

Adaptación de la jornada laboral y derecho de conciliación de la vida laboral y familiar. Factores de valoración en la ponderación judicial.

Sentencia núm.251/2019, del JS núm. 1 de Mataró, de 12 de septiembre.

Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Resumen: *La respuesta judicial a la solución del conflicto planteado entre la necesidad de conciliación del trabajador y la necesidad organizativa y productiva de la empresa plantea la cuestión relativa al factor de valoración que haya de utilizarse en la ponderación judicial, así como en la prueba, en su caso, del daño moral que pudiera derivarse de la actuación empresarial en el caso concreto.*

Palabras clave: *Adaptación de jornada; Conciliación vida laboral y familiar; Indemnización de daños y perjuicios*

Abstract: *The judicial response to the solution of the conflict between the worker's need for conciliation and the company's organisational and productive need raises the question of the valuation factor to be used in the judicial weighting, as well as in the proof, where appropriate, of the moral damage that could derive from the company's actions in the specific case.*

Keywords: *Adaptation of working time, work-life balance, damages compensation.*

I. Introducción

La Sentencia comentada analiza si en el supuesto concreto la trabajadora solicitante tiene derecho a la adaptación de la jornada por razones de conciliación de la vida laboral y familiar, de conformidad con lo establecido en el art.34.8 ET, intentando resolver sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión empresarial al respecto. Asimismo, resuelve sobre la solicitud de indemnización de daños y perjuicios por no acceder la empresa a su petición de adaptación de jornada.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Juzgado de lo Social, núm.1 de Mataró.

Número de resolución judicial y fecha: núm.251/2019, de 12 de septiembre.

ECLI: ES:JSO:2019:4831.

Juez: Ilma.Sra.Doña Raquel Martín Bailón.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La trabajadora demandante trabaja en una residencia de ancianos y presta servicios como fisioterapeuta con el horario siguiente: Lunes y Viernes de 9:30 horas a 13:30 horas y de 14:30 a 18:30 horas. Martes, Miércoles y Jueves de 9:30 horas a 13:30 horas y de 14:30 horas a 16:30 horas.

La trabajadora, desde septiembre de 2013, tiene una reducción de jornada de un 15% por cuidado de un hijo menor de 12 años. De ahí el horario de salida los Martes, Miércoles y Jueves a las 16:30 horas.

La actora tiene dos hijos en edad escolar (uno en preescolar, finalizando la guardería a las 16:30 horas; y el segundo cursa 2º de primaria, finalizando su horario escolar a las 17:00 horas). Y su marido trabaja a jornada completa, que finaliza a las 19:30 horas.

Con fecha 17 de junio de 2019 la trabajadora solicita a la empresa una adaptación de su jornada laboral con el fin de poder recoger a sus hijos en el colegio.

Con fecha 17 de julio, la empresa se reúne con la trabajadora y le entrega una carta denegándole la propuesta solicitada por motivos organizativos. En concreto le indica que no encuentran la fórmula para aceptar su propuesta debido a la planificación de fisioterapia que hay en el centro.

Los residentes de la residencia bajan en dos turnos a desayunar y comer, de 8:30 a 9:30 el primer turno y 9:30 a 10:30 el segundo. De 13 a 14 horas el primer turno y de 14 a 15 horas el segundo turno.

IV. Posiciones de las partes

La pretensión de la actora se dirige a obtener un pronunciamiento favorable en relación a la adaptación de su jornada laboral solicitada proponiendo varias posibilidades alegando que necesitaba salir a las 16:00 horas (30 minutos antes de la finalización de su jornada) para poder recoger a sus hijos del colegio habida cuenta que el menor de ellos finaliza a las 16:30 horas y no le da tiempo a llegar. Indicando que su marido tampoco puede recogerlos ya que él finaliza su jornada a las 19:30 horas.

Realiza al efecto varias propuestas a la empresa en torno a los días Martes, Miércoles y Jueves: a) empezar su jornada antes; b) disponer de 30 minutos para comer; c) trabajar 30 minutos a distancia; d) realizar una jornada intensiva. Nada indica por el contrario, respecto de dos días, Lunes y viernes, en los que no podrá conciliar porque el horario de salida es a las 18:30 horas.

