

DEREITO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO
Profesora Axudante Doutor de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Santiago de Compostela (España)
lidia.gil.otero@usc.es

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

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

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

Esta recompilación xurisprudencial recolle oito sentencias do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ditadas no segundo semestre de 2023, relativas ao dereito individual do traballo. Nelas preséntanse enfoques de interese doutrinal e xurisprudencial sobre institucións clásicas da relación laboral como a modificación substancial de condicións de traballo, o tempo de traballo efectivo ou a conversión dos contratos indefinidos ordinarios en contratos indefinidos fixos-descontinuos. Ademais, esta recompilación presta unha especial atención á conciliación da vida persoal, familiar e laboral, ao recoller sentenzas relativas ao dereito á adaptación da forma e prestación da xornada, así como á

extensión de permisos vinculados tradicionalmente á maternidade.

1. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓN DE TRABAJO E CADUCIDADE: SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 6 DE XULLO DE 2023 (REC. 1853/2023)

A evolución do sistema económico e as variables económicas ás que están expostas as empresas provocan, de forma directa ou indirecta, que a relación laboral non permaneza estanca. Son incontables os supostos nos que as persoas traballadoras ven como a empresa modifica de forma temporal ou permanente a súa xornada, horario, salario, funcións ou, en fin, o seu posto de traballo. O ordenamento xurídico laboral brinda ás persoas traballadoras unha serie de garantías cando tales modificacións afectan substancialmente ás súas condicións de traballo (art. 41 do ET). Con todo, tales garantías non despregan a súa plena eficacia cando a persoa traballadora non as activa no momento oportuno, ben por descoñecemento, ben por confianza na transitoriedade da situación. Este último escenario é o que presenta a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 6 de xullo de 2023 (rec. 1853/2023), na que se examinan dous aspectos. En primeiro lugar, os límites entre as figuras xurídicas de mobilidade funcional e modificación substancial das condicións de traballo. En segundo lugar, o prazo de caducidade e prescrición das accións a disposición das persoas traballadoras para impugnar as decisións empresariais de modificación.

O caso axuizado xiraba ao redor dun repartidor de Correos que en xuño de 2012 asinou un acordo coa empresa en virtude do cal pasaba a desempeñar o posto de xestión de vendas, por necesidades do servizo, ata que se cubrixe a vacante polos procedementos oportunos. O traballador permaneceu en tales funcións ata decembro de 2021, momento no que Correos deixou sen efecto a mobilidade funcional tras un proxecto de redefinición da estrutura comercial no que se acordou extinguir o posto de xestión de vendas.

Ante esta situación, o traballador alegou, nun primeiro momento, que a decisión da empresa, ao dar por concluídas as súas tarefas no posto de xestión de vendas, constituía unha modificación substancial das súas condicións de traballo, pois aquela deixaba sen efecto unha mobilidade funcional fóra dos motivos acordados para iso (cobertura do posto ou decisión da empresa baseada na avaliación do desempeño). Así as cousas, a xuízo do traballador, a empresa debía seguir os trámites do art. 41 do Estatuto dos traballadores, ao tratarse, en todo caso, dunha modificación nula ou improcedente por non existir causa suficiente. Fronte aos argumentos do traballador, a empresa invocou, no seu defensa, a temporalidade da mobilidade funcional. Segundo a empresa, en virtude do art. 35.4 b) do convenio colectivo aplicable, o traballador non xerara o dereito a ascender ao posto de xestor de vendas polo simple transcurso do tempo. Ademais, aínda supoñendo que a súa decisión constituíse unha modificación substancial das condicións de traballo, a empresa cumprira cos trámites do art. 41 do ET, pois existían razóns económicas e organizativas que xustificaban tal decisión.

Tras a desestimación da demanda do traballador en primeira instancia, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia entrou a coñecer o recurso de suplicación interposto por aquel. A resolución do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia partiu dun argumento central: a decisión empresarial en virtude da cal se deixaba sen efecto a adscrición do traballador ao posto de xestión de vendas non constituía unha modificación substancial de condicións de traballo, senón, simplemente, o fin do exercicio da mobilidade funcional, e por tanto o traballador debía volver ao seu posto de traballo ordinario. A xuízo do Tribunal, entender o contrario «supoñería a posibilidade de demandar por modificación substancial en todos aqueles supostos de finalización da causa que motivou a mobilidade funcional do traballador de que se trate, o que de ningún xeito resulta legalmente posible». Segundo o Tribunal de Xustiza, a decisión de poñer fin ao posto de xestor de vendas non encaixaba dentro do art. 41.1 f) do ET,

referido ao cambio de funcións, porque o dito precepto estaba referido ao cambio de funcións inicial (de repartidor a xestor de vendas) e non ao resultante da reversión (de xestor de vendas a repartidor). A modificación substancial de condicións de traballo cedeu ante o acordo inicial do traballador e a empresa de mobilidade funcional. Ademais, a xuízo do Tribunal, a categoría profesional de xestor de vendas non se consolidou nin lle xeraría ningún dereito de ascenso polo tempo transcorrido, pois a temporalidade da medida estaba amparada polo art. 35.4 b) do Convenio, o art. 39.2 do ET e a necesidade de pasar un proceso de concurso-oposición, ao tratarse dunha empresa do sector público.

