

DERECHO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO

Personal Investigador en Formación (FPU)
Universidade de Santiago de Compostela
lidia.gil.otero@usc.es

Palabras clave: trabajo a tiempo parcial, discriminación, reconocimiento médico, suspensión del contrato de trabajo, contratación fraudulenta, conciliación.

Palabras chave: traballo a tempo parcial, discriminación, recoñecemento médico, suspensión do contrato de traballo, contratación fraudulenta, conciliación.

Keywords: part-time work, discrimination, medical examination, employment contract suspensión, fraudulent hiring, conciliation.

1. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y DISCRIMINACIÓN EN EL CASO *OH Y ER CONTRA AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA*. AUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 15 DE OCTUBRE DE 2019 Y SU REPERCUSIÓN JURISPRUDENCIAL

El ámbito de las relaciones laborales no es ajeno a las manifestaciones de la discriminación más característica, que es aquella que se da por razón de género. La configuración y feminización de las tareas de cuidados y responsabilidad familiar no sólo traen consigo posibles manifestaciones discriminatorias durante la vida del contrato de trabajo, sino que condicionan ya la entrada de la mujer en el mercado laboral, a través de contratos temporales y/o a tiempo parcial. Estos elementos provocan una interrelación entre dos fenómenos discriminatorios: la discriminación por razón de género y la discriminación de los trabajadores a tiempo parcial en comparación a los trabajadores a tiempo completo.

Este escenario fue el que motivó el planteamiento por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de dos peticiones de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (autos de 18 y 22 de junio de 2018). A efectos de complementos retributivos, el cómputo de la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos contratados por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria para la campaña del IRPF centraba el conflicto. Así, para el reconocimiento de la antigüedad, la empleadora no computaba la totalidad del tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral, sino que excluía los periodos en los que no se prestaban servicios efectivos, teniendo en cuenta solamente unos meses al año.

La aplicación de esta fórmula de cómputo despertó las dudas del Tribunal Superior de Justicia que, en régimen de recurso, destacó sus posibles efectos adversos y discriminatorios. Por una parte, los trabajadores fijos discontinuos adquirirían un derecho económico de una manera más lenta que los trabajadores a tiempo completo, teniendo en cuenta que a estos últimos no se le excluyen a efectos del cómputo los periodos de no prestación, como por ejemplo las vacaciones. Por otra parte, la aplicación de esta regla de la pro rata también se proyectaría sobre la cuantía anual de las percepciones. Así, un trabajador que trabajase sólo 4 meses al año cobraría únicamente el complemento de antigüedad en esos 4 meses, siendo en definitiva la tercera parte de la cuantía que cobraría un trabajador a tiempo completo. A esta discriminación inicial se le sumaría la discriminación por razón de género al existir en la agencia empleadora, una feminización del personal fijo discontinuo (78.09% de mujeres por 21.91% de hombres). Este hecho podría suponer un indicio de discriminación indirecta que, a juicio del TSJ, situaría a las mujeres en una posición de desventaja respecto del colectivo de los hombres. El TSJ cuestionaba, en definitiva, si la práctica empresarial de cómputo era compatible con el Acuerdo marco europeo sobre trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de

1997) y con la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

El Tribunal de Justicia, a pesar de la importancia de su pronunciamiento, decidió resolver las cuestiones bajo la forma de auto, considerando la razonabilidad de la respuesta y los precedentes suministrados por su propia jurisprudencia (art. 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia). Con carácter general, este pronunciamiento del Tribunal de Justicia se dividió en dos grandes partes, correspondientes a los dos instrumentos normativos que se examinaron en virtud de esa doble vertiente discriminatoria.

Comenzando por la discriminación de los trabajadores a tiempo parcial, la cláusula 4 del Acuerdo marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial dispone el principio de no discriminación en virtud del cual, en sede de "condiciones de empleo", los trabajadores a tiempo parcial no pueden ser tratados de una manera menos favorable que los trabajadores a tiempo completo. El Tribunal de Justicia, partiendo de una interpretación no restrictiva, afirmó que los trienios y complementos salariales derivados de la antigüedad estaban incluidos en el concepto de «condiciones de empleo» exigido por el tenor literal de la cláusula (apartados 30 y 31), bebiendo así de jurisprudencia ya consolidada [Sentencias de 10 de junio de 2010, *Bruno y otros* (asuntos C-395/08 y C-396/08) y de 9 de julio de 2015, *Regojo Dans* (asunto C-177/14)]. Cumplida esta exigencia, el segundo factor determinante a juicio del Tribunal de Justicia en el examen de la posible discriminación era la comparabilidad. ¿Podía compararse la antigüedad del trabajador fijo discontinuo con la del trabajador fijo continuo? Teniendo en cuenta factores como la naturaleza del trabajo, cualificaciones, competencias y condiciones laborales, el Tribunal de Justicia consideró que no existía ningún dato que permitiese concluir que los trabajadores fijos discontinuos no se encontraban en una

situación comparable a la de los trabajadores a tiempo completo de la Administración (apartados 32 a 35).

A partir de esta consideración, el Tribunal de Justicia examinó la diferente aplicación de las reglas de cómputo de antigüedad de los trabajadores a tiempo completo y de los trabajadores fijos discontinuos. Mientras que para los primeros la antigüedad coincidía con la duración de la relación laboral, para los fijos discontinuos se atendía sólo a los periodos efectivamente trabajados. De esta forma, el Tribunal de Justicia consideró que contratos con una duración efectiva equivalente otorgarían derecho a complementos de antigüedad a un ritmo diferente, únicamente por razón del trabajo a tiempo parcial. El Tribunal de Justicia consideró que, aplicando el principio *pro rata temporis*, el cálculo del complemento retributivo debía depender directamente de la cantidad de trabajo efectuada, justificando así una reducción proporcionada del derecho a un componente de la retribución (apartados 39 a 42). No obstante, a juicio del Tribunal, este principio de *pro rata temporis* no se podía aplicar a la determinación de la fecha de adquisición del complemento retributivo, porque dicho complemento dependía de la antigüedad adquirida por el trabajador, no de la cantidad de trabajo efectivo. Los trabajadores fijos discontinuos ya sufrían una reducción proporcionada del complemento retributivo reflejada en los periodos de trabajo efectivamente trabajados, en la medida en que sólo lo cobrarían los meses en los que se trabajase. El Tribunal de Justicia afirmó por ello que el complemento de antigüedad debía ser pagado únicamente los meses de trabajo, pero su nacimiento no debía postergarse. Aplicar el principio *pro rata temporis* también a la fecha de adquisición de la antigüedad y del correspondiente complemento supondría un doble perjuicio y una discriminación en atención únicamente al trabajo a tiempo parcial. Así, sin existir ninguna razón objetiva que justificase la diferencia de trato anteriormente expuesta, el Tribunal de Justicia concluyó que el cálculo de la antigüedad de los fijos discontinuos en atención a los periodos efectivamente

trabajados era contrario a la prohibición de no discriminación de la cláusula 4 del Acuerdo marco (apartados 43 a 51).

Analizada esta primera vertiente de la discriminación, en segundo lugar y de una forma más breve, analizó el Tribunal de Justicia el impacto que dicha fórmula de cálculo tenía en la propia configuración y estructura del personal fijo discontinuo, predominando la contratación de mujeres. Una vez se descartó que esta práctica constituyese una discriminación directa por razón de sexo en virtud de la Directiva 2006/54, el esfuerzo se centró en examinar la posible concurrencia de una discriminación indirecta (apartados 52 a 54). El TSJ suministró al Tribunal de Justicia datos respecto a la composición de la plantilla de la Administración que estaban disponibles en las propias páginas oficiales de transparencia. El Tribunal de Justicia, sin realizar ninguna objeción a dichos datos, consideró que reflejaban la posición de la mujer en el mercado laboral y los impedimentos que tenía el colectivo para acceder a un empleo a tiempo completo debido a las dificultades de conciliación. La mayor presencia de mujeres entre el personal fijo discontinuo provocaba a juicio del Tribunal de Justicia que el cálculo de antigüedad, a pesar de estar formulado de manera neutra, afectase a un número mayor de mujeres que de hombres, sin estar justificado por factores objetivos ajenos. Por ello, se destacó también por el Tribunal de Justicia la discriminación indirecta por razón de sexo, contraria a la prohibición de discriminación contenida en el art. 14.1 de la Directiva 2006/54 (apartados 55 a 62).

