mayor dificultad que enfrenta la mujer para avanzar profesionalmente y mantenerse en el mercado laboral, dados los obstáculos relacionados con la falta de corresponsabilidad y la incorrecta valoración de los puestos de trabajo, ya no es una cuestión sujeta a controversia. Tanto la legislación como la jurisprudencia han abordado el fenómeno femenino de la «doble jornada», que explica la problemática que enfrentan las mujeres para avanzar en sus carreras profesionales, ya que disponen de menos tiempo para dedicar al trabajo, al continuar asumiendo las responsabilidades del hogar y el cuidado de los hijos.

Esta situación, que persiste en la actualidad, explica por qué los hombres suelen experimentar un mayor número de ascensos en comparación con sus colegas femeninas, especialmente en aquellos nombramientos de libre designación que son decididos por el propio superior, sin seguir un proceso imparcial y meritocrático, sino más bien motivado por intereses empresariales o económicos puros. En general, estos intereses no están alineados con la efectiva protección de las trabajadoras embarazadas o madres, quienes históricamente han sido consideradas difíciles de promocionar debido a los costes económicos asociados.

El temor del sector empresarial a verse privado de esta mano de obra durante el periodo de embarazo y los permisos y excedencias posteriores, así como las complicaciones que surgen al diseñar horarios con reducciones y adaptaciones de jornada, influyen injustamente en la selección de personal y en los procesos de promoción. En consecuencia, el CESE ha resaltado, en diversas ocasiones, la urgencia de desvincular las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar de las mujeres y extenderlas también a los hombres. De no hacerlo, estas medidas destinadas a proteger a la familia, y en particular a la maternidad, sin un reparto equitativo de responsabilidades, generarán inevitablemente un perjuicio indirecto para las mujeres. La implementación del Real Decreto 6/2019, de 1 de marzo, responde a esta necesidad de garantizar que los trabajadores varones también puedan beneficiarse de estas medidas, evitando que recaigan exclusivamente en las mujeres. A su vez, busca cambiar la percepción de la gestión de recursos humanos para que deje de considerar la contratación de mujeres como algo oneroso[7].

1.1.2. La feminización de los cuidados en cifras

Los datos hablan por sí mismos. En 2021, las tasas de empleo de las mujeres (25 a 49 años) con hijos menores de 12 años fueron menores a las tasas de empleo de las mujeres de la misma edad sin hijos (69,7% y 74,7%, respectivamente). En el caso de los hombres sucede lo contrario, las tasas de empleo de los hombres de 25 a 49 años con hijos fueron superiores a las de los hombres de la misma edad sin hijos (89,7 y 83,6%, respectivamente). El comportamiento para mujeres y hombres de 25 a 54 años con hijos de 6 a 14 años es el mismo que en el caso anterior[8]. Según la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015, el 33,9% de las mujeres empleadas destinan cuatro horas diarias al cuidado y la educación de hijos o nietos, mientras que el 36,7% de los hombres empleados dedican

[7] Abril Stoffels, R.: "El coste de la no conciliación en el ámbito del empleo", *El Comité Económico y Social Europeo y la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral,* Madrid, CEU Ediciones, 2012, pp. 52-53.

[8] Instituto Nacional de Estadística (INE), "Mujeres y hombres en España", Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, 2022, p. 38.

dos horas diarias a esta actividad. Además, el porcentaje más alto (43,3%) de las mujeres trabajadoras que realizan tareas domésticas y de cocina dedica dos horas diarias a estas labores. En el caso de los hombres, el 42,5% dedica una hora diaria a estas mismas tareas.

Entre las mujeres empleadas, el 47,4% realiza diariamente actividades de cuidado y educación de sus hijos o nietos, mientras que, entre los hombres empleados, este porcentaje es del 31,5%. En cuanto a las tareas domésticas y de cocina, un 77,5% de las mujeres trabajadoras las realiza diariamente, en comparación con un 32,9% de los hombres empleados. Además, solo un 2,3% de las mujeres y un 15,4% de los hombres afirma nunca haber realizado estas actividades.

Los hombres que no tienen hijos y cuyas parejas trabajan destinan 8,7 horas semanales a actividades de trabajo no remunerado, mientras que las mujeres en la misma situación dedican casi el doble (16,4 horas) a estas labores. En el caso de hombres con hijos y parejas que trabajan, dedican 20,8 horas semanales a actividades de trabajo no remunerado, en contraste con las 37,5 horas que dedican las mujeres en la misma situación[9]. Según datos recopilados en 2021, el 24,4% de las mujeres empleadas (de 25 a 54 años) con un hijo trabajan a tiempo parcial, en contraste con el 4,1% de los hombres. En el caso de tener tres o más hijos, los porcentajes son del 25,5% para las mujeres y del 5% para los hombres[10].

La Encuesta de Población Activa (EPA) del año 2018 indica que el 28,13% de las personas de 18 a 64 años con algún hijo propio o de la pareja, abandonaron su trabajo en algún momento con la intención de cuidar de sus hijos. El 86,93% de los hombres lo interrumpieron en un período de seis meses como máximo. En cambio, las mujeres distribuyeron más ampliamente los periodos de interrupción: el 49,87% lo interrumpió durante seis meses, el 20,87% entre seis meses y un año, y el 9,36% entre un año y dos. El 17,70% de las mujeres lo interrumpieron por más de dos años, en comparación con el 2,76% de los hombres[11]. Además, el 5,58% de las mujeres optaron por abandonar su empleo, en comparación con el 2,31% de los hombres. En cuanto a la reducción del tiempo de trabajo, esta elección fue tomada por el 1,10% de las mujeres y el 0,5% del total de hombres[12].

En el escenario europeo, la situación entre hombres y mujeres es similar a la descrita. Según los últimos datos disponibles, existe un mayor porcentaje de mujeres que de hombres que cuidan de otras personas a diario, 37% frente al 24,6%. El porcentaje de mujeres que realizan tareas domésticas a diario es muy superior al de los hombres (77,9% frente a 31,6%). Según los datos de la Encuesta de Calidad de Vida del año 2016, las mujeres europeas destinan más tiempo semanal al cuidado y las tareas del hogar en comparación con los hombres. En particular, en el cuidado y la educación de los hijos, las mujeres dedican casi el doble de horas semanales, con 38 horas frente a las 21 horas de los hombres. En cuanto al cuidado de familiares, vecinos o amigos enfermos, las mujeres emplean más horas en promedio que los hombres.

La situación expuesta ayuda a comprender las dinámicas actuales que hombres y mujeres siguen al ausentarse de su trabajo para dedicarse a los cuidados. Los datos de 2021 revelan que el 87,39% de las personas que se beneficiaron de excedencias por cuidado de hijas/os fueron mujeres. Esta tendencia se repite en las solicitudes de excedencias por cuidado de familiares, donde un 79,50% corresponde a mujeres, aunque se observa un aumento en el porcentaje de hombres en los

[9] *Ibidem*, p. 279.
[10] *Ibidem*, p. 287.
[11] Instituto Nacional de Estadística (6 de junio de 2019). *Encuesta de Población Activa (EPA) Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y la familiar. Año 2018.* [Nota de prensa]. p. 5. https://ine.es/prensa/epa_2018_m.pdf
[12] *Ibidem*, p. 7.

