



CIRCULAR LABORAL 20/2019

1 de Octubre de 2019

## **RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: OCTUBRE 2019.**

---

### **1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA**

**Adaptación de jornada (sin reducción) por cuidado de hijos solicitada por trabajador varón que prestaba servicios en régimen de turnos: no ha lugar al cambio de turno y a la adscripción a turno fijo.**

Ante la alegación por el órgano judicial remitente de que el artículo 37.6 ET establece una discriminación indirecta en perjuicio de las trabajadoras, la Sala aclara que dicho precepto constituye una norma indistintamente aplicable a los trabajadores y a las trabajadoras y, al no evidenciar, ante ello, cuál sería la desventaja particular sufrida por un trabajador del sexo masculino si la discriminación indirecta afecta a las mujeres, ello determina, por tanto, la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial en lo que se refiere a la Directiva 2006/54, por poseer un carácter meramente hipotético.

Por otro lado, el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental (Directiva 2010/18/UE) contiene una única disposición (cláusula 6, apartado 1) relativa a la adaptación del horario supeditando, sin embargo, su aplicación al momento de la reincorporación tras el meritado permiso. No obstante, del auto de remisión no se deduce que el trabajador se encuentre en una situación de reincorporación de un permiso parental.

Así, en las circunstancias descritas, ni la Directiva ni el Acuerdo marco sobre el permiso parental contienen disposición alguna que permita obligar a los Estados miembros, en el contexto de una solicitud de permiso parental, a conceder al solicitante el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable.

La invocación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tampoco concede la protección requerida pues cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, como es el caso, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia.

**Sentencia TJUE, de 18 de septiembre de 2019, asunto C-366/18.**

## **2. TRIBUNAL SUPREMO**

**El Supremo avala que la empresa obligue al reconocimiento médico a sus trabajadores en determinados supuestos.**

El derecho del trabajador a negarse a pasar el reconocimiento médico de la empresa no es absoluto y termina donde empieza el riesgo grave para la vida, integridad y salud de terceros “que pueden verse afectados por la indolencia del trabajador renuente”.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo se expresa de este modo para establecer los límites al derecho a la intimidad de los trabajadores en relación con los exámenes obligatorios de salud en determinados casos. El alto tribunal rechaza el recurso presentado por dos sindicatos que impugnaron la cláusula del convenio de trabajadores del parque móvil del Estado que obliga a pasar un reconocimiento periódico obligatorio a conductores y aquellos que realizan trabajos del altura. El Supremo concluye que estos trabajadores no pueden negarse porque es una medida que garantiza la seguridad y salud en el medio laboral que afecta no solo al trabajador sino a terceros.

Tal y como explica la Sala, el pilar sobre el que descansa esta doctrina, “no es otro que el derecho a la integridad física de los trabajadores y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales, que el artículo 4.2 del ET consagra como uno de los derechos laborales básicos, como reitera el artículo 19.2 ET que impone al empresario la obligación de garantizar una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”. En cumplimiento de tal obligación, continúa, “el artículo 22.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) dispone que el empresario garantizará a los trabajadores la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.”

El conflicto colectivo se había planteado respecto de tres grupos de empleados a los que afectaba la medida. Los conductores, los empleados de taller expuestos a ruidos y productos químicos, y aquellos que desarrollaban trabajos en altura. El juzgado de lo social rechazó la demanda, pero el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid admitió en parte el recurso, excluyendo a los trabajadores de taller de la revisión obligatoria, ya que el peligro o riesgo para la salud tan solo les afectaba a ellos mismos. En este caso, afirma el tribunal madrileño, la medida de seguridad no es proporcionalmente respetuosa con la intimidad de los trabajadores.

