

## DERECHO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO  
Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social  
Universidade de Santiago de Compostela (España)  
[lidia.gil.otero@usc.es](mailto:lidia.gil.otero@usc.es)

**Palabras clave:** modificación sustancial de condiciones de trabajo; caducidad; tiempo de trabajo; fijo-discontinuo; exámenes prenatales; movilidad geográfica; excedencia; teletrabajo; conciliación.

**Palabras chave:** modificación substancial de condicións de traballo; caducidade; tempo de traballo; tempo de descanso; fijo-discontinuo; exámenes prenatais; mobilidade xeográfica; excedencia; teletraballo; conciliación.

**Keywords:** substantial change in working conditions; expiration; working time; intermittent worker; prenatal exams; teleworking.

Esta recopilación jurisprudencial recoge ocho sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictadas en el segundo semestre de 2023, relativas al derecho individual del trabajo. En ellas se presentan planteamientos de interés doctrinal y jurisprudencial sobre instituciones clásicas de la relación laboral como la modificación sustancial de condiciones de trabajo, el tiempo de trabajo efectivo o la conversión de los contratos indefinidos ordinarios en contratos indefinidos fijos-discontinuos. Además, esta recopilación presta una especial atención a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, recogiendo sentencias relativas al derecho a la adaptación de la forma y prestación

de la jornada, así como a la extensión de permisos vinculados tradicionalmente a la maternidad.

**1. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO Y CADUCIDAD: SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 6 DE JULIO DE 2023 (REC. 1853/2023)**

La evolución del sistema económico y las variables económicas a las que están expuestas las empresas provocan, de forma directa o indirecta, que la relación laboral no permanezca estanca. Son incontables los supuestos en los que las personas trabajadoras ven cómo la empresa modifica de forma temporal o permanente su jornada, horario, salario, funciones o, en fin, su puesto de trabajo. El ordenamiento jurídico laboral brinda a las personas trabajadoras una serie de garantías cuando tales modificaciones afectan sustancialmente a sus condiciones de trabajo (art. 41 del ET). Sin embargo, tales garantías no despliegan su plena eficacia cuando la persona trabajadora no las activa en el momento oportuno, bien por desconocimiento, bien por confianza en la transitoriedad de la situación. Este último escenario es el que plantea la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de julio de 2023 (rec. 1853/2023), en la que se examinan dos aspectos. En primer lugar, los límites entre las figuras jurídicas de movilidad funcional y modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En segundo lugar, el plazo de caducidad y prescripción de las acciones a disposición de las personas trabajadoras para impugnar las decisiones empresariales de modificación.

El caso enjuiciado giraba en torno a un repartidor de Correos que, en junio de 2012, firmó un acuerdo con la empresa en virtud del cual aquel pasaba a desempeñar el puesto de gestión de ventas, por necesidades del servicio, hasta que se cubriera la vacante por los procedimientos oportunos. El trabajador permaneció en tales funciones hasta diciembre de 2021, momento en el que Correos dejó sin efecto la movilidad funcional tras un proyecto de redefinición de la estructura comercial en el que se acordó extinguir el puesto de gestión de ventas.

Ante esta situación, el trabajador alegó, en un primero momento, que la decisión de la empresa, dando por

concluidas sus tareas en el puesto de gestión de ventas, constituía una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, pues aquella dejaba sin efecto una movilidad funcional fuera de los motivos acordados para ello (cobertura del puesto o decisión de la empresa basada en la evaluación del desempeño). Así las cosas, a juicio del trabajador, la empresa debía haber seguido los trámites del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, tratándose, en todo caso, de una modificación nula o improcedente por no existir causa suficiente. Frente a los argumentos del trabajador, la empresa invocó, en su defensa, la temporalidad de la movilidad funcional. Según la empresa, en virtud del art. 35.4 b) del Convenio Colectivo aplicable, el trabajador no había generado el derecho a ascender al puesto de gestor de ventas por el simple transcurso del tiempo. Además, aun suponiendo que su decisión constituyese una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la empresa había cumplido con los trámites del art. 41 del ET, pues existían razones económicas y organizativas que justificaban tal decisión.