últimos años[13]. Los datos más recientes de la Encuesta de Población Activa (EPA) correspondientes al último trimestre vuelven a poner de manifiesto el desigual reparto entre hombres y mujeres en las responsabilidades de cuidado, forzando a las mujeres a abandonar el ámbito laboral. De las 64.000 mujeres que dejaron de trabajar para cuidar de niños, adultos, enfermos, incapacitados o mayores (un 92% del total), solo 5.600 hombres tomaron la misma decisión. En cuanto a la razón de no buscar empleo, se observa que 638.400 mujeres no están buscando empleo debido a sus responsabilidades de cuidado (un 92,1% del total), mientras que esta cifra es de 55.000 para los hombres[14].

Los datos presentados evidencian que la doble jornada femenina sigue siendo el principal factor que obstaculiza el desarrollo profesional de las mujeres. Ante la ausencia de una distribución equitativa de responsabilidades en el cuidado, ya sea de hijos u otros familiares, las mujeres se ven obligadas a solicitar, en mayor medida que los hombres, excedencias por cuidado de hijos o familiares, así como otros permisos conciliatorios vinculados al ámbito de los cuidados, como la reducción de jornada, el permiso por cuidado de bebé lactante, o la adaptación de jornada. Incluso, se ven forzadas a abandonar, ya sea de forma temporal o permanente, el mercado laboral para dedicarse a responsabilidades de cuidado, así como a tareas domésticas. Por esta razón, estos derechos asociados a los cuidados deben configurarse e interpretarse desde una perspectiva de género, de modo que aborden esta problemática desde la corresponsabilidad, instando a los trabajadores varones a disfrutar de estos permisos en términos equitativos a sus compañeras, con el fin de terminar con la feminización de los cuidados y lograr una participación equilibrada de ambos en el mercado laboral.

1.2. Análisis del derecho a la reducción de jornada desde una perspectiva de género

1.2.1. La reducción de jornada como derecho conciliatorio

La conciliación entre la vida laboral y familiar constituye un desafío que recae de manera más significativa en las mujeres que en los hombres, como indican las estadísticas. Los datos revelan que son las mujeres quienes recurren con mayor frecuencia a los permisos legalmente establecidos para equilibrar sus responsabilidades tanto laborales como familiares. Consciente de esta realidad, el legislador ha implementado ciertas medidas, como la unificación de los permisos de maternidad y paternidad en uno solo: la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo, con la obligación para ambos progenitores de dedicar 16 semanas a su cuidado.

La voluntad del legislador de corregir esta situación genera optimismo en cuanto a la posibilidad de que la corresponsabilidad se convierta finalmente en una realidad. Sin embargo, otras medidas, como la excedencia para el cuidado de hijos y/o dependientes, y la reducción de jornada por razones de guarda legal, ponen de manifiesto cómo las mujeres continúan enfrentándose a la disyuntiva de elegir entre su carrera profesional o vida familiar, al reducir su jornada o abandonar temporalmente su puesto de trabajo para dedicarse al cuidado de hijos y/o familiares.

Con este escenario planteado, la incorporación de la perspectiva de género en el análisis sobre la interpretación y configuración de una de las principales medidas de conciliación en el trabajo, como es la reducción de jornada por cuidado de hijos, se vuelve indispensable. El tema central de este estudio es analizar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2023 (Rec. 3576/2020), que sienta doctrina sobre los límites de la configuración de esta medida, de modo que su disfrute no permite pasar de un sistema de trabajo a turnos a uno único fijo. No obstante, antes de

[13] Instituto de las mujeres, "Principales indicadores estadísticos igualdad (Febrero 2023)", Ministerio de Igualdad, 2023, pp. 11-12.

[14] *Ibidem*, p. 13.

adentrarnos en el análisis detallado de esta sentencia, resulta apropiado esbozar algunas ideas sobre el contenido de esta medida.

El derecho a la reducción de jornada se encuentra regulado en el artículo 37, apartado 6, del Estatuto de los Trabajadores. Según este precepto, tanto los trabajadores hombres como mujeres tienen el derecho a reducir su jornada laboral para el cuidado de un hijo menor de 12 años, con la correspondiente disminución proporcional del salario. Para hacer uso de este permiso, deben notificar al empleador su intención con, al menos, 15 días de antelación, especificando en la solicitud tanto el periodo en que planean disfrutar del permiso como la distribución horaria dentro de la jornada laboral. La reducción de la jornada debe oscilar entre un octavo y la mitad de la jornada ordinaria de trabajo. La persona trabajadora puede solicitar la reducción de jornada y la concreción del horario que mejor le convenga, pero la empresa tiene el derecho a negarse si la distribución horaria solicitada le resulta perjudicial por razones técnicas u organizativas. De este modo, es la persona trabajadora la que presenta la propuesta de reducción de jornada, siendo responsabilidad de la empresa negociar y ofrecer alternativas, sin imponer un horario específico durante el proceso de negociación de la reducción de jornada. Tampoco puede objetar la reducción de jornada ni el porcentaje de reducción propuesto; su capacidad de objeción se limita al horario seleccionado por el/la empleado/a, en cuyo caso deberá presentar una alternativa.

Esta reducción diaria de la jornada laboral puede disfrutarse cuando la persona trabajadora tiene a su cargo a un menor de 12 años (aunque la negociación colectiva puede establecer una edad superior), con la consecuente disminución proporcional del salario. La concreción de esta reducción se llevará a cabo dentro de la jornada ordinaria de la persona trabajadora, es decir, en el horario que esta realiza al momento de solicitar la reducción, independientemente del horario establecido en el contrato de trabajo, el de sus compañeros o el horario de apertura del centro de trabajo. Además, esta reducción debe ser diaria; es decir, el/la trabajador/a deberá reducir su jornada todos los días, sin posibilidad de alternar días o acumular horas para eliminar un día de trabajo, a menos que exista un acuerdo con la empresa o disposición convencional. Por ejemplo, en el caso de la empresa Solvay, sus trabajadores/as podrán exigir a la empresa la acumulación en jornadas completas o medias jornadas o bien jornada continuada, ya que su Plan de Igualdad así lo establece[15]. Esta reducción puede solicitarse independientemente del tipo de contrato o antigüedad, siendo un derecho que no puede ser limitado por convenio ni por imposiciones de la empresa.

La reducción de jornada constituye un derecho individual de las personas trabajadoras, pero si dos o más trabajadores/as de una empresa generan este derecho debido a un mismo sujeto causante, el empresario puede limitar el ejercicio simultáneo de la reducción de jornada, siempre y cuando existan razones justificadas de organización en la empresa. Respecto al despido de los/as trabajadores/as que hayan solicitado o estén disfrutando de esta reducción, se considerará nulo, obligando a la empresa a readmitir al trabajador/a en su actual puesto de trabajo en las mismas condiciones. De esta manera, la persona trabajadora con reducción de jornada por cuidado de un hijo o familiar goza de una doble protección ante el despido. En caso de despido objetivo, la empresa deberá justificar las causas del despido y, además, acreditar por qué ha despedido a ese empleado/a y no a otro/a. Esto no implica la existencia de una preferencia en el puesto de trabajo, pero sí exige la desvirtuación del posible móvil discriminatorio.

