



CIRCULAR LABORAL 21/2019

4 de Noviembre de 2019

PRIMERAS SENTENCIAS JUDICIALES EN RELACIÓN CON LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES (art. 34.8 ET.)

Nuevamente, y prácticamente por solicitud popular, volvemos a traer a nuestras circulares un tema absolutamente *“de moda”* y sumamente trascendente para la organización de las empresas. Este no es otro que la solicitud de la adaptación de jornada al amparo de las previsiones del nuevo art. 34.8 ET.

En esta Circular monográfica, procedemos a comentar las últimas sentencias que han sido dictadas y han llegado a nuestro poder sobre adaptación de la jornada por motivos familiares, la mayor parte de ellas, en la instancia. Destacamos los fallos y los aspectos más relevantes de estas resoluciones que ya marcan la pauta sobre la dirección que están tomando nuestros tribunales a este respecto. Podrán apreciar que, salvo honrosas y justificadas excepciones, el criterio mayoritario es favorable a las personas trabajadoras solicitantes de ese derecho.

1.- SOBRE LOS “CONDICIONANTES” PARA SOLICITAR LA ADAPTACIÓN

SSTSJ Andalucía/Sevilla, de 16 de mayo 2019 (Rec. nº 933/2019)

Resumen del caso:

Aunque se trata de una sentencia que, por una cuestión temporal, no aplica el contenido del actual art. 34.8 ET, el interés de esta sentencia radica en el hecho de que, de algún modo, se anticipa al contenido de la propia reforma y fija las pautas o criterios generales a seguir por las partes.

El conflicto se plantea a propósito del derecho a la flexibilidad horaria previsto en el convenio colectivo de la empresa que, en la instancia, se entiende que debe interpretarse en el sentido de que los trabajadores podrán hacer uso de dicha flexibilidad horaria sin necesidad de indicar a la empresa motivo concreto, familiar o personal, que lo justifica, siendo el único motivo de denegación el de tipo organizativo, si bien para que la empresa pueda valorar organizativamente la viabilidad de su aplicación sí se entiende preciso que por el trabajador en cuestión se indique, de ser posible, la duración de la medida de flexibilidad solicitada.

Razonamientos jurídicos de la sentencia:

En síntesis, en este pronunciamiento, y a partir de una interpretación integrada de los arts. 34.8 ET y 139 LRJS, entiende que el art. 34.8 ET *«Mediante la negociación colectiva o mediante acuerdo con el empresario, el trabajador puede tener derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectiva la conciliación de la vida personal familiar y laboral, esto no quiere decir que se delegue sin límites en el trabajador la configuración de la jornada de trabajo (...) sino que el empresario deberá aceptar una negociación de buena fe»*.

De modo que el art. 34.8 ET «no da al trabajador o trabajadora de un derecho de modificación unilateral, sino un poder de negociación del mismo de buena fe, esto es, a plantear cambios con efecto útil para su interés de cuidar al menor, que el empleador negocie de buena fe –con ofertas y contrapropuestas reales (...) si la empresa deniega el derecho de conciliación [según lo previsto en el convenio colectivo] y art. 34.8 ET, y no esgrime una razón organizativa suficiente, el art. 34.8 ET en relación al art. 139 LRJS le da mejor posición al titular de un derecho-expectativa a la adaptación razonable del art. 38.4 ET (...) sostenemos que el legislador ha fijado dos condicionantes para un uso más flexible del derecho individual. Uno de legitimación procedimental: que medie un acto de voluntad empresarial, ya sea por acuerdo colectivo o contractual. Otro de legitimación sustantiva: que ese acuerdo, colectivo o singular, asegure un equilibrio concreto entre la razón de la trabajadora o del trabajador y la razón de la empresa, llamando a modulaciones más limitadas y ciertas para la empresa. Ahora bien, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta la regulación procesal del art. 139 LRJS que responde a una orientación de política jurídica opuesta: el trabajador o la trabajadora tiene un poder negociador con el empleador, al margen del convenio».

