

Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto

(a propósito de la regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar)

The role of the law in the weighting of fundamental rights in conflict

(regarding the regulation of the right to adaptation of working time for reasons of reconciling work and family life)

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid
Presidente Emérito del Tribunal Constitucional*

ORCID ID: 0000-0001-7153-0701

Recibido: 31/5/2021

Aceptado: 12/6/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6214>

Resumen: La CE atribuye a la ley un papel central para el derecho que reconoce a los trabajadores de adaptar sus condiciones de trabajo por razones de conciliación de la vida laboral y familiar. Sin embargo, la problemática radica en muchos casos en la ponderación judicial que se haga de las necesidades de conciliación del trabajador y de las necesidades organizativas y/o productivas de la empresa. El presente estudio señala que la renuncia del legislador al papel de intermediación que le es propio y la remisión a la jurisdicción ordinaria de la ponderación de los derechos y bienes constitucionales en conflicto, presenta asimismo un grave hándicap: ignora o minusvalora el coste que en términos de seguridad jurídica y litigiosidad judicial comporta remitir el conflicto a una valoración judicial *ad casum*.

Palabras clave: derecho constitucional, conciliación de la vida laboral y familiar, ley, conflicto.

Abstract: Spanish Constitution regards to the law the regulation of the right to adaptation of working time for reasons of reconciling work and family life. However, the critical issue in this matter lies in many cases on the judicial assessment of the family care needs of the employee and the organizational and productive needs of the employer. This paper shows that the legislator's renunciation of the role of intermediation that is its own and the referral to the ordinary jurisdiction of the weighting of conflicting constitutional rights and property also presents a serious handicap: ignores or it underestimates the cost in terms of legal certainty and judicial litigation involved in remitting the conflict to a judicial valuation *ad casum*.

Keywords: constitutional rights, work life-balance, law, conflict.

*franciscoperezdeloscobos@der.ucm.es

I. Introducción

La Constitución española atribuye a la Ley un papel fundamental a la hora de conciliar y ponderar el ejercicio de los derechos fundamentales que reconoce. Las llamadas a la Ley en el Capítulo segundo del Título I para garantizar, tutelar y regular los derechos que contempla son continuas. A estas llamadas hay que añadir la previsión general contenida en el art. 53.1 relativa a estos mismos derechos: Con el solo límite del necesario respeto a su contenido esencial, solo por ley puede regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I. *In primis*, por consiguiente, corresponde al legislador el desarrollo de los derechos fundamentales y la regulación de los inevitables problemas de conciliación que de su ejercicio interactivo resultan.

El ejercicio por los ciudadanos de los derechos fundamentales, sin embargo, no está condicionado a su previo desarrollo legal y, por tanto, a menudo los conflictos que de su actuación simultánea e interacción resultan deben ser resueltos por los Tribunales ordinarios y, en última instancia, por el Tribunal Constitucional sin que se haya producido la intervención precedente del legislador. Es decir, la ponderación de los intereses en litigio la lleva a cabo la jurisprudencia ordinaria y constitucional sin que el legislador haya desempeñado el papel intermediador que le es propio. Con frecuencia, solo a posteriori, cuando ya hay un cuerpo de doctrina consolidado, el legislador se decide a intervenir y en tal caso no es inhabitual que opte por asumir sin más la elaboración pretoriana precedente. Una elaboración que, como no podía ser de otra forma dado su origen, se configura como abierta, reconociendo amplios espacios al arbitrio judicial, sobre el que en última instancia recae la responsabilidad de llevar a cabo la ponderación de derechos y bienes constitucionales en conflicto.

Sin duda, este *modus operandi* del legislador viene avalado por la prudencia. Por lo pronto, que sean los tribunales los que exploren y desbrocen las nuevas áreas de conflicto permite al legislador evitar intervenciones precipitadas y entrar a regular la cuestión cuando disponen de un caudal de reflexión suficiente. De otra parte, asumir las pautas regulatorias que ofrece la jurisprudencia constitucional constituye una garantía frente a eventuales ulteriores impugnaciones de la regulación legal ante el Tribunal constitucional.