Los sindicatos interpusieron recurso de casación para la unificación de doctrina, adjuntado como sentencia de contraste una resolución del TSJ de la Comunidad Valenciana de 2013, en la que se daba la razón a los conductores de autobús frente a la empresa municipal de transporte. En este caso se entendió que la medida no era proporcional. “No concurre por lo tanto proporcionalidad entre la medida propuesta y el riesgo; al existir medidas menos injerentes que contribuyen al mismo fin y al no ser esta medida concluyente para la evitación del citado riesgo”, concluye el TSJ, y continuaba “no se aprecia por último un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable como lo es el riesgo de enfermedad profesional o el riesgo específico de terceros, puesto que la conducción de vehículos de transporte colectivo urbano no es una actividad de riesgo añadido sobre el riesgo ordinario de las personas implicadas en el tráfico y la conducción de vehículos, actividad debidamente reglamentada por el legislador”. y que, por otro lado, no evitaría”

Como advierte el Tribunal Supremo, dado que la sentencia de contraste se refiere únicamente al colectivo de conductores y nada se argumenta en el recurso respecto de trabajadores de taller y aquellos que trabajan en altura, queda firme respecto a estos grupos de empleados la sentencia del TSJ Madrid. La consecuencia de ello es que el reconocimiento médico empresarial no es obligatorio para los trabajadores de taller, pero sí para los que trabajan en altura, cuya caída puede afectar no lo a ellos mismos.

Respecto del conflicto con los conductores del parque móvil estatal, el Supremo recuerda la doctrina emanada de la Sala en otros casos similares, como el de los escoltas y vigilantes. Partiendo de las sentencias del Tribunal Constitucional en las que se analiza el ámbito del derecho a la intimidad del trabajador y cuando cede respecto del derecho a unas condiciones de salud y seguridad en el medio laboral, que es, además un deber del empresario (el artículo 22.1 de la LPRL establece que garantizará a los trabajadores la vigilancia periódica de su estado de salud “en función de los riesgos inherentes al trabajo”).

Si bien se parte de un principio de voluntariedad del reconocimiento médico, respetuoso con la intimidad del trabajador, afirma la Sala, existen determinadas excepciones, supuestos en los que un bien superior prevalece. Excepciones que, continúan los magistrados, deben ser interpretadas de manera restrictiva, al suponer un límite a los derechos de los trabajadores.

“Y entre tales excepciones a la voluntariedad de los reconocimientos médicos, el propio artículo 22. 1 LPRL incluye las situaciones en las que sea necesario verificar el estado de salud de los trabajadores para comprobar si puede constituir un riesgo para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la actividad de la empresa, ya sean clientes o terceros que pudieren resultar afectados por la misma, así como también aquellos supuestos en los que la obligatoriedad esté establecida de forma expresa en una disposición legal en relación con actividades de especial peligrosidad”.

La actividad que desempeñan los conductores concluye el Supremo, encaja “sin duda” en esta excepción. Como explica la Sala, estos trabajadores manejan vehículos de servicio público en los que transportan viajeros. No pasar los reconocimientos médicos obligatorios supone, en palabras de los magistrados, un “evidente peligro” para los propios trabajadores, para los pasajeros, y para “los posibles terceros que pudieran verse afectados”. El hecho de que estos trabajadores ya pasen un examen para obtener el permiso de conducir no excluye, puntualiza la Sala, el necesario reconocimiento periódico.

En conclusión, en el supuesto examinado sí está justificada la medida de revisión médica obligatoria, que solo pueden imponerse si queda acreditado que son necesarios e imprescindibles cuando el riesgo ha sido adecuadamente objetivado y deba garantizarse la protección de terceros.

**Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2019, Recurso 4009/2016.**

### **3. AUDIENCIA NACIONAL**

Excluir determinados conceptos salariales en el abono de los permisos vinculados con la conciliación familiar discrimina a la mujer.

Nuevamente es el sector del contact center, - sector fuertemente feminizado y que las personas que potencialmente hacen más uso de los permisos vinculados con la conciliación de la vida familiar son mujeres con menores a su cargo-, el que saca a la palestra una práctica empresarial que supone una discriminación indirecta por razón de sexo.

Se trata de la práctica de excluir incentivos, pluses y complementos de permisos relacionados con la conciliación familiar, práctica que ya ha sido sancionada por la Audiencia cuando en precedentes sentencias en las indica que no se puede penalizar el disfrute de los permisos y constituye un abuso de derecho negar incentivos a quienes utilizan permisos retribuidos reconocidos legal y convencionalmente.