El reforzamiento de estos derechos por vía del reconocimiento de su dimensión constitucional aparece como un elemento básico de su desarrollo. Reche (2014) divide la evolución jurisprudencial

[15] "Toda trabajador/a que tenga derecho a reducción de jornada de acuerdo con el artículo 51.1 del CGIQ puede acogerse a la acumulación en jornadas completas o medias jornadas, o bien puede acogerse a una jornada continuada, siempre que en este último caso las necesidades del servicio lo permitan".

de esta materia en tres etapas, marcadas por tres sentencias paradigmáticas: la primera vinculada a la protección del menor y la familia (STS de 20 de julio de 2000), una segunda que conecta los derechos de conciliación con las responsabilidades familiares y personales ex. art. 14 CE (STC 26/2011, de 14 de marzo), y una tercera que dirige el enfoque hacia la tutela de la mujer, sin cuestionar su rol tradicional (STC 3/2007, de 15 de enero)[16].

En esta última sentencia, el Tribunal Constitucional establece que la dimensión constitucional de las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. En consecuencia, concluye que la negativa a reconocer la reducción de jornada solicitada por una trabajadora, sin analizar en qué medida dicha reducción resulta necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve, ni cuáles son las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, es un obstáculo injustificado para la compatibilidad de la vida profesional de la trabajadora con su vida familiar y, en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo[17].

Según Rodríguez (2015), el Tribunal Constitucional aún se mueve con titubeos dogmáticos al evaluar los parámetros constitucionales de la igualdad y los derechos, siendo cómplice de esta resistencia, especialmente en el ámbito de la corresponsabilidad familiar, donde se limita a verificar si los tribunales de la jurisdicción social han incorporado o no la dimensión constitucional de la conciliación en sus razonamientos, sin profundizar en si lo han hecho de manera conforme a los parámetros constitucionales. De igual modo, se abstiene de evaluar la posible infracción constitucional por violación del artículo 14, en conexión con el artículo 39 CE, en el caso de que se haya considerado esta dimensión, independientemente de la forma en que se haya tenido en cuenta[18]. Este aspecto no se aborda en la STC 24/2011, de 14 de marzo (Rec. 1091/2009), en el que una trabajadora, madre de una hija recién nacida y con turnos rotativos, solicita a la empresa la adscripción permanente al turno de mañana, en virtud de su derecho de adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo. La empresa rechaza la solicitud argumentando que implica modificar su jornada habitual, por lo que recurre a la jurisdicción social para defender su derecho a no ser discriminada por razón de género, al considerar que se le ha privado del disfrute de un derecho vinculado estrechamente a la conciliación entre la vida familiar y laboral. Sin embargo, el amparo es denegado al no apreciarse una vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de género.

A diferencia del supuesto objeto de la STC 3/2007, la trabajadora solicita la adaptación de la jornada de trabajo, la cual tiene como requisito cumplir con los términos establecidos en la negociación colectiva o en el acuerdo alcanzado con el empleador, requisito que no se cumple en el presente caso. Ciertamente, la trabajadora no solicita a la empresa una reducción de su jornada laboral para el cuidado de su hija al amparo del art. 37.5 LET, como sí ocurre en el supuesto que se enjuicia en la STC 3/2007, sino que, estando sujeta a un régimen de turnos rotativos, solicita obtener su adscripción permanente al turno de mañana para poder cuidar mejor a su hija recién nacida, aduciendo como fundamento de su petición el art. 34.8 LET[19].

[16] Reche Tello N.: "Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, 2014, p. 221.

[17] FJ 6.

[18] Rodríguez Ruiz, B.: "La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, p. 364.

[19] FJ 3.

Rescato esta sentencia porque arroja luz sobre una de las cuestiones que posteriormente se analizará en la sentencia que da origen a este comentario. En ella, el Tribunal Constitucional establece que esta doble regulación jurídica, referida al ámbito de la reducción y la adaptación de la jornada no debe confundirse, de modo que se distinga entre la posibilidad de solicitar una reducción de jornada para el cuidado de hijos con la consiguiente reducción de salario –lo que supone el reconocimiento de un derecho exigible al amparo del art. 37.5 LET – de aquellos otros supuestos en los que se pretende una adaptación de la duración y distribución de la jornada a las concretas necesidades del trabajador/a. Este último tiene apoyo en un precepto diverso: el artículo 34.8 LET, que, a diferencia del anterior, condiciona los cambios pretendidos en la jornada sin reducción de ésta ni de salario a la existencia de un pacto colectivo o individual (FJ 3). Con este razonamiento, el Tribunal pretende establecer una distinción entre dos derechos que, si bien responden a situaciones similares, se configuran de manera diferente. Por lo tanto, si un empleado desea solicitar un cambio en su horario laboral para trabajar en un turno específico, la vía adecuada para lograrlo no sería la referida a la reducción de jornada, sino la adaptación de jornada (mediante el correspondiente acuerdo o pacto).

1.2.2. La construcción moderna del género en el ámbito de la conciliación

Las consideraciones del Tribunal Constitucional acerca del papel de las mujeres en la familia presiden su jurisprudencia sobre la dimensión constitucional de la conciliación en el terreno laboral. Estas reflexiones reavivan la cuestión sobre la influencia que tienen en la perpetuación de la construcción moderna del género. Sin duda, la mejor manera de contrarrestar este riesgo es cuestionar la construcción moderna de la masculinidad. El Tribunal tuvo oportunidad de hacerlo en la STC 26/2011, de 14 de marzo. En esta ocasión, el Tribunal abordó un recurso de amparo relacionado con la denegación de una solicitud de reducción de jornada presentada por un hombre. Esta particularidad brindó al Tribunal la oportunidad de abordar la dimensión constitucional no solo de la conciliación entre la vida familiar y laboral, sino también de la necesidad de orientarla hacia la corresponsabilidad entre hombres y mujeres. El recurrente alegaba que el rechazo de su pretensión implicaba convertir, no a él, sino a su esposa, en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender el cuidado de los hijos. No obstante, y esto es lo interesante, el Tribunal concluyó que resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo, pues *el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres"* (FJ 4). Ello no le impide configurarlo desde la perspectiva del mismo derecho fundamental a la no discriminación, pero en relación con otro de los motivos de prohibición de discriminación previstos en el art. 14 CE, concretamente el referido a las circunstancias personales o sociales. Al fin y al cabo, lo que aquí se plantea es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la denegación de la solicitud del trabajador demandante para la asignación de un horario nocturno podría perjudicar la efectiva conciliación entre su vida familiar y laboral (FJ 5). Así, con el fin de hacer ambas consideraciones compatibles, construye la prohibición de discriminación por circunstancias familiares, de manera que protege por igual ambos sexos, logrando complementar el alcance de la primera sin diluir su cometido de poner fin a la discriminación estructural de las mujeres, y tratando de evitar que los hombres se mantengan en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental[20].

En un primer análisis, podríamos afirmar que esta sentencia marca un significativo avance en contra de la asignación tradicional de roles en el ámbito familiar, destacando su relevancia social, ya que el Tribunal Constitucional refleja las nuevas realidades y demandas de los padres varones,

[20] *Ibidem*, pp. 365-367.

de la familia y de la sociedad en general[21]. Sin embargo, parte de la doctrina sugiere que podría haber profundizado aún más en esa dirección[22]. También se argumenta que denegar la solicitud de conciliación familiar y laboral a los varones tiene un carácter discriminatorio que afecta la construcción de roles de género. En este sentido, la histórica relegación de los hombres en el cuidado de hijos e hijas contribuye a la construcción del género que les confiere un poder estructural sobre las mujeres[23].

