

SERVICIO DE ESTUDIOS DE LA CONFEDERACIÓN
REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

ADAPTACIÓN DE JORNADA

23 febrero 2021
(Nº 9)



ÍNDICE

- RESUMEN
- REGULACIÓN
- IMPACTO CONSTITUCIONAL Y DE GÉNERO DEL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE JORNADA
- APLICACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE INFANCIA EN EL EJERCICIO DEL DERECHO LABORAL A LA CONCILIACIÓN FAMILIAR
- EXPECTATIVA DEL DERECHO
- RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD
- DEBER DE NEGOCIAR
- CARGA DE LA PRUEBA
- CRITERIOS DE INDEMNIZACIÓN

Resumen

- El 8 de marzo de 2019 entró en vigor el Real Decreto-ley 6/2019 de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación que, entre otros aspectos, y con el fin de facilitar la adaptación de los horarios laborales y articular fórmulas de mayor corresponsabilidad en el cuidado de hijos y familiares, modificó el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores.
- Con la reforma operada, se ha posibilitado no sólo el cambio de turno, sino incluso cómo se ordena y se realiza el trabajo. De esta manera, se permite la modificación sin necesidad de reducción de jornada y sin necesidad de mantener los turnos existentes. No se trata únicamente de que para conciliar la vida familiar y laboral se trabajen menos horas durante la jornada de trabajo, sino que la distribución horaria de la jornada favorezca la armonización del trabajo con obligaciones familiares.
- En este documento, una vez expuesta la normativa al efecto en un texto anterior*, se presenta un repertorio de recientes sentencias relativas a la materia en las cuales, entre otras materias, se da cuenta de la significación constitucional del derecho, y de los criterios que determinan su ejercicio y materialización.

* [Adaptación de la jornada de trabajo por razones de conciliación \(servicioestudiosugt.com\)](http://servicioestudiosugt.com)

Las personas trabajadoras, para poder permanecer en el mercado laboral, deben poder adaptar su calendario de trabajo a sus necesidades y preferencias personales, y para ello, necesitan una mayor autonomía sobre su tiempo de trabajo, sin dejar de satisfacer las necesidades de la empresa.

A la luz del nuevo marco regulatorio las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral sin repercusión alguna en su retribución. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

REGULACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Convenio de la OIT nº156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981. ▪ Arts. 2, 5 y 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujeres (CEDAW) ▪ Arts. 8.3º y 16 de la Carta Social Europea. ▪ Art.12 del Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 de enero de 1996. ▪ Art. 24. 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. ▪ Directiva (UE) 2019/1158 de 20 de junio, sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. ▪ Arts.9, 14 y 39 de la Constitución Española (CE). ▪ Art.38.4 Estatuto de los Trabajadores (ET). ▪ Arts. 14 y 44 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. ▪ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. ▪ Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.
-------------------	--

IMPACTO CONSTITUCIONAL Y DE GÉNERO DEL DERECHO A LA ADAPTACION DE JORNADA

La mayoría de las resoluciones judiciales derivadas de las solicitudes de adaptación horaria con amparo en el art. 34.8, comienzan recordando que cualquier derecho de conciliación reconocido a los trabajadores por ley o convenio, que sea rechazado por el empleador, requiere de inmediato el análisis del juez desde la **vertiente constitucional**,

ponderando de manera concreta y cuidada si tal negativa está revelando un obstáculo injustificado y desproporcionado a la efectividad del mismo.¹

Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia 26/2011, de 14 de marzo de 2011. Rec. amparo 9145-2009

En definitiva, 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 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 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.

TSJ de Galicia (Sala de lo Social) Sentencia de 13 de octubre de 2020. Rec. 2309/2020

Las medidas orientadas a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral tienen una dimensión constitucional que se desprende de la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia, la maternidad y la filiación, así como de fomentar el cumplimiento de responsabilidades parentales, y de hacer todo ello en términos coherentes con el principio de igualdad y la interdicción de discriminación por razón de sexo.