Pero este modo de actuar, que en buena medida supone la renuncia del legislador al papel de intermediación que le es propio y la remisión a la jurisdicción ordinaria de la ponderación de los derechos y bienes constitucionales en conflicto, presenta asimismo un grave hándicap: ignora o minusvalora el coste que en términos de seguridad jurídica y litigiosidad judicial comporta remitir el conflicto a una valoración judicial *ad casum*. Los valores de generalidad, igualdad y certidumbre inherentes a la Ley¹, que bien podrían servir para contener y reducir la litigiosidad y la judicialización de la misma, se sacrifican para consolidar un ámbito de conflictividad abierto. Pareciera que la Ley se reconoce incapaz de ejercer ese papel de intermediación que tiene constitucionalmente atribuido y se limita a procedimentalizar y encauzar el conflicto para, en última instancia, encomendar su solución a los jueces, que se van a ver obligados a arbitrar entre los intereses constitucionales enfrentados.

II. La STCo. 26/2011 en el origen de la vigente regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar

Un ejemplo paradigmático de este modo de actuar del legislador y de los efectos que del mismo se desprenden se halla en la regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo contenida en

¹ A la “Ley como garantía y medida de la libertad civil” se refería en un luminoso ensayo sobre la crisis de la Ley L. DIEZ PICAZO (1985): “Constitución, Ley, Juez”, Vid. en Revista Española de Derecho Constitucional, nº5, pág. 10.

el vigente artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, cuya matriz constitucional constituye hoy un lugar común.

En el origen de la actual regulación de este derecho, en efecto, está la doctrina sentada en la STCo 26/2011, de 14 de marzo del 2011, de la Sala Primera del Tribunal del Tribunal Constitucional, cuyos extremos se hace necesario recordar. No se pretende aquí hacer un análisis detenido y menos un juicio crítico de esta sentencia², sino poner de relieve su determinante influencia en el modelo regulador posteriormente incorporado por el legislador en el art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, con las consecuencias más arriba apuntadas.

Sintéticamente, los hechos del caso que determinaron el pronunciamiento constitucional fueron los que a continuación se reseñan. El recurrente de amparo prestaba sus servicios laborales para la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León como Ayudante técnico educativo en una residencia de educación especial. El calendario laboral previsto para el personal al que pertenecía en dicho centro preveía ocho puestos con horario escolar y otros ocho con régimen de turnos rotativos de mañana, tarde y noche, pudiendo los trabajadores optar por uno u otro régimen en función de sus intereses, con preferencia según un criterio de mayor antigüedad. El recurrente había elegido realizar sus servicios en un régimen de turnos rotativos pero con posterioridad solicitó a la Consejería realizar todas sus jornadas en horario de noche con el fin de conciliar su vida laboral y familiar.

Al parecer, su solicitud no fue contestada y su reclamación previa fue denegada por no existir en el centro para el curso escolar según el calendario pactado ningún puesto específico de ayudante técnico educativo con horario nocturno. Ante tal negativa, el recurrente formuló demanda ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Palencia, en la que alegaba que su pretensión no era caprichosa sino que obedecía a la necesidad de atender a dos hijos de corta edad. La demanda fue desestimada por el Juzgado que avaló la actuación de la Consejería señalando que el llamado turno fijo de noche que el trabajador reclamaba no existía y que la Ley no reconocía un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno de trabajo por razones familiares. La sentencia fue recurrida en suplicación, alegando en su recurso el demandante infracción del art. 14 CE en relación con el art. 27 del propio texto constitucional y 36.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 54 del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración general de la Junta de Castilla y León. Para el recurrente, la denegación de su pretensión era una decisión que contravenía el art. 36.3 LET, en relación con el citado art. 54 del Convenio, normativa de la que a su juicio se deducía que al existir en el centro de trabajo jornadas de mañana, tarde y noche, los trabajadores podían adscribirse voluntariamente al turno de noche, como sucedía en el caso de la categoría de enfermeras, por lo que no podía establecerse un trato discriminatorio para su categoría. El TSJ de Castilla y León desestimó el recurso en ST de 9 de Julio de 2008 en la que rechazó la existencia de discriminación alguna derivada del trato diferente entre enfermeras y ayudantes técnicos educativos, así como la existencia de una “discriminación por paternidad” de la que no había constancia. Para la Sala, tampoco la sentencia de instancia infringía el artículo 36.3 del Estatuto, pues dicho precepto, establecía una