Otros, como Perán Quesada, sostienen que la sentencia muestra de modo paradigmático la aptitud del Tribunal, de modo que, *al manifestarse lo hace reproduciendo las cautelas y las dudas que el propio legislador ha incorporado en un desarrollo normativo condicionado y condicionante* […] e, incluso, *conservador en su normativización, lo que ha merecido algún reproche de la jurisdicción comunitaria*"[24]. Por otro lado, si bien reconoce un avance en el reconocimiento implícito de la interrelación entre la división sexista de los roles familiares y el disfrute diferenciado en las medidas conciliatorias, lo hace a través de una doctrina poco sólida, *que empequeñece el marco jurídico puesto en juego y que además puede poner en riesgo su transcendencia jurídica dado la poca seguridad que aporta su razonamiento*"[25].

También hay voces que cuestionan la falta de conexión entre la discriminación por circunstancias familiares, específicamente en casos de menoscabo en la conciliación laboral y familiar, con la discriminación por género[26]. Reche (2014) argumenta que las discriminaciones experimentadas tanto por mujeres como por hombres en el ejercicio de los DCPL (derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral) deberían atribuirse a una única causa discriminatoria: la discriminación por razón de género. Así, sería más apropiado considerar esta causa discriminatoria como un nuevo desarrollo de la prohibición de discriminación por razón de sexo, en lugar de incluirla en la cláusula general del artículo 14 CE, que abarca discriminaciones por cualquier otra condición o circunstancia personal o social[27]. Cabeza y Fernández (2011) comparten este criterio y añaden que recurrir a la cláusula general de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" podría aumentar la inseguridad jurídica. Del mismo modo, ignorar la discriminación por razón de género desde la perspectiva de la corresponsabilidad podría hacer que los organismos encargados de aplicar las normas pasen por alto esta problemática. Por ende, estos autores sugieren que sería más prudente optar por marcos jurídicos más establecidos y adherirse a doctrinas consolidadas, evitando así la posibilidad de emprender caminos que, a la larga, carezcan de resultados efectivos[28].

La construcción jurisprudencial de la discriminación por circunstancias familiares es incluso cuestionada como una discriminación "artificiosa". Esto genera tensiones en la doctrina, ya que muchos sostienen que, en una situación hipotética donde existiera un reparto equitativo de tareas,

[21] No obstante, pese a la relevancia de su fallo, autores como García Rubio, Mª A.: "Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2011, también consideran que la fundamentación de la sentencia "peca de excesiva parquedad en su razonamiento y en los argumentos manejados" (p. 8).

[22] Miñarro Yanini, M.: "Prohibición de discriminación por circunstancias familiares versus división sexista de roles en la pareja. El afortunado reconocimiento a nivel constitucional del papel del padre en el cuidado de la prole", *Revista de derecho social*, núm. 56, 2011, p. 162.

[23] Rodríguez Ruiz, B.: "La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía", *Revista española de derecho constitucional*, núm. 103, 2015, p. 373.

[24] Perán Quesada, S.: "La necesaria configuración jurídica de la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional", *Revista de Derecho Social*, núm. 66, 2014

[25] Ídem.

[26] Rey Martínez, F.: "Igualdad y prohibición de discriminación de 1978 a 2018", *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 139.

[27] Reche Tello, N., *Op. Cit.,* p. 255.

[28] Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prieto, M., "Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2011, p. 23.

debería seguir protegiéndose tanto a mujeres como a hombres para que ambos pudieran conciliar la vida familiar y laboral. En otras palabras, se trata más de salvaguardar a todas las personas que desempeñan labores de cuidado, lo que justifica la introducción de esta "nueva" categoría de discriminación[29].

2. LA STS DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2023 (REC. 3576/2020)

2.1. Objeto de la litis y recorrido judicial

La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora se centra en el alcance de la reducción de jornada por cuidado de hijo. En concreto, se trata de determinar si el derecho a la reducción de jornada por guarda legal de un menor conlleva la posibilidad de aplicar dicha reducción al sistema de trabajo a turnos de una trabajadora, de modo que esta pueda desempeñar su jornada en un único turno, en lugar de los turnos alternos de mañana y tarde que solía realizar.

La demandante, empleada con contrato laboral indefinido a tiempo completo y categoría de Auxiliar Administrativa en la empresa demandada, es madre de una niña nacida en 2014. Después de una excedencia de 4 años, al regresar al trabajo, solicitó una reducción de jornada a 4 horas diarias en un turno fijo de mañana. Aunque su horario normalmente consiste en turnos alternos de mañana y tarde, de 8 a 15 horas y de 15 a 22 horas, la empresa aceptó la reducción de jornada por razones familiares, pero rechazó la concreción horaria solicitada. Argumenta que la jornada de la demandante está programada en turnos rotativos de mañana y tarde de lunes a sábados, y en algunos domingos específicos, y que la reducción de jornada debe aplicarse en cada turno de trabajo correspondiente, alegando también razones organizativas y productivas, ya que la concreción horaria propuesta generaría una descompensación de personal.

El centro de trabajo tiene un horario de apertura de 9 a 22 horas y cuenta con una plantilla de 89 empleados, que incluye un comité de empresa. De estos, 15 trabajadores tienen una reducción de jornada por razones familiares. Dos de ellos están asignados a tareas administrativas y trabajan en el turno de la mañana, mientras que una tercera persona trabaja en el mismo turno debido a ser víctima de violencia de género. Los demás empleados realizan turnos rotativos de mañana y tarde.

La demandante trabajó en funciones administrativas hasta 1999 y, desde entonces, ocupa el puesto de vendedora en la sección de electrónicos. Aunque las ventas están equilibradas entre la mañana y la tarde, existe una mayor carga de trabajo por la tarde debido al cierre de caja. En esta área, tres trabajadores están asignados por la mañana y tres por la tarde, incluyendo dos empleados con reducción de jornada que realizan turnos alternativos de mañana y tarde.

Con fecha de 31 de mayo de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Cartagena dicta sentencia, estimando la pretensión de la trabajadora y condenado a la empresa a reconocer el derecho a la trabajadora demandante a la concreción horaria interesada por la misma y, en concreto, jornada diaria de 9:30 a 13:30 horas y de lunes a sábado. La citada sentencia es recurrida en suplicación por la empresa ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, la cual dicta sentencia en fecha 27 de enero de 2020, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa y confirmando el pronunciamiento de instancia. La empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, articulándolo en un único motivo, esto es, determinar si los trabajadores pueden concretar su jornada reducida pasando de realizar turnos de mañana y tarde a, exclusivamente, turnos de mañana, para lo que denuncia infracción de los apartados 5 y 7 del artículo 37 ET.

[29] Reche Tello, N., *Op. Cit.,* p. 247.

2.2. Derecho a la concreción horaria y modificación del trabajo a turnos

El presente estudio viene a determinar si, dentro del ámbito del derecho a la reducción de jornada por guarda legal, la persona trabajadora tiene la posibilidad no solo de disminuir su jornada laboral, sino también de especificar su horario y elegir un turno de trabajo.