En relación al **análisis de la situación con perspectiva de género** ha de partirse del mandato establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, por el que cualquier poder del Estado, y por tanto los tribunales, han de integrar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho a la adaptación de jornada, por cuanto la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.²

¹ Sirvan de ejemplo las siguientes resoluciones judiciales: En análogo sentido se pronuncian: Auto del TC 1/2009, de 12 de enero; STC 3/2007, de 15 de enero; STC 149/2017, de 18 de diciembre; STC 111/2018, de 17 de octubre; STC 79/2020, de 2 de julio; STS de 21 de marzo de 2011, nº Rec. 54/2010, STS de 10 de enero de 2017, nº Rec 283/2015; STS de 25 de abril de 2018, nº Rec.2152/2016. STSJ Galicia de 11/05/2020 nº Rec 431/2020; STSJ Galicia de 30/12/2019 nº Rec 4836/2019; STSJ Galicia de 5/12/2019 nº Rec 5209/2019; STSJ AND Fecha: 21/11/2019 nº de Rec 2860/2019; SJS/3 Oviedo de 28 febrero 2020 (núm. 119/2020) proc. 122/2020; SJS/11 Barcelona 17 febrero 2020 (núm. 38/2020); JSS/23 de Madrid 29 Nov. 2019, (núm. 494/2019); SJS/4 de Valladolid de 6 Nov. 2019 (núm. 372/2019); SJS/1 de Ibiza, de 23 Sep. 2019 (núm. 293/2019); JSJ/1 de Mataró de 12 Sep. 2019 (núm. 251/2019); SJS/2 Valladolid 31 de Julio 2019; SJS/1 de Guadalajara de 1 Jul. 2019 (núm.252/2019).

² Sirvan también de ejemplo las resoluciones: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Sentencia Konstantin Markin c Russie de 22 de marzo de 2012, asunto 30078/06; STSJ Las Palmas de Gran Canarias de 15/12/17 nº Rec.1249/2017; STSJ Las Palmas de Gran Canarias de 12/03/2019 nº Rec. 19/2019; STSJ Galicia de 11/05/2020 nº Rec 431/2020; STSJ Las Palmas de Gran Canarias 2/06/2020 nº Rec. 184/2020; SJS/4 Valladolid de 21 julio 2020 (núm. 165/20); SJS/ 23 de Madrid, de 29 Noviembre (núm. 494/2019).

TSJ de Logroño (Sala de lo Social) Sentencia de 8 de octubre de 2020. Rec. 128/2020

*El derecho a la adaptación de la distribución de la jornada de trabajo por razones de guarda legal ex Art. 34.8 ET que fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la LO 3/07, tal y como se establece en la Exposición de Motivos de este último cuerpo normativo, **tiene por finalidad potenciar el derecho a la conciliación de la vida personal laboral y familiar, corrigiendo las desigualdades y fomentando la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de obligaciones familiares**, estando dicha concepción de la citada medida en consonancia con el principio programático proclamado por el Art. 44.1 de la citada LO que vincula todos los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar a la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo y pone de relieve su orientación a promover la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares (...) con el explícito propósito de **avanzar en la senda de reforzar y dotar de plena efectividad al principio de igualdad de trato y oportunidades** entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, mediante la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y el robustecimiento del principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores el RD Ley 6/19, modificó el Art. 34.8 ET.*

TSJ de Canarias (Sala de lo Social) Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Rec. 197/2020

El impacto desproporcionado de género que tienen los derechos vinculados a la conciliación familiar y laboral nos lleva, como poder público, a integrar obligatoriamente la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho reclamado, a tenor del mandato contenido en el art. 4 de la LO 3/2007, proyectada en la interpretación y aplicación del derecho contenido en el art. 34. 8 del ET en relación con el art. 1, 9.2º, 14 y 39 de la CE .

“(...) El derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. (...). Por ello, son contrarias al derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres las discriminaciones directas e indirectas; el acoso sexual y el acoso por razón de sexo; la discriminación por el embarazo, la maternidad, la asunción de obligaciones familiares o el ejercicio de los derechos de corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral. (...)”

APLICACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE INFANCIA EN EL EJERCICIO DEL DERECHO LABORAL A LA CONCILIACIÓN FAMILIAR

Conforme mandata el artículo 24. 2 de la Carta de los derechos Fundamentales de la UE, *“en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituye una consideración primordial”*.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 2 de LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del niño, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil mandata que: **“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores**

que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro tipo de interés legítimo que pudiera concurrir.”