Solicita también una indemnización de daños y perjuicios habida cuenta de la ansiedad que dicha denegación le ha ocasionado.

La empresa se opone a la demanda porque lo solicitado por la trabajadora choca frontalmente con los intereses organizativos y necesidades de la empresa. Alega que no hay un derecho personalísimo a la adaptación de la jornada, sino que la regulación legal solo establece una vía para negociar con la empresa, ponderando todos los intereses en conflicto. En el caso concreto no cabe la posibilidad de entrar 30 minutos antes puesto que los residentes se están levantando en esa franja horaria, ni tampoco comer en 30 minutos, ya que su hora de comida sería coincidente con la de los residentes, quedándose su cargo vacío de funciones durante ese tiempo.

Consta como hecho probado que el horario de comedor para los asistidos es de 8:30 a 9:30, desayuno; de 13:00 a 14:00, comida; de 16:00 a 16:30, merienda. Y para los válidos, de 9:30 a 10:30, desayuno; de 14:00 a 15:00, comida; de 16:30 a 17:00 horas cena.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 34.8 ET, en su redacción dada por el RD-Ley 6/2019 y en una de sus múltiples posibilidades, la de adaptación en la duración y distribución de jornada, cuando prevé que “dichas adaptaciones deberán ser *razonables y proporcionadas* en relación con las *necesidades* de la persona trabajadora y con las *necesidades* organizativas o productivas de la empresa”.

Asimismo dispone el precepto reglamentario que en ausencia de negociación colectiva, “la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un *proceso de negociación* con la persona trabajadora durante un período 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 de su ejercicio. En este caso, se *indicarán las razones objetivas en las que se sustenta su decisión*”.

De conformidad con lo dispuesto en el **art.139 de la LRJS**:

“a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador.

El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia.

b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia”.

VI. Doctrina básica

Busca la juez de lo Social el apoyo en la doctrina del TC. Sin cita de sentencia alguna, he intentado conciliar las no coincidentes sentencias 24 y 26/2011, advierte inicialmente que la solución al caso planteado debe atenerse a la finalidad de conciliación en una interpretación *pro constitutione* del precepto legal; engarce o dimensión constitucional de las medidas legales -como la de adaptación de jornada- tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar que encuentra en el derecho a la no discriminación por razón de circunstancias familiares (formulado por la STC 26/2011) y el mandato de protección a la familia y a la infancia (STC 24/2011). De modo que esa doble dimensión constitucional debe prevalecer y ha de servir de orientación para solventar las dudas interpretativas que pudieran suscitarse.

Sobre esa premisa, el *iter* argumentativo de la juzgadora, que no difiere sustancialmente del de otros pronunciamientos judiciales sobre la cuestión a efectos de delimitar el alcance y eficacia del derecho a la adaptación de la jornada, es el siguiente:

Valoración tanto de las concretas circunstancias personales y familiares que concurren como de la organización del régimen de su trabajo para ponderar si la

negativa empresarial a la pretensión de la actora constituye o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional.

Lo que de acuerdo con el precepto legal, se denomina “necesidades” de conciliación, quedan acreditadas en el caso porque es madre de dos hijos menores de 12 años en edad escolar con horario de salida incompatible con el de la finalización de la jornada de la madre.

Y en lo que refiere a la adecuación o razonabilidad de la medida solicitada para atender esa necesidad de conciliación se concreta en el caso en las diferentes circunstancias familiares y personales concurrentes. Recuérdese, aunque no la cita expresamente, pero asume el planteamiento, que la STC 26/2011 dispuso como factor de valoración en la ponderación judicial “el número de los hijos, edad y situación escolar, situación laboral de su cónyuge” (circunstancia familiar, que no se extiende a otros familiares, expresando la juzgadora “sin que la actora tenga que acreditar si los abuelos -y mucho menos terceros ajenos a la familia- están disponibles o no a fin de poder ir a recoger a sus hijos al colegio”) y la posible incidencia que la denegación de salir 30 minutos antes pueda tener en **su** conciliación con la vida laboral y familiar (circunstancia personal u obligación personal que como madre le exige nuestro ordenamiento jurídico, art.154.1º CC).