Partindo das consideracións anteriores, o Tribunal puxo de manifesto que a acción exercitada polo traballador estaba prescrita segundo o disposto no art. 138.1 da Lei reguladora da xurisdición social, pois a decisión de mobilidade ou, de poder considerarse como tal, de modificación substancial de condicións de traballo, debe ser atacada no momento en que esta se produza, aínda que non se seguiu o procedemento esixido no art. 41 do ET, e non unha década despois. Segundo o Tribunal, e apoiándose nas sentenzas do Tribunal Supremo do 18 de maio de 2021 (rcud. 3325/2018), 19 de febreiro de 2020 (rec. 183/2018), 3 de abril de 2018 (rcud. 106/2017) e 8 de abril de 2016 (rec. 285/2014), no suposto de feito axuizado incumpríronse os dous posibles prazos procesuais. En primeiro lugar, o prazo de caducidade de 20 días hábiles tras a notificación ao traballador da modificación. En segundo lugar, o prazo de prescrición dun ano para todos os efectos, computado dende o día seguinte «en que da actuación da empresa se desprenda de maneira fidedigna que se produciu unha modificación da contía do salario».

Polo exposto previamente, o Tribunal Superior de Xustiza desestimou o recurso do traballador e confirmou a sentenza de instancia. Sen prexuízo do anterior, a sentenza recolle un voto particular dun maxistrado que discrepou de tal decisión de desestimación. En opinión do maxistrado, a decisión empresarial de reversión do posto de traballo constituíu unha modificación substancial de condicións de traballo, pois

«aínda que inicialmente houbo un acordo para unha mobilidade funcional, unha vez a empregadora non procedeu a dar cumprimento á esixencia de cubrir o posto vacante polo procedemento correspondente durante nove anos, non pode pretender ampararse no inicial acordo e nun suposto *ius variandi* empresarial para xustificar a decisión». Segundo o maxistrado, o paso do tempo e a inactividade da empresa provocaron que o acordo inicial de adscrición a outro posto de traballo traspasase os límites da mobilidade funcional, xa que o transcurso de 10 anos entre ambas as decisións excedía o límite temporal do «tempo imprescindible» fixado polo art. 39.2 do ET. Ademais, a aplicación do art. 41 do ET, é dicir, da figura da modificación substancial de condicións de traballo, tamén estaría xustificada, a xuízo do maxistrado, pola diminución retributiva que implicaba a decisión de reversión. Establecido o anterior, o maxistrado considerou que a comunicación da empresa notificando a reversión do posto non cumpría os requisitos procedementais do art. 41.3 do ET. O maxistrado apuntou que a decisión da empresa debía cualificarse de inxustificada e non de nula e que o traballador tiña dereito a: 1) ser repostado nas súas anteriores condicións de traballo, é dicir, no posto de xestión de vendas; e 2) ser resarcido polos danos e prexuízos producidos.

2. CONVERSIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO ORDINARIO A CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO FIJO DESCONTINUO. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DO 15 DE SETEMBRO DE 2023 (REC. 2042/2023)

O Real decreto-lei 32/2021, do 28 de decembro, de medidas urxentes para a reforma laboral, a garantía da estabilidade no emprego e a transformación do mercado de traballo modificou de forma substancial o contrato de traballo fixo-descontinuo. A conversión deste contrato nun contrato indefinido e a súa circunscrición a períodos de execución certos provocou que, en ocasións, resulte difícil delimitar entre o contrato de traballo indefinido ordinario a tempo completo, o contrato de traballo indefinido a tempo parcial e

o contrato de traballo fixo descontinuo. Tal delimitación ten implicacións importantes se o empresario desexa pasar dunha figura xurídica a outra, como tivo ocasión de comprobar o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na súa sentenza do 15 de setembro de 2023 (rec. 2042/2023).

En setembro de 2022, a empresa protagonista dos feitos comunicou aos traballadores a presentación dun expediente de regulación de emprego para transformar algúns dos contratos indefinidos ordinarios a tempo completo en contratos fixos descontinuos. Tras alcanzarse un principio de acordo nas primeiras reunións do período de consultas, algúns traballadores da empresa manifestaron a súa negativa á transformación. Un deles, tras opoñerse á conversión, recibiu carta de despedimento disciplinario por falta de adaptación ás normas de produción da empresa, recoñecendo esta última a improcedencia da extinción. O despedimento foi declarado improcedente en primeira instancia, tras o cal o traballador interpuxo recurso de suplicación ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. Solicitaba, entre outras cuestións, a nulidade da extinción contractual por vulneración da garantía de indemnidade. A xuízo do traballador, o despedimento constituía unha represalia por negarse á conversión do contrato de traballo. A empresa, na súa defensa, puxo de manifesto as razóns que motivaban a conversión dos contratos indefinidos en contratos fixos descontinuos, destacando unha parada de actividade empresarial por ausencia de contratas. Ademais, segundo a empresa, a conversión tiña cabida dentro do poder ordinario de dirección empresarial porque os contratos eran da mesma natureza.

