



Roj: **STSJ AR 41/2021 - ECLI:ES:TSJAR:2021:41**

Id Cendoj: **50297340012021100033**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2021**

Nº de Recurso: **637/2020**

Nº de Resolución: **13/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE ENRIQUE MORA MATEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Huesca, 08-10-2020 (proc. 376/20),
STSJ AR 41/2021**

Sentencia número 000013/2021

Rollo número 637/2020

MAGISTRADOS/A ILMOS/A. Sres/a:

D. JOSÉ-ENRIQUE MORA MATEO

D. CÉSAR DE TOMÁS FANJUL

D^a. ELENA LUMBRERAS LACARRA

En Zaragoza, a diecinueve de enero de dos mil veintiuno.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres/a. indicados al margen y presidida por la primera de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación núm. 637 de 2020 (Autos núm. 376/2020), interpuesto por la parte demandada DECATHLON ESPAÑA SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Huesca de fecha 8 de octubre de 2020, siendo demandante D^a Sabina en materia de declarativo de derecho y reclamación de cantidad. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ-ENRIQUE MORA MATEO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos, se presentó demanda por D^a Sabina , contra Decathlon España S.A., en materia de declarativo de derecho y reclamación de cantidad, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social de Huesca, de fecha 8 de octubre de 2020, siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Estimo parcialmente la demanda dirigida por Dña. Sabina frente a la empresa DECATHLON HUESCA, reconociendo el derecho a la adaptación de jornada en los términos interesados en el suplico, concreción de la jornada de 9:30 a 16:30 horas de lunes a domingo, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

Se estima parcialmente la solicitud de indemnización por daño moral, condenando a la demandada al abono a la parte actora de 1.500 euros".

SEGUNDO .- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:



"PRIMERO.- Dña. Sabina presta servicios para la empresa DECATHLON HUESCA desde el 4 de noviembre de 2011 con la categoría profesional de vendedor deportiva, radicando su centro de trabajo en el establecimiento sito en Huesca.

En la actualidad presta sus servicios en la Sección de Fitness.

No ostenta la condición de representante legal de los trabajadores.

Es de aplicación el Convenio Colectivo de DECATHLON ESPAÑA S.A.

SEGUNDO.- La demandante tiene dos hijos menores de 12 años.

TERCERO.- El contrato de 4 de noviembre de 2011 establece una jornada de trabajo a tiempo parcial, con horario de lunes a domingo.

En fecha 3 de mayo de 2012 se hizo conversión de contrato temporal a contrato indefinido a tiempo parcial realizando 16 horas semanales.

El 10 de noviembre de 2015 se pactó de mutuo acuerdo cambiar la jornada laboral a tiempo completo.

CUARTO.- Con fecha 15 de diciembre de 2016 solicitó a la empresa la reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales. La empresa respondió a la solicitud el 31 de diciembre accediendo a la solicitud. Se inició dicha reducción en 2017. En dicha reducción de jornada laboral no se estableció concreción horaria.

La trabajadora viene en la actualidad prestando sus servicios en el centro de trabajo referido, de conformidad a lo recogido en el hecho segundo de la demanda, conforme a los plannings aportados como documento nº 4, evento 6 del EJE, que se dan por reproducidos (distintos turnos de mañana, tarde y noche). La jornada ordinaria que venía desempeñando de forma previa a la reducción de la jornada era de lunes a domingo con horario flexible, tanto por la mañana como por la tarde.

Desde la reducción de jornada se vino atendiendo las peticiones de la trabajadora para poder conciliar la vida familiar y laboral.

QUINTO.- El 17/02/2020 se solicitó por la trabajadora una concreción de la jornada de trabajo, para poder desarrollar la misma en horario de 9.30 a 16:30 de lunes a domingo, conforme a lo previsto en el art. 35 del Convenio Colectivo.

SEXTO.- Mediante carta de fecha 16 de marzo de 2020, entregada a la trabajadora el 17 de marzo la empresa responde de forma negativa a la solicitud en los términos interesados.

