



Roj: **SJSO 664/2023 - ECLI:ES:JSO:2023:664**

Id Cendoj: **24115440012023100005**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Ponferrada**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2023**

Nº de Recurso: **12/2023**

Nº de Resolución: **49/2023**

Procedimiento: **Derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente**

Ponente: **RAQUEL NIETO DOCIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO SOCIAL N. 1

PONFERRADA

SENTENCIA: 00049/2023

AVD HUERTAS DE SACRAMENTO 14 PLANTA 2 (EJECUCIONES SOCIAL 1-987451339-FAX 987 45 13 06)

Tfno: 987 45 1351-UPAD SOC

Fax: 987 45 1230-UPAD SOC

Procedimiento especial sobre derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral 12/2023.

SENTENCIA nº 49/2023

Ponferrada, 9 de febrero de 2023.

Juez: Raquel Nieto Docio.

Demandante: doña María Rosario .

Letrada: doña Beatriz Vega Sarceda.

Demandada: DIRECCION000 .

Letrada: doña Claudia Pomar Vega.

Objeto del juicio: adaptación de jornada por conciliación de vida personal, familiar y laboral.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 16 de enero de 2023 fue turnada a este Juzgado la demanda presentada por doña María Rosario frente a DIRECCION000 . en la que solicitaba se dictase sentencia por la que se declarase su a adaptar su jornada de veinte horas semanales de lunes a domingo entre las 9,30 y las 13,30 horas en la campaña Vodafone o cualquier otra de las disponibles, en la modalidad de teletrabajo, junto a la condena al abono de 3.150,00 euros en concepto de daños morales.

Segundo.- Admitida a trámite, se señaló fecha para la celebración del acto de juicio, que tuvo lugar el 8 de febrero de 2023.

Tercero.- Comparecieron las partes a través de Letrada.

Efectuaron alegaciones iniciales, trámite que aprovechó la demandante para desistir, como pretensión subsidiaria, de la solicitud de teletrabajo.

Tras la práctica de prueba documental y testifical de don Eloy , ésta a petición de la empresa, tuvo lugar el trámite de conclusiones.

Quedaron los autos pendientes del dictado de sentencia .

HECHOS PROBADOS

Primero.- Desde el 2 de abril de 2018 doña María Rosario , con DNI NUM000 , presta servicios para la empresa DIRECCION000 ., con categoría profesional actual de agente teleoperadora especialista, en las instalaciones de DIRECCION001 .

Su jornada laboral, de 20 horas semanales, discurre en turno de tarde de lunes a domingo, entre las 15,00 y las 22,00 horas o de 16,00 a 22,00 horas, con los descansos legales.

Está adscrita a la campaña Vodafone Tú a Tú, que da atención a los clientes de lunes a sábado en horario de 08,00 a 22,00 horas.

La relación laboral se rige por el II Convenio Colectivo estatal del Sector del Contact Center y se concertó mediante contrato de trabajo bajo la modalidad de presencialidad.

Segundo.- Doña María Rosario es madre de un menor, nacido el NUM001 de 2016, Gabino , cuya patria potestad ostenta en exclusiva desde febrero de 2022, sin régimen de visitas a favor del otro progenitor. Desde septiembre de 2021 gozaba de una concreción horaria concedida por la empresa para el mejor cuidado del menor.

Asimismo, es madre de una niña lactante, nacida el NUM002 de 2022, Enriqueta . El padre, don Hugo , es trabajador de la empresa DIRECCION002 . en DIRECCION001 , con jornada completa de lunes a viernes en régimen de turnos rotatorios de 07,00 a 15,00 horas, de 15,00 a 23,00 horas y de 23,00 a 07,00 horas.

Tercero.- Con fines de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, y tras disfrutar de permiso por maternidad, el 30 de noviembre de 2022 dirigió solicitud a la empresa de adaptación de jornada por la que interesaba que la asignación al turno de mañana, en horario de 09,30 a 13,30 horas, en la modalidad de teletrabajo, a partir del 5 de enero de 2023.