Por ello, las resoluciones judiciales no sólo deben ponderar las prioridades que se contraponen entre la parte trabajadora y la empleadora, sino que en el análisis de cada caso concreto, cuando el causante de la petición de adaptación es un niño/a, debe ponderarse también el interés superior del niño.³

TSJ de Canarias (Sala de lo Social) Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Rec. 197/2020

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basado en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños/as en una situación concreta. El objetivo del concepto de interés superior del niño o la niña es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño (...).

*Por ello en esta resolución se aplica el principio internacional del “interés superior del niño” como criterio jurídico hermenéutico derivado del art. 3.1 de la Convención internacional sobre los Derechos del niño, vinculante para los Estados firmantes que establece: “**En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.**” (...).*

TSJ de Madrid (Sala de lo Social) Sentencia de 10 de marzo de 2020. Rec. 6/2020

*Es conveniente incidir en la presente materia, que **no sólo ha de juzgarse con perspectiva de género** en todos los supuestos en los que se ejerciten acciones encaminadas a lograr la conciliación de la vida familiar y laboral, sino que **deviene esencial juzgar teniendo en cuenta el interés del menor.***

EXPECTATIVA DEL DERECHO

La mayoría de las sentencias señalan que el art. 34.8 ET, no da un derecho de modificación unilateral, sino un poder de negociación del mismo de buena fe, de tal modo que **si el empresario no lo hace, y no esgrime una razón organizativa suficiente**, el art. 34.8 ET en relación al art. 139 LRJS **le da mejor posición a la persona trabajadora titular de un derecho- expectativa a la adaptación razonable.**⁴

³ Sostienen esta tesis, a modo de ejemplo, las siguientes sentencias: STS de 20 de julio de 2000 (nº Rec. 3799/1999); STS de 11 de diciembre de 2001; STS de 6 de abril de 2004 (RJ 2004, 5909); STSJ Castilla-La Mancha, de 16 /03/2006 nº Rec 1430/2004; STSJ Asturias de fecha 18 de enero de 2013; STSJ Canarias de 13/12/2019 nº Rec 890/2019; STSJ Canarias de 17/12/ 2019 nº Rec. 860/2019; SJS/2 Avilés de 29 de junio de 2020 (núm. 147/2020).

⁴ Sirvan también de ejemplo las Sentencias: STSJ AND de 21/11/2019 Nº de Recurso: 2860/2019; STSJ AND 3948/2019 de 16/05/2019 Nº de Recurso: 933/2019; SJS/2 2 de Badajoz de 16 Sep. 2019(núm. 262/2019); SJS/1 Cáceres 15 de julio 2019 (núm. 158/2019); SJS/1 de Guadalajara de 1 de Julio de 2019 (núm.252/2019).

TSJ de Andalucía (Sala de lo Social) Sentencia de 16 de mayo de 2019. Rec. 933/2019

*De esta afirmación no cabe obtener como conclusión que los trabajadores tengan ahora reconocido un derecho a la modificación unilateral de su jornada de trabajo, sino que **lo que se reconoce es un derecho a proponer**, a falta de normativa convencional, la adaptación de su horario de trabajo, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. **Al empleador le incumbe por tanto acreditar las razones** de tipo organizativo **por las cuales se opone** a la propuesta del titular de este derecho, realizando en su caso, alternativas a esta propuesta.*

Sentencia 252/2019 Juzgado de lo Social nº 1 de Guadalajara, de 1 julio. Rec. 313/2019

Sostenemos que es necesario dotar de contenido concreto a este derecho a la adaptación del tiempo de trabajo reconocido en este art. 34.8 ET y ello con independencia de que exista o no convenio colectivo o acuerdo individual al respecto. Y en este sentido, cabe entender que el art. 34.8 ET lo que configura es un poder de iniciativa del titular de este derecho a realizar, de acuerdo con el principio de buena fe, propuestas razonables de concreción de su jornada de trabajo. Este poder de iniciativa desencadenará por su parte, un proceso negociador al que queda sujeto el empresario, con el fin de buscar la adaptación del tiempo de trabajo que resulte compatible con los diferentes intereses que mantienen las partes en estos casos.