Emitido este auto por el Tribunal de Justicia, su criterio fue asumido por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia de 18 de diciembre de 2019 (núm. rec. 341/2018). En este pronunciamiento, el TSJ consideró que, si bien bastaría el pronunciamiento del Tribunal de Justicia para resolver el conflicto, el caso merecía razonamientos adicionales al hilo de las alegaciones de las partes.

En primer lugar, el TSJ insistió en que la fórmula de cálculo de la antigüedad que propugnaba el Tribunal de Justicia no suponía una ventaja para el colectivo que trabajaba a tiempo parcial con respecto al que trabajaba a tiempo completo. La parte demandada alegaba que la atención a la duración de la relación laboral beneficiaría a los trabajadores fijos discontinuos en la medida en que estos alcanzarían un trienio trabajando, por ejemplo, un total de 12 meses en tres años, mientras que los trabajadores a tiempo completo lo obtendrían transcurridos 36 meses de trabajo efectivo. El TSJ desmintió ese argumento a través del propio principio de *pro rata temporis*, de tal modo que el trabajador fijo discontinuo realmente sólo cobraría la tercera parte del complemento retributivo que ganaría un trabajador a tiempo completo comparable, ya que este último lo percibiría durante todo el año y el fijo discontinuo únicamente durante los 4 meses en los que presta el servicio. La proporcionalidad justa del principio *pro rata temporis* exigía que la cuantía mensual del trienio no se redujese en función del tiempo trabajado en cómputo anual, porque la reducción ya se observaba en la obtención del complemento sólo durante el tiempo de trabajo efectivo.

En segundo lugar, en cuanto a la vertiente discriminatoria por razón de sexo, el TSJ aprovechó la ocasión para contestar a la Administración. Esta, en sus alegaciones, destacaba que la desproporción entre hombres y mujeres en el trabajo a tiempo parcial atendía a que en los procesos selectivos también se daba esa misma circunstancia. El TSJ, no obstante, consideró que ese fenómeno tenía un carácter estructural en la sociedad en orden al reparto estereotipado de los roles familiares, circunstancia que la Administración debía tener en cuenta. El tribunal afirmó que esta cuestión, de conocimiento general, debía ser especialmente cuidada por la Administración pública, poniendo todo de su parte para evitar precarizar a un colectivo que ya de por sí sufría una doble precarización que ataba «a las trabajadoras al empleo a tiempo parcial como si se tratase de un suelo pegajoso».

El pronunciamiento del Tribunal de Justicia provocó que también fuese el Tribunal Supremo el que modificase su jurisprudencia, concretamente a través de las sentencias de 19 de noviembre (núm. rec. 2309/2017) y de 10 de diciembre de 2019 (núm. rec. 2932/2017). En sentencias anteriores el Tribunal Supremo, atendiendo a un criterio estrictamente literal, distinguía entre el periodo de vigencia y vinculación real a la empresa y el tiempo real de prestación de trabajo de los fijos discontinuos. En la medida en que el convenio colectivo de la AEAT creaba el complemento de antigüedad atendiendo al «tiempo de servicios efectivos» (art. 67), el Tribunal Supremo sostenía que era al tiempo real de actividad al que el convenio colectivo se refería (STS de 5 de marzo de 2019). No obstante, a la vista de lo expuesto por el Tribunal de Justicia, el Tribunal Supremo modificó su doctrina. A partir de estos pronunciamientos, se evitó la anterior interpretación literal del convenio colectivo, apostando por el cómputo de la duración de la relación laboral para evitar, por una parte, una diferencia de trato respecto de los trabajadores a tiempo completo y, por otra, una discriminación indirecta por razón de sexo.

Este conjunto de pronunciamientos tiene un impacto significativo en la nueva redacción del artículo 12.4 d) del Estatuto de los Trabajadores, otorgada por Real Decreto-Ley 6/2019. El reconocimiento de los derechos de los trabajadores a tiempo parcial en función del «tiempo trabajado», garantizando «en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres», refleja esta doble perspectiva de análisis que ha seguido el Tribunal de Justicia, adoptando criterios correctivos que eviten la degradación de condiciones laborales de las trabajadoras a tiempo parcial.

2. NEGATIVA DEL TRABAJADOR AL RECONOCIMIENTO MÉDICO OBLIGATORIO: CONDUCTA CONSTITUTIVA DE DESPIDO DISCIPLINARIO. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

SUPERIOR DE JUSTICIA DE 17 DE OCTUBRE DE 2019 (NÚM. REC. 3241/2019).

«El derecho del trabajador afectado a negarse al reconocimiento (médico) cede y termina donde empieza el riesgo grave para la vida, integridad y salud de terceros que no pueden verse afectados por la indolencia del trabajador renuente». Con estas palabras reflexionaba el Tribunal Supremo sobre la excepción al principio de voluntariedad de los reconocimientos médicos de los trabajadores (STS 33/2019, de 21 de enero). Esta afirmación conecta directamente con la sentencia objeto de comentario que, a su vez, tiene un encaje muy importante en este contexto de crisis sanitaria. El artículo 22.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales pone especial énfasis en la obligatoriedad del reconocimiento médico de los trabajadores ante el posible riesgo que el estado de salud del trabajador pueda implicar para sí mismo, para los demás trabajadores o para terceras personas relacionadas con la empresa. Este escenario sanitario justificará de aquí en adelante la necesaria protección del derecho a la integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales, pudiendo ser sometidos los trabajadores a reconocimientos médicos obligatorios ante, por ejemplo, los peligros de contagio de la plantilla y los clientes.

El respeto de otros derechos o bienes jurídicos protegidos implica, a su vez, la debida diligencia del trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones y el despliegue del poder sancionador empresarial ante actitudes negligentes. Un ejemplo de ello se muestra en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de octubre de 2019, que confirmó la procedencia del despido de un trabajador que se negó de forma reiterada a pasar los reconocimientos médicos obligatorios justificados en su categoría profesional.

El trabajador demandante prestaba servicios como carretillero en la empresa CIE AUTOMOTIVE a través de un contrato de puesta a disposición suscrito entre esta última empresa y la empleadora, EULEN. La empresa usuaria, en

virtud de ese contrato, exigía que todos los trabajadores de servicios externalizados que prestasen servicios en su planta pasasen un reconocimiento médico anual, que corría a cargo de EULEN. El trabajador tenía ya su reconocimiento médico caducado, por lo que la empresa cedente le concertó dos citas durante el mes de agosto, siendo ambas modificadas por alegar el trabajador estar de vacaciones en dicho periodo. Lo mismo sucedió con la siguiente cita programada para primeros de septiembre, a la que el trabajador no acudió por estar de baja por incapacidad temporal. No obstante, las siguientes citas programadas no tenían una causa que justificase la ausencia del trabajador. Tras el alta del trabajador, se gestionaron hasta otras tres citas a las que el trabajador no acudió. El trabajador era consciente de que tenía el permiso caducado y que éste era necesario para trabajar en la empresa usuaria, ya que así se lo indicaba la responsable de recursos humanos en los correos electrónicos que se intercambiaban. No obstante, el trabajador avisaba en último momento que no podía acudir a los reconocimientos por no encontrarse en la ciudad o por tener un turno que no coincidía con el horario de la cita solicitada. Estos hechos llevaron a que la empresa usuaria anulase la tarjeta de acceso del trabajador a sus instalaciones, advirtiendo a la empresa cedente que solucionasen el problema o se verían obligados a adoptar medidas «más drásticas», presumiblemente la rescisión del contrato de puesta a disposición.

La empresa cedente, alegando un proceder malicioso del trabajador y transgresión de la buena fe contractual, procedió al despido disciplinario del trabajador (art. 54.2 apartados b y d del ET). Tras una actitud tolerante en un inicio, la empresa dejó de soportar conductas que, bajo su opinión, dejarían en manos del trabajador el cumplimiento de obligaciones en materia de prevención de riesgos de la que es responsable la empresa usuaria.