El derecho a la ausencia retribuida en estos casos, tanto sea ejercitado por varones como por mujeres, se configura como una medida para garantizar el principio de igualdad. Por lo que, la retribución correspondiente al día de permiso debe incluir todos aquellos conceptos salariales que hubiera percibido el trabajador de haber prestado trabajo efectivo el día de permiso.

Se insiste en que no resulta legítimo penalizar ni directa ni indirectamente el ejercicio por parte de los trabajadores de derechos que se encuentren vinculados a las situaciones de embarazo, parto o lactancia; como tampoco al cumplimiento de deberes parentales o al ejercicio de derechos de conciliación de la vida profesional con la personal y laboral porque el derecho a la ausencia retribuida en estos casos, tanto sea ejercitado por varones como por mujeres, se configura como una medida para garantizar el principio de igualdad de trato, a la par que una medida para evitar una discriminación indirecta por razón de sexo.

el caso, prácticamente la mayoría de los permisos contemplados en Convenio están vinculados a la vida personal y familiar del trabajador y rechaza la sentencia la merma retributiva con la que se penaliza a quien ejercita su derecho a la ausencia.

Declara la Audiencia que es contraria a derecho la práctica de no abonar los pluses de idiomas y nocturnidad y los complementos por festivos y domingos a los trabajadores y trabajadoras que disfrutaban de alguno de los permisos retribuidos reconocidos en el Convenio colectivo del sector relacionados con la necesidad de conciliar la vida familiar y laboral.

Sentencia Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 69/2019, 24 May. Rec. 88/2019.

#### **4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (Sevilla)**

##### **La Sala confirma que si el empresario no demuestra la jornada parcial como tal esta se presumirá como completa**

El registro de jornada ha sido sin duda uno de los grandes cambios laborales implantados en España en los últimos meses. Desde el pasado mes de mayo, el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, obliga a todas las empresas de forma general a registrar la jornada de sus trabajadores que deberán fichar a la entrada y salida de la misma con el objetivo principal de controlar y limitar la realización de horas extra que, muy a menudo, ni se abonan ni, obviamente, se cotizan.

Recientemente la sentencia que venimos a comentar estima la demanda interpuesta por un trabajador a tiempo parcial al que se le ha otorgado la consideración de trabajador a tiempo completo, puesto que la empresa no llevó a cabo la correcta contabilización de horas, obligando a concluir por tanto que el empleado prestó sus servicios en jornada completa.

Concretando lo apuntado anteriormente, el trabajador afectado prestó sus servicios en la empresa desde marzo de 2017 mediante contrato temporal por circunstancias de la producción, realizando jornada parcial, hasta que fue despedido a los pocos meses por causas económicas, ante la necesidad de amortizar su puesto de trabajo.

La cuestión dimanante del proceso consiste por tanto en analizar las consecuencias jurídicas que se deriva de la conducta del empleador, que no registró diariamente las jornadas de trabajo ni entregó copia del resumen de horas trabajadas. Concretamente, el TSJ debe determinar si el incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 12.4 del ET determina la aplicación de la presunción a favor de la realización del contrato a jornada completa.

Como es sabido, dicho artículo establece que *“los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el artículo 35.3”*. Asimismo, la jornada se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias.

Además, el empresario tiene la obligación de conservar los resúmenes de los registros de jornada durante cuatro años. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos supondrá la presunción de que el contrato se celebró a jornada completa, salvo prueba en contrario.

Sin embargo, la sentencia del Juzgado de lo Social 8 de Sevilla descartó su aplicación basándose en la doctrina jurisprudencial de las STS 23 de marzo de 2017 (Rec. 81/16) y 20 de abril de 2017 (Rec. 116/16), al considerar que no se ha acreditado que realizase una jornada superior a la estipulada en el contrato. En el recurso de suplicación, se alega precisamente que el juzgado invirtió la carga de prueba, puesto que corresponde al empleador registrar las horas y no hubo prueba en contrario que desvirtuase la presunción de jornada completa.

La sentencia recalca el criterio del Alto Tribunal, que establece que el artículo 35.5 del ET no impone un mandato general que obligue al empresario a llevar un registro de la jornada de toda la plantilla para corroborar el cumplimiento de los horarios. Esto solo se ha hecho en los casos en los que el legislador así lo ha ordenado expresamente, como es el supuesto de los trabajadores a tiempo parcial, los cuales señala están necesitados de una protección particular.