Teniendo en cuenta estas premisas (...) llegamos a la conclusión de que la trabajadora tiene reconocido en nuestro ordenamiento laboral, el derecho a una modificación de su régimen horario, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, con la única excepción de que ello resulte excesivamente gravoso para la organización de la empresa.

RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Para valorar la solicitud de adaptación, se debe tener en cuenta tanto que la persona trabajadora no tiene un derecho absoluto, como que el empleador debe acreditar los problemas que la petición genere.

Los jueces y magistrados en el acto del juicio, para dirimir acerca de la pretensión y en el análisis de cada caso concreto, valorarán si la solicitud resulta cabal y ajustada a la finalidad, y si el cambio que propone la parte trabajadora no es imposible ni notablemente gravoso.

Para poder resolver debe hacerse un análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de las necesidades de la trabajadora y de las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Ha de estarse a las circunstancias concurrentes, partiendo por supuesto de la relevancia del derecho del trabajador.⁵

⁵ En esta materia sirvan de ejemplo: SJS/2 de Cáceres de 8 de octubre de 2020 (núm. 196/2020); SJS/1 Toledo de 7 de septiembre de 2020 (núm. 321/2020); SJS/3 Palma de Mallorca de 23 de julio 2020 (núm. 203/2020); SJS/6 Barcelona 28 de noviembre 2019 (núm. 381/2019); SJS/ 2 de Burgos, de 18 Oct. 2019 (núm.359/2019); Sentencia 283/2019 Juzgado de lo Social nº 1 de Salamanca, de 9 agosto. Rec. 545/2019; SJS/2 de Badajoz de 16 Sep. 2019, (núm 262/2019); SJS/ 1 de Salamanca de 9 Ago. 2019 (núm. 283/2019); SJS/26 Madrid 10 de mayo 2019 (rec. 337/2019).

TSJ de Extremadura (Sala de lo Social) Sentencia de 13 de febrero de 2020. Rec. 17/2020

La valoración de las circunstancias concurrentes desde la perspectiva de la trabajadora no implica que ésta tenga que aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias específicas dentro de su esfera íntima, personal o familiar, que puedan justificar una forma determinada de proceder a la reducción de jornada. La trabajadora no tiene que probar las razones de su solicitud cuando no se cuestionan en el proceso, habiéndose limitado el debate procesal a la cuestión estrictamente jurídica de determinar si la concreta forma de reducción de la jornada planteada podía entenderse o no amparada por la regulación legal.

Desde la perspectiva de la empresa son circunstancias a ponderar la magnitud de las dificultades que se derivarían de atender la petición de la trabajadora y la facilidad o dificultad de su superación.

Sentencia 298/2020 Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo, de 1 octubre. Rec. 313/2020

(...) si bien efectivamente el horario que tiene asignado la actora es difícilmente compatible con una conciliación familiar, lo cierto es que ese fue el puesto de trabajo y horario que la propia actora aceptó apenas un año antes de la solicitud, como alternativa a la pérdida del puesto de trabajo, sin que la estructura organizativa del Centro permita en la actualidad acceder a tal cambio de horario, ya que además de todos los inconveniente expuestos anteriormente, supondría que la actora estaría gran parte de su horario de trabajo realizando funciones que no se precisan, concretamente entre las 08:30 y las 09:30 y entre las 15:00 y las 16:00 horas. En consecuencia, no resulta viable desde un punto de vista organizativo el horario que la actora pretende por lo que procede la desestimación de la demanda.

Sentencia 178/2020 Juzgado de lo Social nº 1 de Guadalajara, de 6 octubre. Rec. 882/2019

*La revisión de la situación tiene que hacerse valorando la petición y la denegación o la alternativa en términos relacionados de **razonabilidad y proporcionalidad**, lo que traslada la valoración a la conjugación de los intereses de cada una de las partes y a su integración en el seno de los derechos y obligaciones de la relación laboral, sabiendo que la modificación de las condiciones de trabajo de uno de los trabajadores puede afectar a las de otros trabajadores cuyo derecho no tiene que verse necesariamente afectado por las pretensiones de uno y las decisiones de otro.*

Ese ejercicio de valoración no puede tener lugar en una situación como la presente en la que no se ha dado ninguna explicación de hechos que reflejen una justificación de la denegación, ni por lo tanto se han probado, y en la que no consta que haya habido negociación sino una denegación por vía de hecho; ni siquiera hay una propuesta alternativa. Esto supone, en el régimen actual de la normativa, que la denegación carece de razonabilidad y es además desproporcionada cuando ha quedado constancia de que hay muchos trabajadores de la misma categoría, hay muchos cambios de turno, y hay una trabajadora con turno fijo de mañana, y por tanto posibilidades de encontrar -o al menos haberlo intentado- una solución particular que se ha frustrado por la actitud negatoria de la empresa.