De esta forma, la sentencia entiende que la norma configura *«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»*.

Este derecho a una modificación del régimen horario, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, tiene como única excepción que ello resulte excesivamente gravoso para la organización de la empresa. De modo 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».*

A la luz de lo expuesto, el TSJ revocará la sentencia de la instancia, de modo que los trabajadores pueden hacer uso de dicha flexibilidad horaria con la necesidad de indicar a la empresa motivo concreto, familiar o personal, que lo justifica.

Esta misma argumentación también se reproduce en las SSTSJ Andalucía/Sevilla 14 de febrero 2019 (Rec. 4319/2018); y 1 de febrero 2018 (Rec. 4108/2017), aunque, en ambos casos, se confirma el derecho a un cambio de turno solicitado por dos trabajadoras. Argumentación que se reproduce en la SJS/1 Guadalajara 1 de julio 2019 (Rec. 313/2019).

2.- ADAPTACIÓN DE JORNADA (TOTAL O PARCIAL) SOLICITADA

SJS nº 1 Mataró 12 de septiembre 2019 (núm. 642/2019)

Resumen del caso:

La SJS nº 1 Mataró 12 de septiembre 2019 (núm. 642/2019) resuelve la petición de una trabajadora (fisioterapeuta) de adaptar la jornada de trabajo y salir a las 16:00 para poder recoger a sus dos hijos en el colegio (uno de ellos en edad preescolar) y propone cuatro alternativas (empezar antes; disponer de 30 minutos para comer; trabajar 30 minutos a distancia; realizar jornada intensiva).

La empresa le deniega la petición alegando motivos organizativos (indica que no encuentran la fórmula para aceptar la propuesta debido a la planificación de fisioterapia de la empresa), aunque permite adaptar la jornada, saliendo 3 días de la semana a las 16:30.

El marido tiene contrato temporal y con horario de 10:30 a 14:00 y de 15:00 a 19:30.

La empresa cuenta con un equipo de 2 fisioterapeutas (con reducción de jornada) A su vez, unos meses antes, la empresa permitió a la trabajadora finalizar a las 16:00 para asistir a un curso de francés.

Además de la adaptación, la trabajadora también solicita una indemnización por la ansiedad que la denegación le ha ocasionado.

Razonamientos jurídicos de la sentencia:

Conforme a las pautas de la STC 3/2007, atendiendo a las circunstancias familiares concurrentes (número de hijos, edad y situación escolar, situación laboral del cónyuge y la incidencia de la negación de la adaptación), los horarios de los residentes para desayunar y comer, que la realización del curso de francés comportara importantes dificultades organizativas y que la empresa no ha acreditado que parte del trabajo de fisioterapeuta (rellenar el historial de los residentes en un sistema informático) no pueda hacerse a distancia, la sentencia entiende que la empresa no ha acreditado de ningún modo las dificultades organizativas para no atender a la petición de la trabajadora.

Además entiende que la trabajadora no tiene por qué acreditar si los abuelos (y mucho menos terceros ajenos a la familia) están disponibles o no para recoger a los hijos al colegio.

El cambio que propone la trabajadora no es imposible ni notablemente gravoso, pues, existen diversas alternativas que no generan dificultades organizativas a la empresa. A su vez, desde que se envió la petición, la empresa no inició vía de negociación alguna, reuniéndose un mes más tarde y denegando la petición ese mismo día.

Finalmente, se reconoce una indemnización de daño moral de 3.125 €, siguiendo la argumentación de la STSJ Canarias/Las Palmas 12 de marzo 2019 (Rec. 1596/2018) y al amparo del art. 7.5 y 40.b) LISOS.

SJS nº 1 Cáceres 15 de julio 2019 (núm. 158/2019)

Resumen del caso:

La SJS nº 1 Cáceres 15 de julio 2019 (núm. 158/2019) rechaza la petición de una dependiente de una tienda en la que presta servicios en turnos rotatorios junto con 14 compañeros (que pueden suplirla, incrementándose en 3 más cuando la coyuntura lo exige). La trabajadora solicita trabajar solo en turno de mañana en atención a su situación personal y familiar y así poder conciliar la vida personal con la laboral.