Tras la desestimación de la demanda del trabajador en primera instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia entró a conocer el recurso de suplicación interpuesto por aquel. La resolución del Tribunal Superior de Justicia de Galicia partió de un argumento central: la decisión empresarial en virtud de la cual se dejaba sin efecto la adscripción del trabajador al puesto de gestión de ventas no constituía una modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino, simplemente, el fin del ejercicio de la movilidad funcional, debiendo volver el trabajador a su puesto de trabajo ordinario. A juicio del Tribunal, entender lo contrario «supondría la posibilidad de demandar por modificación sustancial en todos aquellos supuestos de finalización de la causa que motivó la movilidad funcional del trabajador de que se trate, lo que en modo alguno resulta legalmente posible». Según el Tribunal de Justicia, la decisión de poner fin al puesto de gestor de ventas no encajaba dentro del art. 41.1 f) del ET, referido al cambio de funciones, porque dicho precepto estaba referido al cambio de funciones inicial (de repartidor a gestor de ventas) y no al resultante de la reversión (de gestor de ventas a repartidor). La modificación

sustancial de condiciones de trabajo cedió ante el acuerdo inicial del trabajador y la empresa de movilidad funcional. Además, a juicio del Tribunal, la categoría profesional de gestor de ventas no se habría consolidado ni le habría generado ningún derecho de ascenso por el tiempo transcurrido, pues la temporalidad de la medida estaba amparada por el art. 35.4 b) del Convenio, el art. 39.2 del ET y la necesidad de pasar un proceso de concurso-oposición, al tratarse de una empresa del sector público.

Partiendo de las consideraciones anteriores, el Tribunal puso de manifiesto que la acción ejercitada por el trabajador estaba prescrita según lo dispuesto en el art. 138.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pues la decisión de movilidad o, de poder considerarse como tal, de modificación sustancial de condiciones de trabajo, debe ser atacada en el momento en que esta se produzca, aunque no se haya seguido el procedimiento exigido en el art. 41 del ET, y no una década después. Según el Tribunal, y apoyándose en las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2021 (rcud. 3325/2018), 19 de febrero de 2020 (rec. 183/2018), 3 de abril de 2018 (rcud. 106/2017) y 8 de abril de 2016 (rec. 285/2014), en el supuesto de hecho enjuiciado se incumplieron los dos posibles plazos procesales. En primer lugar, el plazo de caducidad de 20 días hábiles tras la notificación al trabajador de la modificación. En segundo lugar, el plazo de prescripción de un año a todos los efectos, computado desde el día siguiente «en que de la actuación de la empresa se desprenda de manera fehaciente que se ha producido una modificación de la cuantía del salario».

Por lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso del trabajador y confirmó la sentencia de instancia. Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia recoge un voto particular de un magistrado que discrepó de tal decisión de desestimación. En opinión del magistrado, la decisión empresarial de reversión del puesto de trabajo constituyó una modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues «si bien inicialmente hubo un acuerdo para una movilidad funcional, una vez la empleadora no procedió a dar cumplimiento a la exigencia de cubrir el puesto vacante por el procedimiento correspondiente durante nueve años, no

puede pretender ampararse en el inicial acuerdo y en un supuesto *ius variandi* empresarial para justificar la decisión». Según el magistrado, el paso del tiempo y la inactividad de la empresa provocaron que el acuerdo inicial de adscripción a otro puesto de trabajo rebasase los límites de la movilidad funcional, ya que el transcurso de 10 años entre ambas decisiones excedía el límite temporal del «tiempo imprescindible» fijado por el art. 39.2 del ET. Además, la aplicación del art. 41 del ET, es decir, de la figura de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, también estaría justificada, a juicio del magistrado, por la merma retributiva que implicaba la decisión de reversión. Establecido lo anterior, el magistrado consideró que la comunicación de la empresa notificando la reversión del puesto no cumplía los requisitos procedimentales del art. 41.3 del ET. El magistrado apuntó que la decisión de la empresa debía calificarse de injustificada y no de nula y que el trabajador tenía derecho a: 1) ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, es decir, en el puesto de gestión de ventas; y 2) ser resarcido por los daños y perjuicios producidos.

## **2. CONVERSIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO ORDINARIO A CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO FIJO DISCONTINUO. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2023 (REC. 2042/2023)**

El Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo modificó de forma sustancial el contrato de trabajo fijo-discontinuo. La conversión de este contrato en un contrato indefinido y su circunscripción a periodos de ejecución ciertos ha provocado que, en ocasiones, resulte difícil delimitar entre el contrato de trabajo indefinido ordinario a tiempo completo, el contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial y el contrato de trabajo fijo discontinuo. Tal delimitación tiene implicaciones importantes si el empresario desea pasar de una figura jurídica a otra, como tuvo ocasión de comprobar el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia de 15 de septiembre de 2023 (rec. 2042/2023).