² Vid. en tal sentido, GARCIA AMADO, J. A., “La sentencia de la semana: el Tribunal Constitucional sigue siendo el rey y su palabra es la ley (a ritmo de ranchera)”, <http://garciamado.blogspot.com/2011/05/la-sentencia-de-la-semana-el-tribunal.html>; MONTOYA MEDINA; D, “Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (comentario a las STCo 24/2011 y 26/2011, de 14 de marzo), Aranzadi Social/ núm. 4/2011; GIL PLANA, J., “La admisión de la circunstancia personal de cuidar a un hijo como factor discriminatorio (Sentencia 26/2011, de 14 de Marzo)”, en M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XXIX, 2011, págs. 87 y ss.; RODRÍGUEZ RUIZ, B., “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, núm 103, págs.. 355 y ss.

limitación para desempeñar el turno de noche durante más de dos semanas consecutivas, pero no reconocía el derecho del recurrente a permanecer indefinidamente en el turno de noche.

También la sentencia del TSJ fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, recurso en el que insistió en que se había producido una vulneración del derecho a la no discriminación (art. 14 CE), por cuanto la negativa a asignarle al turno de noche durante dicho curso escolar le impedía conciliar su vida laboral y familiar. El Tribunal Supremo inadmitió por Auto el recurso por falta de contenido casacional. Citando jurisprudencia previa propia, el Tribunal sostuvo que la petición de cambio de turno carecía de amparo legal y entendió que el derecho reconocido en el art. 34.8 ET estaba condicionado a los términos fijados en la negociación colectiva o al acuerdo con el empleador, inexistentes en el caso de autos. Sobre las consideraciones del recurrente sobre la vulneración de derechos fundamentales, el Supremo entiende que “solo cabe interpretar(las) con el fin de cumplir uno de los requisitos precisos para poder interponer más tarde el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

En efecto, el paso siguiente en el *iter* judicial del recurrente fue formular un recurso de amparo, en cuya demanda adujo que las resoluciones judiciales impugnadas habían vulnerado su derecho a la igualdad (art. 14 CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), alegando la existencia de discriminación por razón de sexo. Con cita fundamentalmente de la STC 3/2007, el recurrente sostuvo básicamente que las sentencias recurridas, al rechazar su pretensión de realizar su jornada laboral en el turno de noche por entender que no existía normativa que explícita y directamente contemplase este derecho, no ponderaron adecuadamente la dimensión constitucional del asunto ex art. 14CE, con relación al mandato de la familia y de la infancia (art. 39 CE). A su juicio, los órganos judiciales debieron analizar desde la perspectiva constitucional en qué medida resultaba necesaria la adscripción del demandante al turno de noche durante el curso 2007/2008 para hacer compatible la vida profesional del trabajador con su vida familiar y qué necesidades organizativas la dificultaban o impedían, pero se limitaron a denegar su petición con fundamento en consideraciones de estricta legalidad, soslayando la dimensión constitucional del asunto y su repercusión sobre la efectividad del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo. En fin, el recurrente sostuvo que el rechazo de su petición no solo lo discriminaba a él sino también a su esposa, trabajadora y madre, que se había visto obligada para atender adecuadamente a los hijos de la pareja a reducir su jornada, con la consiguiente merma retributiva y menoscabo de su desarrollo profesional, lo que la hacía víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional avala el planteamiento del recurrente al abordar el análisis del recurso desde la perspectiva del derecho fundamental a la no discriminación, mas no por razón de sexo –la decisión impugnada no fue tomada en consideración a la condición de varón del demandante– sino en atención a cualquier otra circunstancia personal o social (art. 14 CE). Para la Sala “lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral”.

Para la Sala –y es planteamiento de enorme trascendencia por el alcance general de la doctrina que pretende sentar–, “la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas 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 o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde el 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 cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir

de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre(...) que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas ulteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en la ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombre en la asunción de obligaciones familiares”. Como apuntábamos, el postulado reseñado tiene gran trascendencia porque establece una ligazón clara entre las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar y el principio de igualdad y no discriminación, que otorga a aquellas dimensión constitucional (¿siempre?)³ y franquea el acceso al amparo de los conflictos laborales que se produzcan en este ámbito.