Se indica que no es posible concretar su horario de forma sostenida de manera continuada, por ser un horario fuera de su jornada ordinaria. Se indica que se ha venido realizando un esfuerzo en la planificación para facilitar el horario flexible fuera de la jornada ordinaria. Por tanto, en atención tanto a las necesidades organizativas de la sección en la que trabaja la demandante, como por la jornada ordinaria que viene realizando.

Se da por reproducida en su integridad.

SÉPTIMO.- Conforme consta en el evento nº 38 del EJE, los horarios del cónyuge de la demandante no son uniformes, pudiendo realizar actuaciones de madrugada (4:30 a 9:15 horas el 22 de febrero de 2020), de mañanas (08:00 a 14:00 el 27 de febrero), de tardes (de 14:00 a 22:00 el 13 de abril). Dicho horario depende de las actuaciones en las que tenga que participar por su condición de Guardia Civil destinado en el Grupo de Reserva y Seguridad 5 de Zaragoza. Alterna estas actuaciones con guardias de localización y descanso.

OCTAVO.- No se acredita que existan otros trabajadores en la sección que presta servicios la demandante que tengan reducción o adaptación de jornada.

No se acredita una comunicación por escrito y debidamente notificada a la trabajadora con alternativas a la adaptación de jornada solicitada.

NOVENO.- Intentada conciliación sin avenencia y previa al acto del juicio en los mismos términos."

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado dicho escrito por la parte demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de la parte demandada impugna la sentencia dictada, mediante la formulación de Motivos de revisión fáctica y de infracción jurídica sustantiva, para que se revoque la misma y se desestime demanda de adaptación de jornada para conciliación de la vida laboral y familiar.



SEGUNDO.- Por el cauce procesal previsto en el ap. b) del art. 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), pretende el recurso la adición de un nuevo Hecho Probado al relato de la sentencia, con apoyo probatorio en la documental que señala.

La adición solicitada no procede por carecer de fuerza probatoria bastante, a efectos de revisión en suplicación, los documentos privados en que se apoya, pues se trata de certificados de apoderado de la propia empresa.

Esta Sala tiene declarado, en relación con documentos de igual clase que los invocados: "En el documento... el Director de Personal de la empresa en la que prestaba servicios el actor "certifica" las tareas que el mismo llevaba a cabo. El citado documento no es una certificación, pues las afirmaciones contenidas en el mismo no han sido obtenidas de ningún archivo, documento o registro (sentencias del TS/IV de 16-7-1985 y 15-7-1994). Se trata nítidamente de una prueba testifical documentada, respecto de la cual el TS/IV se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que carece de eficacia revisora en casación (sentencias de 14-12-1985, 21-7-1986, 14-6-1988 y 2-10-1989). La citada doctrina es aplicable al recurso extraordinario de suplicación. Se trata de supuestos en los que se aporta al proceso un documento que contiene declaraciones de una o varias personas. En estos casos se podía y debía haber practicado prueba testifical, pese a lo cual la misma ha sido sustituida o complementada con un documento que recoge las declaraciones preordenadas al juicio (o al expediente administrativo) de estas personas, aportándose a juicio el documento en el que constan sus declaraciones. El Tribunal se enfrenta a la paradoja de que si estas personas declaran en el plenario como testigos, con las garantías de contradicción e inmediación que este medio de prueba conlleva, en tal caso este medio de prueba testifical está privado de virtualidad revisora en suplicación, conforme al tenor literal del art. 191.b) de la LPL, que no incluye la prueba de testigos como una de las que gozan de eficacia revisora en este recurso extraordinario. Sin embargo, si por la parte se elude la práctica de la prueba testifical, recogiendo por escrito las manifestaciones de estas personas y presentando en el juicio el documento en el que se recogen las mismas, habida cuenta de que la prueba documental sí que goza de eficacia revisora en suplicación, nos encontraríamos ante un medio probatorio idóneo para sustentar la revisión fáctica. Como quiera que no parece que un documento que se limita a recoger declaraciones de personas que podían y debían haber declarado como testigos, deba tener una eficacia revisora en suplicación de la que carece la prueba testifical, el Tribunal Supremo y diversos Tribunales Superiores de Justicia han denegado eficacia revisora a este medio de prueba. Las citadas argumentaciones impiden atribuir eficacia revisora a la prueba obrante al folio 158 de la causa" (Sentencias de esta Sala de 24-7-2001, r. 938/2000; 15-7-2008, r. 535/08; y STS de 24-1-2020, rcud. 3962/16).