DEBER DE NEGOCIAR

Las negociaciones se deben regir por la buena fe, lo que conlleva: ⁶

- ✓ Que a la persona trabajadora le sea exigible motivar adecuadamente la solicitud de adaptación aportando si lo considera necesario, o si así se le solicita, las oportunas justificaciones.
- ✓ Que la empresa deba motivar las razones determinantes de la negativa al ejercicio del derecho. La parte empresarial no podrá justificar su negativa, utilizando una fórmula genérica que impida a la trabajadora conocer los 11
- ✓ Para la obtención de un acuerdo, se deben realizar propuestas y contrapropuestas

Existen numerosos pronunciamientos que consideran que el incumplimiento empresarial de negociar es motivo suficiente para estimar la pretensión, porque se está cerrando el camino para hacer valer el derecho y sostienen que el empresario no puede alegar en el acto de la vista causas que no hayan sido expuestas en el proceso de negociación, pues lo contrario vaciaría de contenido la obligación legal, debiendo evaluarse en el acto de la vista, la razonabilidad de la adaptación interesada.

TSJ de Madrid (Sala de lo Social) Sentencia de 23 de octubre de 2020. Rec. 558/2020

El segundo escalón que es el acuerdo entre empresa y trabajadora no se ha logrado. Es más, ni siquiera se ha intentado una negociación (...) lo cierto es que, a la fecha del juicio, tampoco se había iniciado ni propuesto el proceso de negociación de treinta días ni planteado propuestas alternativas. De hecho, la petición ha sido denegada y se trata de justificar la denegación por la empresa en el acto del juicio y en recurso. A partir de esta postura empresarial lo cierto es que la empresa no acredita una efectiva y real causa de oposición y, por lo tanto, inexistente, la causa la ponderación de los intereses respectivos en juego pasa a un segundo plano. Debemos recordar al respecto que ni siquiera se ofrece fórmulas de trabajo flexible de las que contempla el art. 9 de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, cuando establece: " Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible a que hace referencia el apartado 1 en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Los empleadores deberán justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas.

⁶ Con respecto al proceso negociador, sirven de ejemplo las siguientes resoluciones: STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 13 de octubre de 2020, nº Rec. 441/2020; TSJ Aragón, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2020, nº Rec. 396/2020; TSJ de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia de 5 Dic. 2019, Rec. 5209/2019; SJS/ 1 de Salamanca, (núm. 283/2019) de 9 Ago. 2019; SJS/42 Madrid (núm. 268/2019); Juzgado de lo Social N.º. 1 de Mataró, Sentencia 251/2019 de 12 Sep. 2019.

TSJ de Galicia (Sala de lo Social) Sentencia de 5 de diciembre de 2019. Rec. 5209/2020

Conviene detenerse en la obligación de negociación impuesta a las partes en ausencia de regulación en la negociación colectiva que busca el consenso entre la persona trabajadora y la dirección de la empresa en orden a la concreción del ejercicio del derecho a la adaptación de jornada. Dado que obviamente esa obligación de negociación se debe regir por la buena fe en orden a la búsqueda de un consenso, ello debería traer consigo las siguientes consecuencias:

- **Que a la persona trabajadora le sea exigible motivar adecuadamente la solicitud** de adaptación aportando si lo considera necesario, o si así se le solicita, las oportunas justificaciones.
- **Que a la empresa le sea exigible tomarse en serio esa solicitud, motivando** (no necesariamente probando, aunque la buena fe puede exigir una mínima justificación atendiendo a las circunstancias particulares del supuesto concreto) las razones determinantes de la negativa al ejercicio del derecho.
- **Que en todo caso ambas partes deben negociar de buena fe** para la obtención de un acuerdo donde a la vez se consiga la mejor satisfacción posible de los distintos intereses de las partes contractuales atendiendo a las circunstancias del caso concreto, lo cual, según se desarrolle la negociación, obliga a realizar propuestas y contrapropuestas.