La actora realiza su actividad sujeta a régimen de turno rotatorio de mañana y tarde, desenvolviéndose aquel de 10 a 14 horas y de 16 a 20 en semanas alternas.

La mayor actividad de la tienda se desenvuelve en la tarde, en concreto entre las 19 y 21 horas y su marido es el director del conservatorio de música de la Diputación Provincial de Cáceres y desempeña su trabajo en horario de 16 a 21 horas de lunes a viernes en la localidad de Plasencia.

Razonamientos jurídicos de la sentencia:

La sentencia afirma que *«la interpretación integradora que ha de realizarse de los preceptos en liza, esencialmente de los artículos 37.5 y 6 y art. 34.8 ET, procede afirmar que **la trabajadora tiene reconocido en nuestro ordenamiento jurídico 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, aun cuando, como recuerda la STSJ de Andalucía de 1 de febrero de 2018, la conclusión no sea 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.** Para ello el juzgador viene obligado, según la doctrina constitucional recogida en la STC 3/2007 , a ponderar todas las circunstancias concurrentes, destacando entre ellas a juicio del TC las «dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa». Por tanto, corresponderá al empresario demostrar en estos casos, el perjuicio organizativo o/y económico que le supondría la aceptación de la concreción horaria que pretenda la trabajadora».*

La sentencia, tras evaluar las alegaciones de la empresa para oponerse a la petición, reconocerá parcialmente la petición de la trabajadora *«pues el impedimento que existe las tardes de lunes a viernes no existe los sábados en los que el cónyuge de la actora no trabaja y puede ocuparse de su descendiente, día en el que, además, las ventas en la tienda son lógicamente mayores y por ende su dificultad para cuadrar horarios también será mayor. Por lo tanto, durante los sábados, rebus sic stantibus, la actora seguirá sujeta al régimen actual, turno rotatorio semanal de mañana y tarde. Recordemos que el convenio aplicable no reconoce el derecho de la actora a elegir horario, pues se reserva tal para las víctimas de violencia contra la mujer».*

SJS nº 26 Madrid 10 de mayo 2019 (Rec. 337/2019)

Resumen del caso:

La SJS nº 26 Madrid 10 de mayo 2019 (Rec. 337/2019) se refiere a la petición de una trabajadora (cajera) con horario fijo de tarde (Martes y Miércoles 15 a 21.45 horas y Lunes, Jueves, Viernes, Sábado de 14.45 a 21.45 horas). La trabajadora tiene una hija menor de 1 año.

En la citada tienda, y al margen de la actora hay otros 15 cajeros, de los que 9-10 prestan servicios en turno de mañana y 5-4 en turno de tarde, con un correturnos.

La pareja de la trabajadora presta sus servicios laborales a tiempo completo (reponedor), en régimen de turnos relativos mañana/tarde, siendo el turno de mañana 6 a 13 horas y tarde de 17 a 0 horas, de lunes a sábados.

La actora solicitó, en enero de 2019, y con efectos 13 de marzo de 2019, reducción de jornada a 35 horas semanales, por cuidado de menor, con concreción horaria Lunes a Viernes 9.30 a 15.30 horas y Sábados 9.30 a 14.30 horas. Con fecha 21 de febrero de 2019, la empresa demandada contesta aceptando la reducción de la jornada pero rechazando la concreción horaria propuesta.

Desde el 13 de marzo 2019 hasta la fecha, la actora ha venido prestando servicios provisionalmente en reducción de jornada en horario de tarde.