El trabajador, por su parte, solicitó judicialmente la declaración de nulidad del despido, por considerar que éste atendía a una represalia por la impugnación judicial de otras

sanciones que se la habían impuesto anteriormente. En virtud de la inversión de la carga de la prueba que rige en estos supuestos, el trabajador aportó como indicios de vulneración de la garantía de indemnidad la conexión temporal entre las reclamaciones judicial y la sanción de despido, hechos entre los que transcurrieron únicamente 3 meses. No obstante, la empresa usuaria probó en el proceso la realidad de los hechos por los cuales se procedió al despido del trabajador. Así, para el Tribunal Superior de Justicia, la negativa reiterada a pasar los reconocimientos médicos permitía desvincular el despido con las reclamaciones judiciales anteriores.

Una vez declarado esto, el tribunal pasó a examinar la procedencia del despido ante las alegaciones efectuadas por el trabajador de forma subsidiaria. Éste consideraba su despido improcedente ante la inexistencia de causa y la ruptura de la teoría gradualista. Para el trabajador, la imposición por la empresa del reconocimiento médico fuera de su horario laboral vulneraba el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en virtud del cual el coste de las medidas de cumplimiento de la seguridad salud debía ser con cargo a la empresa. Consecuentemente, no existía para el trabajador negativa ni falta de colaboración del trabajador, poniendo de relieve además su derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar y su derecho a la desconexión digital (art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

No se discutía, en consecuencia, si la actividad del trabajador justificaba o no la necesidad de un reconocimiento médico obligatorio, sino la calificación que merecía la conducta y la continua negativa del trabajador. Así, refutando los argumentos del trabajador, en primer lugar, el tribunal consideró que no existía vulneración del artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Si bien es cierto que debía procurarse que el reconocimiento médico se realizase dentro de los horarios de trabajo, no se trataba de una obligación taxativa, sino que posibilitaba la

posterior compensación del trabajador con tiempo o de forma económica. La existencia de este derecho a la compensación impedía que el trabajador pudiese alegar dicho motivo para simplemente en el último momento, y sin dar una justificación, decidir no acudir a las citas de la empresa. Las pruebas analíticas del reconocimiento médico exigían que tuviese que realizarse en horario de mañana y dentro de los horarios que facilitaba el servicio de prevención. Además, el trabajador en ningún momento indicó a la empresa que la negativa a acudir a la cita estuviese motivada por otro hecho diferente a que la cita estuviese fuera de su horario. El hecho de que nunca hubiese comunicado a la empresa la incidencia de las citas en el ejercicio de su derecho a la intimidad y conciliación hacía presumir que la negativa no obedecía a dichos términos. En todo caso, rechazó también el tribunal la alegación del derecho a la desconexión digital no sólo por tratarse de una normativa posterior a los hechos, sino por referirse a supuestos diferentes del enjuiciado.

En segundo lugar, el tribunal pasó a examinar la teoría gradualista para considerar, finalmente, que no había sido infringida. Según reiterada jurisprudencia, las conductas constitutivas de despido disciplinario deben revestir cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, exigiendo un análisis individualizado de cada conducta y las circunstancias que rodean los hechos en virtud de los principios de individualización y de proporcionalidad (STSJ de 30 de septiembre de 2008). El tribunal consideró que la conducta del trabajador era lo suficientemente grave y culpable como para ser constitutiva de despido, siendo el trabajador consciente de que su reconocimiento estaba caducado y postergaba su renovación sin justificación suficiente. En el examen de la gravedad de los hechos, el tribunal entró a considerar también las consecuencias negativas de la conducta para la relación entre empresa usuaria y cedente. El incumplimiento grave y culpable de los deberes de buena fe inherentes al cargo determinaban la transgresión de la buena fe contractual y la calificación de la conducta como

muy grave, siendo facultad del empresario elegir como posible sanción un despido que, en todo caso, fue ratificado por el tribunal como procedente.

3. CRISIS DE LA EMPRESA Y SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO POR CAUSAS ORGANIZATIVAS Y PRODUCTIVAS. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2019 (NÚM. REC. 4569/2019)

La actividad empresarial puede pasar, a lo largo de la vida de la empresa, por situaciones coyunturales que impidan, de manera temporal, el mantenimiento del ritmo productivo. Esa temporalidad obliga, en cierta medida, a que el empresario no adopte medidas de carácter drástico o definitivo, como la extinción del contrato de trabajo. El ordenamiento jurídico pone a su disposición una serie de instrumentos que facilitan la interrupción de los contratos de trabajo durante el tiempo preciso para la recuperación de la normalidad, continuando viva la relación jurídica. La suspensión del contrato de trabajo (arts. 45 y 48 ET) refleja a la perfección la finalidad anterior, anteponiendo la estabilidad en el empleo. La crisis sanitaria ha demostrado la utilidad de esta figura ante circunstancias de fuerza mayor, pero, en realidad, ya con anterioridad, numerosas situaciones de crisis de la empresa se han visto ayudadas esta medida (art. 47 ET).

La descentralización productiva ha traído consigo que los fenómenos de crisis empresarial de la empresa contratante y contratista se vean conectadas, de modo que los trabajadores sufran los efectos de modificaciones o reducciones de las contrataciones suscritas entre las entidades. Este ha sido fundamentalmente el objeto de estudio de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de noviembre de 2019.

En el caso concreto, las empresas VODAFONE y BOSCH tenían suscritos contratos de prestación de servicios en virtud de los cuales BOSCH prestaba actividad de call center o telemarketing para VODAFONE, dependiendo sus

volúmenes de la propia actividad de esta última. De esta forma, los agentes de BOSCH eran planificados mensualmente en función de los servicios requeridos en el mes anterior por parte de VODAFONE. Durante la vigencia de estos contratos, VODAFONE sufrió una situación de crisis que le llevó a tramitar un ERE de su propia plantilla y, consecuentemente, reducir el volumen de las contrataciones de sus proveedores, incluido BOSCH.

Esta modificación de la contratación trajo consigo que BOSCH tramitase un ERTE por causas productivas y organizativas en febrero de 2019. Durante la negociación con los representantes de los trabajadores, BOSCH no suministró las cuentas o los contratos mercantiles, alegando que dicha exigencia únicamente regía para los ERTE por causas económicas. Los trabajadores afectados por el ERTE eran aquellos adscritos a los servicios de VODAFONE que fueron objeto de reducción, si bien BOSCH ofreció la posibilidad de que estos voluntariamente pasasen a los servicios de televenta, previa prueba de su perfil. De aproximadamente 850 trabajadores afectados, únicamente se presentaron a la prueba 11. Esos servicios de televenta en BOSCH eran prestados en ese momento a través de personal de una empresa de trabajo temporal. Posteriormente, tras una serie de reajustes en la negociación, BOSCH redujo el número de trabajadores afectados por el ERTE a 650. Además de estas consideraciones, en el comité de negociación se trasladaron por parte de BOSCH numerosas propuestas como la rebaja del tiempo inicialmente previsto. Fueron acordadas también medidas de diferente tipo, como que no hubiese más de un representante legal afectado en cada departamento, el respeto a la representación de los trabajadores durante la suspensión y la prioridad en la permanencia en la empresa de aquellos trabajadores que voluntariamente se hubiesen adscrito al ERTE.

Una de las trabajadoras afectadas por el ERTE impugnó la medida suspensiva, aunque la sentencia de primera instancia desestimó su demanda. Los motivos alegados por la demandante iban fundamentalmente en tres líneas: 1)

falta de información en el periodo de negociación; 2) inexistencia de las causas productivas y organizativas al haberse conseguido BOSCH nuevos clientes; y 3) no existir una negociación de buena fe. El rechazo de estos argumentos en primera instancia hizo que la demandante, disconforme con el pronunciamiento, recurriese ante el Tribunal Superior de Justicia.