Desde este planteamiento, la Sala entra a enjuiciar las resoluciones judiciales impugnadas y, por tanto, su denegación de la petición de asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante. Una denegación básicamente fundada en que la normativa aplicable no reconocía un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno de trabajo por motivos familiares, es decir, en que la pretensión carecía de cualquier amparo legal. Tal argumentación, sin embargo, no convence a la Sala que considera que la jurisdicción ordinaria al prescindir de la dimensión constitucional del asunto y al no llevar a cabo la ponderación de derechos que la misma exigía, no tuteló debidamente el derecho del recurrente a la no discriminación por razones de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE).

En efecto, para la Sala “el hecho de que los órganos judiciales no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida laboral y familiar, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el art. 39.3 CE, del asunto planteado”. Comoquiera que, a su juicio, esta dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, debía “prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición” sobre el particular, “ello obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo justificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional”. “En relación con las circunstancias familiares concurrentes, conforme a los datos obrantes en las actuaciones –sigue diciendo la Sala– resulta necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Asimismo era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos fijo (diurno) y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por éste sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones”. Adviértase que la sentencia, que postula una ponderación, desgrana las circunstancias familiares que el juzgador debe valorar y, respecto de las dificultades relativas a la organización del régimen de trabajo, requiere que para prevalecer frente a aquellas sean “suficientemente importantes”.

³ Vid. al respecto las recientes STCo 79/2020, de 2 de Julio, de Pleno y la STCo. 168/2020, de 16 de noviembre, de Sala

En definitiva, para la Sala los Tribunales ordinarios debieran haber analizado “hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para lograr la efectiva participación del (trabajador) en el cuidado de los hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, ni cuales fueran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo en el que presta servicios”, y al no hacerlo así no tutelaron suficientemente sus derechos constitucionales, razón por la cual estima el recurso y retrotrae las actuaciones al Juzgado de lo Social para que éste “dicte, con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido”. Una resolución que, parece obvio, la propia sentencia en buena medida predetermina.

La sentencia reseñada no solo reprocha a los jueces que han conocido del asunto su “mero” atenuamiento a la Ley y su soslayo de la dimensión constitucional del asunto, sino que en su empeño pedagógico de explicarles cómo debían haber actuado y de explicitar los elementos que deberían haber ponderado a la hora de resolver el caso, está pergeñando un modelo regulador del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por razones de conciliación de la vida laboral y familiar que residencia en los jueces la resolución de estos conflictos. En su voto particular a esta sentencia, al advertir de las dificultades de ejecución de “un fallo de estas características”, el magistrado D. Pablo Pérez Tremps ya advirtió del peligro de “reclamarles (a los jueces) un excesivo intervencionismo que puede desembocar, en ciertos casos, en algo cercano al activismo judicial”. “En efecto, en este tipo de fallos –seguía el voto particular– al órgano judicial no solo se le obliga a ponderar ... sino a intervenir con su voluntad en las previsiones normativas, convencionales o contractuales existentes, tomando decisiones en materia organizativa que deben estar al margen de su actuación jurisdiccional, que ha de limitarse a un control externo de esas previsiones”.

Es más, de una lectura superficial de la sentencia, podría llegar a entenderse que el modo de actuar judicial que la sentencia postula constituye un modelo regulador de la institución que deriva del propio texto constitucional, de modo que los márgenes de discrecionalidad del legislador a la hora de abordarla quedarían muy mermados.

III. La regulación legal del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por razones de conciliación de la vida laboral y familiar

Desde luego se diría que éste ha sido el planteamiento del legislador que ha diseñado la actual regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por razones de conciliación de la vida laboral y familiar, incorporada al art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores en el Real Decreto-Legislativo 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Y, asimismo, el que ha regido a los redactores del art. 6.2 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID- 19, que en plena pandemia previeron un derecho a la adaptación de la jornada “por deberes de cuidado por circunstancias excepcionales relacionadas con el COVID-19”, que básicamente reitera para este supuesto excepcional la misma pauta regulatoria prevista en el Estatuto. Por razones de economía expositiva, centraré mi breve reflexión en la regulación general.