Razonamientos jurídicos de la sentencia:

La sentencia entiende que, a la luz de la reforma operada por el RDL 6/2019, *«Es cierto que no se ha modificado expresamente la literalidad del art. 37.6 ET, pero hemos de concluir que, si el legislador de urgencia, ha incorporado como derecho subjetivo del trabajador la adaptación del trabajador de la jornada, en razón de los cuidados de hijos menores de 12 años, sin necesidad incluso de reducción horaria, resultaría absurda vista la Exposición de Motivos (art. 3.1 CC) la interpretación de que dicho derecho de adaptación no se extienda a aquellos casos de reducción de jornada, en que el trabajador hace un sacrificio al perder parte de su salario. Por ello, esta discordancia, más aparente que real entre el art. 34 y el art. 37.6 ET, debe resolverse en favor de considerar también se ha extendido al trabajador tal derecho de adaptación cuando se reduce la jornada, como suceden en el caso de autos.*

Y esta consideración nos lleva a reinterpretar lo dispuesto en el art. 37.6 ET, en el sentido de que ya no será necesario que la reducción de jornada se circunscriba al horario diario realizado por el trabajador, debiendo en consecuencia recuperar la inicial interpretación en el sentido de determinar la prosperabilidad o no de la pretensión de la actora, confrontando los posibles derechos en colusión, esto es, el superior interés del menor (art. 39 CE como dimensión constitucional del derecho) y la necesidad de su cuidado, y los posibles perjuicios o disfunciones causados al empresario».

A la luz de lo expuesto la sentencia entiende que, a la vista del régimen de turnos rotativos del padre, y de los horarios habituales de guarderías, teniendo en cuenta el interés del menor, la solicitud resulta plenamente cabal y ajustada a la finalidad (pudiendo quedar por las tardes en situación de desamparo si no se atiende la solicitud).

Desde el punto de vista de la empresa, aunque la petición puede causar disfunciones y por tanto la negativa no es caprichosa, el hecho de que se trata de una gran empresa (con muchos centros de trabajo), no pueden entenderse agotadas las posibilidades organizativas analizando exclusivamente la tienda en que presta sus servicios la actora.

Por este motivo, dando preferencia al interés del menor (art. 39 CE) como dimensión constitucional del derecho, accede parcialmente a la solicitud de la actora, reconociendo el derecho a reducir su jornada por cuidado de hijo menor a 35 horas semanales, con concreción horaria de Lunes a Viernes de 9.30 a 15.30 horas y Sábados de 9.30 a 14.30 horas, con efectos de 1 de Junio de 2019.

SJS nº42 Madrid (Rec. 268/2019)

Resumen del caso:

En la SJS nº 42 Madrid (núm. 268/2019), la demandante (agente telefónico) y madre de 2 hijos menores de 12 años, tras una reducción de jornada de 1/8, presta servicios de 15 a 20.15 horas y solicita un cambio de turno para prestar servicios por la mañana en horario de 9 a 16 horas.

La empresa contestó a la trabajadora que para proceder al cambio de turno era preciso aplicar a las vacantes que se ofertaban en la intranet, a las que podía presentarse todo el mundo, estableciéndose las prioridades en atención al baremo existentes. Estos baremos están descritos en una política de cambios de turno de la empresa (que, según la empresa, ha sido modificada tras la negociación con la representación de los trabajadores para adaptarla a lo dispuesto en el artículo 34.8 ET).

Razonamientos jurídicos de la sentencia:

La sentencia niega que el deber de negociación no es exigible en la medida que los baremos han sido negociados con la RLT (extremo que no consta probado documentalmente). Y, además, desde el punto de vista del contenido, la citada política de la empresa no cumple con el contenido del art. 34.8 ET porque es normativa interna de la empresa (no es un pacto adoptado en negociación colectiva) y, además, no establece los términos del ejercicio de la adaptación de jornada por conciliación de vida familiar, que es lo que exige el precepto.

Y añade, «La política de empresa sobre cambios de turnos podrá servir como instrumento complementario, en su caso, en el que fundamentar la decisión de la empresa, pero en modo alguno sustituir la regulación específica del ejercicio del derecho de adaptación de jornada de las personas trabajadoras –que habrá de ser aprobada en negociación colectiva-, o en su defecto, la negociación individual con la persona solicitante».