Sentencia 173/2020 Juzgado de lo Social nº 1 de Guadalajara, de 7 septiembre. Rec. 486/2019

Esto supone que **a la petición de la trabajadora la empleadora debería haber respondido con un periodo de negociación en el que se pudiera llegar a obtener un acuerdo o proponer una alternativa** (...) sin existir ningún dato que refleje la existencia de negociación entre partes tal como ésta viene identificada por la práctica social conocida que incluye propuestas, alternativas, acceso a documentación sobre hechos implicados en el acto decisorio y conclusiones a las que llega cada una de las partes. Esos elementos son los que permitirían a la trabajadora que ve denegada su petición conocer la razonabilidad o no de la decisión y la proporcionalidad de la denegación (...).

Hurtar al proceso de decisión este paso legalmente establecido debe tener trascendencia y ella no debe redundar en perjuicio del trabajador que es quien reclama un derecho legalmente previsto. La norma legal no determina las consecuencias del incumplimiento de este trámite pero si como se ha dicho es la fórmula por la que el trabajador puede acceder a las razones de la voluntad del empleador y ello se configura como un derecho del trabajador, aunque su omisión pueda resultar en algún caso justificada por imposibilidad, trivialidad o sustitución, y aunque pueda no resultar trascendente contra el mencionado derecho en esos casos, **su incumplimiento debe tener consecuencia a favor de quien reclama el derecho salvo que se acredite justificadamente que su omisión no produce efecto en tal sentido.**

Sentencia 251/2019 Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró, de 12 septiembre. Rec. 642/2019

La demandada privó a la trabajadora del cauce expresamente previsto en el precepto para hacer valer su derecho, por lo que en modo alguno cabe apreciar en este caso mala fe por parte de la trabajadora, quien en uso de su derecho, formuló su petición, frente a la cual la empresa no abrió la vía de la negociación de buena fe que hubiera permitido, por un lado proporcionar a la demandada los datos relativos a sus circunstancias personales y familiares de los que dice carecer, y por otro plantear cambios o soluciones alternativas que hubieran permitido buscar la adaptación del tiempo de trabajo de forma compatible con los diferentes intereses de ambas partes, tanto los de la trabajadora por un lado como los de la propia demandada (...).

Llegados a este punto, y constatado el incumplimiento empresarial de la previsión contenida en el artículo 34-8 del E.T. sería motivo suficiente para estimar la pretensión formulada.

CARGA DE LA PRUEBA

Con respecto a la distribución de la carga probatoria, es mayoritaria la doctrina que considera que corresponderá al empresario demostrar el perjuicio organizativo o/económico que le supondría la aceptación de la concreción horaria que pretenda la parte trabajadora, sin perjuicio de que ésta deba inicialmente acreditar así mismo que la adaptación es necesaria para la efectiva conciliación.

Sin embargo, existen así mismo numerosos pronunciamientos que afirman que el precepto exige claramente la justificación del cambio a quien lo pide, resolviendo en contra de la parte trabajadora por no aportar prueba ni alegar en qué medida el cambio supone una mejora de la conciliación de su vida familiar y laboral.⁷

TSJ de Galicia (Sala de lo Social) Sentencia de 13 octubre de 2020. Rec. 2309/2020

En el ámbito concreto del proceso de negociación y con arreglo al artículo 217 LEC, el trabajador ha de probar las circunstancias familiares en que fundamenta adaptar su jornada, mientras que la empresa ha de acreditar las causas organizativas y las circunstancias vinculadas con su funcionamiento que le impiden acceder a aquella pretensión.

TSJ de Andalucía (Sala de lo Social) Sentencia de 2 octubre de 2020. Rec. 1600/2020

Ya se ha expuesto que es al empresario al que incumbe demostrar que confluyen razones poderosas que hacen inviable la pretensión del trabajador para conciliar su vida laboral y familiar y no existe el menor dato de la concurrencia de esas circunstancias. Por otra parte, no existe ningún indicio de que la petición del trabajador lo sea con abuso de derecho o mala fe. Con estos elementos se ha de concluir que ha de prevalecer el interés del menor, el mejor derecho del trabajador a conciliar su vida laboral y familiar y la protección de los valores familiares (ATC 1/2009) teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el art. 37 ET, por lo que se ha de acceder a la concreción horaria pretendida.