Para dar unha resposta xurídica aos feitos, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia tomou, como punto de partida, o Dereito da Unión Europea. Segundo a cláusula 3.1 do Acordo marco sobre o traballo a tempo parcial (Directiva 97/81/CE), os traballadores fixos descontinuos son traballadores a tempo parcial. A partir de tal premisa, o Tribunal extraeu tres conclusións: 1) a conversión dun contrato fixo continuo nun contrato fixo descontinuo só pode

realizarse por acordo individual entre o traballador e o empresario, «sen que poida impoñerse por acordo colectivo e, menos aínda, por decisión unilateral da empresa, nin sequera a través dun procedemento de modificación substancial de condicións de traballo»; 2) a negativa do traballador á conversión non pode constituír motivo lícito de despedimento segundo a cláusula 5.2 do Acordo marco; e 3) o traballador si podería ser despedido cando, tras a oferta de conversión, existisen outras causas subxacentes económicas, técnicas, organizativas ou de produción.

A xuízo do tribunal, a garantía de indemnidade vinculada ao dereito á tutela xudicial efectiva vulnérase se a empresa despidе o traballador pola súa resistencia á proposta de conversión do contrato, pois o despedimento limitaría a posibilidade do traballador de reclamar contra a eventual decisión unilateral da empresa. Segundo o TSX, admitir o contrario e declarar o despedimento improcedente implicaría limitar a posibilidade de reclamación do traballador fronte á conversión ilexítima do contrato e, ao mesmo tempo, reducir a protección desa reclamación ante un eventual despedimento en represalia. En palabras do Tribunal, «non sería lóxico que o despedimento por rexeitar a proposta empresarial de conversión derivase nunha consecuencia xurídica de menor relevancia (léase, improcedencia do despedimento) á que tería o despedimento por reclamar fronte á unilateral decisión empresarial de conversión (léase, nulidade do despedimento)».

Apreciado o indicio de vulneración da garantía de indemnidade, o tribunal examinou se, en efecto, existían causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción que xustificasen o despedimento de traballador e enervasen a presunción de represalia. A criterio do Tribunal, no xuízo puxéronse de manifesto causas económicas de diversa entidade que provocaban unha falta de ocupación efectiva do persoal (elevado custo de mantemento, falta de continuidade nos despedimentos...). Tales circunstancias descartaron, segundo o tribunal, a nulidade do despedimento, sendo cualificado este, finalmente, como improcedente.

3. PAUSA BOCADILLO E TEMPO DE TRABALLO. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DO 21 DE XULLO DE 2023 (REC. 5835/2019)

Nos últimos meses a «pausa bocadillo» foi protagonista de numerosos titulares. As últimas sentenzas do Tribunal Supremo e da Audiencia Nacional, relativas á consideración do tempo de descanso durante a xornada como tempo de traballo efectivo ou recuperable¹, reavivaron a discusión doutrinal en torno ao art. 34.4 do ET, precepto que, ata entón, parecía contar cunha interpretación asentada. O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia sumou un novo capítulo a tal discusión coa súa sentenza do 21 de xullo de 2020 (rec. 5835/2019). O conxunto de feitos do caso obrigou ao Tribunal a pronunciarse sobre a posibilidade de cualificar de condición máis beneficiosa o cómputo do tempo de descanso como tempo de traballo.

O conflito xurdiu na empresa de Supervisión y Control (ITV) e, en concreto, nunha das súas estacións fixas. Os traballadores desa estación tiñan un horario de quendas rotatorio de mañá e tarde (08:00 a 14:30 horas e 14:30 a 21:00 horas) e gozaban dun descanso de 15 minutos na súa xornada laboral, computado como tempo de traballo efectivo dende facía 29 anos. Ademais, os traballadores que prestaban servizos nesas estacións tiñan a obriga de atender o traballo pendente cando rematase a súa quenda, polo que o seu horario de saída podía terminar despois da hora teórica de fin de quenda. En outubro de 2018, a empresa entregou á representación legal dos traballadores un documento que indicaba, entre outras cuestións, que os referidos minutos de descanso eran recuperables para todos os efectos. A partir de tales feitos, CCOO e UGT demandaron á empresa ao considerar que tal cambio de parecer constituía, en realidade,

¹ Sentenza do Tribunal Supremo do 5 de marzo de 2024 (rec. 143/2021) e sentenza da Audiencia Nacional do 27 de outubro de 2020 (proc. 78/2020).

unha modificación substancial das condicións de traballo que debía ser cualificada de nula. Ao estimarse a pretensión dos sindicatos en primeira instancia, a empresa interpuxo recurso de suplicación ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. Segundo a empresa, a consideración do tempo de bocadillo como tempo de traballo efectivo tiña como intención compensar as prolongacións de ata 15 minutos posteriores á xornada. Ademais, segundo a empresa, non existía ningunha previsión en relación co tempo de descanso entre a xornada nin no convenio colectivo nin nos contratos de traballo.