En septiembre de 2022, la empresa protagonista de los hechos comunicó a los trabajadores la presentación de un expediente de regulación de empleo para transformar algunos de los contratos indefinidos ordinarios a tiempo completo en contratos fijos discontinuos. Tras alcanzarse un principio de acuerdo en las primeras reuniones del periodo de consultas, algunos trabajadores de la empresa manifestaron su negativa a la transformación. Uno de ellos, tras oponerse a la conversión, recibió carta de despido disciplinario por falta de adaptación a las normas de producción de la empresa, reconociendo esta última la improcedencia de la extinción. Declarándose el despido improcedente en primera instancia, el trabajador interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia solicitando, entre otras cuestiones, la nulidad de la extinción contractual por vulneración de la garantía de indemnidad. A juicio del trabajador, el despido constituía una represalia por haberse negado a la conversión del contrato de trabajo. La empresa, en su defensa, puso de manifiesto las razones que motivaban la conversión de los contratos indefinidos en contratos fijos discontinuos, destacando una parada de actividad empresarial por ausencia de contratistas. Además, según la empresa, la conversión tenía cabida dentro del poder ordinario de dirección empresarial porque los contratos eran de la misma naturaleza.

Para dar una respuesta jurídica a los hechos, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia tomó, como punto de partida, el Derecho de la Unión Europea. Según la cláusula 3.1 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE), los trabajadores fijos discontinuos son trabajadores a tiempo parcial. A partir de tal premisa, el Tribunal extrajo tres conclusiones: 1) la conversión de un contrato fijo continuo en un contrato fijo discontinuo solo puede realizarse por acuerdo individual entre el trabajador y el empresario, «sin que pueda imponerse por acuerdo colectivo y, menos aún, por decisión unilateral de la empresa, ni siquiera a través de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo»; 2) la negativa del trabajador a la conversión no puede constituir motivo lícito de despido según la cláusula 5.2 del Acuerdo Marco; y 3) el

trabajador sí podría ser despedido cuando, tras la oferta de conversión, existiesen otras causas subyacentes económicas, técnicas, organizativas o de producción.

A juicio del tribunal, la garantía de indemnidad vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva se vulnera si la empresa despidió al trabajador por su resistencia a la propuesta de conversión del contrato, pues el despido limitaría la posibilidad del trabajador de reclamar contra la eventual decisión unilateral de la empresa. Según el TSJ, admitir lo contrario y declarar el despido improcedente implicaría limitar la posibilidad de reclamación del trabajador frente a la conversión ilegítima del contrato y, al mismo tiempo, reducir la protección de tal reclamación ante un eventual despido en represalia. En palabras del Tribunal, «no sería lógico que el despido por rechazar la propuesta empresarial de conversión derivase en una consecuencia jurídica de menor relevancia (léase, improcedencia del despido) a la que tendría el despido por reclamar frente a la unilateral decisión empresarial de conversión (léase, nulidad del despido)».

Apreciado el indicio de vulneración de la garantía de indemnidad, el tribunal examinó si, en efecto, existían causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justificasen el despido de trabajador y enervasen la presunción de represalia. A parecer del Tribunal, en el juicio se pusieron de manifiesto causas económicas de diversa entidad que provocaban una falta de ocupación efectiva del personal (elevado coste de mantenimiento, falta de continuidad en los despidos...). Tales circunstancias descartaron, según el tribunal, la nulidad del despido, siendo calificado este, finalmente, como improcedente.

### **3. PAUSA BOCADILLO Y TIEMPO DE TRABAJO. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 21 DE JULIO DE 2023 (REC. 5835/2019)**

En los últimos meses la «pausa bocadillo» ha sido protagonista de numerosos titulares. Las últimas sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, relativas a la consideración del tiempo de descanso durante la jornada

como tiempo de trabajo efectivo o recuperable<sup>1</sup>, han reavivado la discusión doctrinal en torno al art. 34.4 del ET, precepto que, hasta entonces, parecía contar con una interpretación asentada. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha sumado un nuevo capítulo a tal discusión con su sentencia de 21 de julio de 2020 (rec. 5835/2019). El conjunto de hechos del caso obligó al Tribunal a pronunciarse sobre la posibilidad de calificar de condición más beneficiosa el cómputo del tiempo de descanso como tiempo de trabajo. El conflicto surgió en la empresa de Supervisión y Control (ITV) y, en concreto, en una de sus estaciones fijas. Los trabajadores de dicha estación tenían un horario de turnos rotatorio de mañana y tarde (08:00 a 14:30 horas y 14:30 a 21:00 horas) y disfrutaban de un descanso de 15 minutos en su jornada laboral, computado como tiempo de trabajo efectivo desde hacía 29 años. Además, los trabajadores que prestaban servicios en esas estaciones tenían la obligación de atender el trabajo que quedase pendiente cuando terminase su turno, por lo que su horario de salida podía terminar después de la hora teórica de fin de turno. En octubre de 2018, la empresa entregó a la representación legal de los trabajadores un documento indicando, entre otras cuestiones, que los referidos minutos de descanso eran recuperables a todos los efectos. A partir de tales hechos, CCOO y UGT demandaron a la empresa al considerar que tal cambio de parecer de la empresa constituía, en realidad, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que debía ser calificada de nula. Siendo estimada la pretensión de los sindicatos en primera instancia, la empresa interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Según la empresa, la consideración del tiempo de bocadillo como tiempo de trabajo efectivo tenía como intención compensar las prolongaciones de hasta 15 minutos posteriores a la jornada. Además, según la empresa, no existía ninguna previsión en relación con el tiempo de

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2024 (rec. 143/2021) y sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 2020 (proc. 78/2020).



descanso entre la jornada ni en el convenio colectivo ni en los contratos de trabajo.