TERCERO.- Al amparo del art. 193 c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), denuncia el recurso infracción de lo dispuesto en los arts. 14 y 39 .3 de la Constitución; art. 34 .8 del Estatuto de los Trabajadores y la Ley Orgánica 3/2007.

El RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE del 7), dio al texto del n. 8 del art. 34 ET su redacción vigente, de cuyo contenido destaca:

"Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. 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.

En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión".

El núcleo principal de la reforma descansa en la concepción de la adaptación de jornada como un derecho del trabajador, a diferencia de la necesidad de acuerdo que sentaba la norma anterior, como explicaba la STS 24 de julio 2017 (r. 245/16): "La conversión en jornada continuada de la que no lo es, así como el horario flexible u otros modos de organizar el tiempo de trabajo y los descansos que permitan una mayor compatibilidad entre los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la mejora de la productividad en la empresa, habrá de ampararse en lo dispuesto en el art. 34.8 ET , y su éxito estará supeditado lo que se establezca en la negociación colectiva o acuerdo entre empresario y trabajador con respeto a la norma legal."



La reforma de 2019 se apoya, además de la normativa nacional anterior en materia de conciliación familiar, en las directrices del Derecho de la Unión Europea: Cláusula 6ª del "Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental" (Directiva 2010/18) (título, "Reincorporación al trabajo"), que no se cita en la Exposición de Motivos del RD Ley 6/2019, establece: "1. Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Las modalidades del presente apartado se determinarán de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales. 2. Para facilitar el regreso al trabajo tras el permiso parental, se anima a los trabajadores y empresarios a mantenerse en contacto durante el período de permiso, y a tomar disposiciones para definir medidas adecuadas para la reintegración, que las partes afectadas habrán de decidir teniendo en cuenta la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales."

El art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, que deroga la antes citada Directiva 2010/18/UE del Consejo, establece: " 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".

CUARTO.- Del contenido del art. 34 .8 del ET, resalta, además de su concepción como un derecho de la persona trabajadora:

-la importancia de que se produzca un proceso negociador entre empresa y trabajador, y que la negociación sea efectiva, proponiéndose alternativas. El pfo 3º art. 139.1.a LRJS establece que "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 las partes se esfuercen en justificar los motivos que fundamentan su posición, así como los perjuicios que padecerían si no se aceptara su propuesta.

-que las alternativas sean motivadas, en el sentido de razonables y satisfactorias.

-que la eventual negativa de la empresa sea igualmente motivada, en el sentido de objetivamente razonada.

La jurisprudencia constitucional precedente en materia de conciliación familiar tiene declarado que resulta necesario tener en cuenta el número de hijos, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral del cónyuge y la posible incidencia que la denegación pueda tener para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos (STC 26/2011).

Y, a su vez, el ATC 1/2009 dice: "En relación con la distribución de la carga probatoria es de señalar que valorar las circunstancias concurrentes desde la perspectiva de la trabajadora no implica que ésta tenga que aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias específicas dentro de su esfera íntima, personal o familiar, que puedan justificar una forma determinada de proceder a la reducción de su jornada. Tal perspectiva de análisis es, por lo pronto, ajena a la regulación legal de la institución y, desde luego, a lo resuelto en nuestra Sentencia [STC 3/2007]"

En definitiva, como apunta la doctrina, (Casas Baamonde, "Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez". Derecho de las Relaciones Laborales, n. 10) "debe exigirse una ponderación de los derechos fundamentales en conflicto y encontrar criterios practicables que permitan la conciliación de las medidas de compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores y las necesidades empresariales, atendiendo a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y evitando su restricción injustificada y desproporcional".