Cuarto.- La empresa contestó a la solicitud mediante escrito de fecha 7 de diciembre por el que lamentaba informar de que rechazaba la prestación del servicio en la modalidad de teletrabajo por causas organizativas y productivas. Explicaba que existía sobredimensionamiento en la campaña Vodafone para el sistema de trabajo a distancia, mientras que en otras campañas como Iberdrola e Ikea no se aplicaba. Damos por reproducido el contenido completo de la carta.

El 15 de diciembre la empleada dirigió nuevo comunicado a la mercantil en la que detallaba:

"PRIMERO: Que en enero de año pasado, en la anterior negociación de adaptación, informé al responsable de RRLL del centro mi situación personal, ya que tenía orden de alejamiento de mi expareja por violencia de género. Actualmente, ha finalizado la vigencia de dicha orden, pero desde febrero de 2022 tengo la patria potestad exclusiva de mi hijo mayor. Si precisan les puedo remitir de nuevo la documentación.

SEGUNDO: Que mi hija menor es lactante, y por ello, tengan en cuenta las recomendaciones de la OMS para cuidados de lactantes, que recomienda que los bebés deben ser amamantados exclusivamente durante los primeros seis meses de vida, y después introducir alimentos complementarios nutricionalmente adecuados y seguros, mientras se continúa con lactancia materna hasta los dos años de edad o más. Debido a la rutina alimentaria y de sueño de mi hija lactante el horario laboral que mejor se adapta a las necesidades de cuidado es por la mañana.

Que por todo ello, en virtud del art. 34.8 ET, SOLICITO, a partir del 05 de enero de 2023:

Adaptación horaria por cuidado de menor respetando mi jornada de 20 horas semanales, con horario de 9:30 a 13:30.

Que dicha adaptación sea en modalidad de teletrabajo."

Doña María Rosario recibió escrito de la empresa fechado el 20 de diciembre por el que se le informaba de que, estudiada la documentación aportada para justificar los motivos por los que solicitaba concretar su horario fuera de su turno habitual, y habiéndolo ponderado con las capacidades organizativas y productivas actuales de la Compañía, le informaba de que lamentablemente no puede ser aceptada y añadía que su solicitud estaba fuera de las bandas horarias recogidas en nuestro Colectivo.

Tras una nueva tentativa dirigida por la trabajadora, la empresa dio por cerrada la negociación el 22 de diciembre.



Quinto.- En fecha 29 de noviembre de 2022 Vodafone se había puesto en contacto con DIRECCION000 mediante correo electrónico. En él razonaba que, vistos los resultados de rendimiento, necesitaban pasar del 30% presencial al 70% de forma inmediata, con la intención de ayudar a corregir las diferentes desviaciones de la forma más eficaz posible.

En la actualidad el 39% del personal adscrito a Vodafone trabaja de modo presencial. El 46% presta servicios a distancia con contrato de teletrabajo firmado. El 15% trabaja a distancia sin contrato firmado a tal fin. La empresa prevé la vuelta de más personal al trabajo presencial en febrero, con respeto del régimen de teletrabajo a parte de los empleados que firmaron contrato de trabajo a distancia.

Sexto.- En los últimos tres meses de 2022 las campañas de Xiaomi, Huawei y Vodafone Tú a Tú contaron con un sobredimensionamiento de la plantilla en las mañanas desde las 08,00 hasta las 15,30 horas, salvo en franjas horarias puntuales.

En el mismo periodo en la campaña Iberdrola se dio un infradimensionamiento de plantilla que oscilaba entre uno y once agentes, entre las franjas horarias de 11,00 a 14,00 horas lunes, martes y miércoles y de 11,00 u 11,30 a 12,10 ó 13,00 horas jueves y viernes.

En la campaña Sabadell la prestación de servicios es íntegramente presencial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El relato de hechos probados se extrae del examen de la prueba de naturaleza documental practicada (véase ramo de prueba de la actora como acontecimientos nº 2 a 7 y 31 a 35 del soporte digital y el de la empresa en formato físico a fecha del dictado de esta resolución).

En esencia, ha sido pacífico.

Cabe indicar que las circunstancias relativas a la familia de la demandante han sido acreditadas con los documentos aportados en la vista mientras que la vuelta a la presencialidad en su campaña y la situación de la plantilla en la misma así como en otras, consta a partir del bloque adjuntado por la demandada e interpretado por el testigo, don Eloy en cuanto responsable del centro de Ponferrada.