Según el Tribunal Superior de Justicia, para resolver la controversia debía responderse a una pregunta central: si, mediante la figura de la condición más beneficiosa, existía una mejora en las condiciones de trabajo (la calificación del tiempo de descanso como tiempo de trabajo efectivo) por encima de la regulación legal y convencional que se hubiese incorporado a la relación laboral singular de cada uno de los trabajadores. Para valorar si existía una condición más beneficiosa, a falta de pacto expreso, el Tribunal Superior de Justicia consideró necesario indagar en la voluntad de las partes y en los hechos que permitiesen deducir, de forma concluyente, la concesión de la ventaja, pues, según el citado tribunal, las situaciones de hecho que se reiteran en el tiempo no siempre son «expresivas de la voluntad del empresario de conceder tal beneficio». El Tribunal entendió que, en el caso concreto, el cómputo del tiempo de descanso como tiempo de trabajo efectivo constituía una condición más beneficiosa. Para afirmar lo anterior, el Tribunal se sirvió de dos argumentos: 1) la práctica se venía reiterando en el tiempo desde hacía más de 29 años, sin que, durante ese periodo, se le exigiese a los trabajadores recuperar el tiempo de descanso; descartando entonces que esa conducta fuese una mera tolerancia empresarial por la permanencia en el tiempo y el coste asociado; y 2) existían manifestaciones de terceros que evidenciaban la exteriorización de la voluntad empresarial, como, por ejemplo, el plan anual de actuación preventiva, en el que se indicaba que la empresa computaba los 15 minutos como tiempo de trabajo efectivo, o el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Dispuesto lo anterior, el Tribunal consideró que la conducta empresarial constituía una represalia a las denuncias formuladas por un representante de los trabajadores ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en las que este ponía de manifiesto un exceso de trabajo y jornada en el centro. Entre los indicios que apuntaban en esa dirección estaba el nexo temporal, ya que entre el requerimiento que recibió la empresa de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, motivado por la denuncia del

representante, y la comunicación relativa al tiempo de descanso no había transcurrido ni un mes. Finalmente, el Tribunal declaró la nulidad de la modificación y la vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad y a la libertad sindical. Asimismo, impuso a la empresa el cese de las conductas y una indemnización por daño moral.

#### **4. PERMISO RETRIBUIDO PARA TÉCNICAS DE PREPARACIÓN AL PARTO, PERO NO PARA EXÁMENES PRENATALES, PARA TRABAJADORES VARONES Y PERSONAS NO GESTANTES. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2023 (REC. 4144/2023)**

El fomento de la igualdad, la conciliación y la corresponsabilidad ha provocado que los trabajadores varones vean aumentado el catálogo de derechos y permisos de los que disponen para atender su vida personal y familiar. Sin embargo, en esta línea de equiparación, todavía surgen dudas acerca del reconocimiento a los trabajadores varones de derechos o permisos tradicionalmente reconocidos a las trabajadoras embarazadas, como, por ejemplo, el permiso retribuido para asistir a cursos de preparación al parto y exámenes prenatales [art. 37.3 f) del ET]. Sobre esa posible extensión ha tenido que pronunciarse el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia de 7 de noviembre de 2023 (rec. 4144/2023), atribuyendo a tal permiso una doble naturaleza.

El pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Galicia trajo causa de un conflicto colectivo surgido en el seno de una empresa que reconocía a los trabajadores varones un permiso no retribuido para asistir a técnicas de preparación al parto y exámenes prenatales. La reivindicación central de los trabajadores era que el referido permiso fuese retribuido, tal y como disponía, a su juicio, el art. 37.3 f) del ET. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, reconociendo a los trabajadores varones el permiso retribuido para asistir a técnicas de preparación al parto, pero no a exámenes prenatales. Interpuesto recurso de suplicación por parte del demandante, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia entró a conocer el caso analizando, en

primer lugar, las fuentes normativas del permiso y la titularidad masculina o femenina reconocida en ellas. Para dar su respuesta, el Tribunal Superior de Justicia dividió y examinó los dos supuestos de hecho de permiso. Por un lado, el permiso para exámenes prenatales y, por otro lado, el permiso para técnicas de preparación al parto.