QUINTO.- Partiendo del inmodificado relato de hechos probados de la sentencia recurrida, no consta negociación alguna tras la petición de la trabajadora, que tiene dos hijos menores de 12 años y su cónyuge trabaja como Guardia civil en turnos no fijos ni uniformes.

La actora solicitó la adaptación de su jornada laboral para trabajar cualquier día de la semana entre las 9'30 y las 16'30, y la empresa le contestó por escrito que no era posible por cuanto el mayor número de clientes en su sección de ventas se produce precisamente la tarde de los sábados después de las 16'30.

Además de la ausencia del proceso negociador y de la oferta de alternativas que exige la ley y que debería haber respetado y cumplido la empresa, concurre en el caso que la trabajadora acredita una situación objetiva de necesidad de conciliación, dadas las características del horario de trabajo del cónyuge, y la empresa no



ha demostrado que a su petición se opongan objetivas y razonables necesidades organizativas o productivas, pues no lo es la única esgrimida de que las tardes de los sábados sean los momentos de mayor afluencia de clientes, puesto que frente a este hecho debería haber razonado y probado la empresa la imposibilidad de cubrir su puesto esas tardes con otro personal de la plantilla. Además consta que en la sección de la trabajadora hay 7 personas adscritas y ninguna de ellas tiene adaptación de jornada vigente.

En conclusión, la adaptación solicitada resulta razonable y proporcionada en relación con las necesidades de la persona trabajadora, y la negativa de la empresa no ha sido razonablemente justificada en sus necesidades organizativas o productivas.

SSEXTO.- Se ha producido por lo tanto la infracción, declarada en la sentencia de instancia, del art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores por parte de la empresa demandada, al no haber llevado a cabo el período de negociación establecido en el mismo y no haber acreditado las razones organizativas o productivas que justificaran su negativa a la concreción horaria interesada por la demandante. Seguimos el criterio ya sentado en anteriores Ss de esta Sala de 22-6-2020, r. 228/20, y de 5-10-2020, r. 396/20.

SSEXTIMO.- Finalmente la empresa se opone a que exista una discriminación u otro derecho fundamental infringido que pudiera motivar la indemnización por daños morales declarada. No cita en apoyo de su argumentación precepto legal ni jurisprudencia alguna infringida (no lo es en esta materia una Sentencia de Tribunal Superior, no del Tribunal Supremo), lo cual basta, en este recurso extraordinario de suplicación, para la desestimación de su petición, además de que la condena al respecto contenida en la sentencia recurrida está ajustada a parámetros objetivos legales y precedentes decisiones en casos análogos, que en la misma se indican, y es innegable la producción de perjuicios a la trabajadora por una negativa de la empresa que, se insiste, se produjo sin la previa negociación y presentación de alternativas que exige la ley.

SSEXTAVO.- Inexistentes pues las infracciones legales denunciadas en el recurso, procede su desestimación y la confirmación de la sentencia impugnada.

Por imperativos legales (arts. 203, 204 y 235 de la LRJS) las costas del recurso, en su dimensión normada, deben ser impuestas, a la parte recurrente; y debe disponerse la pérdida del depósito constituido para recurrir; con mantenimiento del aseguramiento prestado, hasta la ejecución de la sentencia o hasta que, en su caso, proceda su realización.

En atención a lo expuesto, dictamos el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación nº 637 de 2020, ya identificado antes, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. Con imposición a la empresa recurrente de las costas de su recurso en cuantía de 800 euros en concepto de honorarios del Letrado impugnante. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, que se ingresará en el Tesoro Público. Se mantienen los aseguramientos prestados, hasta que la parte condenada cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de la misma se resuelva sobre la realización de dichos aseguramientos.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que:

- Contra esta sentencia pueden preparar Recurso de Casación para Unificación de Doctrina ante el Tribunal Supremo, por conducto de esta Sala de lo Social, en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.
- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la Sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.
- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el Recurso de Suplicación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en Banco Santander, debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

La difusión del texto de este documento a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de



tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en este documento no podrán ser cedidos ni comunicados a terceros. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