Y, a su vez, «la sujeción a dicha política de empresa sobre cambio de turno (por más que se valoren las condiciones de conciliación familiar) no responde a la finalidad pretendida por la actual regulación recogida en el artículo 34.8 ET», porque los baremos excluyen la «valoración individualizada de cada caso concreto» exigida por la norma.

El hecho de que la empresa haya dado respuesta a la petición sin seguir con el procedimiento de negociación establecido provoca *«la imposibilidad de valorar causas que no se hayan alegado en dicho proceso»*. De modo que *«si el proceso de negociación tiene como finalidad valorar la razonabilidad y proporcionalidad de la solicitud atendiendo a las necesidades de conciliación de la persona trabajadora y a las necesidades organizativas y productivas de la empresa, y la empresa ha incumplido la obligación legal de negociar y dar una respuesta expresa y razonada, no podrá en el acto de la vista hacer valer causas organizativas o productivas que no hayan sido expuestas en el procedimiento previo de negociación, pues de lo contrario el incumplimiento de la empresa de negociar y valorar la petición no encontrará reprensión, vaciando de contenido dicha obligación legal. En estos supuestos, lo que deberá evaluarse en el acto de la vista para dar solución a la petición será la razonabilidad de la adaptación interesada»*.

Tras rechazar la propuesta de la empresa (incrementar la reducción de jornada de la trabajadora y la de su pareja), concluye que *«la petición de adaptación pretendida por la demandante se estima razonable, y debe ser considerada proporcionada al no haberse llevado a cabo el procedimiento de negociación previa que permitiese valorar las causas organizativas y productivas de la empresa»*.

SJS nº 2 Valladolid 31 de julio 2019 (Rec. 618/2019)

Resumen del caso:

La SJS nº 2 Valladolid 31 de Julio 2019 (Rec. 618/2019) se refiere a la petición de un trabajador que desarrolla funciones de limpieza de un hospital a no realizar el turno de noche para poder atender a su madre enferma de 91 años. En concreto, solicita realizar únicamente el horario de tarde, de 15:00 a 22:00 horas y 6 días más tarde la empresa deniega la petición alegando que su petición carece de sustento legal, y no acreditar las condiciones necesarias.

Razonamientos jurídicos de la sentencia:

La sentencia aceptará la petición del trabajador porque de acuerdo con la STC 26/2011, *«la simple inexistencia de acuerdo colectivo o individual que contemple medidas que permitan adaptar la jornada y el horario de trabajo para conciliar la vida laboral y la familiar, no constituye causa suficiente para denegar el derecho pretendido por el trabajador, sino que habrá que tomar en consideración en el particularismo de cada caso las singulares circunstancias concurrentes, valorando la dimensión constitucional ex Art. 14 y 39 CE de las medidas solicitadas y realizar la correspondiente ponderación del derecho fundamental que está en juego»*.

Desde este punto de vista, la situación de la madre y la necesidad de cuidado que precisa evidencia la *«verdadera existencia de una situación que faculta al actor para el ejercicio del derecho a conciliar su vida laboral y familiar»*. Y, además, *«en la comunicación dirigida al trabajador no se alegan por la empresa las existencia de dificultades en la organización del trabajo que pudieran impedir o dificultar eximirle del turno de noche, que se viene prestando cada cinco semanas, sin que tampoco, a la vista de la prueba practicada en el acto de juicio, se haya constatado que suponga un perjuicio organizativo, pues sin desconocer que la necesidad de realizar trabajos quincenales nocturnos, lo cierto es que cuenta con ocho trabajadores con categoría Peón Especialista, significando que uno de ellos, concretamente Sr. Ángel, ha solicitado realizar turnos de mañana y noche, circunstancia que, de alguna manera, facilita cubrir los turnos de noche que pudiera tener asignados el acto»*.