En relación con las necesidades organizativas empresariales, exige la juzgadora que la empresa acredite que haya dificultades que supongan una imposibilidad o que admitir la adaptación sea notablemente gravoso. De modo que en la valoración de las circunstancias organizativas y/o productivas empresariales se ha de tener en cuenta, según la juzgadora, si en caso de acceder a la propuesta solicitada por la actora, se provoca graves dificultades organizativas suficientemente importantes como para excluir dicha petición.

En la valoración de la denegación de la solicitud adquieren relevancia en el caso concreto dos circunstancias: una, las diversas propuestas realizadas por la actora y dos, la ausencia de una negociación de buena fe por parte del empresario. En lo que respecta a la primera, se convierte en argumento esencial la exigencia de respuesta concreta y justificada a cada una de las propuestas realizadas; expresando al respecto que “no se ha acreditado por la empresa la imposibilidad de que la actora pudiera realizar 30 minutos de trabajo a distancia cada día”, o que se realice de 9:00 a 9:30 horas, para llevar a cabo los registros/historial de los residentes en un sistema informático. En lo que a la segunda circunstancia refiere, la ausencia de vía negociadora no sólo es argumento adicional, importante, para la estimación de la pretensión de la actora, sino que es el principal motivo que abre en el supuesto concreto la admisión de la indemnización de daños y perjuicios solicitada.

En efecto, la juez hace suya la doctrina judicial recaída en la Sentencia del TSJ de Palmas de Gran Canaria, de fecha 12 de marzo de 2019, recurso 1596/2018^[1], reproduciendo íntegramente la argumentación del citado Tribunal. En concreto se admite que la negativa o limitación empresarial al disfrute del derecho a la conciliación laboral y familiar, cuando no existen razones justificadas, puede generar daños inmateriales o morales de conformidad con lo establecido en el art.1101 del CC en relación con el precepto legal (art.38.4) y con los preceptos constitucionales (art.14 y 39 CE). Convalida como parámetro adecuado para objetivar económicamente (conforme a la doctrina del TC, sentencia 246/2006) la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social y, en consecuencia, se considera adecuada la solicitud de una indemnización de 3125 euros puesto que se halla en el tramo económico establecido en el art.7º.5 en relación con el art.40 de la LISOS, que dispone una sanción para infracciones graves en materia de relaciones laborales.

VII. Parte dispositiva

Se estima la demanda de la trabajadora, declarando su derecho a la adaptación de la jornada pasando a realizar una jornada los martes, miércoles y jueves de 9 a 13:30 horas y de 14:30 horas a 16 horas, con condena de la empresa demandada de

estar y pasar por el contenido de esta decisión y con condena a que abone a la trabajadora la cantidad de 3.215 euros en concepto de daños y perjuicios.

VIII. Pasajes decisivos

En lo que refiere a la petición de adaptación de jornada solicitada por la actora, el pasaje decisivo se encuentra en el F.J.4º. En el que se estima aportados suficientes argumentos por la parte demandante, considerando, por el contrario, que no hay dato alguno que permita afirmar que la petición de horario suponga una imposibilidad, o que admitir el mismo sea notablemente gravoso, al existir diferentes posibilidades que no generan dificultades organizativas para la empresa. Añadiendo que “desde que la empresa recibió la solicitud de la actora, no inició vía de negociación alguna, reuniéndose con la trabajadora un mes más tarde, el 17 de julio de 2019, y denegándole la petición ese mismo día”.

En lo que refiere a la solicitud de indemnización de daños y perjuicios, el pasaje decisivo se entra en el F.J.5º. Se acepta la petición de indemnización porque la empresa, ante la solicitud recibida por la actora, “no inició vía negociadora alguna para intentar conciliar los intereses de la trabajadora con su vida familiar, tardando un mes en dar respuesta” y añadiendo que los daños morales (esto es el menoscabo o lesión no patrimonial provocado por el acto antijurídico) queda acreditado por “la situación de ansiedad que viene sufriendo, existiendo parte médico de fecha 28 de agosto de 2019, existiendo plena relación de causalidad (con) la denegación de dicha petición pues es evidente que a toda madre trabajadora, que ve denegada la petición de conciliar su vida laboral y familiar, y ante la situación de incertidumbre de ver como poder cuadrar su horario laboral con el horario escolar de sus hijos, le genere la ansiedad que padece la actora”.