En este sentido el artículo 12.4 ET no ofrece dudas de que son obligaciones del empresario registrar la jornada diaria para proceder a la totalización mensual, entregar una copia del resumen, conservarla durante al menos cuatro años.

En el presente caso no quedaron acreditados estos requisitos, hecho que obliga a concluir al tribunal que el trabajador prestó servicios a jornada completa, al no presentarse prueba en contrario. Por ello, impone una condena que supera los 2500 euros, relativas a las diferencias de salario percibido por el trabajador durante sus meses en la empresa, así como sendas indemnizaciones por despido y falta de preaviso.

**Sentencia TSJ Andalucía (Sevilla), de 3 de julio de 2019 (Rec. nº 1727/2018)**

## **5. JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 3 DE GIJÓN.**

**Primera sentencia que, tras las novedades en materia de adaptación de jornada incluidas en el RDL 8/2018, prioriza las necesidades de una empresa frente a la petición de adaptación de jornada y horario de una trabajadora.**

Excepcionalmente traemos a nuestras Circulares una sentencia de instancia y, además, la excepcionalidad es doble por cuanto es la primera resolución, por lo menos que tengamos pública constancia, que desestima una demanda en solicitud de adaptación de jornada tras la entrada en vigor en marzo pasado del RDL 8/2018. La sentencia es previa a aquella del TJUE que comentábamos en la primera referencia de la presente Circular.

La sentencia resuelve la demanda formulada por una empleada de una clínica veterinaria, separada y con un hijo pequeño a su cargo, que solicitó a su empresa un horario adaptado a sus particularidades al amparo del nuevo 34.8 ET.

La trabajadora propuso realizar un horario de 9:15 a 16:15 horas de lunes a viernes y trabajar uno de cada tres sábados de 10:30 a 13:30 horas. Es decir, acudir a la oficina sólo por las mañanas, mientras que la jornada que realizaba anteriormente se basaba en turnos rotatorios, tanto de mañana como de tarde. La clínica se opuso a la petición de la empleada. Y ello por cuanto aunque entendía sus particularidades familiares, su solicitud chocaba con las necesidades de trabajo de la empresa y el horario del resto de la plantilla se vería afectado. Esta profesional era la única especialista en realizar una prueba concreta con animales, más las intervenciones quirúrgicas que se repartía con otros dos veterinarios. La mayoría de las consultas en la clínica -el 75%- tiene lugar por la tarde.

La compañía trató de acercar posturas y propuso a la empleada alternativas de horarios, intentando que afectaran lo menos posible a las necesidades propias de cuidar a un niño pequeño. Pero el entendimiento no cuajó, ya que la oferta empresarial incluía turnos en los que debía trabajar algunas tardes.

Al no haber acuerdo, la empleada acudió a los tribunales. Aunque a tenor de los últimos antecedentes – ver Circulares anteriores – todo hacía pensar que la sentencia estimaría la solicitud de la empleada finalmente no fue así y ésta fue íntegramente desestimada. El Juzgado entendió que la necesidad de la clínica de contar con la empleada algunas tardes es clara y que, si la empresa accedía a su petición, perjudicaría al resto de compañeros que, en algunos casos, también tienen menores a su cargo.

Por lo tanto, este Juez de instancia – “rara avis” – entendió que existían razones más que justificadas para no ceder a la petición de la demandante. Además, la sentencia expresamente valora la buena fe de la empresa al ofertar a la empleada diversas opciones horarias que fueron totalmente desestimadas por la empleada manteniéndose desde el primer momento y de manera inflexible en su posición inicial.

Dicho lo anterior no podemos extrapolar excesivas conclusiones de este procedimiento por lo casuístico de cada supuesto. En este caso: empresa pequeña, planteamiento de opciones, cerrazón de la demandante, etc....

**Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, de 29 de agosto de 2019 (Autos nº 380/2019)**

---

*Departamento Laboral y de Seguridad Social*

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Prieto*

*Email: ortegap@ortega-condomines.com*

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral*

*Email: ortegaf@ortega-condomines.com*