Parte de la jurisprudencia ha entendido que, en principio, la especificación horaria de la reducción de jornada es un derecho individual de la persona trabajadora, que solo debería limitarse en circunstancias excepcionales, como en casos de abuso de derecho, falta de buena fe o evidente perjuicio para la empresa. Por lo tanto, se debe entender que la posibilidad de concretar la reducción en un horario fijo de la mañana, cuando la trabajadora ha estado realizando turnos rotativos de la mañana y la tarde, no implica una reducción fuera de la jornada laboral ordinaria[30]. Esta posición es compartida por diversas Salas. El TSJ de Canarias se ha pronunciado en diversas ocasiones a favor de la adscripción a un turno determinado en el marco del derecho a la reducción de jornada. Así, en sentencias de 18 de marzo de 2013 y 25 de septiembre de 2019, establece que, en los casos en que se solicita conjuntamente la reducción de jornada y la modificación de turno u horario, con independencia de que la primera de ellas haya sido reconocida por la empresa, el supuesto queda comprendido en el ámbito del artículo 37.6 ET. En este punto, entiende que excluir del marco aplicativo de dicha norma legal y *reconducir al art. 34.8 ET aquellos casos en que la empresa ha accedido a reconocer la reducción de jornada supone, no solo, de facto dejar vacío de contenido el art. 37. 6 ET, pues bastaría con que formalmente no se accediese a la reducción de jornada, para impedir el derecho a la concreción de jornada que en dicha situación reconoce a los trabajadores el indicado precepto legal, sino también, descomponer de manera artificiosa el conflicto"* [31]. Por lo tanto, sostiene que una interpretación diferente llevaría a la conclusión de que la norma se limita a instaurar un derecho sin un contenido efectivo, dejando a la persona trabajadora completamente indefenso en aquellos casos en los que haya una negativa empresarial carente de justificación para alcanzar un acuerdo que satisfaga un derecho con una clara dimensión constitucional. De manera similar, en sentencia de 12 de marzo de 2019, el Tribunal resuelve un conflicto surgido a raíz de la petición de una trabajadora para reducir su jornada laboral y concretar su horario de trabajo en la franja matinal.

En esta ocasión, no solo se subraya la imperante necesidad de adoptar una interpretación con perspectiva de género, conforme el mandato del art. 4 de la LO 3/2007, proyectada en la aplicación del derecho contenido en el art. 37.5 º y 6º del ET, en relación con el art. 1 , 9.2 º, 14 y 39 de la CE. Además, se da un paso significativo al reconocer este derecho como un derecho humano, cuya interpretación y aplicación deben regirse por el principio pro persona, que exige una interpretación garantizadora y favorable en la protección de este derecho humano, en aquellos casos en los que se involucren relaciones asimétricas entre mujeres y hombres, como sucede en el ejercicio de la mencionada conciliación laboral y familiar, ejercitado mayoritariamente por las mujeres trabajadoras. En virtud de lo anterior, y al concluir que (i) las razones que respaldan la solicitud de la trabajadora para ajustar su horario laboral, con el fin de atender las necesidades de cuidado de su hijo han sido objetivamente probadas y (ii) no se han demostrado de manera suficiente las razones de índole organizativa por parte de la empresa que justifiquen la denegación de la petición de horario matinal, se reconoce el derecho de la demandante a la concreción horaria solicitada. En consecuencia, se impone a la empresa la obligación de adecuarse a este nuevo horario, posibilitando así la conciliación entre su vida laboral y familiar[32].

[30] STSJ Murcia 113/2020, de 27 de enero (Rec. 1350/2018), FJ 4. Este criterio se reproduce en la STSJ Murcia 343/2020, de 9 de marzo (Rec. 1607/2018), FJ 3.

[31] SSTSJ Canarias 400/2013, de 18 de marzo (Rec. 244/2011), FJ 2; 996/2019, de 25 de septiembre (Rec. 765/2019), FJ 3.

[32] STSJ Canarias 255/2019, de 12 de marzo (Rec. 19/2019), FJ 3.

Esta línea doctrinal ha guiado numerosos pronunciamientos desde hace casi dos décadas. De acuerdo con ella, se viene estableciendo que la configuración y protección de la finalidad prevista por la legislación sobre la conciliación de la vida familiar y laboral permite interpretar que los trabajadores y las trabajadoras afectados tienen la facultad de concretar su horario en cualquiera de los turnos que, con carácter rotativo, vienen desempeñando. Por lo tanto, la negativa a conceder el derecho de reducir la jornada laboral para desempeñar funciones en un turno fijo, podría convertirse en un impedimento para compatibilizar la vida profesional con la vida familiar, lo que afectaría gravemente a la planificación familiar, de forma que dificultaría en gran medida la atención y cuidado de las personas a cargo, especialmente en lo que respecta a su cuidado cotidiano[33]. Esta corriente jurisprudencial se caracteriza por reconocer sin vacilaciones el derecho de los trabajadores y trabajadoras a determinar y concretar el horario en que prestarán sus servicios a lo largo de la jornada laboral, en cualquiera de los turnos rotatorios que vienen desempeñando, a fin de poder cumplir con las responsabilidades inherentes a la protección de la familia, modulándose, de esta manera, el poder de dirección y organización empresarial (art. 20 ET), siempre sujeto a los postulados del principio de buena fe en el ejercicio de dicho derecho por parte de las personas trabajadoras[34].

Debe plantearse ahora si la entrada en vigor del RDL 6/2019, de 1 de marzo, que supuso una modificación sustancial del artículo 34 ET relativo a la jornada de trabajo, reconociendo el derecho de los trabajadores a adaptar la duración y distribución de la jornada, ordenación del tiempo de trabajo, e incluso la modalidad en que se trabaja, ha obligado a esta corriente jurisprudencial a reenfocar el estado de la cuestión y cambiar de criterio, o si, por el contrario, ha mantenido la misma posición.

Para ello, veamos la postura mantenida en una reciente sentencia, con fecha de 10 de mayo de 2019, que resuelve el conflicto surgido por la denegación a una trabajadora del derecho a la concreción horaria en turno de mañana, en el marco del derecho a la reducción de jornada. En esta ocasión, se establece que, dado que el legislador de urgencia ha incorporado la adaptación de la jornada como un derecho subjetivo de la persona trabajadora, en el contexto del cuidado de hijos menores de 12 años, incluso sin necesidad de una reducción horaria, sería absurdo, a la luz de la Exposición de Motivos (artículo 3.1 del Código Civil), interpretar que este derecho de adaptación no se extienda a los casos de reducción de jornada, en los que la persona trabajadora realiza un sacrificio al perder parte de su salario. En base a ello, concluye que esta aparente discordancia entre el artículo 34 y el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, que es más aparente que real, debe resolverse considerando que también se ha extendido a la persona trabajadora el derecho de adaptación cuando se reduce la jornada. Esta consideración implica una reinterpretación de lo dispuesto en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores. De acuerdo con esta corriente doctrinal, ya no será requisito que la reducción de jornada esté limitada al horario diario previamente realizado por la persona trabajadora. En su lugar, se evaluará la viabilidad de la solicitud de esta, al sopesar el interés superior del menor y la necesidad de su cuidado, junto con los posibles perjuicios o disfunciones que esto pueda ocasionar al empresario[35].

2.3. La reducción de jornada no implica modificar el régimen de turnos

El ejercicio del derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijo ha generado diversos pronunciamientos judiciales y doctrinales, en sentidos opuestos. La falta de consenso en la doctrina judicial sobre esta cuestión hizo necesario que el Tribunal Supremo interviniera para establecer una doctrina clara y poner fin a la inseguridad jurídica generada por las distintas posturas. En algunos casos,

[33] SSTSJ Madrid 245/2009 de 17 de marzo (Rec. 5598/2008), FJ Único; 848/2011, de 27 de octubre (Rec. 6197/2010), FJ Único.