IX. Comentario

La entrada en vigor del RD-Ley 6/2019, en cuya exposición de motivos se dice solo sobre esta cuestión que pretende *remarcar el derecho de los trabajadores a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, ha generado numerosas cuestiones. Y ante la previsibilidad de que no hubiera acuerdo entre las partes (y ausencia de negociación colectiva al respecto), todo hacía prever que los conflictos entre los intereses de las partes (trabajador/a y empresario) quedaran abocados a la solución judicial.

A lo largo de estos meses hemos conocido sentencias de diferentes Juzgados de lo Social sobre esta cuestión (estimatorias/desestimatorias de la pretensión) y, puesto que no habrá recurso de suplicación frente a sus pronunciamientos -salvo que en la demanda haya también reclamación de daños y perjuicios en cuantía que lo permita-, en su conjunto conforman una línea de actuación en cuanto a la delimitación del derecho a solicitar la adaptación de jornada por motivos de conciliación.

El comentario requiere separar los dos *petitum* de la demanda, por un lado, solicitud de la adaptación de jornada; por otro, reclamación de daños y perjuicios.

1. Solicitud de la adaptación de jornada

En cuanto al derecho a solicitar adaptaciones razonables de la jornada por conciliación de la vida laboral y familiar (que no, por tanto, como se ha definido, “jornada a la carta”), recordemos que la Ley Orgánica 3/2007 introdujo el art.34.8 ET, definido como “cláusula abierta de perfiles indefinidos”^[2]. Ahora el RD-Ley 6/2019 lo reformula en lo que refiere a las condiciones o requisitos legales para su ejercicio. Y aunque no la cita siquiera en la Exposición de Motivos, debe tenerse en cuenta la vigente entonces Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, derogada posteriormente por la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Norma comunitaria actualmente en vigor, que incide en las que denomina reiteradamente “fórmulas de trabajo flexible” así como en el “derecho del trabajador a solicitar...”^[3].

La formulación legal actual no cambia la configuración del derecho; por un lado, sigue siendo un mecanismo o fórmula más de conciliación, unido a otros (en particular, art.37.6 y 7 ET, reducción de jornada y concreción horaria), que se diferencia de aquéllos en que en la “adaptación” no hay asociado un perjuicio o minoración, salarial o de otro tipo, para el solicitante.

Y, de acuerdo con la legislación europea, sigue siendo solo un derecho a solicitar, y no, por tanto, derecho individual o absoluto (o incondicionado) del trabajador a la adaptación, esto es a que el empresario deba acceder en los términos requeridos por aquél. Se reconoce a éste el poder decidir si acepta o rechaza la petición porque el trabajador solo ostenta una expectativa de derecho.

¿Qué cambia entonces? Frente a la opción de política legislativa anterior conforme a la que la adaptación de la jornada precisaba el acuerdo colectivo o individual, hoy no queda condicionado a la adaptación convencional de la jornada por cuidados o atenciones familiares. En este sentido, y advirtiendo que se trata de un derecho individual -superando así la versión previa del precepto y las que se habían planteado como interpretaciones no exactamente coincidentes en la doctrina judicial, jurisprudencia del TS y salas del TC- , la facultad de formular una solicitud se acompaña en el texto legal con la indicación del procedimiento para concretar en el caso el derecho general a la conciliación de la vida laboral y familiar. En lo que a la negociación colectiva refiere, por tanto, se ha eliminado el papel que antes tenía en la configuración del derecho para trasladarle solo un papel secundario, limitado a los “términos de su ejercicio”, básicamente procedimiento.

En efecto, ante las dudas interpretativas al respecto, y manifestada por un sector doctrinal que la solución legal de entonces era restrictiva y no razonable, se promovía una interpretación del precepto legal que se decía flexible, razonable o adecuada, consistente en resolver a favor de la solicitud del trabajador, salvo que el empresario justificara objetiva y adecuadamente la imposibilidad de conceder la adaptación de la jornada solicitada. Volveremos esta cuestión.