Segundo.- Dispone el art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores que "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 el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

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.*

La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social".

Creemos interesante traer a colación, en este capítulo, la sentencia dictada por la Sala de Valladolid del nuestro Tribunal superior en fecha 24 de enero de 2022 (recurso 1257/2022), en revocación de otra de esta juzgadora, que resolvía en un caso similar al que nos ocupa:



La recurrente (la trabajadora entonces) resume el objeto del litigio indicando que gira en torno a la posibilidad de cambiar su jornada de 16:00 a 20:00 horas de lunes a domingo, al turno de mañana. En la sentencia impugnada su autora pondera las circunstancias en las que se hallan la actora y la empresa demandada (los hechos no se discuten) y acaba reconociendo la dificultad, que no imposibilidad, de encajar la petición de doña Mariola en el horario de mañana, aun cuando no lo sea todas las jornadas semanales. Razona la Magistrada que no debemos olvidar que la trabajadora está solicitando un cambio a un turno que nunca ha realizado por lo que lo más equitativo es seguir explorando posibilidades de negociación que pasen por trasladar la jornada de la Sra. Mariola a ciertas mañanas, coexistiendo con otras de tarde en que descansa el padre y pueda hacerse cargo del hijo y/o con alguna en que el hijo pueda permanecer en una guardería. Y concluye que la demanda no puede ser estimada en los términos interesados.

La recurrente partiendo de los hechos probados de la sentencia impugnada, manifiesta que no se ha producido una negociación real en este caso, limitándose la empresa una y otra vez a repetir que el único horario que podía ofrecerle era de 16:00 a 20:00, no ofreciendo ninguna otra posibilidad. Alega igualmente que la empresa no ha acreditado que no exista alguna posibilidad de incardinar a la trabajadora entre las 08:00 y las 14:00 horas; el hecho de que ya existan concreciones en el turno de mañana como refiere el hecho probado sexto de la sentencia, implica que la empresa ya ha hecho en otras ocasiones adaptaciones entre trabajadores, desconociendo por qué en este caso no, cuando está más que justificado tanto por la edad del niño (1 año), como con el horario del marido que trabaja en la misma empresa. Para reforzar su argumentación la recurrente cita y transcribe varias sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, que no constituyen jurisprudencia por más que su doctrina pueda ilustrar a la Sala.

El precepto de ley ordinaria que la recurrente denuncia como infringido es el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores que establece que 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 el punto referido a la ausencia de una negociación real, es menester señalar que el artículo 34.8 en su párrafo tercero establece que, si no hay términos pactados en la negociación colectiva para el ejercicio de este derecho, 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. Pues bien, en este caso, ni siquiera ha habido un verdadero periodo de negociación con intercambio de propuestas entre las partes, según se constata en el hecho probado cuarto, en el que la Magistrada escribe que la empresa contestó a la solicitud mediante escrito de fecha 26 de enero por el que se le ofrecía, como alternativa, adaptar su jornada a la franja horaria de 16,00 a 20,00 horas de lunes a domingo. Pero es que ese horario ya es el que viene desarrollando la actora, tal como consta en el párrafo segundo del hecho probado primero: "Su jornada laboral, de 20 horas semanales, discurre en turno de 16,00 a 20,00 horas, repartido en cinco tardes de lunes a domingo". Y, a continuación, sin más ofertas por parte de la empresa, ésta denegó mediante carta de 29 de enero de 2021 la petición cursada por razones organizativas, al estar sobredimensionado el turno de mañana (penúltimo párrafo del hecho probado cuarto).