[34] SAN 25/2005, de 28 de febrero (Rec. 157/2004), FJ 4.

[35] SJSO 191/2019, de 10 de mayo (Rec. 337/2019), FJ 4.

se otorgaba amparo a quienes solicitaban concretar su jornada en un turno específico, mientras que en otros se denegaba esta adscripción al considerar que excedía los límites establecidos legalmente.

La tarea del Tribunal no era fácil, ya que debía efectuar dos análisis jurídicos. Por un lado, examinar si la configuración legal del derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijo presenta alguna dificultad interpretativa o, por el contrario, es clara y no alberga dudas hermenéuticas en cuanto al derecho y a las condiciones de su ejercicio.

2.3.1. La sentencia de contraste

La recurrente invoca de contraste la STSJ Madrid 24/2018, de 15 de enero (Rec. 936/2017), que desestima la pretensión de una trabajadora de suprimir el turno de tarde en el contexto de su derecho a la reducción de jornada. La empresa accede a la reducción de jornada, pero no admite el horario pretendido dado el puesto que ocupaba, las funciones de responsabilidad que conllevaba, y los incentivos vinculados a las mismas, ofreciéndole en otro centro de trabajo un puesto de dependienta que podía realizar, al no llevar vinculadas tales responsabilidades ni incentivos. En esta ocasión, el Tribunal entiende que no procede estimar la petición actora dado que la reducción de jornada por cuidado de hijo sólo es posible dentro de la jornada ordinaria y la pretensión de proyectar tal reducción en un único turno implica desbordar tal jornada ordinaria.

Según informa el Ministerio Fiscal, se presenta una contradicción en los términos establecidos en el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). En ambos casos, la trabajadora solicita una reducción de jornada por cuidado o guarda legal, conforme el artículo 37 ET, y ambas empresas acceden a esta reducción, mas no aceptan el cambio al régimen de trabajo a turnos, excluyendo el turno de tarde, que es lo que busca realmente la trabajadora. Las pretensiones y los fundamentos son idénticos, y los pronunciamientos son contradictorios, puesto que, mientras que la sentencia recurrida reconoce abiertamente que la reducción de jornada y la fijación de un turno específico, cuando antes se desempeñaban dos, no implica una modificación de la jornada ordinaria, la sentencia de contraste sostiene que lo solicitado supone una modificación de jornada no amparada en el artículo 37.5 del ET, ya que con ello se produce una alteración de la jornada ordinaria (FJ 2.2).

2.3.2. Normativa base del conflicto: El artículo 37.6, 7 y 34.8 ET

El análisis jurídico se centra en la interpretación de la configuración legal del derecho a la reducción de jornada por guarda legal. A la luz de la posición del Tribunal Supremo, el artículo 37 (apartados 6 y 7) no admite interpretaciones ambiguas en relación con las condiciones de su aplicación. Así, entiende que el precepto es inequívoco al facultar a la persona trabajadora a concretar las características específicas de la reducción, con un único límite: que la reducción se comprenda "dentro de su jornada ordinaria". Por lo tanto, es la trabajadora la que, en este caso, puede concretar el horario que pretende realizar, una vez ejercitado el derecho de su reducción de jornada diaria; ahora bien, esa concreción solo puede hacerse dentro de los límites de su jornada ordinaria.

El término "jornada de trabajo" hace referencia al período específico y definido durante el que la persona trabajadora está obligada a cumplir con sus responsabilidades laborales. En otras palabras, se trata del tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios por parte de la persona trabajadora, ya sea en un cálculo diario, semanal o anual, tal y como ha establecido la Sala en las sentencias de 20 de junio y 19 de marzo de 2017[36]. Por otro lado, la "jornada ordinaria" se refiere al tiempo que la persona trabajadora suele desempeñar sus labores de manera habitual, dentro de los límites establecidos legal o convencionalmente (FJ 3.2). En base a lo expuesto, el tribunal concluye que la

[36] SSTS 534/2017, del 20 de junio, (Rec. 170/2016); 229/2019, del 19 de marzo, (Rec. 30/2018).

reducción debería llevarse a cabo sin modificar el régimen de trabajo a turnos que la empleada venía realizando y que constituía una característica específica de su jornada laboral ordinaria. Esto se debe a que la previsión del artículo 35.6 del Estatuto de los Trabajadores no contempla la posibilidad de alterar el régimen ordinario de la jornada (según la STS de 18 de junio de 2008, Rec. 1625/2007), ni la modificación unilateral del sistema de trabajo a turnos (según la STS de 13 de junio de 2018, Rec. 897/2007).

Además, en este caso, es de aplicación el convenio colectivo para Grandes Almacenes, publicado en el BOE el 7 de octubre de 2017, que no introduce mejoras significativas en esta materia, ya que limita el derecho de la persona trabajadora a la concreción horaria a su régimen de trabajo ordinario, excluyendo cambios de turno y/o sistema de rotación (Art. 39. VI. 2). En este sentido, aunque contempla la situación en la que un/a trabajador/a solicita la concreción horaria fuera de su turno y jornada habituales, así como el derecho a que el empresario considere la posibilidad de concederlo en su puesto actual o mediante un cambio en área/departamento/división, e incluso, si es factible, un cambio de centro de trabajo, el convenio no establece una obligación para el empresario de concederlo, quien podrá negarse por razones organizativas o productivas y presentar alternativas más adecuadas para la situación de la empresa (Art. 39. VI. 3)[37].

Otro argumento que respalda la decisión del Tribunal de no reconocer la pretensión de la demandante es que la negativa de la empresa a aceptar la reducción de jornada con un cambio en el sistema de trabajo a turnos no parece carente de fundamento o razón, ni tampoco parece constituir fraude o abuso de derecho. Por el contrario, según lo establecido en los hechos probados, la empresa arguye razones organizativas y productivas vinculadas al hecho de que la aceptación de la solicitud resultaría en una descompensación de personal. En consecuencia, no encuentra ningún motivo para considerar que la negativa empresarial deba ser calificada como irrazonable (FJ 3.3).

Asimismo, se recoge la doctrina comunitaria para reforzar este posicionamiento, de modo que debe entenderse que la normativa española sobre conciliación laboral y familiar está en consonancia con el derecho comunitario, al establecer que la reducción de jornada debe llevarse a cabo dentro de la jornada ordinaria, sin permitir la conversión de la jornada, cambio de horario o turno. Esta interpretación se alinea con la decisión del TJUE en la sentencia de 18 de septiembre de 2019 (Asunto C-366/18), que considera que la normativa española no infringe el derecho comunitario al exigir que la reducción de jornada se realice "dentro de la jornada ordinaria", sin posibilidad de requerir, salvo por acuerdo mutuo, la transformación de una jornada partida en continuada o el cambio de horario o turno de trabajo, pasando de un sistema de turnos a un turno fijo. Además, establece que la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, que implementa el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental acordado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a una normativa nacional que reconoce el derecho del trabajador o trabajadora a reducir su jornada laboral ordinaria para cuidar directamente de menores o familiares a su cargo. Es decir, esta regulación no permite que la persona trabajadora, cuyo régimen laboral habitual sea de turnos con horarios variables, opte por un horario de trabajo fijo en virtud de dicha Directiva (FJ 4).