Tanto el derecho del/de la trabajador/a a solicitar de forma motivada (y con clara extensión ahora del objeto, desde una perspectiva cuantitativa, cualitativa y forma de prestación) como el deber de actuación del empresario se deben ejercer bajo el parámetro de la buena fe (en este sentido, SJS Badajoz 16 septiembre de 2019, JUR \2019\292979) y, en consecuencia, bajo la prohibición de abuso del derecho. Lo que desde la vertiente empresarial se concreta en el precepto legal en la apertura de una negociación (deber de negociar, que no de acordar) con el trabajador/la trabajadora en caso de que no haya acuerdo colectivo que establezca el procedimiento a seguir; un plazo para materializar la negociación y la respuesta que no puede superar 30 días. Y en la exigencia de una denegación justificada (no parece que deba serlo –aun cuando al respecto se aprecian opiniones doctrinales no coincidentes-, en una interpretación literal del precepto, cuando hay propuesta de solución diferente, que podrá ser una de las que a su vez proponga como alternativa el trabajador u otra distinta).

La exigencia de un proceso de negociación con el/la solicitante y contestación razonada en caso de negativa lo configura como un derecho a solicitar, de ejercicio condicionado, pero “reforzado”, en un intento por favorecer los derechos de presencia vinculados a la conciliación, aunque no se prevé de forma expresa en el ET la protección frente al despido de los trabajadores que están disfrutando de la adaptación (téngase en cuenta lo dispuesto en el art.12.1 de la Directiva 2019/1158....).

Se convierte así la razonabilidad, la de la petición (motivada) y la de la decisión empresarial, en eje de la concreción y efectividad del derecho a través de la ponderación de intereses legítimos de ambas partes (*necesidades* -sin adjetivar- de ambas partes, dice el precepto legal; necesidad de conciliación/necesidad de la empresa) a cuyo equilibrio-conciliación ha de responder la que el legislador califica como adaptación de jornada “*razonada y proporcional*”.

Atendiendo a la razonabilidad de la petición del trabajador no se puede obviar que la decisión ha de ser también proporcional (parece en sentido amplio y en sentido estricto, juicio de proporcionalidad) con las necesidades organizativas o productivas de la empresa y con lo que es razonable y posible que la empresa pueda conceder. Lo que quiere decir que cabe que la empresa proporcione otra/s opción/es posible/s a la única que en su caso propusiera el/la trabajador/a (véase, por ejemplo de SJS Gijón de 25 de septiembre de 2019, JUR\2019\292883). Y a la inversa, tal y como sucede en el caso analizado, cuando el trabajador ofrece varias posibilidades a la empresa la justificación de la denegación requiere del empresario, como respuesta razonable a la necesidad de conciliación, una respuesta a cada una de esas propuestas, sin que sea posible una denegación abierta, a modo de cláusula de estilo, mencionando expresamente “la planificación” del trabajo concreto (en el caso fisioterapeuta) que hay en el centro de trabajo.

A partir de aquí el *iter* o pautas que debieran encauzar la interpretación y valoración de cuestiones como la planteada en el caso concreto; que, sin duda, también lo son para los empresarios a la hora de decidir si aceptan o rechazan –total o parcialmente- la petición o solicitud de una medida, la adaptación de jornada, como fórmula de conciliación de la vida laboral y familiar.

Y llegados a este punto, la cuestión más difícil de resolver en los casos judicializados en torno al derecho de conciliación vinculado a la adaptación de jornada. Porque la pregunta es obvia ¿legítima el legislador a jueces de lo Social a un “plus de enjuiciamiento” en estos casos? Sea cual sea la que se aprecie como dimensión constitucional del precepto (para unos, la corresponsabilidad y su vinculación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo; para otros, el derecho a la no discriminación por razón de circunstancias familiares; en fin, para otros el mandato constitucional de protección de la familia; o todos ellos en su conjunto), se abren muchísimas posibilidades para la valoración (de las necesidades de ambas partes) y para la ponderación judicial de la pretensión bajo los parámetros de la “razonabilidad” y la “proporcionalidad”, atendiendo a los múltiples factores que se pudieran tomar en consideración para adoptar la decisión al respecto.