⁷ Sirvan de referencia las siguientes sentencias: STSJ de Cantabria de 15 de octubre del 2020 nº Rec 481/2020; STSJ de Galicia de 28 de mayo del 2019; STSJ Andalucía-Sevilla, 16-05-2019; STSJ de Andalucía-Sevilla de 12-04-2019; SJS/2 de Valladolid de 7 de octubre de 2020 (núm. 138/2020); SJS/1 de Guadalajara de 13 de octubre de 2020 (núm. 184/2020);SJS/1Valladolid de 5 de agosto de 2020 (núm. 144/20); SJS/2 Palma de Mallorca de 28 de julio 2020 (núm. 195/20); SJS/6 Vigo de 22 de julio 2020 (nº Rec 407/2020); SJS/2 Guadalajara de 15 abril 2020 (núm. 98/20);SJS /3 de Oviedo de 28 Feb. 2020 (núm. 119/2020), Rec. 122/2020;SJS/4 Valencia 11 de febrero 2020 (núm. 396/2019); SJS/6 Barcelona 28 de noviembre 2019 (núm. 396/2019; SJS/1 de Palencia de 24 Oct. 2019 (núm.294/2019); SJS/2 de Burgos de 18 Oct. 2019 (núm.359/2019); SJS/2 de Badajoz de 16 Sep. 2019 (núm. 262/2019); SJS/1 Mataró 12 de septiembre 2019 (núm. 642/2019); SJS/2 Valladolid 31 de Julio 2019 (proc. 618/2019); SJS/2 Zamora 26 de julio 2019; SJS/1 Palencia 23 de julio 2019; SJS/1 Cáceres 15 de julio 2019 (núm. 158/2019).

TSJ de Cataluña (Sala de lo Social) Sentencia de 15 junio de 2020. Rec. 6676/2019

*En tal contexto entendemos que debe analizarse, por una parte, si la sentencia llega a su decisión final con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta los intereses de ambas partes, pero también como guía fundamental la tutela del derecho a proteger; por otra parte, y por cuanto al debate sobre el cambio de turno, **en caso de negarse a la empresa como ahora sucede está obligada a expresar las razones objetivas en la que se sustenta tal decisión.***

*Es lo que no ha sucedido en el presente caso, donde **la empresa se limita a expresar dificultades para llevar a cabo la pretensión de la trabajadora, pero en ningún caso aporta razón alguna que acredite dificultad extrema o incluso la imposibilidad de la misma por lo que al cambio de turno se refiere (...).***

Sentencia 275/2019 Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza, de 9 septiembre. Rec. 659/2019

Quien resuelve es consciente de que en la ponderación realizada no nos hallamos ante intereses equivalentes, pues la doctrina constitucional en materia de conciliación otorga prevalencia al derecho a la conciliación de la vida familiar con la vida laboral, dada su vinculación directa con otros derechos constitucionalmente protegidos. Ahora bien, **la empresa ha acreditado la existencia de problemas organizativos en caso de acceder a la petición de la trabajadora y por esta no se ha probado que su petición sea razonable, pues nada se acredita en relación con el cambio.**

El nuevo artículo 34.8, al disponer que " dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la trabajadora" nos está diciendo que la pretensión del derecho debe ser razonable (o sea, es más restrictivo para el trabajador que en la anterior redacción). El precepto exige claramente la justificación del cambio a quien lo pide. **Ello no ha tenido lugar en el caso de autos porque ni se alega ni se prueba la necesidad del cambio** -ninguna prueba se aporta **y tampoco se alega en qué medida el cambio horario supone una mejora de la conciliación de la vida familiar y laboral de la trabajadora y sin embargo, por la empresa, sí se ha probado** que en el horario solicitado no hay funciones que asignar a la demandante y que las que realizan otras trabajadoras lo son de categoría inferior en el Convenio, siendo que además no existe vacante alguna en tales funciones y atribuírselas a la trabajadora daría lugar a una falta de trabajo efectiva porque no es necesaria una persona más en tal horario. Procede, por todo lo indicado, la desestimación de la demanda.