Segundo o Tribunal Superior de Xustiza, para resolver a controversia debía responderse a unha pregunta central: se, mediante a figura da condición máis beneficiosa, existía unha mellora nas condicións de traballo (a cualificación do tempo de descanso como tempo de traballo efectivo) por encima da regulación legal e convencional que se incorporou á relación laboral singular de cada un dos traballadores. Para valorar se existía unha condición máis beneficiosa, a falta de pacto expreso, o Tribunal Superior de Xustiza considerou necesario indagar na vontade das partes e nos feitos que permitisen deducir, de forma concluínte, a concesión da vantaxe, pois, segundo o citado tribunal, as situacións de feito que se reiteran no tempo non sempre son «expresivas da vontade do empresario de conceder tal beneficio». O Tribunal entendeu que, no caso concreto, o cómputo do tempo de descanso como tempo de traballo efectivo constituía unha condición máis beneficiosa. Para afirmar o anterior, o Tribunal serviuse de dous argumentos: 1) a práctica viña reiterándose no tempo dende facía máis de 29 anos, sen que, durante ese período, se lles esixise aos traballadores recuperar o tempo de descanso; descartábase entón que esa conduta fose unha mera tolerancia empresarial pola permanencia no tempo e o custo asociado; e 2) existían manifestacións de terceiros que evidenciaban a exteriorización da vontade empresarial, como, por exemplo, o plan anual de actuación preventiva, no que se indicaba que a empresa computaba os 15 minutos como tempo de traballo

efectivo, ou o informe da Inspección de Traballo e Seguridade Social.

Disposto o anterior, o Tribunal considerou que a conduta empresarial constituía unha represalia ás denuncias formuladas por un representante dos traballadores ante a Inspección de Traballo e da Seguridade Social nas que este poñía de manifesto un exceso de traballo e xornada no centro. Entre os indicios que apuntaban nesa dirección estaba o nexo temporal, xa que entre o requirimento que recibiu a empresa da Inspección de Traballo e da Seguridade Social, motivado pola denuncia do representante, e a comunicación relativa ao tempo de descanso non transcorrera nin un mes. Finalmente, o Tribunal declarou a nulidade da modificación e a vulneración do dereito fundamental á garantía de indemnidade e á liberdade sindical. Así mesmo, impuxo á empresa o cesamento das condutas e unha indemnización por dano moral.

4. PERMISO RETRIBUÍDO PARA TÉCNICAS DE PREPARACIÓN AO PARTO, PERO NON PARA EXAMES PRENATAIS, PARA TRABALLADORES HOMES E PERSOAS NON XESTANTES. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DO 7 DE NOVEMBRO DE 2023 (REC. 4144/2023)

O fomento da igualdade, a conciliación e a corresponsabilidade provocou que os traballadores homes vexan aumentado o catálogo de dereitos e permisos dos que dispoñen para atender a súa vida persoal e familiar. Con todo, nesta liña de equiparación, aínda xorden dúbidas sobre o recoñecemento aos traballadores homes de dereitos ou permisos tradicionalmente recoñecidos ás traballadoras embarazadas, como, por exemplo, o permiso retribuído para asistir a cursos de preparación ao parto e exames prenatais [art. 37.3 f) do ET]. Sobre esa posible extensión tivo que pronunciarse o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na súa sentenza do 7 de novembro de 2023 (rec. 4144/2023), atribuíndo a tal permiso unha dobre natureza.

O pronunciamento do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia trouxo causa dun conflito colectivo xurdido no seo dunha empresa que recoñecía aos traballadores homes un permiso non retribuído para asistir a técnicas de preparación ao parto e exames prenatais. A reivindicación central dos traballadores era que o referido permiso fose retribuído, tal e como dispoñía, ao seu xuízo, o art. 37.3 f) do ET. O Xulgado de Primeira Instancia estimou parcialmente a demanda, recoñecendo aos traballadores homes o permiso retribuído para asistir a técnicas de preparación ao parto, pero non a exames prenatais. Tras a interposición do recurso de suplicación por parte do demandante, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia entrou a coñecer o caso, analizando, en primeiro lugar, as fontes normativas do permiso e a titularidade masculina ou feminina recoñecida nelas. Para dar a súa resposta, o Tribunal Superior de Xustiza dividiu e examinou os dous supostos de feito de permiso. Por unha banda, o permiso para exames prenatais e, doutra banda, o permiso para técnicas de preparación ao parto.