Comenzando por la primera de las cuestiones, el tribunal retomó el tenor literal del artículo 47 ET y de los artículos 4.2 y 18.3 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre. En virtud de estos preceptos, el cumplimiento de la obligación informativa de la empresa debía examinarse desde una perspectiva finalista, de tal modo que la suficiencia de la documentación presentada no prevista en la norma viniese determinada por la solicitud de los representantes de los trabajadores y su utilidad para los fines que se estaban discutiendo. Existen documentos que se revelan como intrascendentes a los efectos que persigue la norma, de tal modo que su ausencia no debe llevar a la declaración de nulidad de la medida. Desde esta perspectiva, el Tribunal entendió que la documentación aportada por la empresa era suficiente en la medida en que no se ocultaron datos relevantes y se hizo entrega de la memoria explicativa y el informe técnico, únicos documentos exigidos por la normativa. Se destacó además la posibilidad que se otorgó a lo largo del periodo de consultas de que diese las explicaciones correspondientes el responsable de finanzas.

El cumplimiento de este deber de información conectaba para el tribunal, en cierta medida, con la existencia de una negociación de buena fe. El ofrecimiento de información, junto con la modificación de determinados puntos de la propuesta inicial por la empresa (especialmente, la reducción del número de trabajadores afectados), dejaban entrever una flexibilidad que se alejaba de una postura inamovible de la empresa. La inamovilidad en la negociación se ha considerado por la jurisprudencia como un indicio de inexistencia de buena fe (STS de 27 de mayo de 2013),

pero los hechos probados mostraban una realidad diferente. Si bien es cierto que la empresa y los representantes de los trabajadores no llegaron a un acuerdo tras la finalización del periodo de consultas, el tribunal recordó que la obligación impuesta por el artículo 47 ET no era la de llegar a un acuerdo, sino la de negociar de buena fe. Se rechaza así mismo por el tribunal la vaguedad o inadecuación de los criterios de selección de los trabajadores afectados. Estos criterios fueron suministrados por la empresa desde el momento inicial de apertura de la fase de negociación, conociéndolos los representantes de los trabajadores.

En tercer lugar, en los antecedentes de hecho constaba que BOSCH, desde enero de 2019, venía realizando nuevas contrataciones a través de empresas de trabajo temporal para realizar tareas que, en principio, no podían llevarse a cabo por los trabajadores afectados. Para examinar la compatibilidad entre estas nuevas contrataciones y las medidas de suspensión adoptadas, el tribunal se centró específicamente en el análisis de la naturaleza de cada uno de los puestos implicados. Si bien, *a priori*, la incorporación de nuevos trabajadores temporales no justificaría la necesidad de acceder al a suspensión de los contratos de trabajo, se destacó que el perfil de los trabajadores afectados por el ERTE era un perfil técnico y administrativo diferente de los nuevos perfiles contratados, dedicados a la televenta comercial. A juicio del tribunal, la nulidad del ERTE no podía fundamentarse en el nuevo número de contrataciones efectuadas porque estas respondían a una necesidad limitada y, además, fueron efectuadas para atender a actividades que no eran desempeñadas por los trabajadores afectados. La posibilidad que ofreció la empresa de reubicación en dichos servicios, tras pasar una previa prueba, y el bajo número de trabajadores que voluntariamente se presentaron demostraba que los puestos de trabajo y actividades eran diferentes entre sí. Bajo estas consideraciones, el tribunal consideró que la medida de suspensión era acorde con el ordenamiento

jurídico y, por ello, desestimó el recurso interpuesto por la trabajadora.

4. FRAUDE EN LA CONTRATACIÓN: NOTAS DE LABORALIDAD Y CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

La huida del Derecho del Trabajo ha constituido un recurso al que acuden las empresas que consideran el ordenamiento jurídico laboral como un obstáculo de cara al desarrollo de su actividad empresarial, con elevados costes sociales fácilmente esquivables a través de otras ramas del ordenamiento jurídico. Los ordenamientos civil y mercantil han canalizado numerosos contratos de arrendamiento de servicios que, bajo una minuciosa labor de camuflaje, esconden relaciones en las que concurren todos los requisitos de laboralidad enumerados en el artículo 1.1 del Estatuto de Trabajadores.

La ingeniería jurídica y empresarial llevada a cabo por determinadas empresas ha llevado incluso al diseño ficticio de determinadas entidades mercantiles como las cooperativas que, agrupando al conjunto de sus socios, facilitaban la mano de obra a entidades principales a través de contratos de arrendamientos de servicios. Las cooperativas cárnicas han supuesto el mayor reflejo de esta situación, denunciada por los sindicatos más representativos e incluso por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. De esta cuestión ha tenido que hacerse eco el Tribunal Superior de Justicia en su sentencia de 5 de noviembre de 2019. En ella, ante la existencia relaciones triangulares entre la cooperativa, sus socios y la entidad a la que se prestaban los servicios, el tribunal pone especial énfasis en la determinación de la entidad empleadora. Serán las condiciones reales de la prestación de servicio las que deban ser tenidas en cuenta, obviando los simples elementos contractuales y formales.

Junto con los falsos autónomos, también constituyen un fenómeno destacado en la huida del Derecho del Trabajo los falsos becarios. Como ya dispuso el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de junio de 1998, las becas representan

una zona gris en el ámbito de aplicación de la normativa laboral en la medida en que en ellas, al igual que en el contrato de trabajo, también se da una actividad que es objeto de una remuneración. En ocasiones, la finalidad eminentemente formativa de las becas aparece desvirtuada cuando el supuesto becario desarrolla, en esencia, las mismas funciones que los trabajadores de la empresa. El fenómeno de las becas fraudulentas afecta tanto a entidades privadas como a entidades públicas, que recurren a jóvenes o estudiantes a través de convocatorias para atender a una necesidad estructural de la empresa, ahorrándose con ello costes laborales. Las convocatorias de becas por parte de las administraciones públicas no siempre terminan respondiendo a su objetivo primordial, por lo que existen jóvenes que, en una etapa de formación profesional o para el empleo, prestan un servicio sin ningún tipo de supervisión y del que, además, se apropia la entidad. En estas situaciones, los tribunales deben examinar la verdadera naturaleza jurídica de la relación a la luz de las características y circunstancias de la prestación real de servicios. Así, se verá cómo el Tribunal Superior de Justicia, en su sentencia de 15 de noviembre de 2019, niega la existencia de una beca cuando los servicios del becario cubran o satisfagan necesidades de una administración pública que, de no llevarse a cabo por él, se encomendarían a terceros.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de noviembre de 2019 (núm. rec. 3149/2019)

Desde el 1 de abril de 2003, las empresas SERVICARNE y SUAVI tenían suscrito un contrato de arrendamiento de servicios en virtud del cual la primera de ellas realizaba a través de sus socios cooperativistas los trabajos de despiece para la segunda. SERVICARNE era una sociedad cooperativa que carecía de instalaciones, maquinaria y personal técnico o directivo para el cumplimiento de su objeto social. Únicamente contaba con una serie de socios cooperativistas que debían darse de alta como tales para poder prestar

servicios y trabajar en las empresas principales con las que SERVICARNE tenía suscritos contratos de arrendamiento. SERVICARNE se limitaba así a remitir a sus socios a SUAVI, y era esta última la que les suministraba a los cooperativistas de SERVICARNE todo tipo de instrucciones, ritmos y órdenes a través de su jefe de equipo.

En julio de 2018, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitió un informe en virtud del cual se declaraba que los socios cooperativistas de SERVICARNE eran en realidad trabajadores por cuenta ajena de SUAVI, debiendo procederse a su recalificación. Tras esta actuación, SUAVI y SERVICARNE acordaron suspender el contrato de arrendamiento de servicios vigente entre ellas con efectos del 7 de agosto, si bien su rescisión se produciría una semana después. Como consecuencia de dicha suspensión, el 8 de agosto SUAVI impidió la entrada de los cooperativistas de SERVICARNE en sus instalaciones. A partir de estos hechos y de la actuación inspectora, una de las cooperativistas de SERVICARNE que prestaba servicios para SUAVI solicitó su baja como cooperativista e interpuso demanda por despido contra SUAVI, estimada en primera instancia y calificándose el despido como nulo ante una supuesta vulneración de la garantía de indemnidad.