El art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores reconoce a “las personas trabajadoras” –es la nueva horrrisona terminología legal– “derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de la prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”. “Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación

con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas de la empresa”. “En el caso de que tengan hijos o hijas –sigue el precepto–, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años”⁴.

Por tanto, y de acuerdo con precepto legal, el nuevo derecho reconocido es el derecho de la “persona trabajadora” de que se trate a “solicitar” la adaptación de su tiempo de trabajo en los amplios términos que hemos visto (es decir, bien afectando a la duración y distribución de la jornada, bien a la ordenación del tiempo de trabajo, bien a la forma de la prestación), una petición cuyo éxito va a depender de una ponderación de circunstancias que el legislador no lleva a cabo sino que meramente prevé, concretamente entre las necesidades de la persona trabajadora y las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

La aportación del legislador a este juicio de ponderación viene dada por la “procedimentalización” del mismo. En efecto, si el Tribunal Constitucional en la sentencia arriba glosada había residenciado la ponderación básicamente en la jurisdicción ordinaria, el legislador, como en seguida veremos, establece diversos cauces para que esa ponderación se materialice, no obstante los cuales si el conflicto sigue abierto será el juez quien lo zanje con su decisión. ¿Cuáles son estos cauces previos a la intervención judicial? En primer lugar, la ley remite a la negociación colectiva, donde “se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo”. Quiere decirse que si la negociación colectiva ha entrado a regular la cuestión y ha realizado la ponderación prevista por la ley a sus términos habrá que estar. No está claro, sin embargo, en qué medida la regulación convencional excluye o puede excluir una actuación individual ulterior. En segundo lugar, en ausencia de previsión convencional, “la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada⁵, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días”, finalizado el cual, “por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio”, supuesto en el que “se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión”⁶. A falta de ponderación convencional, la ley la encomienda a la negociación de trabajador y empresario, una negociación formalizada en cuanto a su duración, contenidos y desenlace, cuyo desarrollo conforme a la buena fe va a ser muy relevante a efectos de la ulterior resolución judicial del

⁴ Para un completo análisis de esta regulación, remito a la segunda parte del libro PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y MONREAL BRINGSVAERD, (directores) (2019), *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*, Ed. LA LEY, Madrid 2019, concretamente a los ensayos de JURADO SEGOVIA, A (págs. 201-211 y 262- 305). THIBAUT ARANDA, X. (págs. 215-236) y TARABINI CASTELLANI AZNAR, M. (págs.. 239- 257).

⁵ Como ha señalado la doctrina, la Ley incurre aquí en una sinécdoque, en realidad el proceso de negociación se abre ante la solicitud de medidas de adaptación de condiciones, sea de jornada, horario, o modo de realizar la prestación (TARABINI CASTELLANI AZNAR, M, “Ejercicio y dinámica del derecho”, en *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*, cit. pág. 249).

⁶ Esta previsión normativa parece inspirada en la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, que, aunque entrará en vigor el 2 de agosto del 2022, ha sido sin duda manejada por el legislador de urgencia. Esta directiva en su artículo 9 dispone que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores con hijos de hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años, y los cuidadores, tengan derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de sus obligaciones de cuidado” y que los “empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible (...) en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta, tanto sus necesidades como las de los trabajadores(...)” y “deberán justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas”. En este mismo sentido, GOERLICH PESET, J.M. en “La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019”, en <https://elderecho.com/la-adaptacion-de-la-ejecucion-del-contrato-por-razones-de-conciliacion-de-la-vida-familiar-tras-el-rdl-6-2019>, pág. 2/6.

conflicto, caso de que, concluida la negociación, éste siga abierto, pues el juez va a examinar con lupa los términos en los que la misma se llevó a cabo⁷.

Porque, en efecto, este “procedimiento ponderador” se cierra con la previsión legal de que “las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social”. En última instancia, por tanto, si la negociación colectiva no ha realizado la ponderación y la individual ha concluido sin acuerdo, son los jueces de lo Social, siguiendo el modelo regulador postulado por la STCo. 26/2011, quienes van a realizar el juicio de ponderación y resolver el conflicto de intereses.