Comezando polo permiso para exames prenatais, o Tribunal Superior de Xustiza realizou unha comparación entre tres normas: 1) o art. 9 da Directiva 92/85/CEE, do 19 de outubro, sobre aplicación de medidas para promover a mellora da seguridade e da saúde no traballo da traballadora embarazada, que dera a luz ou en período de lactación; 2) o art. 26.5 da Lei de prevención de riscos laborais; e 3) o art. 37.3 f) do Estatuto dos traballadores. Segundo o Tribunal, aínda que os dous primeiros artigos deixaban clara a exclusiva titularidade feminina do permiso, ao referirse expresamente ás «traballadoras embarazadas», era o último artigo o que deixaba unha marxe aberta á interpretación, pois cataloga ese dereito dentro dos permisos recoñecidos ás «persoas traballadoras». A pesar do anterior, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia considerou que o criterio da xulgadora de instancia era correcto, pois, ao seu xuízo, os traballadores homes e demais persoas proxenitoras non xestantes só poden ser titulares e gozar do permiso retribuído para técnicas de preparación ao parto. Para chegar a esa

conclusión, o Tribunal serviuse principalmente de dous argumentos. En primeiro lugar, un argumento finalista, ao considerar que o permiso retribuído tiña como obxectivo protexer as traballadoras embarazadas e persoas traballadoras xestantes fronte aos riscos laborais. En segundo lugar, un argumento literal, ao afirmar que o feito de que o art. 37.3 f) ET recoñeza o permiso «para a realización de exames prenatais» e non «para acompañar na realización dos exames prenatais» deixa fóra do seu ámbito de aplicación as persoas que non sexan muller embarazada ou persoa xestante.

O Tribunal Superior de Xustiza sinalou que o enunciado xenérico do art. 37.3 do Estatuto dos traballadores, no que se recoñece o catálogo de permisos ás «persoas traballadoras», non impide que «na concreción dos permisos, estes deriven en limitacións sexuadas, como ocorreu, ata 2019, co permiso “por nacemento de fillo”, que era un permiso que só podía corresponder aos traballadores pais». A xuízo do Tribunal, o recoñecemento aos traballadores homes do permiso para acompañar aos exames prenatais potenciaría a corresponsabilidade, pero, tal e como está configurado, «é un dereito de maternidade, e o aspecto de conciliación obrigaría a crear un novo permiso».

En canto ao permiso para técnicas de preparación ao parto, o Tribunal Superior de Xustiza considerou posible que os traballadores homes fosen titulares e gozasen daquel. Na súa opinión, non recoñecer ese dereito aos traballadores homes sería discriminatorio por razón de sexo en aplicación da doutrina contida na sentenza do Tribunal de Xustiza do 30 de setembro de 2010, *Roca Álvarez*, asunto C-104/09. Segundo o Tribunal Superior de Xustiza, a diferenza do permiso para exames prenatais, o permiso para técnicas de preparación ao parto non é un dereito de maternidade, senón un dereito de conciliación que debe interpretarse tendo en conta a evolución normativa, xurisprudencia e doutrinal. Ademais, en opinión do referido tribunal, a redacción das normas reguladoras de tal permiso non exclúe os traballadores pais e demais persoas non xestantes, pois estes si poden acudir

ás técnicas de preparación ao parto recomendables para o bo fin do proceso de maternidade ou xestación. Así as cousas, o Tribunal Superior de Xustiza desestimou o recurso de suplicación e confirmou a sentenza de instancia, e obrigou así á referida empresa a recoñecer aos traballadores homes e persoas non xestantes a titularidade e gozo do permiso retribuído do art. 37.3 f) unicamente para os efectos de asistencia ás técnicas de preparación do parto.

5. A CONFLITIVIDADE XUDICIAL DO DEREITO Á ADAPTACIÓN DA XORNADA E A FORMA DE PRESTACIÓN DA XORNADA (ART. 34.8 DO ET)

O dereito á solicitude de adaptación da xornada e a forma de prestación previsto no art. 34.8 do ET non é un dereito absoluto das persoas traballadoras. Na súa concesión deben ponderarse as posturas de ambas as partes, é dicir, da persoa traballadora e da empresa. A pesar diso, o art. 34.8 do ET está a provocar unha gran conflictividade xudicial debido, en gran medida, ás circunstancias particulares de cada unha das persoas traballadoras que invocan a súa aplicación. Mentres que algunhas persoas traballadoras solicitan unha adaptación da xornada de traballo, para entrar ou saír antes, outras demandan cambios máis notables na forma de prestación dos servizos, como o teletraballo ou a mobilidade xeográfica. Fronte a tales peticións, razoables ou non, atópanse as razóns organizativas e económicas das empresas, que, en ocasións, bloquean os procesos de negociación e xudicializan controversias que non se basean nun conflito xurídico, senón nun conflito de intereses. No segundo semestre de 2023, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ditou numerosas resolucións xudiciais nas que analizou distintos aspectos do art. 34.8 do ET, dende os límites da negociación entre a empresa e a persoa traballadora ata as modalidades de adaptación amparadas por tal precepto.

a. AUMENTO DA REDUCIÓN DE XORNADA E ADAPTACIÓN. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE

**XUSTIZA DE GALICIA DO 13 DE DECEMBRO DE 2023
(REC. 3535/2023)**

Os dereitos de conciliación da vida persoal, laboral e familiar permiten que as persoas traballadoras compatibilicen o traballo e os coidados durante un determinado período de tempo. Con todo, as necesidades de conciliación non son estancas ou inamovibles. As circunstancias familiares ou persoais poden provocar que as persoas traballadoras que xa están a gozar de dereitos de conciliación teñan que afastarse temporalmente do traballo ou, pola contra, poidan reincorporarse á prestación de servizos cun maior réxime de dedicación. Este último suposto foi o que deu lugar á sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 13 de decembro de 2023 (rec. 3535/2023).