El recurso de suplicación interpuesto por SUAVI ante Tribunal Superior de Justicia iba dirigido, fundamentalmente, a negar la existencia de una relación laboral entre las partes y la cesión ilegal de los trabajadores de la cooperativa. Se trataba de dos cuestiones jurídicas diferentes pero que, dada la relación existente entre ambas, debían estudiarse conjuntamente. Para valorar si SERVICARNE había cedido de manera ilegal a sus socios cooperativistas a SUAVI, el tribunal consideró primordial establecer, en primer lugar, cuál era el propio concepto de la cesión ilegal de trabajadores. El hecho de que SERVICARNE careciese de una organización real, tal y como se mencionó con anterioridad, podría poner de manifiesto la existencia de una empresa cedente ficticia utilizada de forma instrumental en beneficio de SUAVI. No obstante, a

juicio del TSJ, la cesión ilegal no abarcaba únicamente los supuestos de interposición de mano de obra entre empresas ficticias, sino también aquellos, en que, existiendo empresas reales, no actúan verdaderamente como partes de una contrata ni implican en ella su organización y riesgos empresariales (STS de 26 de septiembre de 2007).

La descentralización productiva está permitida en el ordenamiento jurídico, y pueden integrarse a través de ella sectores de la actividad productiva de una empresa. Sin embargo, si bajo esa descentralización productiva se esconde una mera puesta a disposición de los trabajadores entre las empresas, esta se convierte en una cesión ilegal de trabajadores (art. 43.2 ET). A partir de los hechos probados, el tribunal entendió que SERVICARNE poseía un carácter puramente formal ante la ausencia de elementos que, de normal, configurarían la estructura de una empresa. Todos los socios cooperativistas de SERVICARNE eran en realidad trabajadores respecto de los que SUAVI ejercía el poder de dirección y organización de la prestación laboral. El ejercicio de este poder, junto con la asunción de riesgos de la actividad por SUAVI, eran los elementos determinantes a juicio del tribunal para calificar la operación como una cesión ilegal, siendo indiferente que los falsos cooperativistas recibiesen su contraprestación de SERVICARNE o que existiesen cooperativistas con determinada cualificación. Más allá de que SUAVI determinase el horario laboral o las instrucciones correspondientes, el que SERVICARNE careciese de instalaciones, maquinaria, equipos informáticos o similares implicaba para el TSJ que no asumía los riesgos empresariales y laborales.

Una vez resuelta la existencia de la cesión ilegal, como cuestión prejudicial de la acción principal del despido, el TSJ no pudo entrar a valorar dos hechos fundamentales por la construcción defectuosa del recurso. En primer lugar, en cuanto a la responsabilidad solidaria derivada de la cesión ilegal, SUAVI se limitó a pedir expresamente la absolución en lugar de una condena solidaria con SERVICARNE, por lo

que, a juicio del TSJ, la súplica no era adecuada al contenido de la pretensión, quedando así limitado por el principio de petición rogada. En segundo lugar, en cuanto a la nulidad del despido, SUAVI omitió todo tipo de mención a la normativa o jurisprudencia vulnerada por la sentencia de instancia. Consecuentemente, la mera alegación de que las consecuencias de la cesión ilegal serían la improcedencia del despido y no la nulidad no resultaron suficientes para que el tribunal entrase a resolver dicha cuestión.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 15 de noviembre de 2019 (núm. rec. 2459/2019)

De acuerdo con la convocatoria efectuada el 13 de marzo de 2017 por la Diputación Provincial de Pontevedra, la demandante presentó su solicitud para una beca de prácticas laborales en el ayuntamiento de Pontevedra. Tras su resolución, la demandante fue destinada a la biblioteca del Ayuntamiento de Gondomar durante un periodo inicial de 6 meses, que se prorrogó posteriormente hasta alcanzar el año. Durante el año que duró dicha relación jurídica, la demandante realizó tareas de atención al público, préstamos, devoluciones, orientación de los usuarios, tramitación de altas y bajas de los socios, gestión de donaciones, ordenación interna... Además, para el desarrollo de estas funciones, no constaba en los hechos probados que hubiese sido tutelada o formada por la concejala que supuestamente debía supervisarla. Con atención a estos hechos, la supuesta becaria presentó demanda por despido tras la finalización de su beca, entendiendo que su contratación fue fraudulenta y que, consecuentemente, le unía con el ayuntamiento y la diputación una relación de carácter laboral. Esta sentencia fue recurrida por el ayuntamiento alegando excepción de incompetencia jurisdiccional y sosteniendo que las prácticas debían considerarse no laborales.

De cara a la resolución de esta cuestión, el Tribunal Superior de Justicia trajo a colación su sentencia del 31 de marzo de 2016 que, a su vez, recogía la doctrina del

Tribunal Supremo (STS de 13 de junio de 1988). El Tribunal Superior de Justicia puso especial énfasis en determinar cuál era el rasgo diferencial de las becas y la relación laboral, entendiendo que las becas no debían estar destinadas a incorporar los resultados o frutos del estudio o trabajo del becario. Las becas estaban destinadas a posibilitar el estudio y la formación cuyos frutos no podían incorporarse a la ordenación productiva de la entidad otorgante. Se llegó a afirmar así por el tribunal que la beca se configuraba como «una donación modal (artículo 619 del Código Civil) en virtud de la cual el becado recibe un estipendio comprometiéndose a la realización de algún tipo de trabajo o estudio que redunde en su formación y en su propio beneficio». La finalidad de la beca para la entidad otorgante debía ser la ayuda prestada en la formación del beneficiario, no el beneficio de su actividad. Esta finalidad formativa determinaba, a su vez, que las actividades o tareas que se le encomendasen al beneficiario fuesen coherentes con sus funciones.

Aplicada esta doctrina al supuesto de autos, el tribunal entendió que el Concello se había beneficiado de los frutos del trabajo personal de la demandante, que prestó tareas «habituales y permanentes en el servicio de la biblioteca». La falta de una actividad formativa concreta y las tareas realizadas por la demandante, propias de un puesto de trabajo, se consagraron para el tribunal como una clara manifestación de la ajenidad y la dependencia, caracteres inherentes a una relación de trabajo. Consecuentemente, el tribunal le reconoció a la demandante la categoría de auxiliar bibliotecaria, a pesar de que no existiese dicha categoría en la relación de puestos de trabajo del ayuntamiento cuando venía prestando sus servicios.

5. LA NATURALEZA DE LA DISPONIBILIDAD TELEFÓNICA Y SU RETRIBUCIÓN. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 2019 (NÚM. REC. 1612/2019)

La calificación del tiempo de guardia o de disponibilidad, desde la perspectiva del tiempo de trabajo, no ha sido abordada únicamente por la jurisprudencia nacional. En el desarrollo de la doctrina, ha tenido un gran peso la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, especialmente con el reciente caso *Matzak* (Sentencia de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15). Las guardias localizadas presentes en determinadas profesiones pueden, en ocasiones, encontrarse en un limbo de cara a su calificación como tiempo de trabajo en función de la disponibilidad a la que se encuentre sujeto el trabajador y la administración personal de su tiempo. La dispar casuística exige, para dar una respuesta, atender las circunstancias concurrentes en cada uno de los supuestos.

Esta calificación de las horas de disponibilidad también tiene especial incidencia en su correspondiente retribución. A esta cuestión en concreto es a la que ha tenido que dar respuesta el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la sentencia de 30 de diciembre de 2019, examinando las particularidades de la jornada de los trabajadores encargados de la prevención y lucha contra los incendios forestales y otras circunstancias vinculadas a su puesto de trabajo como el abono de las dietas ante los sucesivos desplazamientos.

El trabajador prestó servicios para la Empresa Pública de Servicios Agrarios Galegos (SEAGA) desde febrero a julio de 2016 y, tras una interrupción breve, desde julio a noviembre de ese mismo año. En el contrato de trabajo suscrito entre ambas partes figuraba como centro de trabajo, en su encabezamiento, uno situado en el municipio de Lugo, si bien la cláusula primera del contrato señalaba de una forma más genérica como centro de trabajo la provincia de Lugo en su totalidad. La naturaleza del puesto de trabajo era en sí misma itinerante, de tal modo que el trabajador se desplazaba a diferentes lugares fuera del municipio para prestar sus servicios y, además, también acudía a cursos de formación en otras provincias. Desde

febrero a octubre, el trabajador pagó por su cuenta la cantidad de 743.50 euros en concepto de dietas.