Comenzando por el permiso para exámenes prenatales, el Tribunal Superior de Justicia realizó una comparación entre tres normas: 1) el art. 9 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia; 2) el art. 26.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales; y 3) el art. 37.3 f) del Estatuto de los Trabajadores. Según el Tribunal, si bien los dos primeros artículos dejaban clara la exclusiva titularidad femenina del permiso, al referirse expresamente a las «trabajadoras embarazadas», era el último artículo el que dejaba un margen abierto a la interpretación, pues lista ese derecho dentro de los permisos reconocidos a las «personas trabajadoras». A pesar de lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia consideró que el criterio de la juzgadora de instancia era correcto, pues, a su juicio, los trabajadores varones y demás personas progenitoras no gestantes solo pueden ser titulares e disfrutar del permiso retribuido para técnicas de preparación al parto. Para llegar a esa conclusión, el Tribunal se sirvió principalmente de dos argumentos. En primer lugar, un argumento finalista, al considerar que el permiso retribuido tenía como objetivo proteger a las trabajadoras embarazadas y personas trabajadoras gestantes frente a los riesgos laborales. En segundo lugar, un argumento literal, afirmando que el hecho de que el art. 37.3 f) ET reconozca el permiso «para la realización de exámenes prenatales» y no «para acompañar en la realización de los exámenes prenatales» deja fuera de su ámbito de aplicación a las personas que no sean mujer embarazada o persona gestante.

El Tribunal Superior de Justicia señaló que el enunciado genérico del art. 37.3 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se reconoce el catálogo de permisos a las «personas

trabajadoras», no impide que «en la concreción de los permisos, estos deriven en limitaciones sexuadas, como ocurrió, hasta 2019, con el permiso “por nacimiento de hijo”, que era un permiso que solo podía corresponder a los trabajadores padres». A juicio del Tribunal, el reconocimiento a los trabajadores varones del permiso para acompañar a los exámenes prenatales potenciaría la corresponsabilidad, pero, tal y como está configurado, «es un derecho de maternidad, y el aspecto de conciliación obligaría a crear un nuevo permiso».

En cuanto al permiso para técnicas de preparación al parto, el Tribunal Superior de Justicia consideró posible que los trabajadores varones fuesen titulares y disfrutasen de aquel. En su opinión, no reconocer ese derecho a los trabajadores varones sería discriminatorio por razón de sexo en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2010, *Roca Álvarez*, asunto C-104/09. Según el Tribunal Superior de Justicia, a diferencia del permiso para exámenes prenatales, el permiso para técnicas de preparación al parto no es un derecho de maternidad, sino un derecho de conciliación que debe interpretarse teniendo en cuenta la evolución normativa, jurisprudencia y doctrinal. Además, en opinión del referido tribunal, la redacción de las normas reguladoras de tal permiso no excluye a los trabajadores padres y demás personas no gestantes, pues estos sí pueden acudir a las técnicas de preparación al parto recomendables para el buen fin del proceso de maternidad o gestación. Así las cosas, el Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso de suplicación y confirmó la sentencia de instancia, obligando a la referida empresa a reconocer a los trabajadores varones y personas no gestantes la titularidad y disfrute del permiso retribuido del art. 37.3 f) únicamente a los efectos de asistencia a las técnicas de preparación del parto.

## **5. LA CONFLICTIVIDAD JUDICIAL DEL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA Y LA FORMA DE PRESTACIÓN DE LA JORNADA (ART. 34.8 DEL ET)**

El derecho a la solicitud de adaptación de la jornada y la forma de prestación previsto en el art. 34.8 del ET no es un

derecho absoluto de las personas trabajadoras. En su concesión deben ponderarse las posturas de ambas partes, es decir, de la persona trabajadora y de la empresa. Pese a ello, el art. 34.8 del ET está provocando una gran conflictividad judicial debido, en gran medida, a las circunstancias particulares de cada una de las personas trabajadoras que invocan su aplicación. Mientras que algunas personas trabajadoras solicitan una adaptación de la jornada de trabajo, para entrar o salir antes, otras demandan cambios más notables en la forma de prestación de los servicios, como el teletrabajo o la movilidad geográfica. Frente a tales peticiones, razonables o no, se encuentran las razones organizativas y económicas de las empresas, que, en ocasiones, bloquean los procesos de negociación y judicializan controversias que no se basan en un conflicto jurídico, sino en un conflicto de intereses. En el segundo semestre de 2023, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha dictado numerosas resoluciones judiciales en las que ha analizado distintos aspectos del art. 34.8 del ET, desde los límites de la negociación entre la empresa y la persona trabajadora hasta las modalidades de adaptación amparadas por tal precepto.