2.3.3. Reducción o adaptación de jornada en el cambio de trabajo a turnos

La literalidad de la normativa española no abre camino a ninguna duda o ambigüedad que pueda justificar una interpretación distinta a lo que realmente expresa la norma, que no es otra que reconocer el derecho de la persona trabajadora a cuidar de su hijo o familiar dependiente con reducción de su

[37] El Artículo 40 VI del renovado Convenio Colectivo del sector de grandes almacenes, publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) número 137, con fecha 9 de junio de 2023, reitera la misma disposición.

jornada y salario, en los términos que mejor le convenga, dentro de su jornada ordinaria, salvo que el convenio colectivo de aplicación haya previsto alguna mejora en relación a esta concreción horaria. Cualquier interpretación contraria a esto equivaldría a distorsionar el espíritu de la medida, claramente definida en la Ley, y a extender su alcance, de manera que incluya supuestos ya contemplados por otras disposiciones, como la referida a la adaptación de jornada.

Desde el año 2019, es posible solicitar la adaptación y distribución de la jornada, sin necesidad de reducirla, y manteniendo la retribución, con el propósito de facilitar la conciliación entre la vida familiar y laboral, según lo establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata, en todo caso, de un derecho a solicitar y no a exigir, ya que no constituye un derecho absoluto, por lo que la empresa podrá negarse si existen razones para ello. La novedad de esta nueva posibilidad radica en la obligación para la empresa de entablar negociaciones y, en caso de negativa, justificar la denegación. Además, se trata de un paso adelante en el compromiso por hacer efectiva la conciliación laboral y familiar, al acoger supuestos que, otras medidas, como la reducción de jornada, no preveían. El ejemplo más claro parece ser el derecho a modificar el horario, por ejemplo, para obtener un turno fijo. Así lo ha entendido la STSJ de Andalucía de 11 de abril de 2019, al establecer que el hecho de que se solicite un cambio de horario para obtener un turno de mañana fijo frente al turno rotatorio que venía realizando, desde una situación de jornada reducida consolidada, lleva a considerar que el derecho que se está ejercitando no es el contemplado en los apartados 6 y 7 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, sino el que le confiere el artículo 34.8, que establece el derecho de la persona trabajadora a solicitar un cambio de horario (distribución de la jornada de trabajo) como medida para promover la conciliación de la vida familiar y laboral[38].

Pretender que el artículo 37 (apartados 6 y 7), referido al ejercicio del derecho a la reducción de jornada por guarda legal, acoja supuestos previstos en otro artículo (art. 34.8, referido a la adaptación de jornada) implicaría despojar de su significado a este último y, al mismo tiempo, malinterpretar el primero, con independencia de la noble intención de favorecer la conciliación la persona trabajadora afectada.

El Tribunal Supremo pone fin a esta controversia, que ha generado numerosos pronunciamientos en distintas direcciones y ha provocado cierta inseguridad jurídica, al determinar que el cambio de un sistema de trabajo por turnos a un sistema de turno único de mañana no constituye simplemente una reducción de jornada, sino que implica una modificación de la jornada laboral ordinaria. En otras palabras, la fijación específica de horarios asociada a la reducción de jornada no debe dar lugar a cambios en el sistema de trabajo por turnos, ni en la alteración unilateral del sistema laboral ni en ninguna otra modificación de la jornada regular de trabajo. En consecuencia, cualquier empleado que desee pasar de un sistema de trabajo por turnos a un turno único debe ejercer esta posibilidad mediante el derecho establecido para la adaptación de su jornada laboral, de acuerdo con el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, en lugar de hacerlo a través del derecho a la reducción de jornada, que está destinado a otros casos que no conlleven una alteración completa de su régimen laboral o cambios en su jornada habitual.

La aspiración de transitar de un régimen de trabajo a turnos a un sistema de turnos único tiene cabida en el marco legal respaldado por la jurisprudencia, específicamente en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores. En el ámbito de aplicación de este precepto, la Sala ya ha reconocido la posibilidad de convertir una jornada no continua en continua (STS 661/2017, de 24 de julio, Rec. 245/2016), modificar el horario de trabajo (STS de 13 de junio de 2008, Rec. 897/2007) y adoptar un horario flexible de entrada y salida del trabajo (STS 454/2016, de 31 de mayo, Rec. 121/2015). En sede judicial, también se ha reconocido que el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores se

[38] STSJ Andalucía 623/2019, de 11 de abril (Rec. 1082/2019), FJ 3.

limita exclusivamente al derecho de reducción de jornada por motivos de conciliación, mientras que el artículo 34.8 aborda de manera más amplia el derecho a la adaptación del trabajo por razones de conciliación. En virtud de la legislación actual, es evidente que se puede solicitar la adaptación del régimen de turnos de trabajo de forma independiente o en combinación con la reducción de jornada. Sin embargo, queda claro que no es posible realizar dicha solicitud exclusivamente a través del derecho a la reducción de jornada, a menos que se invoque también el artículo 34.8 ET[39].

Se trata de una solución admitida por la STSJ GAL 3915/2020, de 21 de septiembre (Rec. 1904/2020), y posteriores[40], que encuentra respaldo en el 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, tras la nueva redacción que le ha dado al artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores.

Volviendo a la sentencia objeto de estudio, y en base a la doctrina y jurisprudencia expuesta, el Tribunal termina por reconocer que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste y, por tanto, estima el recurso y casa y anula la sentencia recurrida, para resolver que la concreción horaria vinculada a la reducción de jornada no implica un derecho a pasar a un turno fijo único para poder conciliar. Con este fallo, se resuelve uno de los debates más vivos en el ámbito de la conciliación laboral y familiar, al tiempo que se establece un precedente para futuras decisiones. No obstante, debe matizarse lo siguiente: la solución dada por dicha sentencia servirá para casos en los que exclusivamente se solicite la reducción de jornada con concreción horaria, y no una adaptación de jornada, en que sí será posible modificar el turno de trabajo y adscribirse a un turno fijo con motivo de poder conciliar la vida familiar y laboral. Concuerdo con Cano (2023) en que los tribunales no pueden abordar asuntos que no hayan sido planteados, so pena de incurrir en una "suerte de incongruencia extra petita". Por lo tanto, la solución alcanzada en la sentencia comentada no podrá extenderse a otros escenarios en los que también se solicite la adaptación de la jornada[41]. Es posible que este hito incluso sirva como impulso para que los interlocutores sociales busquen mejoras concretas que amplíen el alcance de ciertos derechos conciliatorios reconocidos legalmente. También puede motivar al legislador a considerar la extensión de este derecho o a otorgar mayor poder a la persona trabajadora en la negociación de la adaptación y distribución de la jornada, contribuyendo así a lograr la tan ansiada corresponsabilidad.