El contrato de trabajo preveía una jornada semanal de 40 horas pero, debido a la singularidad de la prestación de servicios, los trabajadores realizaban determinadas guardias al mes de 24 horas en las que 8 horas eran de jornada ordinaria y 16 de disponibilidad telefónica. Estas horas de disponibilidad telefónica, en términos de retribución, equivalían a 0.375 horas de trabajo "efectivo".

El trabajador presentó demanda contra la empresa solicitando el abono de las dietas que le correspondían ante sus continuos desplazamientos en la provincia y, además, las horas extraordinarias que a su juicio había realizado, entendiendo las horas de disponibilidad telefónica como tiempo de trabajo efectivo. Ambas peticiones fueron estimadas en primera instancia, de modo que la empresa acudió al Tribunal Superior de Justicia en suplicación.

Comenzando por la determinación del centro de trabajo y las correspondientes dietas, la juzgadora de primera instancia había considerado que el centro de trabajo del demandante se encontraba en la provincia de Lugo y, dentro de esta, concretamente en el municipio de Lugo. Teniendo en cuenta esta limitación al municipio, el tribunal consideró que si el trabajador estaba obligado a desplazarse a otro lugar para prestar sus servicios, debía ser la empresa la que corriese con los gastos que ocasionaba comer fuera durante esos desplazamientos (art. 26.2 ET). El trabajador presentó en el proceso las facturas generadas por las comidas desde febrero a noviembre y solicitó a la empresa exactamente dicho importe. El tribunal valoró además que las cantidades solicitadas por el trabajador no eran excesivas y correspondían a la cantidad propia de un menú del día, obligando a la empresa consecuentemente a abonarlas con los correspondientes intereses.

En cuanto a la segunda cuestión, relativa a las horas de disponibilidad telefónica, la empresa rechazó la consideración de estas como horas extraordinarias en la medida en que no configuraban tiempo de trabajo al poder

el trabajador organizarse libremente. La empresa alegaba, además, que el trabajador ya estaba siendo retribuido con un complemento de singularidad que incluía la especial responsabilidad, dificultades, peligrosidad, jornadas extraordinarias o prolongación de la jornada. Esta retribución, junto con el trabajo nocturno y en festivos, excluía e impedía a juicio de la empresa la percepción de la retribución de horas extraordinarias.

Para examinar el argumento de la empresa, el tribunal dividió su argumentación en dos apartados. En primer lugar, en cuanto a la retribución mediante complementos, el tribunal no consideró admisible dicha argumentación en virtud del artículo 35.1 ET. Este precepto exige un pacto individual sobre la retribución de las horas extraordinarias y, a través de la percepción de dicho complemento, el trabajador no podía conocer qué parte de ese complemento de singularidad se dedicaba a la retribución de las horas extraordinarias.

En segundo lugar, en cuanto a la realización de las horas extraordinarias, el tribunal entendió que el trabajador no había probado de forma fehaciente su realización, apoyándose en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La juzgadora de instancia había incluido de forma errónea las horas de disponibilidad telefónica como horas extraordinarias. En opinión del tribunal, la sentencia de instancia debería haber distinguido las horas trabajadas durante el periodo reclamado, las horas de jornada ordinaria y los excesos si los hubiese, y las horas de disponibilidad telefónica. Según el tribunal, el demandante cayó en una confusión al entender las horas de disponibilidad telefónica como horas extraordinarias. Las horas de disponibilidad telefónica no podían considerarse como tiempo de trabajo efectivo en la medida en e que el trabajador tampoco había probado que de ese total ejecutase de forma efectiva sus tareas en el centro de trabajo. Que estas horas de disponibilidad telefónica no fuesen consideradas tiempo de trabajo legitimaba consecuentemente que se otorgase una retribución inferior

a la que le correspondería a una hora de trabajo efectivo. Consecuentemente, el tribunal estimó parcialmente el recurso de la empresa, advirtiendo que, pese a que las horas extraordinarias no habían sido probadas en el proceso en concreto, en caso de que existiese deberían abonarse de forma específica y no a través de un complemento de singularidad.

6. CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL: LA ADAPTACIÓN DE JORNADA Y LAS CONSECUENCIAS DE SU DENEGACIÓN

La conciliación de la vida familiar y la vida profesional continúa teniendo una importante presencia en el conjunto de las resoluciones judiciales. Más allá de los avances normativos que se han dado al respecto, la aplicación práctica constituye en numerosas ocasiones un reto para los progenitores y, muy en especial, para las trabajadoras. La materialización de la política de igualdad se encuentra en ocasiones con una desatención notable por parte de los empleadores que, o bien omiten cualquier tipo de actuación al respecto, o bien dificultan la aplicación de las medidas de conciliación en atención a razones organizativas o productivas.

La defensa de un bien jurídico protegido como es la familia y/o los menores exige un análisis casuístico de las circunstancias concurrentes. De esta forma, si bien es cierto que lo óptimo sería que las partes llegasen a un equilibrio de intereses, difícilmente puede esto conseguirse cuando la parte empresarial no justifica suficientemente su rechazo o no propone alternativas. Es por ello que, a lo largo de este apartado en concreto, se irá examinando cómo el Tribunal Superior de Justicia construye una doctrina sólida en la materia a partir de tres casos diferentes.

Como se mencionaba anteriormente, la posición más reprochable de la empresa ante las solicitudes de los trabajadores de adaptación o reducción de jornada por motivos de conciliación puede oscilar entre una negativa tajante, una negativa mínimamente justificada o el simple

silencio. Ante situaciones familiares especialmente delicadas, la demora en la respuesta de la empresa puede traer consigo numerosas complicaciones para el trabajador e incluso la desaparición de la causa que justificó la solicitud. Se verá así cómo el Tribunal de Justicia obliga a la empresa a indemnizar a un trabajador que, habiendo solicitado medidas de conciliación para el cuidado de su madre enferma, sufre su muerte sin haber recibido una respuesta de la entidad empleadora.

Si bien en este caso anterior desapareció la causa que justificó la solicitud de la medida de conciliación, cabe la posibilidad de que esta se mantenga o sufra modificaciones relativas debido a las cambiantes necesidades familiares. En estas circunstancias se verá cómo el Tribunal de Justicia declara que el derecho a solicitar la adaptación de la jornada no se agota con su simple ejercicio. El nuevo ejercicio del derecho por parte de una persona trabajadora debe ir acompañado, por ello, de una actitud diligente por parte de la empresa en un correspondiente proceso de negociación y toma de acuerdo. A juicio del tribunal, el deber de buena fe en la negociación no es compatible con una actitud silente de la empresa, constituyendo incluso una aceptación tácita de lo solicitado por la otra parte.

Por último, se examinarán los requisitos que el Tribunal de Justicia impone para legitimar la negativa de la empresa a una adaptación de jornada o una concreción horaria de una reducción de jornada. Estando en juego una dimensión constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación, las medidas de conciliación y su rechazo exigen una justificación suficiente y probada por parte de la empresa que ponga encima de la mesa obstáculos reales para su efectividad.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de noviembre de 2019 (núm. rec. 4352/2019)

Un trabajador de la empresa SECURITAS, tras una serie de complicaciones graves en el estado de salud de su madre, con la que convivía, solicitó como medida de conciliación la

supresión de los turnos que venía realizando por las noches, sin reducción de jornada. Esta primera petición se realizó el 28 de julio y, tras no recibir ninguna respuesta por parte de la empresa, fue reiterada en septiembre, aportando documentos justificativos que presuntamente necesitaba la empresa. Después de esta segunda petición, la empresa contestó el 19 de octubre que su caso se estaba analizando aunque, desgraciadamente, la madre del trabajador falleció en diciembre, antes de que la empresa concediese la medida solicitada. Este trabajador, además, era delegado por el sindicato Alternativa Sindical y había presentado múltiples denuncias contra la empresa ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Después del fallecimiento de su madre, el trabajador interpuso demanda solicitando el reconocimiento del derecho de conciliación que debería haber disfrutado y su compensación económica, poniendo de manifiesto que la conducta adoptada por la empresa constituía una represalia por su labor sindical. En primera instancia el juzgador, si bien reconoció que existía una causa justificativa de la pretensión de conciliación del trabajador, consideró que la demora en el tiempo por parte de la empresa se debía únicamente al análisis en la toma de decisión y no a su actuación sindical.