En el aspecto sustantivo, dijimos en nuestra sentencia de 30 de julio de 2021 (Rec. 552/2021) que estamos ante un derecho laboral reforzado por su dimensión constitucional (artículo 14 en relación con el artículo 39 de la Constitución Española, ambos citados por la recurrente) que debe ser analizado en cada caso, con la máxima cautela, ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes con la finalidad de hacer compatible el disfrute de dicho derecho subjetivo de la trabajadora (no omnímodo o excluyente) con los intereses propios -también a defender y proteger- de su empleadora para llevar a cabo su actividad productiva sin provocar alteraciones desproporcionadas o inasumibles, aunque siempre desde la perspectiva de prevalencia constitucional de aquel derecho, debiendo en todo caso la empresa justificar su negativa o limitación. En palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional 26/11, de 14 de marzo, "la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (artículo 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (artículo 39 CE) ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas ulteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres...". Desde este punto de vista de la dimensión constitucional aludida, que ha de prevalecer y servir de orientación para la resolución de cualquier



duda interpretativa, debemos valorar si la denegación a la trabajadora de la pretendida asignación del cambio de turno puede o no constituir un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes. Es cierto que este derecho de adaptación de la jornada de trabajo no es de carácter absoluto, sino que el mismo debe ponderar, por un lado, el derecho de conciliación de la vida laboral y personal de la persona interesada, y, por otro, tener en cuenta las necesidades organizativas o productivas de la empresa, que deben ser acreditadas.

A este respecto, ya indicamos que la Magistrada hace una ponderación de los intereses en conflicto destacando que la demandante ha solicitado su adaptación antes que la del padre por cuanto su jornada es de inferior duración, lo que denota cierta flexibilidad; no consta, en cambio -escribe la juzgadora- que el menor, que cuenta ya con un año de edad, no pueda acudir a una guardería en horario de 16,00 a 20,00 horas. Y, por parte de la empresa, ha acreditado que se halla encorsetada por el importante volumen de concreciones horarias existentes; que las nuevas contrataciones en horario de la mañana lo fueron con carácter temporal (de 7 de enero a 7 de febrero para atender a un incremento puntual en la demanda de llamadas), lo que no habría dado solución a las necesidades permanentes de doña Mariola; que la campaña Sabadell se halla adecuadamente dotada de personal; que en la de Vodafone existe un infra dimensionamiento de la plantilla en el turno de tarde que viene paliando con ampliaciones de jornada y que no se opone, ni interviene en los cambios voluntarios de turno entre agentes. La Magistrada argumenta, en suma, que la clave se halla en el sobredimensionamiento de las mañanas, acusado en los últimos seis meses en la campaña Vodafone, periodo inmediatamente anterior a la solicitud (hecho probado sexto).

Nos parece que la evaluación de la juzgadora de instancia no es totalmente correcta y que la negativa de la empresa demandada a permitirle a la hoy recurrente realizar sus veinte horas de jornada semanal en horario de 10:00 a 14:00 horas por razón del cuidado de hijo a partir del 1 de febrero de 2021 no resulta completamente justificada. Así lo entendemos porque no se ha puesto en duda que la jornada de la solicitante y la de su pareja y padre del menor (nacido el NUM003 de 2020) coincide de lunes a domingo durante cuatro horas (de 16:00 a 20:00 horas), de modo que de no concederle la empresa la modificación a doña Mariola sería imposible o, al menos, muy difícil conciliar la vida familiar con su hijo menor. Igualmente, se ha constatado (hecho probado séptimo) que del 7 de enero al 7 de febrero de 2021 (la actora solicitó el cambio el 20 de enero de ese mismo año) prestaron servicios en el centro de DIRECCION003 39 agentes que la empresa contrató temporalmente, de los cuales 12 fueron destinados al turno de mañana, lo que revela la necesidad, por lo menos temporal, de reforzar el turno que solicita la recurrente. Por otra parte, en el fundamento de derecho tercero la Magistrada reconoce la dificultad, que no imposibilidad, de encajar la petición de doña Mariola en el horario de mañana, aun cuando no lo sea todas las jornadas semanales. Y, por último, en el hecho probado sexto la juzgadora declara probado que, aunque se ha producido un sobredimensionamiento en el horario de mañana, existen unas franjas horarias en las que ese exceso de personal no se produce.

Así las cosas, y atendiendo a la perspectiva constitucional antes explicada, consideramos que la ponderación de las circunstancias concurrentes y de las necesidades, prioridades e intereses de ambas partes efectuada por la Magistrada de instancia no resulta ajustada a derecho, con lo que con su decisión ha infringido los preceptos ordinarios y constitucionales invocados por la recurrente. Por todo ello, entendemos que lo más correcto, teniendo en cuenta que el padre del menor empieza su jornada a las 14:00 horas, es estimar la pretensión subsidiaria de la actora en el sentido de reconocer su derecho a adaptar su jornada en horario de mañana en el horario que establezca la empresa hasta las indicadas 14 horas.