3. VALORACIÓN CRÍTICA

El presente estudio no solo pretende abordar la nueva doctrina que ha establecido el Tribunal Supremo en una de las cuestiones más controvertidas de los últimos años, en relación a la conciliación

[39] La doctrina iuslaboralista, que cuenta con voces destacadas como De Heredia Ruiz, se posiciona a favor del criterio adoptado por el tribunal, al considerar que la fundamentación seguida abre la posibilidad de explorar otras vías para concretar el cambio que la trabajadora demandante busca. En este sentido, sugiero la lectura de: De Heredia Ruiz, I. B. (8/12/2023). La reducción de jornada por cuidado de hijo menor ex art. 37.6 y 7 ET no permite pasar de un sistema de trabajo a turnos a uno único fijo (STS 21/11/23). *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. https://ignasibeltran.com/2023/12/08/la-reduccion-de-jornada-por-cuidado-de-hijo-menor-ex-art-37-6-y-7-et-no-permite-pasar-de-un-sistema-de-trabajo-a-turnos-a-uno-unico-fijo-sts-21-11-23/ [Fecha de consulta: 02/02/2024].

[40] SSTSJ Galicia 3915/2020, de 21 de septiembre (Rec. 1904/2020), FJ 2; de 12 de febrero de 2021 (Rec. 4587/2020), FJ 5; 2144/2021, de 26 de mayo (Rec. 1120/2021), FJ 5; 2003/2022, de 28 de abril (Rec. 1365/2022), FJ 5; 4846/2022, de 25 octubre (Rec. 3605/2022), 4947/2022, de 4 de noviembre (Rec. 5220/2022); FJ 3; 5638/2022, de 15 de diciembre (Rec. 6198/2022), FJ 5; 622/2023, de 3 de febrero (Rec. 102/2023), FJ 2; 979/2023, de 20 de febrero (Rec. 6242/2022), FJ4; 2953/2023, de 15 de junio (Rec. 1785/2023), FJ 3; 4440/2023, de 11 de octubre (Rec. 3009/2023), FJ 4; 5108/2023, de 22 de noviembre (Rec. 3043/2023), FJ 5.4).

[41] Cano Galán, Y.: "Reducción de jornada y concreción horaria por motivos de conciliación su alcance respecto de la solicitud de adscripción a un turno fijo de trabajo", *Diario La Ley*, núm. 10424, 2024.

laboral y familiar, sino que también tiene la intención de incentivar a la reflexión sobre el papel que debe ostentar el órgano judicial a la hora de resolver interrogantes que carecen de consenso.

La posición más sensata parece encontrarse en la defensa del órgano judicial como mero intérprete y aplicador de las leyes, de manera que, en términos simples, no se exija al juez que haga el trabajo del legislador. Aunque estemos de acuerdo en la importancia de integrar la perspectiva de género en la interpretación normativa y en seguir el principio pro operario, esto no implica que el juez deba distorsionar la norma para acoger situaciones que no están contempladas legalmente, incluso cuando la intención sea genuina y busque realmente mejorar la corresponsabilidad en el trabajo y fortalecer la posición de las mujeres trabajadoras, quienes son las principales beneficiarias de las medidas de conciliación.

El artículo 37, en sus apartados 6 y 7, establece claramente que una persona trabajadora puede reducir su jornada diaria con una disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella, con la condición de ajustarse a su jornada ordinaria, a menos que el convenio colectivo indique lo contrario. Si el legislador hubiera pretendido que esta medida también incluyera la posibilidad de adscribirse a un turno específico, lo habría contemplado expresamente. Sin embargo, no lo ha hecho. La facultad de unirse a un turno específico tiene cabida en el marco de otro precepto: el artículo 34.8, que reconoce el derecho de la persona trabajadora a solicitar la adaptación de la duración y distribución de su jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Por lo tanto, es este precepto (y no el referido a la reducción de jornada) sobre el que descansa el derecho a cambiar de jornada y turno, con la pretensión de poder conciliar la vida familiar y laboral.

Es un hecho que, hasta la fecha, la corresponsabilidad sigue siendo un desafío más que una realidad, a pesar de los esfuerzos realizados por todos los actores involucrados para materializarla. En este sentido, la configuración y mejora de las medidas conciliatorias se erigen como la mejor vía para alcanzar este objetivo. Si bien es válido debatir sobre la necesidad de ampliar su alcance y seguir mejorándolas, no debemos atribuir al juez una responsabilidad que no le corresponde, sino que recae en el legislador y, en su caso, en los interlocutores sociales.

Con el propósito de preservar la seguridad jurídica y establecer un marco jurídico sólido que guíe futuros pronunciamientos, el Tribunal Supremo ha emitido una sentencia concisa y clara que no da lugar a ambigüedades. Esta resolución no debe percibirse como un retroceso en materia de conciliación o igualdad de género, dado que estas medidas afectan principalmente a las mujeres. Mas bien, como hemos mencionado, debería servir para instar al legislador y a los interlocutores sociales a seguir mejorando la normativa, en caso de que consideren que la configuración actual no aborda todas las realidades. Reiteramos que la vía para hacerlo es a través de la legislación o la negociación colectiva, no mediante procesos judiciales.

En definitiva, sigamos trabajando por lograr una corresponsabilidad real y pongamos fin a la feminización de los roles de cuidado que perpetúa una posición desigual para las mujeres. Es el momento de asumir responsabilidades de manera equitativa, en consonancia con una sociedad avanzada y justa. No obstante, recordemos que no es responsabilidad del juez crear nuevos escenarios y derechos, sino intentar y aplicar la Ley sin manipularla, independientemente de las buenas intenciones que se persigan.

4. BIBLIOGRAFÍA

Abril Stoffeks, R.: "El coste de la no conciliación en el ámbito del empleo", *El Comité Económico y Social Europeo y la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral*, Madrid, CEU Ediciones, 2012.

De Heredia Ruiz, I. B. (8/12/2023). La reducción de jornada por cuidado de hijo menor ex art. 37.6 y 7 ET no permite pasar de un sistema de trabajo a turnos a uno único fijo (STS 21/11/23). *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. https://ignasibeltran.com/2023/12/08/la-reduccion-de-jornada-por-cuidado-de-hijo-menor-ex-art-37-6-y-7-et-no-permite-pasar-de-un-sistema-de-trabajo-a-turnos-a-uno-unico-fijo-sts-21-11-23/ [Fecha de consulta: 02/02/2024].

Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prieto, M.: "Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo", Relaciones laborales: *Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2011.

Cano Galán, Y.: "Reducción de jornada y concreción horaria por motivos de conciliación su alcance respecto de la solicitud de adscripción a un turno fijo de trabajo", *Diario La Ley*, núm. 10424, 2024.

García Rubio, Mª A.: "Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2011.

Instituto de las Mujeres: "Principales indicadores estadísticos igualdad (Febrero 2023)", Ministerio de Igualdad, 2023.

Instituto Nacional de Estadística (6 de junio de 2019). *Encuesta de Población Activa (EPA) Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y la familiar. Año 2018.* [Nota de prensa]. https://ine.es/prensa/epa_2018_m.pdf

Instituto Nacional de Estadística (INE): "Mujeres y hombres en España", Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, 2022.

Miñarro Yanini, M.: "Prohibición de discriminación por circunstancias familiares versus división sexista de roles en la pareja. El afortunado reconocimiento a nivel constitucional del papel del padre en el cuidado de la prole", *Revista de derecho social*, núm. 56, 2011.

Pacheco Zerga, L.: "La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social", *Revista IUS*, vol. 6, núm. 29, 2012.

Perán Quesada, S.: "La necesaria configuración jurídica de la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional", *Revista de Derecho Social*, núm. 66, 2014.

Reche Tello N.: "Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, 2014.

Rey Martínez, F.: "Igualdad y prohibición de discriminación de 1978 a 2018", *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017.

Rodríguez Ruiz, B.: "La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015.