Disconforme con la resolución, el trabajador interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia. De cara a la valoración de la conducta empresarial, el tribunal comenzó dándole una prioridad absoluta al derecho de libertad sindical y la garantía de indemnidad. Dentro del artículo 28.1 de la Constitución Española se encontraba, según el tribunal, el derecho del trabajador a no sufrir ningún menoscabo en el ámbito profesional o económico como consecuencia de su afiliación o actividad sindical. La condición de delegado sindical del trabajador constituía, desde un primer momento, un indicio de la vulneración del derecho de libertad sindical que debería ser desvirtuado por la empresa a través de una verdadera carga probatoria. Esa prueba debía ir dirigida a la acreditación por parte del

empresario de causas objetivas, razonables y proporcionales que motivasen su actuación, al margen de la condición del trabajador.

Para el tribunal, en el caso concreto, la solicitud del trabajador de la medida de conciliación se encontraba más que justificada por la necesidad de cuidado de su madre. Los informes médicos que el trabajador aportó a la empresa en su segunda petición ponían de manifiesto el estado grave de la madre del trabajador por lo que, en principio, la empresa debería haber actuado con carácter urgente. El tribunal no encontró ninguna explicación a la demora de la empresa más que la falta de interés y la desidia y, ante la falta de una actividad probatoria sólida, estimó la pretensión del trabajador.

La segunda cuestión que tuvo que dilucidar el tribunal era la indemnización o compensación que le correspondía al trabajador tras la negativa de la empresa, a pesar de que hubiese desaparecido la causa de la medida de conciliación con la muerte de la madre. El trabajador, ante la actuación omisiva de la empresa, tuvo que soportar dificultades organizativas en su ámbito familiar. No obstante, el hecho de que no pudiese hacerse cargo de su madre en el horario más necesario y gravoso para el resto de la familia también le provocó un daño moral. El artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social permitía que a la demanda del derecho a la medida de conciliación se le acumulara la acción de daños y perjuicios derivados de la demora en la efectividad de la medida. Consecuentemente, con fundamento en los hechos probados y la normativa, el tribunal reconoció al trabajador la indemnización solicitada (6.251 euros) en concepto de daño moral.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de diciembre de 2019 (núm. rec. 5209/2019)

Una trabajadora, educadora de un centro de menores titularidad de la Xunta de Galicia, contaba desde mayo de 2018 con un horario adaptado a sus necesidades de conciliación reconocido a través de sentencia. El centro de

menores se organizaba fundamentalmente de lunes a domingo en dos turnos, de mañana (de 8 a 15.30 horas) y de tarde (de 15.30 a 23 horas), siendo este último turno en el que obligatoriamente debían coincidir dos educadores por exigir los menores una mayor demanda y vigilancia. Consecuentemente, tras el fallo judicial, la trabajadora prestaba sus servicios en turno de mañana con carácter general, si bien podían asignársele rotaciones de fin de semana en cualquier turno y una semana al mes en el turno de tarde. Esta última asignación del turno de tarde se realizó, según dispuso la sentencia, para «facilitar la organización del trabajo y la interrelación personal y tutela de la educadora con los menores a su cargo, (...) en el entendimiento de que el otro progenitor puede y debe subvenir a las necesidades de conciliación».

Pasado un mes, en junio de 2018 la trabajadora solicitó una nueva adaptación de la jornada a la Xunta por entender que ese turno de tarde asignado hacía imposible la cobertura de sus necesidades de conciliación. Sus dos hijos tenían un horario escolar de 9 a 14 horas y de 9 a 16 horas respectivamente, mientras que el otro progenitor tenía un horario de trabajo de 9 a 14 horas y de 16 a 19 horas. Por ello, la semana en la que la trabajadora estuviese adscrita al turno de tarde no había nadie disponible para recoger a los hijos del colegio y atenderlos durante determinadas horas. La trabajadora, en esa misma solicitud, le otorgó a la Xunta un horario alternativo en función de los periodos escolares y no escolares. Durante el periodo escolar, solicitó que le fuese asignado el turno de mañana, ofreciéndose no obstante a realizar los turnos de tarde en fines de semana, festivos y vacaciones escolares (julio, agosto, Semana Santa, Navidad, etc.).

Esta solicitud no fue atendida por la entidad empleadora, que no otorgó ningún tipo de respuesta, por lo que la trabajadora la reiteró un año después (junio de 2019). En esta nueva solicitud la trabajadora incluyó expresamente que, ante la omisión de la Xunta, durante el año anterior tuvo que acudir a familiares para el cuidado de sus hijos y a

cambios de turno por parte del otro progenitor, siendo ya una situación insostenible para ambos. Así las cosas, la Xunta volvió a desatender la solicitud de la trabajadora, que interpuso la demanda correspondiente. La sentencia de instancia le reconoció a la trabajadora un horario de 8 a 15.30 horas de lunes a viernes durante el periodo lectivo, exceptuando así los fines de semana y los festivos, en los que le podría ser asignado el turno de tarde conforme las rotaciones ordinarias de la plantilla.

Disconforme con el sentido del fallo, la Xunta interpuso recurso de suplicación alegando, en esencia, la vulneración del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores. A juicio de la empleadora, ese precepto únicamente otorgaba a la trabajadora el derecho a solicitar la correspondiente adaptación de jornada, pero no el derecho a que la adaptación que solicite sea otorgada. A falta de acuerdo entre las partes, la Xunta consideraba que el juzgador de instancia debía haber valorado las circunstancias concurrentes y no otorgar el turno de mañana en exclusiva, porque el servicio público en concreto precisaba un refuerzo importante en el turno de tarde.

El artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores ha sufrido una reciente modificación en su tenor literal a través del Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, reconociendo lo que se ha venido denominando la «jornada a la carta». El derecho a la adaptación de jornada por motivos de conciliación se ha reformulado estableciendo además un procedimiento específico para su ejercicio. En consecuencia, si la negociación colectiva no preveía ningún término para el ejercicio del derecho, la solicitud de la persona trabajadora debía ir seguida de un proceso de negociación con la empresa, que puede comunicar la aceptación de la solicitud, plantear una alternativa o manifestar su negativa con razones objetivas que la justifiquen. El Tribunal Superior de Justicia, de cara a la resolución del caso, incide especialmente en este proceso de negociación, teniendo en cuenta que el artículo 34.8 desarrollaba plenos efectos en el momento en el que la trabajadora presentó la segunda

solicitud. A juicio del tribunal, ese proceso de negociación debía estar regido por el principio de buena fe en virtud del cual se impondrían tres principales obligaciones a las partes. En primer lugar, respecto a la trabajadora, esta debía haber motivado adecuadamente su solicitud de adaptación de la jornada, dando las oportunas justificaciones. En segundo lugar, respecto a la empresa, esta debía haberse tomado en serio la solicitud, motivando las razones que determinaban en este caso la negativa. Por último, en el propio proceso de negociación, debían haberse realizado propuestas y contrapropuestas de cara a la satisfacción de ambos intereses. De estas tres obligaciones, el tribunal consideró que sólo se ha cumplido la referida a la trabajadora. La empresa no había contestado a ninguna de las solicitudes bien fundamentadas de la trabajadora, por lo que no había motivado su negativa y ni siquiera se había llegado a una fase de negociación. El artículo 34.8 del ET se acomodaba, para el tribunal, dentro del derecho fundamental a la conciliación de la vida familiar y laboral, y se encontraba protegido no sólo por los artículos 14 y 18 de la Constitución, sino también por las normas comunitarias como el artículo 9 de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio. Por esta razón, la obligación de negociar impuesta por la norma no podía ser eludida con el simple silencio de la entidad empleadora. La actitud esquiva de la Xunta constituía una vulneración de derechos fundamentales y ponía en entredicho la eficacia útil de las normas comunitarias. Teniendo en cuenta esto, el tribunal rechazó los argumentos de la empleadora relativos a las necesidades organizativas en el turno de tarde. Esa cuestión debía haberse puesto de manifiesto en un proceso de negociación que no existió y, por ello, no podía alegarse en la vía procesal.