En primer lugar, atendamos a la valoración de las necesidades de ambas partes.

La necesidad de conciliación del solicitante, de su conciliación valdría decir, no plantea especial problema, salvo su acreditación (existencia de hijo o hijos de edad inferior a la legal o familiares necesitados de cuidados), y no se pide que la necesidad sea importante, o grave o se trate de “una especie de necesidad insuperable de conciliación”^[4].

Por tanto, en lo que refiere al trabajador o la trabajadora solicitante bastaría con valorar la posible incidencia que la denegación de la propuesta solicitada tenga en su conciliación familiar. Sin que parece se deba exigir que acredite que deba ser el que dé respuesta a la necesidad. No obstante, y la sentencia comentada es un ejemplo de ello -coincidente con la línea judicial hasta la fecha-, se están incluyendo circunstancias familiares concurrentes, tales como el número de hijos, edad y situación escolar, y situación laboral del cónyuge; pese a que, como advierte acertadamente alguna resolución judicial, se trata de un derecho personalísimo del/de la solicitante (STSJ Galicia de 22 de julio de 2018, Rec.1992/2019).

La conciliación (como deber) -dice, y dice bien, la sentencia comentada- no trasciende a los abuelos y otras personas, asumiendo así el que parece ser criterio judicial (entre otras STSJ Galicia de 28 de mayo de 2019, Rec.1492/2019); pero ¿y al cónyuge o a la pareja, y sus circunstancias? Recuérdese que en el caso concreto se valora que el cónyuge de la solicitante tenga un horario incompatible con la hora de salida de sus hijos; pero una cosa es que se trate de elemento o circunstancia que puede incidir en la mayor razonabilidad de la petición y otra, bien diferente, que la condicione y se convierta en obligada acreditación en todos los casos en respuesta a la que se dice finalidad de corresponsabilidad (tal y como afirma, entre otras, SJS Gijón Sentencia de 29 de agosto JUR\2019\261717). Y no puede serlo porque no

corresponde a un juez determinar quién debe conciliar, adentrándose en la intimidad del solicitante que puede resultar entonces vulnerada. Como no parece que deba entrar en el dato de si la petición permite conciliar todos los días o no (recuérdese que en la sentencia comentada aparecen dos días, Lunes y Viernes, en los que se sale del trabajo a una hora incompatible con el horario escolar).

Mayor problema, a nuestro juicio, presenta la valoración que deba acometer el juez de las necesidades organizativas o productivas de la empresa. No se puede hacer decir al legislador lo que no dice o lo que se quisiera que dijera. En efecto, la interpretación *pro constitutione* del precepto no puede llevar a “autoimponerse” valorar si en caso de acceder a la propuesta solicitada –conforme afirma la juez en el supuesto concreto– se provocan *graves* dificultades organizativas *suficientemente* importantes. Si así fuera, se estaría exigiendo un plus de prueba y justificación a cualquier decisión empresarial denegatoria de la solicitud. Lo que equivaldría a decir, en relación con el derecho a solicitar previsto en el precepto legal, que solo cabría aceptar como justificación de la denegación aquella que suponga “una imposibilidad o que admitir la petición de cambio sea notablemente gravosa” (así lo exige también, entre otras, SJS Ibiza de 23 de septiembre de 2019, JUR/2019/292895). Lo que a la postre significa resolver sobre criterio de razonabilidad y proporcionalidad bajo el parámetro de unas exigencias de prueba reforzada para el empresario, con una aportación extra de argumentos que permitan al juzgador calificarlos como graves o suficientemente importantes.

Es obvio que no parece razón justificada para la denegación el mero trastorno o la mera conveniencia (o eficiencia) empresarial, pero tampoco (a diferencia de lo que pudiera ocurrir en los supuestos de reducción de jornada) que haya que exigir un plus a la dificultad organizativa, transmutándola en imposibilidad, sacrificio excesivo o daño desproporcionado. Porque si así fuera, ¿qué parámetros objetivos puede utilizar el juzgador para determinar lo que lo que sea imposible, excesivo o desproporcionado en el caso concreto para el empresario?