En términos similares, la SJS nº 2 Zamora 26 de julio 2019 (Rec. 238/2019) desestima el rechazo de la empresa porque no ha probado que la asignación de la concreción horaria de la solicitante perjudique el servicio ni al resto de trabajadores; y la SJS nº 1 Palencia 23 de julio 2019 (Rec. 270/2019), también lo rechaza porque *«la empresa no opone en su contestación razones organizativas de peso que permitan justificarla decisión adoptada, valorando que, no sólo no ofrece alternativas a la trabajadora, descartando cualquier tipo de negociación posible, sino que además, la fórmula utilizada ('Los motivos de dicha denegación se basan en razones estrictamente organizativas ya que pondría problemas al funcionamiento normal de esta empresa') es absolutamente genérica e impide a la trabajadora conocer los motivos de referida denegación»*.

Por otra parte, la SJS nº 1 Oviedo 2 de abril 2019 (Rec. 192/2019) destaca porque el fallo contiene tres posibles opciones a elección de la empresa.

3. NO ADAPTACIÓN DE JORNADA SOLICITADA

SJS nº 3 Gijón 29 de agosto 2019 (Rec. 380/2019)

Resumen del caso:

La SJS nº 3 Gijón 29 de agosto 2019 (Rec. 380/2019) deniega la petición de la trabajadora de concretar y modificar su jornada a la de turno exclusivamente de mañanas, de 9:15 a 16.15 horas, con un sábado de cada tres, de 10:30 a 13.30 horas.

Razonamientos jurídicos de la sentencia:

La sentencia deniega la petición de la trabajadora porque *«Habida cuenta del número de trabajadores del centro y la organización de los turnos, es evidente que la adscripción de la demandante a un turno de mañana de forma fija conlleva necesariamente la descompensación en el sistema organizativo, y perjudica de forma evidente a la empresa»*.

La empresa ha acreditado que el número de consultas y de ecocardiografías, es superior por las tardes que por las mañanas, así como que los servicios de los tres veterinarios que se turnan, supone un porcentaje muy significativo de sus ingresos».

Además, el cambio que propone supondría alterar la atención al público de manera significativa, y modificar también la jornada de los dos veterinarios que cubren el horario de 9 a 21 horas.

A su vez, los intereses de la empresa se encuentran justificados, habiendo formulado la entidad distintas propuestas para conseguir una jornada que pueda satisfacer a la demandante, *«sin olvidar, sobre todo, la perspectiva del debido cuidado y tutela de su hijo y la obligación del padre en relación con el niño, obligación que se debe de apreciar desde la dimensión de la corresponsabilidad padre-madre en la guarda de la menor. No le consta ninguna restricción al padre para el cuidado del niño».*

Por otra parte, la sentencia también cuestiona que el cambio propuesto sea efectivo para el cuidado del menor (pues, aunque se admitiera, quedaría una franja de más de una hora sin atención).

De modo que concluye *«no puede prevalecer sobre el interés de la empresa y de los compañeros de la actora, una fijación de turno en el trabajo para el cuidado de su hijo, que resulta inútil o incompleta en el cumplimiento de su objetivo (...), y que suponga una limitación y restricción de los derechos de sus compañeros».*

En términos similares, SJS/3 Gijón 27 de junio 2019 (Rec. 233/2019).

SJS nº 2 Gijón 29 de julio 2019 (rec. 340/2019)

Resumen del caso y razonamientos jurídicos de la sentencia:

En la SJS nº 2 Gijón 29 de julio 2019 (Rec. 340/2019) se resuelve un conflicto en el que la empresa acepta parcialmente la adaptación solicitada. La sentencia confirma la alternativa propuesta por la empresa porque la trabajadora no *«ha dado motivo razonable para enervar las razones organizativas que la parte empresarial ha expuesto».*

Departamento Laboral y de Seguridad Social

Persona de contacto: Eduardo Ortega Prieto

Email: ortegap@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral

Email: ortegaf@ortega-condomines.com