El artículo 34.8 del ET, de cara a la solución de divergencias como la presente, se remite al artículo 139.1 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. No obstante, este precepto sólo prevé, de cara a activar los mecanismos procesales, o bien la negativa expresa de la empresa o bien

su disconformidad. No se encuentra ninguna referencia en la legislación procesal al silencio de la empresa tras la solicitud de una persona trabajadora. En estos términos, consideró el tribunal que ello era así porque, si la empresa no contestaba expresamente o no proponía alternativa, se entendía que había aceptado la propuesta de la persona trabajadora en sus propios términos. Esta aceptación tácita condujo a que el tribunal estimase de forma íntegra la pretensión de la trabajadora, independientemente de que ya le hubiese sido reconocida la adaptación de la jornada en una anterior resolución judicial. El derecho a la solicitud de adaptación de la jornada no se configuraba para el tribunal como un derecho que se agota con su simple ejercicio, en la medida en que las necesidades familiares poseían por sí mismas un carácter cambiante.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 30 de diciembre de 2019 (núm. rec. 4836/2019)

Una gestora telefónica que venía prestando sus servicios para la empresa ATENTO gozaba de una reducción legal de jornada por cuidado de menor de 12 años. De una jornada total de 39 horas semanales, la trabajadora prestaba 34 horas semanales de lunes a jueves de 17.00 a 24.00 h y viernes de 17.00 a 23.00 h, sin fines de semana, en los que sí trabajaba en la jornada original. El marido de la trabajadora también prestaba servicios para la misma empresa de lunes a domingo de 9.00 a 16.00 horas. Esta jornada que venían disfrutando ambos permitía atender al hijo fuera de su horario escolar, que era este último de 8.30 a 13.00 horas y de 15.30 a 17.00 horas.

La empresa en la que trabajaban ambos progenitores tenía suscritos diversos contratos con otras empresas, por lo que gran parte de los servicios que prestaban dependían de las necesidades de los clientes. Así sucedió respecto de la empresa TELEFÓNICA, ya que, tras la modificación del contrato mercantil entre ambas, fue modificado el horario

comercial del servicio, pasando a prestarse de 9.00 a 22.00 horas. Ello motivó la adopción por ATENTO de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo colectiva, suscrita con acuerdo y que afectaba a la trabajadora. Así, a la trabajadora se le indicó que la fijación de la jornada reducida que venía disfrutando debía realizarse dentro del nuevo horario del departamento, es decir, entre las 9.00 y las 22.00 horas (recuérdese que su horario venía extendiéndose hasta las 23.00 y 24.00 horas). Consecuentemente, la trabajadora pasó a realizar su jornada entre las 15.00 y las 22.00, siendo un horario que no le permitía atender a su hijo fuera del horario escolar. Con anterioridad comenzaba su jornada a las 17.00 horas, de tal modo que podía hacerse cargo en la pausa del horario escolar hasta que de nuevo comenzase éste a las 15.30 horas. Ante estos hechos, la trabajadora solicitó a la empresa una nueva determinación de la jornada y, concretamente, el mantenimiento de la jornada que venía realizando con anterioridad, a través de la adscripción a otro servicio diferente. No obstante, atendiendo a razones organizativas y productivas, la empresa rechazó tal solicitud.

La demanda de la trabajadora solicitando tal concreción horaria fue desestimada en primera instancia, por lo que se interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia. En él la trabajadora alegaba, fundamentalmente, una vulneración del derecho fundamental a la igualdad por una actuación discriminatoria indirecta de la empresa que le negó su derecho a conciliar y que, por ello, perjudicó al menor como bien jurídico protegido.

Para examinar este recurso, el tribunal retomó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que conectaba los artículos 14 y 39 de la Constitución Española, gozando así la conciliación de la vida familiar y laboral con una dimensión constitucional (SSTC 3/2007 y 24/2011). No obstante, teniendo en cuenta que cuestiones como las presentes ya habían sido abordadas por el tribunal en sentencias

precedentes, tomó una de ellas como principal referencia de cara a la resolución del caso (STSJG de 28 de mayo de 2019). El tribunal partió, en primer lugar, de una interpretación de los artículos 34.8 y 37.6 y 7 del ET desde una perspectiva constitucional y en conexión con los parámetros del artículo 4 de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La amplia mayoría de mujeres trabajadoras que solicitaban la reducción de jornada por guarda legal implicaba que debía hacerse efectivo el derecho de éstas a la no discriminación por razón de sexo, debiendo examinar las circunstancias concurrentes en cada caso y no el mero tenor literal de la normativa.

Esta interpretación no discriminatoria y facilitadora de la vida laboral y familiar era la que debe guiar la resolución. El artículo 37.7 del ET dispone que la concreción horaria y determinación de la reducción de jornada corresponde a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria, por ser este derecho de carácter personalísimo, pero no contiene ninguna matización o precisión relativa a la forma de concreción ni los criterios que deben prevalecer en la misma. Por ello, a la hora de realizar esa operación de concreción, debían ponderarse por el juez las circunstancias concurrentes que hiciesen compatibles los intereses de ambas partes. Aunque la reducción de jornada y su concreción llevasen consigo algún cambio en los turnos o en los días en los que se prestaban los servicios, a juicio del tribunal, una denegación directa sin la ponderación de las circunstancias vulneraría el derecho a la no discriminación por razón de sexo. La negación de la solicitud de la persona trabajadora debía realizarse por la empresa fundamentándose en razones organizativas no genéricas, sino detalladas y precisas a través de las cuales se pudiese observar la imposibilidad o dificultad de aceptar la concreción horaria.

La aplicación de la anterior doctrina al caso llevó a que el tribunal estime la petición de la trabajadora. El tribunal reconoció que a la trabajadora no le fue negado en ningún momento su derecho a la reducción de jornada, sino la

concreción horaria solicitada. Ante las peticiones de la trabajadora, la empresa se amparó en dificultades organizativas y productivas sin realizar más precisiones. Fue ya en sede judicial donde la empresa alegó que dicha concreción horaria solicitada por la trabajadora implicaría su cambio a un departamento diferente y la cobertura del puesto que deja vacante a través de otro empleado. Pese a ello, el tribunal no consideró que por dicho motivo la concreción horaria resultase inviable, realizando un fuerte reproche a la sentencia recurrida. El juzgador de primera instancia consideró que el cambio de departamento debía ser absolutamente excepcional y justificado, no habiendo probado la trabajadora que el otro progenitor no pudiese hacerse cargo del menor. A juicio del tribunal, la denegación de la concreción horaria de la reducción de jornada no podía hacerse depender del otro progenitor, porque se trataba de un derecho personalísimo de cada persona trabajadora que, por ello, no estaba vinculado a que el otro progenitor tuviese o no más fácil la conciliación. A ello debe sumársele la falta de prueba de la empresa relativa a la inexistencia de vacantes o sobredimensionamiento de la plantilla, que podrían suponer algún problema organizativo real. La simple negativa basada en el cambio de departamento, sin ser este notablemente gravoso, no cumplía con las exigencias necesarias para hacer efectivo los derechos fundamentales de la trabajadora.

Este criterio permitió que el tribunal examine, a continuación, la indemnización solicitada por la trabajadora por los daños y perjuicios causados. La empresa, en sus alegaciones, indicó que la indemnización por daños y perjuicios no debía ser reconocida en la medida en que esta requería la acreditación de la existencia de un perjuicio que, a su juicio, no se realizó. Frente a esta argumentación, el tribunal optó por un criterio "aperturista" a la luz del artículo 179.3 de la LRJS. En él se dispone que, en los supuestos de daños morales unidos a la vulneración de un derecho fundamental, la identificación de las circunstancias relevantes de cara a la determinación de la indemnización

queda exceptuada. Los sufrimientos o menoscabos experimentados no tenían, a juicio del tribunal, una traducción económica directa, primando así un margen de discrecionalidad en su valoración (STS de 24 de enero de 2017). Consecuentemente y con fundamento en los artículos 8.12 y 40.1 c) de la Ley de infracciones y sanciones del orden social, reconoció el tribunal la indemnización solicitada por la trabajadora.