CRITERIOS DE INDEMNIZACION

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

La sentencia del Tribunal Constitucional nº 246/2006 de 24 de julio convalida como parámetro objetivo para fijar la indemnización reparadora del daño moral la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social 5/2000 (LISOS).

TSJ Castilla y León (Sala de lo Social) Sentencia de 26 octubre de 2020. Rec. 478/2020

"(...) la posibilidad de solicitar una indemnización paralela junto a la acción de adaptación del tiempo de trabajo por razones familiares (art 34.8 ET) es incuestionable en términos procesales, a la luz de lo previsto en el art. 139 de la LRJS (procedimiento especial de conciliación de la vida personal, familiar y laboral), que en su párrafo 1.a) dispone "En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador". Se puede decir, por tanto, que **tal indemnización, cuando se solicita, tiene un carácter indisoluble con el incumplimiento empresarial del derecho reclamado** Estamos, además, ante un derecho laboral reforzado por su dimensión constitucional (art. 14 en relación con el art. 39 CE) que debe ser analizado en cada caso, con la máxima cautela judicial de acuerdo con la "debida diligencia" en materia de reparación integral (...) **Por tanto, la negativa o limitación empresarial al disfrute del derecho a la conciliación laboral y familiar cuando no existen razones justificadas puede generar daños que, de ser reclamados, han de ser resarcidos**".

TSJ de Andalucía (Sala de lo Social) Sentencia de 29 octubre de 2020. Rec. 2083/2020

En cuanto a la corrección de la condena al abono de tal indemnización, en el art. 139 de la LRJS se prevé **la posibilidad de acumular a la acción de conciliación de la vida personal, familiar y laboral la de daños y perjuicios** derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, sin que se hagan más precisiones al respecto.

(...) **Respecto a los daños morales**, la negativa empresarial de la empresa, sin justificar, a la concreción horaria solicitada, puede generar daños, que en cuanto a los morales **no necesitarían de acreditación específica**, en aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 183 de la LRJS según el cual, en relación con la vulneración de derechos fundamentales (...) cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

Para la fijación de la cuantía por daño moral (...) **se ha acudido por la doctrina** de suplicación, como criterio orientador, a la cuantía de **la sanción fijada en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social** para la vulneración del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, considerando asimilable esa conducta a la tipificada y sancionada en su artículo 7.5, consistente en la "transgresión de las normas y límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del ET", siendo la sanción prevista en el artículo 40 b) la de multa de 626 a 6.250 €.

TSJ de Madrid (Sala de lo Social) Sentencia de 28 octubre de 2020. Rec. 375/2020

(...) **habría de quedar acreditada, junto a la lesión del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y la vulneración del derecho fundamental alegado, la causación de un daño, derivado de la actuación de la empresa, en el bien entendido de que, sentado que la simple violación de un derecho fundamental no entraña "per se" derecho a recibir una indemnización** a cargo del responsable, no cabría sin más acordar la indemnización por daños, debiendo subrayarse que aun en los casos en que se aprecie una lesión del derecho fundamental de referencia ha de desprenderse de los

hechos probados la producción de un daño concreto, no bastando alegar tan sólo en qué puede consistir ese hipotético daño causado, ya que en todo caso, conforme a lo indicado, la lesión del derecho de que se trate debe haber producido unos daños, que pueden ser tanto materiales como morales (STS de 8-6-2001, EDJ 15948), **siendo preciso que el demandante pruebe los elementos sobre los que se sustente el daño o perjuicio indemnizable**, con lo que se evita que la fijación de una indemnización pueda aparecer como algo arbitrario (STS de 12-12-2005, EDJ 271912).

La doctrina judicial es una parte fundamental del derecho vivo. Las resoluciones judiciales son la expresión más clara y precisa de los conflictos existentes entre las empresas y las personas trabajadoras. Con esta colección, se dan a conocer de forma sintética, clara y rigurosa, los últimos y más importantes criterios acerca de cuestiones o ámbitos de interés para los protagonistas de un conflicto o para aquellos que desean conocer el estado de alguna cuestión referida a las materias abordadas. Nuestra intención es poner a disposición de todas las personas los criterios de mayor relevancia para su adecuado uso.