#### 5.1. AUMENTO DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA Y ADAPTACIÓN. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 2023 (REC. 3535/2023)

Los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar permiten que las personas trabajadoras compatibilicen el trabajo y los cuidados durante un determinado periodo de tiempo. Sin embargo, las necesidades de conciliación no son estancas o inamovibles. Las circunstancias familiares o personales pueden provocar que las personas trabajadoras que ya están disfrutando de derechos de conciliación tengan que alejarse temporalmente del trabajo o, por el contrario, puedan reincorporarse a la prestación de servicios con un mayor régimen de dedicación. Este último supuesto fue el que dio lugar a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de diciembre de 2023 (rec. 3535/2023).

Una trabajadora disfrutaba de una reducción del 50% de su jornada tras el nacimiento de su hijo, prestando servicios en turno de mañana, de lunes a viernes, de 12:00 a 16:00 horas. En febrero de 2021, la referida trabajadora solicitó a la empresa ampliar su jornada en una hora y modificar su horario, para prestar servicios de 11:00 a 16:00 horas, con la finalidad de adaptar «tanto sus necesidades económicas como su situación familiar». La empresa denegó la petición de la trabajadora alegando que su solicitud no se ajustaba a ninguno de los sistemas de conciliación establecidos en el Plan de Igualdad, requisito *sine qua non* para que aquella fuese estudiada por la Comisión de igualdad de la empresa. El Plan de Igualdad de la empresa instituía un procedimiento de organización de la jornada en situaciones de conciliación arbitrando dos tipos de medidas, uno estándar (turnos rotativos de mañana y tarde y un tiempo de presencia diaria de cuatro a seis horas a alternar entre cuatro o tres trabajadores) y otro especial con distintas variantes (adscripción a un turno fijo sin reducción de jornada, adscripción a un turno fijo con reducción de cuatro horas, horario especial en taller con carácter temporal o turno especial de fin de semana).

Tras ser desestimada la demanda de conciliación de vida familiar y laboral de la trabajadora en primera instancia, esta recurrió en suplicación al Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el cual, analizando los hechos y la normativa aplicable, terminó por estimar el recurso. Para dar su respuesta, el Tribunal examinó los artículos 37.6, 37.7 y 34.8 del ET a la luz de la legalidad constitucional y, en concreto, desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo, dada «la amplísima mayoría de mujeres trabajadoras que solicitan su reducción de jornada para cuidado de sus hijos frente a los hombres trabajadores que ejercitan tal derecho».

A juicio del Tribunal, no existía causa legal o constitucionalmente aceptable «para la denegación de una petición de minoración de reducción de jornada y concreción horaria, sin la realización de un auténtico juicio de ponderación empresarial, y con la exteriorización de las razones productivas para la denegación». Para el Tribunal

Superior de Justicia, la empresa erró al exigir que la petición de la trabajadora se recondujese a los sistemas de conciliación establecidos en el plan de igualdad, pues ninguno de estos contemplaba una reducción de jornada que no fuese de cuatro o seis horas. La posición de la empresa implicaba, *de facto*, derogar el art. 36.6 del ET. El Tribunal puso de manifiesto que la empresa podía haber establecido mecanismos de conciliación al margen de los estandarizados, siendo necesaria una previa negociación con la trabajadora, de buena fe, y con propuestas fundamentadas. Según el TSJ, el art. 34.8 del ET exigía a la empresa estudiar la solicitud de conciliación de la trabajadora, atendiendo a la razonabilidad de la petición y la adecuación a los intereses empresariales. El art. 37.6 del ET concedía a la trabajadora la facultad de elegir el horario en el que se desarrollaran sus servicios dentro de la jornada ordinaria, debiendo ser la empresa la que acreditase la concurrencia de razones organizativas, económicas o de otra índole que debiesen prevalecer sobre el derecho de la trabajadora. En el caso enjuiciado, la empresa no acreditó de forma suficiente que no pudiese hacer frente a la petición de la trabajadora.

Los argumentos anteriores condujeron a la estimación del recurso de la trabajadora, reconociéndole el derecho a la minoración de la reducción de jornada del 50% al 62.5%, con el horario solicitado. Además, el Tribunal Superior de Justicia reprochó al juzgador de instancia que denegase la solicitud de la trabajadora alegando que no concurrían nuevas necesidades conciliatorias, sino «una expectativa económica de cobrar un poco más». Desde la perspectiva de género, el Tribunal consideró que la valoración negativa de las pretensiones económicas de la trabajadora no era «de recibo», pues esta tenía un derecho positivo a la asunción de cuidados pretendiendo «la menor desventaja histórica y concreta posible».