Unha traballadora gozaba dunha redución do 50% da súa xornada tras o nacemento do seu fillo, prestando servizos en quenda de mañá, de luns a venres, de 12:00 a 16:00 horas. En febreiro de 2021, a referida traballadora solicitou á empresa ampliar a súa xornada nunha hora e modificar o seu horario, para prestar servizos de 11:00 a 16:00 horas, coa finalidade de adaptar «tanto as súas necesidades económicas como a súa situación familiar». A empresa denegou a petición da traballadora alegando que a súa solicitude non se axustaba a ningún dos sistemas de conciliación establecidos no plan de igualdade, requisito *sine qua non* para que aquela fose estudada pola Comisión de igualdade da empresa. O plan de igualdade da empresa constituía un procedemento de organización da xornada en situacións de conciliación que arbitraba dous tipos de medidas, unha estándar (quendas rotativas de mañá e tarde e un tempo de presenza diaria de catro a seis horas a alternar entre catro ou tres traballadores) e outra especial con distintas variantes (adscripción a unha quenda fixa sen redución de xornada, adscripción a unha quenda fixa con redución de catro horas, horario especial en taller con carácter temporal ou quenda especial de fin de semana).

Tras ser desestimada a demanda de conciliación de vida familiar e laboral da traballadora en primeira instancia, esta

recorreu en suplicación ao Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, o cal, tras analizar os feitos e a normativa aplicable, terminou por estimar o recurso. Para dar a súa resposta, o Tribunal examinou os artigos 37.6, 37.7 e 34.8 do ET á luz da legalidade constitucional e, en concreto, dende a perspectiva do dereito á non discriminación por razón de sexo, dada «a amplísima maioría de mulleres traballadoras que solicitan a súa redución de xornada para coidado dos seus fillos fronte aos homes traballadores que exercitan tal dereito».

A xuízo do Tribunal, non existía causa legal ou constitucionalmente aceptable «para a denegación dunha petición de minoración de redución de xornada e concreción horaria, sen a realización dun auténtico xuízo de ponderación empresarial, e coa exteriorización das razóns produtivas para a denegación». Para o Tribunal Superior de Xustiza, a empresa errou ao esixir que a petición da traballadora se reconducise aos sistemas de conciliación establecidos no plan de igualdade, pois ningún destes contemplaba unha redución de xornada que non fose de catro ou seis horas. A posición da empresa implicaba, *de facto*, derrogar o art. 36.6 do ET. O Tribunal puxo de manifesto que a empresa podía establecer mecanismos de conciliación á marxe dos estandarizados, sendo necesaria unha previa negociación coa traballadora, de boa fe, e con propostas fundamentadas. Segundo o TSX, o art. 34.8 do ET esixía á empresa estudar a solicitude de conciliación da traballadora, atendendo á razoabilidade da petición e a adecuación aos intereses empresariais.

O art. 37.6 do ET concedía á traballadora a facultade de elixir o horario no que se desenvolvesen os seus servizos dentro da xornada ordinaria, e debía ser a empresa a que acreditase a concorrencia de razóns organizativas, económicas ou doutra índole que debesen prevalecer sobre o dereito da traballadora. No caso axuizado, a empresa non acreditou de forma suficiente que non puidese facer fronte á petición da traballadora.

Os argumentos anteriores conduciron á estimación do recurso da traballadora, recoñecéndolle o dereito á

minoración da redución de xornada do 50% ao 62,5%, co horario solicitado. Ademais, o Tribunal Superior de Xustiza reprochou ao xulgador de instancia que denegase a solicitude da traballadora alegando que non concurrían novas necesidades conciliatorias, senón «unha expectativa económica de cobrar un pouco máis». Dende a perspectiva de xénero, o Tribunal considerou que a valoración negativa das pretensións económicas da traballadora non era «de recibo», pois esta tiña un dereito positivo á asunción de coidados pretendendo «a menor desvantaxe histórica e concreta posible».

b. CAMBIO DE CENTRO DE TRABAJO POR NECESIDADES DE CONCILIACIÓN. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DO 26 DE XULLO DE 2023 (REC. 1526/2023)