El empresario deberá aportar razón objetiva de la denegación en relación con la finalidad legítima, la de sus necesidades organizativas o de producción. Juzgar esa decisión empresarial ponderando la necesidad de conciliación y el interés legítimo empresarial plantea la cuestión relativa al criterio para medir equilibradamente esas necesidades y su justa compensación.

¿Cuál debe ser el factor de valoración en la ponderación judicial para tomar la decisión al respecto, en concreto para el reconocimiento de la adaptación de jornada? En este sentido hay opiniones doctrinales que piden a la ponderación judicial evitar la restricción injustificada y desproporcional del derecho, entrando en el espinoso tema relativo a qué debe justificar cada una de las partes, promoviendo una interpretación flexible o amplia del derecho del trabajador a solicitar y restrictiva del poder empresarial de denegación (que ha de probar la gravedad de las dificultades organizativas y productivas para justificar su negativa al ejercicio del derecho) basándose en el interés del menor (en este sentido SJS Madrid de 10 de mayo de 2019, JUR\2019\220226) o introduciendo circunstancias concurrentes en el empresario (por ejemplo, tamaño de la empresa, sistema de organización y posibilidad de alteración, polivalencia del resto de empleados...), sin olvidar el factor de perjuicio causado a otros trabajadores, como terceros afectados.

2. *Indemnización por daños y perjuicios, obligación y cuantificación*

En cuanto a la indemnización, ¿lo es por daño material o extrapatrimonial, en concreto, por daño moral? ¿Se ha de probar y, en caso afirmativo, en qué consiste la prueba en el caso concreto? ¿Cómo se cuantifica el daño?

De conformidad con lo dispuesto en la LJS la acción de indemnización por daños y perjuicios causados al trabajador queda limitada, “exclusivamente por los *derivados* de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida”.

Se trata de los sufridos con ocasión de la vulneración de su derecho de conciliación, de modo que pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Lo que en todo caso implica que no hay incumplimiento empresarial que fundamente la solicitud de indemnización cuando la negativa a la adaptación se base en razones justificadas. Por tanto, de nuevo aquí la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y la interpretación de lo que se estime restricción justificada y proporcional (a la inversa) de la solicitud del trabajador.

Adviértase que la obligación de indemnizar no se genera solo con motivo de un incumplimiento contractual (en el caso, ausencia de negociación y negativa injustificada de la solicitud), sino cuando haya un perjuicio acreditado y derivado del incumplimiento (nexo causal), del que sea responsable el empresario.

En la sentencia comentada hay dos vertientes antagónicas sobre la obligación de indemnizar en el caso concreto por daño moral. No basta a nuestro juicio, como por el contrario valora la sentencia, que se anude la consecuencia resarcitoria a la sola actuación antijurídica (la falta de auténtica negociación). Por el contrario, sí puede serlo la situación de salud generada a la trabajadora por la negativa injustificada de la empresa, siempre y cuando sea acreditada ante el juez. No se trata solo de que haya lesión de un bien puramente espiritual, o de que solo el incumplimiento genere un daño o perjuicio, debiéndose probar su existencia (en este sentido, SJS Ibiza de 23 de septiembre de 2019; SJS Sta Cruz de Tenerife, 7 octubre de 2019, JUR/2019/329613) para evitar que los casos en que se soliciten deriven en una compensación por un daño o perjuicio o frustración de interés moral o sufrimiento causado al solicitante.

Conviene tener en cuenta que en lo que al tipo infringido refiere, la sentencia considera que es la grave prevista en el art.7º.5 LISOS (infracciones en materia de relaciones de trabajo), y no la muy grave del art.8º.12 LISOS (infracciones en materia de vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación). Y en cuanto a la sanción, introduciendo un criterio de graduación al respecto, se opta por considerar razonable la cuantía en su grado mínimo de 3.125 euros.

X. Apunte final

¿Es la judicialización del procedimiento el mejor camino para solucionar las cuestiones al respecto?