5.2. CAMBIO DE CENTRO DE TRABAJO POR NECESIDADES DE CONCILIACIÓN. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 26 DE JULIO DE 2023 (REC. 1526/2023)

El Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio<sup>2</sup>, ha transpuesto el art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1158 modificando aspectos centrales del art. 34.8 del ET, relativo al derecho de adaptación de la jornada o de la forma de prestación del trabajo por razones de conciliación. En la actualidad, se trata de un precepto que potencia una conciliación basada en los derechos de presencia y no en los derechos de ausencia. Su objetivo es que las personas trabajadoras gocen de fórmulas de trabajo flexibles que les permitan cuidar y trabajar de forma simultánea, sin tener que apartarse del mercado laboral temporal o definitivamente. En virtud del referido precepto, las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar la adaptación de la duración y distribución de la jornada, de la ordenación del tiempo de trabajo y de la forma de prestación, incluida la prestación del trabajo a distancia. Los términos generales con los que se expresa el art. 34.8 del ET han obligado a los tribunales a delimitar el alcance de las solicitudes de los trabajadores. Así pues, cabe preguntarse si, dentro de la adaptación de la forma de prestación, cabe la posibilidad de que los trabajadores soliciten el cambio de centro de trabajo para prestar servicios más cerca de las personas o del núcleo familiar que precisa cuidados. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 26 de julio de 2023 (rec. 1526/2023) responde negativamente a dicha cuestión, apartándose de lo mantenido en un pronunciamiento anterior [sentencia de 25 de mayo de 2021 (rec. 335/2021)].

---

<sup>2</sup> Por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.



El trabajador protagonista de los hechos era un vigilante de seguridad que prestaba servicios en un Hospital en Ourense. En octubre de 2020 y septiembre de 2022, el trabajador solicitó el traslado a un centro penitenciario en Vigo, para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral y cuidar de sus padres y suegros, que vivían en dicha ciudad y padecían distintas patologías. Sin embargo, la empresa no respondió a ninguna de las solicitudes del trabajador, que vio desestimada su demanda de conciliación en primera instancia.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia apuntó que ni el convenio colectivo ni el art. 34.8 del ET preveían el derecho del trabajador al traslado por cuidado de familiares para la conciliación de la vida familiar y laboral, sino la adaptación y distribución de la jornada. El tribunal apuntó que esa laguna, de poder considerarse así, tampoco podía suplirse por aplicación analógica, tal y como pretendía el demandante al invocar el art. 4.1 del Código Civil. Así las cosas, al no estar previsto el derecho de solicitar el traslado como medida de conciliación, la empresa no estaba obligada a abrir ningún proceso de negociación. El Tribunal también destacó el hecho de que el trabajador no justificase su necesidad de conciliación, pues el cuidado de los progenitores y sus suegros exigía una demostración de las necesidades de conciliación, máxime cuando el trabajador no vivía con ninguno de ellos y estos no tenían reconocida incapacidad o dependencia. Lo expuesto llevó al tribunal a desestimar la pretensión del trabajador y absolver a la empresa de toda actuación contraria a la igualdad, intimidad o dignidad del trabajador.

### 5.3. EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN DE LA ADAPTACIÓN. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2023 (REC. 3939/2023) Y 22 DE NOVIEMBRE DE 2023 (REC. 3043/2023)

El derecho a solicitar la adaptación de jornada o la forma de trabajo por razones de conciliación, previsto en el art. 34.8 del ET, exige que la persona trabajadora y la empresa abran un proceso de negociación. En ocasiones, lo que subyace tras las posiciones de las partes en tal negociación no es un

conflicto jurídico, sino un conflicto de intereses que acaba judicializándose ante la imposibilidad de hacer renunciaciones y llegar a un punto común. Así puede observarse en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de diciembre de 2023 (rec. 3939/2023).

Una trabajadora venía prestando servicios en un horario 24/02, es decir, 12 horas de día, 12 horas de noche y descanso de 3 o 4 días según fuese periodo vacacional o no. También formaba parte de la lista de prioridades, a fin de poder ser llamada para prestar servicios con menos de 72 horas de antelación. La trabajadora solicitó a la empresa pasar a un turno fijo de mañana por necesidades de conciliación, ya que su hijo estaba matriculado en un horario continuo de mañana, dejando abierta, en todo caso, la posibilidad de volver al régimen de trabajo a turnos cuando surgiese posibilidad o cambiasen sus circunstancias. Casualmente, en el momento en el que la trabajadora presentó su solicitud, había una vacante en el departamento de operaciones de la empresa en el turno de mañana, por jubilación de un trabajador. El jefe de recursos humanos de la empresa le ofreció dicha vacante a la trabajadora, aunque esta la rechazó, pues, presumiblemente, ese nuevo puesto le impediría volver al régimen de trabajo a turnos cuando cambiasen sus circunstancias. Ante el rechazo de la trabajadora, la empresa denegó su petición por razones organizativas, argumentando que, con el cambio de turno solicitado, no quedarían cubiertas las necesidades del servicio. De aceptar la petición, la empresa tendría que llevar a cabo una redistribución de los efectivos dentro del colectivo profesional de la trabajadora para garantizar la prestación del servicio, pues la trabajadora pretendía cubrir una plaza en el turno de mañana de forma definitiva sin aplicar el sistema operativo que imponía el convenio para dicho cambio.