Como apuntábamos más arriba, esta ha sido la pauta también seguida por el legislador al prever “el derecho a la adaptación de la jornada por deberes de cuidado por circunstancias excepcionales relacionadas con el COVID- 19”, “prerrogativa cuya concreción inicial –dice la norma legal– corresponde a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, siempre y cuando esté justificada, sea razonable y proporcionada, teniendo en cuenta las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa”, debiendo al efecto la empresa y la persona trabajadora “hacer lo posible por llegar a un acuerdo”. De nuevo una ponderación remitida por la Ley al acuerdo individual, a falta del cual deberá ser judicialmente resuelta, también a través del procedimiento del art. 139 de la LJS.

Pues bien, como ha destacado la doctrina, este modelo regulador ha resultado ser básicamente conflictual. El nuevo marco legal, en efecto, está prefigurando un “escenario de notable conflictividad”⁸, en el que parecen materializarse las advertencias que en su día hizo Pérez Tremps en su voto particular a la STCo. 26/2011: se ha convertido al juez en un árbitro de las decisiones organizativas de la empresa y se constata que ese árbitro actúa con notables dotes de subjetivismo.

Hay jueces que, quizás creyendo que tal es el planteamiento que late en la jurisprudencia constitucional⁹, enfocan la ponderación desde la perspectiva de que la pretensión del trabajador debe ser atendida salvo si resulta especialmente gravosa o provoca un daño desproporcionado en la empresa¹⁰, ignorando que la Ley no reconoce el derecho a la adaptación sino el “derecho a solicitarla” y previene para resolver tal solicitud una ponderación cabal, esto es, razonable y proporcionada, entre “las necesidades de la persona trabajadora” y “las necesidades organizativas o productivas de la empresa”.

Con seguridad, la principal dificultad del juicio de ponderación que enfrentan deriva de la falta de concreción legal de los elementos que el juez debe considerar a la hora de arbitrar los intereses en conflicto, carencia que redundará en discrecionalidad judicial y, por ende, es fuente de con-

⁷ Así se deduce del propio art. 139 LJS conforme al cual “el empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia”.

⁸ JURADO SEGOVIA, A., “La adaptación de condiciones de trabajo por razones de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8): puntos críticos a la luz de los pronunciamientos judiciales recientes”, en *Trabajo y Derecho*, 2021, nº 75, pág. 5/25.

⁹ Cuando se trae a colación la jurisprudencia constitucional es obligado considerarla toda. Vid. sobre el particular asimismo la STCo. 24/2011, de 14 de marzo. Como ha sido certeramente apuntado, la jurisprudencia constitucional “únicamente impone una obligación de motivación reforzada, con valoración de las conexiones entre conciliación y no discriminación por razón de género, en los casos en los que se plantee un conflicto (cfr TCo 24/2011, de 14 de marzo)” GOERLICH PESET, J.M, op. cit. pág. 4/6).

¹⁰ Para el detenido análisis de esta jurisprudencia menor y doctrina judicial, remito a JURADO SEGOVIA a quien sigo, Vid. “La adaptación de condiciones de trabajo por razones de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8): puntos críticos a la luz de los pronunciamientos judiciales recientes”, en *Trabajo y Derecho*, 2021, nº 75, pág. 5/25 y ss y a su capítulo “Tutela del derecho” en *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*, cit. págs.. 272 y ss.

