

Adaptación de jornada, ¿obligación empresarial?

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La última reforma sobre la jornada de trabajo introdujo un mayor alcance del derecho, ya existente, a adaptarla en aras de la conciliación laboral. La norma contiene, no obstante, algunos límites —la razonabilidad y proporcionalidad de la solicitud, las necesidades productivas de la empresa, el ofrecimiento por parte de esta última de medidas alternativas— que están siendo utilizados por los tribunales para avalar, en algunos casos, la denegación de tal derecho.

1. Una de las últimas modificaciones introducidas en el Estatuto de los Trabajadores (LET) en relación con la jornada de trabajo, además del popular «control» de la jornada diaria, se ha destinado a facilitar su adaptación —en su duración o en su distribución— para hacer efectivo el derecho a la conciliación laboral. El nuevo artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción introducida por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo (BOE de 7 de marzo), subraya el derecho a solicitar dicha adaptación siempre que resulte «razonable» y «proporcionada» en relación «con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa». Será la negociación colectiva la que recoja los términos de su ejercicio, pero, en ausencia de regulación convencional, deberá ser la empresa la que «ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión». Se trata de un derecho adicional al de la reducción de

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

jornada —con reducción proporcional del salario— previsto en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, principalmente. Ahora, tras la reforma del artículo 34.8 de la misma norma, cabe plantear una adaptación de la jornada por razones de conciliación a fin de no tener que recurrir a una reducción de aquélla que implique disminución de salario.

El derecho a la adaptación de la jornada no es nuevo, aunque sí la dicción más garantista recogida en la normativa vigente. De hecho, el antiguo artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores admitía el derecho «a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla». Para ello deberá promoverse —decía el precepto ahora sustituido— la «utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas». La alusión a la conciliación de la vida «personal» y «familiar» —ahora el precepto únicamente se refiere a la vida familiar— y la identificación de mecanismos alternativos de conciliación —tales como la jornada continuada, el horario flexible y otros modos de organización del tiempo de trabajo— parecían ampliar el alcance de la regulación. Bien es cierto que la norma vigente intenta compeler al empleador a admitir la solicitud de adaptación; en segunda instancia, deberá ofrecer una alternativa y, finalmente, si decide rechazar la petición del trabajador habrá de aportar una justificación «objetiva» que le permita legitimar dicha actuación.

2. Algunas sentencias, antes de la reforma y tras ella, han venido destacando que, frente a este derecho, se impone, previa justificación, la libertad de empresa y el derecho a establecer una organización productiva acorde con los intereses empresariales. De este modo, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 12 de abril del 2019 (Ar. 182654) considera lícito el rechazo de la empresa a la petición de la trabajadora por los «justificados [y] relevantes obstáculos organizativos de la empresa» y acepta que «se dan razones de carácter organizativo que deben llevar a concluir que la empleadora ha denegado la pretensión de la trabajadora en forma ajustada a parámetros legales, jurisprudenciales y constitucionales, afirmación que conduce a la desestimación del recurso entablado. Precisamos que en todo caso ello no supone una vulneración del principio de no discriminación por el mero hecho de que algunas trabajadoras disfruten del horario o jornada concretada o reducida como derecho de conciliación concedido por la empresa y la actora no, toda vez que no toda desigualdad reviste una discriminación [...]. Y éste no es el caso. Se trata en todos los casos de trabajadoras, lo que excluye en [et] términos de comparación el elemento de segregación (sexo, raza, estado civil, religión...)» (FJ 5). La trabajadora —vendedora en un stand de centro comercial— solicitaba la modificación de su horario —de turnos rotativos— por un turno fijo de mañana o, subsidiariamente, el derecho a la reducción de jornada en las semanas de turno de tarde. Con anterioridad, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de julio del 2018 (Ar. 297413) ya había aclarado que, si la concreción del turno de trabajo del trabajador y la horquilla en que se desarrolla no resulta incompatible con el

régimen de visitas y atención de los hijos menores que tiene judicialmente reconocido el trabajador, no procederá facilitar la adaptación de la jornada. «Mas allá del unilateral deseo no se descubre objetiva causa o fundamento de la pretensión desplegada que pueda servir para variar el sistema organizativo empresarial toda vez que concretando la reducción horaria en el turno que tradicionalmente atendía puede afrontarse, incluso en mejor condición, la conciliación de la vida laboral y familiar» (FJ 5).

Entre las decisiones más recientes, también parece prosperar esta idea, al menos en algunas resoluciones judiciales. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón de 29 de agosto del 2019 (Ar. 261717) desestima la reclamación de una trabajadora por considerar que, en los términos planteados, su solicitud —la adscripción a un turno fijo de mañana— supone la limitación y restricción de los derechos de sus compañeros. Ponderando los derechos de la trabajadora, los intereses de la empresa y los perjuicios derivados a los compañeros, la denegación de la adaptación se entiende producida lícitamente. De hecho, en la decisión se tiene en cuenta que los motivos organizativos alegados por la empresa no han sido discutidos y han quedado acreditados en el juicio. 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, mientras el centro de trabajo cuente con tres veterinarios para atender un horario de 9 a 21 horas, y que suponga una limitación y restricción de los derechos de sus compañeros» (FJ 3). Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de mayo del 2019 (Ar. 1497) avala la petición de la trabajadora porque el horario solicitado es uno de los previstos en el acuerdo de conciliación existente en la empresa, por lo que no se trata de establecer un horario de entrada y salida diferente de los fijados en dicho acuerdo. Por lo demás, en el caso de autos, la empresa no ha acreditado que exista ningún dato que permita afirmar que la petición de horario realizada por la trabajadora suponga una «imposibilidad» o una actividad especialmente «gravosa» para los intereses empresariales (FJ 3).