Tras ser desestimada la demanda de la trabajadora en primera instancia, esta interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia alegando vulneración del art. 34.8 del ET por parte de la empresa. A lo largo de su fundamentación jurídica, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia puso de manifiesto que la negativa de la trabajadora a aceptar la oferta de la empresa, por querer

volver a sus condiciones anteriores cuando así lo deseara, «pugna(ba) con la previsión legal», pues el art. 34.8 del ET reconoce el derecho de la persona trabajadora a solicitar el regreso a su jornada modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando así lo justifique el cambio de circunstancias. El Tribunal Superior consideró que el ofrecimiento de la empresa de esa vacante garantizaba la conciliación de la trabajadora, adoptando esta última una postura contraria a la buena fe en la negociación. Según el Tribunal, el proceso de negociación «debe estar presidido por la buena fe de ambas partes, sin posturas contumaces y recalcitrantes, debiendo ponderarse las necesidades de la persona trabajadora y las necesidades organizativas o productivas de la empresa, sin que quepa admitir (...) posturas inamovibles». Además, el Tribunal destacó que, en el caso concreto, tal negociación individual entre empresa y trabajadora no sería necesaria, ya que la empresa contaba con un acuerdo colectivo en el que se regulaban los términos del ejercicio del derecho a la adaptación de jornada. El acuerdo preveía que las solicitudes de cambio de servicio de los trabajadores que realizasen jornadas especiales y de turnos se autorizarían siempre que quedasen garantizadas las necesidades del servicio. Al no concurrir esa última circunstancia, demostrada fehacientemente por la empresa, el Tribunal rechazó la solicitud de conciliación de la trabajadora y confirmó la sentencia de instancia.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de noviembre de 2023 (rec. 3043/2023) también incide en la necesidad de que el proceso de negociación de la adaptación de la jornada tenga en cuenta los intereses actuales de la persona trabajadora y la empresa. En el supuesto de autos, la trabajadora venía prestando servicios en modalidad de teletrabajo mediante acuerdo individual con la empresa, que se mantenía vigente desde la emergencia del COVID. A mediados de 2022, la empresa requirió a la trabajadora para que volviese a prestar servicios de forma presencial, dada la mejoría de la situación sanitaria. Tras ese requerimiento, la trabajadora solicitó a la empresa, simultáneamente, excedencia por cuidado de hijo y adaptación de la forma de prestación de servicios para

continuar teletrabajando tras la excedencia, de forma definitiva (art. 34.8 del ET). La empresa concedió a la trabajadora la excedencia, indicándole que el proceso de negociación para la adaptación de la forma de prestar servicios se abriría una vez finalizase aquella. Ante la negativa de la empresa a negociar, la trabajadora interpuso demanda por modificación sustancial de condiciones de trabajo, reclamación de acceso a teletrabajo por conciliación familiar y vulneración de derechos fundamentales, siendo desestimada en primera instancia.

El recurso de suplicación de la trabajadora obligó al Tribunal Superior de Justicia de Galicia a delimitar la obligación de negociar de las empresas ante una solicitud de adaptación en periodo de suspensión de servicios. Tras examinar la jurisprudencia aplicable al caso, desde el punto de vista de la legalidad constitucional, el Tribunal concluyó que la empresa no estaba obligada a negociar una modalidad distinta de prestación de la jornada durante un periodo en el que, para la trabajadora, estaba suspendida la obligación de realizar la jornada laboral. Sostener lo contrario implicaría, según el tribunal, obligar a la empresa a «realizar unas previsiones sin tener una referencia temporal respecto al momento en que se iban a implantar los cambios, con las implicaciones a efectos organizativos que ello conlleva, especialmente en relación al número de personas que, en el momento en que la trabajadora decidiera reincorporarse, tuvieran reconocida una adaptación de la jornada laboral o de su modalidad de trabajo». Además, el Tribunal resaltó que la petición de la trabajadora relativa al reconocimiento del teletrabajo como «modalidad de trabajo definitiva» era contraria al art. 34.8 del ET, pues tal precepto solo ampara las adaptaciones de carácter temporal. Así las cosas, tras constatar que en el caso tampoco existían indicios de discriminación, el Tribunal Superior de Justicia denegó la petición de la trabajadora y desestimó su recurso, confirmando la sentencia de instancia íntegramente.