O Real decreto-lei 5/2023, do 28 de xuño², traspuxo o art. 9 da Directiva (UE) 2019/1158 modificando aspectos centrais do art. 34.8 do ET, relativo ao dereito de adaptación da xornada ou da forma de prestación do traballo por razóns de conciliación. Na actualidade, trátase dun precepto que potencia unha conciliación baseada nos dereitos de presenza e non nos dereitos de ausencia. O seu obxectivo é que as persoas traballadoras gocen de fórmulas de traballo flexibles que lles permitan coidar e traballar de forma simultánea, sen ter que apartarse do mercado laboral temporal ou definitivamente. En virtude do referido precepto, as persoas traballadoras teñen dereito a solicitar a adaptación da duración e distribución da xornada, da ordenación do tempo

² Polo que se adoptan e prorrogan determinadas medidas de resposta ás consecuencias económicas e sociais da Guerra de Ucraína, de apoio á reconstrución da illa da Palma e a outras situacións de vulnerabilidade; de transposición de Directivas da Unión Europea en materia de modificacións estruturais de sociedades mercantís e conciliación da vida familiar e a vida profesional dos proxenitores e os coidadores; e de execución e cumprimento do Dereito da Unión Europea.

de traballo e da forma de prestación, incluída a prestación do traballo a distancia. Os termos xerais cos que se expresa o art. 34.8 do ET obrigaron os tribunais a delimitar o alcance das solicitudes dos traballadores. Así pois, cabe preguntarse se, dentro da adaptación da forma de prestación, cabe a posibilidade de que os traballadores soliciten o cambio de centro de traballo para prestar servizos máis preto das persoas ou do núcleo familiar que precisa coidados. A sentenza do Tribunal Superior de Xustiza do 26 de xullo de 2023 (rec. 1526/2023) responde negativamente a esa cuestión, e se aparta así do mantido nun pronunciamento anterior [sentenza do 25 de maio de 2021 (rec. 335/2021)]. O traballador protagonista dos feitos era un vixiante de seguridade que prestaba servizos nun hospital en Ourense. En outubro de 2020 e setembro de 2022, o traballador solicitou o traslado a un centro penal en Vigo, para facilitar a conciliación da vida familiar e laboral e coidar dos seus pais e sogros, que vivían nesa cidade e padecían distintas patoloxías. Con todo, a empresa non respondeu a ningunha das solicitudes do traballador, que viu desestimada a súa demanda de conciliación en primeira instancia.

O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia apuntou que nin o convenio colectivo nin o art. 34.8 do ET prevían o dereito do traballador ao traslado por coidado de familiares para a conciliación da vida familiar e laboral, senón a adaptación e distribución da xornada. O tribunal apuntou que esa lagoa, de poder considerarse así, tampouco podía suplirse por aplicación analóxica, tal e como pretendía o demandante ao invocar o art. 4.1 do Código civil. Así as cousas, ao non estar previsto o dereito de solicitar o traslado como medida de conciliación, a empresa non estaba obrigada a abrir ningún proceso de negociación. O Tribunal tamén destacou o feito de que o traballador non xustificase a súa necesidade de conciliación, pois o coidado dos proxenitores e os seus sogros esixía unha demostración das necesidades de conciliación, máxime cando o traballador non vivía con ningún deles e estes non tiñan recoñecida incapacidade ou dependencia. O exposto levou ao tribunal a desestimar a pretensión do

traballador e absolver á empresa de toda actuación contraria á igualdade, intimidade ou dignidade do traballador.

c. O PROCESO DE NEGOCIACIÓN DA ADAPTACIÓN. SENTENZAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DO 11 DE DECEMBRO DE 2023 (REC. 3939/2023) E 22 DE NOVEMBRO DE 2023 (REC. 3043/2023)

O dereito a solicitar a adaptación de xornada ou a forma de traballo por razóns de conciliación, previsto no art. 34.8 do ET, esixe que a persoa traballadora e a empresa abran un proceso de negociación. En ocasións, o que subxace tras as posicións das partes en tal negociación non é un conflito xurídico, senón un conflito de intereses que acaba xudicializándose ante a imposibilidade de facer renuncias e chegar a un punto común. Así pode observarse na sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 11 de decembro de 2023 (rec. 3939/2023).

Unha traballadora viña prestando servizos nun horario 24/02, é dicir, 12 horas de día, 12 horas de noite e descanso de 3 ou 4 días segundo fose período vacacional ou non. Tamén formaba parte da lista de prioridades, a fin de poder ser chamada para prestar servizos con menos de 72 horas de antelación. A traballadora solicitou á empresa pasar a unha quenda fixa de mañá por necesidades de conciliación, xa que o seu fillo estaba matriculado nun horario continuo de mañá, deixando aberta, en todo caso, a posibilidade de volver ao réxime de traballo a quendas cando xurdise a posibilidade ou cambiasen as súas circunstancias. Casualmente, no momento no que a traballadora presentou a súa solicitude, había unha vacante no departamento de operacións da empresa na quenda de mañá, por xubilación dun traballador. O xefe de recursos humanos da empresa ofreceulle a dita vacante á traballadora, aínda que esta a rexeitou, pois, presumiblemente, ese novo posto impediríalle volver ao réxime de traballo a quendas cando cambiasen as súas circunstancias. Ante o rexeitamento da traballadora, a empresa denegou a súa petición por razóns organizativas,

argumentando que, co cambio de quenda solicitada, non quedarían cubertas as necesidades do servizo. De aceptar a petición, a empresa tería que levar a cabo unha redistribución dos efectivos dentro do colectivo profesional da traballadora para garantir a prestación do servizo, pois a traballadora pretendía cubrir unha praza na quenda de mañá de forma definitiva sen aplicar o sistema operativo que impoñía o convenio para o devandito cambio.