3. Y en este contexto procede analizar asimismo la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de septiembre del 2019, asunto C-366/18, *Ortiz Mesonero*. La cláusula 6 del Acuerdo Marco revisado sobre el Permiso Parental que figura en el anexo de la Directiva 2010/18, de 8 de marzo (*DOUE* de 18 de marzo), señala que «para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un periodo determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Las modalidades del presente apartado se determinarán de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales».

En el supuesto que origina la cuestión prejudicial, planteada por un tribunal español, el trabajador solicitó, como en algunos de los supuestos antes aludidos, la posibilidad de trabajar exclusivamente en el turno de mañana, de lunes a viernes, manteniendo el mismo número de

horas de trabajo y sin disminución de salario, con el fin de ocuparse de sus hijos. La solicitud fue denegada por la empresa. De acuerdo con el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores —en la versión aplicable a los hechos y antes citada—, el trabajador tiene derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo para conciliar según los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario; por su parte, el artículo 37.6 de la misma norma —también en la versión de aplicación— señala que quien «por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida». Curiosamente, en el procedimiento iniciado por el trabajador, el órgano judicial de origen entiende que, aunque la demanda invoca el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, comoquiera que dicha disposición no se basa en ningún acuerdo ni en ningún Convenio Colectivo, resultará aplicable el artículo 37.6 de la misma norma descrito y no el 34.8 citado.

Pues bien, según el órgano jurisdiccional remitente, esta última disposición se limita a establecer el derecho del trabajador a obtener, para conciliar vida personal, familiar y laboral, una reducción de la jornada ordinaria de trabajo y una disminución proporcional del salario, no así una franja horaria distinta a la inicialmente prevista sin que se reduzcan su jornada y su salario. Ahora bien, cuando la actividad productiva se extiende a una franja horaria más amplia que la jornada de trabajo que debe realizar el trabajador, sí existiría la posibilidad de, sin reducir jornada, adaptar el horario de trabajo para hacerlo compatible con las necesidades familiares. Esgrime a tal efecto algunos datos con sesgo de género —un porcentaje ínfimo de trabajadores varones solicitan la reducción por cuidado familiar— e interpreta que el hecho de que, en este caso, el solicitante sea un trabajador varón no predetermina la posible discriminación indirecta por razón de género que pueda derivarse de la legislación española. De ahí que, teniendo en cuenta las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre del 2010, asunto C-104/09, *Roca Álvarez*; de 20 de junio del 2013, asunto C-7/12, *Riežniece*, y de 16 de julio del 2015, asunto C-222/14, *Maïstrellis*, se plantea la duda acerca de si el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores constituye un supuesto de discriminación indirecta en perjuicio de las trabajadoras, principales usuarias del permiso parental.

Pero en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de septiembre del 2019 que se analiza, el tribunal estima que la Directiva 2010/18 constituye una norma abierta y que el Reino de España optó por fijar un marco legal mínimo que podía mejorarse mediante acuerdos colectivos o individuales. Por lo tanto, el derecho contenido en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores está comprendido en el concepto de ‘permiso parental’ y dicho precepto constituye una norma indistintamente aplicable a los trabajadores y a las trabajadoras, a diferencia de la normativa nacional controvertida en los asuntos objeto de algunas de las sentencias citadas. De hecho, la principal objeción que impera en la

decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es que el órgano remitente no demuestra cuál sería la desventaja particular sufrida por un trabajador de sexo masculino como el trabajador en cuestión si la discriminación indirecta por razón de sexo se aplicara a las trabajadoras. Por tanto, la cuestión prejudicial planteada en cuanto a los supuestos de discriminación tiene un mero carácter hipotético y debe declararse, por este motivo, inadmisiblemente, resultando sólo posible analizar los aspectos derivados de la Directiva 2010/18.

Y, en este sentido, la decisión resulta contundente. Considerando la cláusula 6 del Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental y su alusión a la «reincorporación» del trabajador tras él, y teniendo en cuenta que, en el supuesto en cuestión, no existe tal «reincorporación», sino el deseo de un trabajador cuyo régimen de trabajo habitual es de turnos con un horario variable, de acogerse a una adaptación de su horario de trabajo para poder trabajar con un horario fijo, no parece que resulte aplicable la normativa europea. En tales circunstancias, «ni la Directiva 2010/18 ni el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental contienen disposición alguna que permita obligar a los Estados miembros, en el contexto de una solicitud de permiso parental, a conceder al solicitante el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable» (cdo. 48). tal interpretación del permiso parental está en línea con algunas de las decisiones más recientes adoptadas por los tribunales nacionales en materia de adaptación de jornada.

No puede obviarse que la reforma introducida por la normativa en el año 2019 está destinada a ampliar el alcance de la adaptación de la jornada del trabajador que justifique la necesidad de conciliar. Pero, efectivamente, el derecho choca con los límites que el propio legislador ha impuesto y que los tribunales aplican según las circunstancias del litigio. Y es que la adaptación solicitada deberá ser, en términos legales, «razonable y proporcionada en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa»; la empresa podrá plantear «una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora», o bien, en caso de que deniegue la petición cursada por el trabajador, indicará «las razones objetivas en las que se sustenta la decisión». Una manifestación más de cómo el legislador, pese a su intento de intervenir para conseguir la ansiada corresponsabilidad familiar, es consciente de la necesidad de ponderar los intereses en conflicto —el del trabajador o trabajadora, pero también el de la organización productiva e incluso los del resto de los trabajadores de la empresa— mediante una norma de pretendido equilibrio entre el derecho de los trabajadores y la libertad de empresa. La negociación colectiva y medidas como el desarrollo de una parte de la jornada a distancia podrían contribuir a lograr una ordenación del tiempo de trabajo productiva, eficiente y pacífica.