Desde la perspectiva del mandato constitucional de protección, atención y cuidado a la familia (art.39 CE) -bien jurídico protegido por el precepto legal, la conciliación propiamente dicha y, a su través, el derecho social constitucional a la protección de la familia y de quienes en su seno precisan cuidados y atención-, para la atención del mismo se reconocen legalmente el derecho de conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores con la finalidad de que éstos puedan cumplir con sus obligaciones de atención y cuidado.

En este caso, en el de la adaptación de la jornada, ponderando los intereses (el del empresario a la organización del trabajo en su empresa y el de cuidado de la familia por los trabajadores con responsabilidades familiares), sin olvidar que también tienen fundamento constitucional las facultades empresariales, de conformidad con el art.38 CE.

Sin perder de vista la configuración legal del derecho, en modo alguno derecho subjetivo e individual del trabajador a que se acepte la adaptación de la jornada por motivos familiares, y admitida legalmente la negativa empresarial, es conveniente tener en cuenta que el criterio de la “razonabilidad” habilita al intérprete a una decisión más propia de los instrumentos no jurisdiccionales de solución de conflictos. De ahí que tal vez la solución óptima de esta controvertida cuestión pase por mecanismos de solución extrajudicial y no por dotar a los jueces de una función más típica del arbitraje^[5]. El derecho de adaptación queda al final condicionado a su exigibilidad en sede judicial, atendiendo a la dimensión constitucional del derecho, pero como

manifiestan las diferentes decisiones judiciales -y la que se comenta es un ejemplo- difícilmente se va a objetivar la razonabilidad y la proporcionalidad en el caso concreto.

Y aquí está la cuestión más difícil de resolver desde la interpretación y aplicación judicial porque dependiendo, no ya de la que se considere “dimensión constitucional”, sino la que se conciba como factor decisivo de valoración en la ponderación judicial, se aprecian soluciones diferentes. Cuando la eficacia y efectividad del derecho queda condicionada a la ponderación del juez de los bienes, necesidades e intereses de las partes, con un criterio de razonabilidad y proporcionalidad en el que juega un papel decisivo el factor de valoración, se introduce un elemento o rasgo de incertidumbre para las partes.

De otro lado, urge un replanteamiento del derecho a la concesión de una indemnización de daños y perjuicios porque no cabe un juicio de ponderación flexible o amplio para el trabajador y restrictivo para los intereses empresariales y que además éste se vea abocado en caso de ejercicio de su facultad de denegación justificada o ejercitada de buena fe y sin abuso de derecho a que además se le sancione porque el juez considere que la justificación no es suficiente desde los parámetros de razonabilidad y ponderación utilizados en el supuesto concreto.

Referencias:

1. ^ Vid., también, STSJ de Palmas de Gran Canaria, de 12 de marzo de 2019, Rec.19/2019. Como la citada por la resolución judicial, en supuestos de reducción de jornada y concreción horaria.
2. ^ GÓMEZ ABELLEIRA, F.: “El nuevo derecho a solicitar adaptaciones razonables por conciliación de la vida laboral y familiar”, <https://forodelabos.blogspot.com/2019/04/el-nuevo-derecho-solicitar-adaptaciones.html>
3. ^ La Directiva 2019/1158, dispone en su considerando 36 de la Directiva lo siguiente: “Al examinar las solicitudes de fórmulas de trabajo flexible, los empleadores deben poder tener en cuenta, entre otras cosas, la duración de la fórmula de trabajo flexible solicitada, así como sus recursos y su capacidad operativa para ofrecer dichas fórmulas. El empleador debe poder decidir si acepta o rechaza la petición de un trabajador de acogerse a fórmulas de trabajo flexible...”. Y el art.9º dice que “Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible a que hace referencia el apartado 1 en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Los empleadores deberán justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas”.
4. ^ CASAS BAAMONDE, M. E. (2018). “Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2018.
5. ^ AGUSTÍ MARAGALL, J.: “El derecho de adaptación de jornada ex art.34.8 ET después del R.Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento”, *Revista de Jurisdicción Social*, núm.199, 2019.