Tras ser desestimada a demanda en primeira instancia, a traballadora interpuxo recurso de suplicación ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia alegando vulneración do art. 34.8 do ET por parte da empresa. Ao longo da súa fundamentación xurídica, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia puxo de manifesto que a negativa da traballadora a aceptar a oferta da empresa, por querer volver ás súas condicións anteriores cando así o desexase, «pugna(ba) coa previsión legal», pois o art. 34.8 do ET recoñece o dereito da persoa traballadora a solicitar o regreso á súa xornada modalidade contractual anterior unha vez concluído o período acordado ou cando así o xustifique o cambio de circunstancias. O Tribunal Superior considerou que o ofrecemento da empresa desa vacante garantía a conciliación da traballadora, adoptando esta última unha postura contraria á boa fe na negociación. Segundo o Tribunal, o proceso de negociación «debe estar presidido pola boa fe de ambas as partes, sen posturas contumaces e recalcitrantes, debendo ponderarse as necesidades da persoa traballadora e as necesidades organizativas ou produtivas da empresa, sen que caiba admitir (...) posturas inamovibles». Ademais, o Tribunal destacou que, no caso concreto, tal negociación individual entre empresa e traballadora non sería necesaria, xa que a empresa contaba cun acordo colectivo no que se regulaban os termos do exercicio do dereito á adaptación de xornada. O acordo prevía que as solicitudes de cambio de servizo dos traballadores que realizasen xornadas especiais e de quendas autorizaríanse sempre que quedasen garantidas as necesidades do servizo. Ao non concorrer esa última circunstancia, como demostrou de xeito fidedigno a empresa,

o Tribunal rexeitou a solicitude de conciliación da traballadora e confirmou a sentenza de instancia.

A sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 22 de novembro de 2023 (rec. 3043/2023) tamén incide na necesidade de que o proceso de negociación da adaptación da xornada teña en conta os intereses actuais da persoa traballadora e a empresa. No suposto de autos, a traballadora viña prestando servizos en modalidade de teletraballo mediante acordo individual coa empresa, que se mantiña vixente dende a emerxencia do COVID. A mediados de 2022, a empresa requiriu á traballadora para que volvесе prestar servizos de forma presencial, dada a melloría da situación sanitaria. Tras ese requirimento, a traballadora solicitou á empresa, simultaneamente, excedencia por coidado de fillo e adaptación da forma de prestación de servizos para continuar teletraballando tras a excedencia, de forma definitiva (art. 34.8 do ET). A empresa concedeulle a excedencia á traballadora, indicándolle que o proceso de negociación para a adaptación da forma de prestar servizos abriríase unha vez finalizase aquela. Ante a negativa da empresa a negociar, a traballadora interpuxo demanda por modificación substancial de condicións de traballo, reclamación de acceso a teletraballo por conciliación familiar e vulneración de dereitos fundamentais, demanda que foi desestimada en primeira instancia.

O recurso de suplicación da traballadora obrigou ao Tribunal Superior de Xustiza de Galicia a delimitar a obriga de negociar das empresas ante unha solicitude de adaptación en período de suspensión de servizos. Tras examinar a xurisprudencia aplicable ao caso, dende o punto de vista da legalidade constitucional, o Tribunal concluíu que a empresa non estaba obrigada a negociar unha modalidade distinta de prestación da xornada durante un período no que, para a traballadora, estaba suspendida a obriga de realizar a xornada laboral. Soster o contrario implicaría, segundo o tribunal, obligar á empresa a «realizar unhas previsións sen ter unha referencia temporal respecto ao momento en que se ían implantar os cambios, coas implicacións a efectos organizativos que iso

comporta, especialmente en relación ao número de persoas que, no momento en que a traballadora decidise reincorporase, tivesen recoñecida unha adaptación da xornada laboral ou da súa modalidade de traballo». Ademais, o Tribunal resaltou que a petición da traballadora relativa ao recoñecemento do teletraballo como «modalidade de traballo definitiva» era contraria ao art. 34.8 do ET, pois tal precepto só ampara as adaptacións de carácter temporal. Así as cousas, tras constatar que no caso tampouco existían indicios de discriminación, o Tribunal Superior de Xustiza denegou a petición da traballadora e desestimou o seu recurso, confirmando a sentenza de instancia integramente.