Tercero. - Poco más cabe añadir a lo dicho por el Tribunal Superior de Justicia en lo que hace a la pretensión principal de la demandante.

Ocurre, en el caso actual, que la actora es cuidadora exclusiva de su hijo mayor, circunstancia de que sí informó a la empresa; que su hija menor cuenta con pocos meses de edad; que el padre de ésta trabaja a jornada completa en turnos rotatorios y que la supuesta negociación ha sido exigua, puesto que no se ofrece alternativa real, ni se informa de todas las campañas existentes. Es más, consta que en la de Iberdrola se da un infra dimensionamiento de más de un agente en cada franja horaria, que permitiría adecuar los intereses en conflicto, habida cuenta de la jornada parcial de la demandante.

Cuarto. - Por los mismos argumentos esgrimidos en la sentencia aportada a título ilustrativo por la empresa, ha de decaer la petición de teletrabajo.

Tras la situación de alerta sanitaria la empresa justificó la necesidad de vuelta a la presencialidad: así lo requirió la dueña del servicio, Vodafone, para la mejora en su prestación, habida cuenta de las deficiencias apreciadas mediante el sistema de teletrabajo.

Frente a ello doña María Rosario se limita a invocar la necesidad de atender a su hija menor de edad, pero desconocemos, más allá de su simple comodidad, qué perjuicio le acarrea la vuelta al trabajo siendo



así que reside en DIRECCION001 , ciudad donde se ubica en centro de recepción de llamadas, y lo hace durante la jornada escolar del hijo mayor, mientras que respecto de la menor lactante, existen otras normas de conciliación.

Quinto.- La citada sentencia de la Sala de Valladolid da respuesta a la cuestión sobre la pertenencia o no de indemnizar por daños morales:

Esta pretensión no puede ser atendida por la Sala porque la recurrente no proporciona los elementos objetivos en que se basa la pretensión resarcitoria dado que, en palabras de la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2007 (Rec. 3326/06), "no hay que olvidar que superando criterio objetivo inicial [SSTS 09/06/93 -rcud 3856/92 -; y 08/05/95 -rco 1319/94 -], la Sala ha entendido finalmente que lesión del derecho fundamental no comporta necesariamente indemnización de daños y perjuicios, sino que han de alegarse y acreditarse los elementos objetivos en los que se basa el cálculo de aquéllos» [SSTS 22/07/96 -rco 7880/95 -; 20/01/97 -rcud 2059/96 -; 02/02/98 -rcud 1725/97 -; 09/11/98 -rco 1594/98 -; 28/02/00 -rcud 2346/99 -; 23/03/00 -rcud 362/99 -; 17/01/03 -rcud 3650/01 -; 21/07/03 -rcud 4409/02 -; y 06/04/04 -rco 40/03 -]."

Concurre identidad de razón por lo que la pretensión acumulada ha de correr surte desestimatoria.

Sexto.- En atención a esta última por importe superior a 3.000,00 euros, cabe dar pie de recurso de suplicación por cuanto se impone la norma general del art. 191.2 g) frente a la especial del art. 139.1.b), ambos de la Ley de la jurisdicción social.

PARTE DISPOSITIVA

Estimo parcialmente la demanda sobre concreción horaria interpuesta por doña María Rosario frente a DIRECCION000 .

En consecuencia, declaro el derecho de doña María Rosario a prestar servicios de carácter presencial en turno de mañana, dentro de la jornada ordinaria de lunes a sábado en horario de 09,30 a 13,30 horas en cualquiera de las campañas disponibles en la empresa. Condeno a ésta a hacerlo efectivo, sin que haya lugar a condenar, en cambio, al abono de daños morales.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles que no es firme, sino que contra ella cabe interponer recurso de suplicación, previo su anuncio en el plazo de cinco días.

Así, por esta mi sentencia, que habrá de notificarse a las partes y de la que se deducirá testimonio para su unión al expediente quedando el original en el libro de su clase, lo pronuncio, mando y firmo.