flicto. Por lo que respecta a las “necesidades de la persona trabajadora”, los interrogantes que abre el precepto son muchos y de mayor cuantía. ¿Cuáles son los familiares mercedores de las atenciones familiares que permiten recurrir al art. 34.8? ¿Al analizar las “necesidades de la persona trabajadora” puede y/o debe el juez hacer una indagación sobre el conjunto de circunstancias personales y familiares que determinan su situación de necesidad? ¿Puede y/o debe el juez ponderar la situación laboral de su cónyuge o pareja y la de los demás miembros de la unidad familiar y su disponibilidad para atender las necesidades familiares? Pareciera que la ponderación debe realizarse tomando en consideración todos los elementos concurrentes y relevantes en la conciliación de la vida laboral y familiar, entre otras razones porque solo así va a ser posible tutelar la asunción equilibrada de responsabilidades familiares legalmente postulada (art. 44. 1 LO 3/2007, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres), pero la parquedad del texto legal ha hecho que sobre la cuestión haya abierto un debate judicial. Y lo mismo pasa respecto de “las necesidades organizativas o productivas de la empresa”, ¿debe el juez considerar todas las circunstancias que determinan la realidad organizativa o productiva de la empresa, tales como, por ejemplo, el tamaño de la empresa, los periodos en los que se producen picos de demanda o las repercusiones que para las condiciones de trabajo y empleo de otros trabajadores van a derivarse de la aceptación por la empresa de la propuesta de adaptación del trabajador o, por el contrario, debe decidir sobre la ponderación haciendo caso omiso de estos elementos? También sobre estos extremos contrastan los tribunales¹¹. A mi juicio, puesto que se hace recaer sobre el juez una decisión de dimensión fundamentalmente organizativa, debiera éste adoptarla tomando en consideración todos los elementos relevantes que el empresario considera al adoptar la suya, pero tal extremo debiera aclararlo la Ley.

Indicativo del nivel de incertidumbre al que se enfrenta el juzgador es que en algún supuesto el Tribunal que ha conocido de la petición de adaptación del tiempo de trabajo (en el caso, nada menos que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura), sobre la base de que no se había producido la negociación individual prevista en la norma, se niega sorprendentemente a ponderar, devolviendo el asunto a las partes y urgiéndolas a seguir negociando. Es, en efecto, el caso de la STJ de Extremadura nº 20/2020, de 13 de diciembre en la que el Tribunal, tras indicar que “no consta que se procediera el proceso de negociador que establece el 34.8 ET”, señala que no puede dar la razón a ninguna de las partes y decide darles “la oportunidad” (sic) de “mediante ese “proceso de negociación” omitido, llegar a un acuerdo y, si ello no fuera posible que lleven al proceso las propuestas que en él hayan podido efectuar, para que puedan ser consideradas adecuadamente”.

Al panorama esbozado, debe añadirse el dato procesal de que, como regla general, las sentencias recaídas en los procesos de conciliación de la vida laboral y familiar no son recurribles (arts. 139.1.b) y 191.2 LJS), lo que hace inviable la unificación de doctrina en este ámbito.

El resultado de este estado de cosas es una situación de notable incertidumbre, que impide saber al trabajador cuándo va a tener derecho a la adaptación y al empresario cuándo está obligado a concederla.

IV. Conclusiones

La Constitución española reconoce un importantísimo papel a la Ley en el desarrollo y tutela de los derechos fundamentales, consecuencia del cual el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de ponderar los conflictos que inevitablemente van a plantearse en el ejercicio de

¹¹ Sobre los términos de este debate remito igualmente a JURADO SEGOVIA, A, *Ibíd.*

los distintos de derechos fundamentales. El hecho de que a menudo estos conflictos sean conocidos y resueltos por los Tribunales –ordinarios y Constitucional– a través de los correspondientes juicio de ponderación, no merma los márgenes de discrecionalidad aludidos, ni prefigura los eventuales modelos reguladores de los que pueda echar mano el legislador. Por ser más claro, al regular estos eventuales conflictos el legislador no viene a obligado a remitir a la jurisdicción ordinaria y al casuismo el juicio de ponderación, sino que puede realizar una ponderación propia e incorporarla a la Ley, de suerte que aquella goce de los atributos de generalidad, igualdad y certidumbre jurídica que son inherentes a ésta y contenga o minimice la litigiosidad jurídica. Es lo que ha hecho, por ejemplo, en la regulación de los derechos digitales en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en la que tras un largo debate judicial en el que se han visto envueltos, el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el legislador ha hecho su propia ponderación y ofrecido a los ciudadanos y a los operadores jurídicos la seguridad jurídica que la Constitución afirma garantizar (art. 9.3).

La renuncia por el legislador a ese papel de intermediación que la Constitución le atribuye puede traducirse, y la regulación vigente del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por razones de conciliación de la vida personal y familiar es un ejemplo de lo que digo, en ámbitos de conflicto abierto, que no sirven a una adecuada tutela de los derechos que deben ser objeto de composición a la par que mortifican otros derechos y valores constitucionales.