

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afecta al ejercicio de los derechos de conciliación requiere una justificación especial de su razonabilidad y proporcionalidad

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada 2933/2019, de 12 de diciembre](#)

Santiago García Campá

*Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaume I*

1. Marco normativo

En esta contribución se entabla un diálogo con dos sentencias: la [Sentencia 45/2019, de 30 de enero](#), del Juzgado de lo Social número 3 de Almería, y la [Sentencia 2933/2019, de 12 de diciembre](#), del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía/Granada, que la confirmó íntegramente tras desestimar el recurso de suplicación formulado en su contra.

Las resoluciones judiciales, con cierta repercusión en la opinión pública más por la notoriedad de la empresa demandada que por la excepcionalidad o trascendencia del caso enjuiciado, examinan la obligación empresarial de probar las razones justificativas para llevar a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo ([art. 41.1 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)), cuyo contenido comprende dos dimensiones: una objetiva, consistente en acreditar la concurrencia de la causa justificativa de la modificación, y otra subjetiva, destinada a demostrar que la modificación operada es funcional, esto es, razonable y proporcionada, para resolver o, al menos, atender la causa que la justifica.

La particularidad del caso estriba en los parámetros de enjuiciamiento que se emplean cuando tal modificación afecta al ejercicio de alguno de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar y, en particular, a la concreción horaria del derecho a la reducción de jornada por guarda legal ([art. 37.6 y 7 ET](#)), bien porque la limita o, con más motivo, porque la anula. Como

Cómo citar: García Campá, S. (2020). La modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afecta al ejercicio de los derechos de conciliación requiere una justificación especial de su razonabilidad y proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada 2933/2019, de 12 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 160-166.

veremos, en estos casos el examen judicial parece intensificar los términos para apreciar el cumplimiento empresarial de su obligación justificativa, hasta el punto de poder sugerir la existencia de una obligación especial en estos casos, con base en la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral que se desprende de los artículos 14 y 39 de la Constitución española (CE), al menos según su interpretación por las Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 3/2007, de 15 de enero, y 26/2011, de 14 de marzo.

La forma de fundamentar esta obligación especial en las resoluciones objeto de comentario contrasta con la practicada en otras sentencias recaídas sobre supuestos similares, cuando no idénticos, en los que no se acude al mecanismo procesal de derecho antidiscriminatorio de la inversión de la carga de la prueba (arts. 96 y 181.2 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–), ni se estima la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, lo que también evita una condena indemnizatoria por daños (art. 183.1 LRJS), a diferencia de la efectuada y confirmada por las sentencias examinadas.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

Dos trabajadoras de Zara España prestaban sus servicios en uno de sus centros comerciales de la ciudad de Almería. Ambas contaban con una reducción de jornada de 6 horas por guarda legal, en ambos casos de lunes a viernes, aunque con una distribución horaria distinta. También coincidía su obligación de trabajar un sábado al mes. Con una plantilla total de cuarenta y tres personas, dieciséis trabajadoras tenían su jornada laboral reducida por la misma causa.

Su centro de trabajo se cerró en octubre de 2018 y se inauguró otro en un centro comercial distinto, a dos kilómetros de distancia. Toda la plantilla sin reducción de jornada fue asignada al nuevo centro comercial. En cambio, las trabajadoras con reducción de jornada vieron condicionada su reubicación en el nuevo centro a modificar su concreción horaria, de tal forma que incluyera con carácter general los viernes por la tarde y los sábados, en la medida en que eran los días en que se preveía mayor afluencia de público y volumen de ventas –una circunstancia que, por otra parte, también sucedía en cualquiera de las tiendas situadas en el resto de centros comerciales–. Las trabajadoras que no cumplieran con esta condición serían enviadas, tras ayudar con la preparación y apertura de la nueva tienda, o bien a un tercer centro ubicado en la misma localidad, o bien a otro situado en un parque comercial distante a unos veinticinco kilómetros de su antiguo lugar de trabajo.

De las dieciséis trabajadoras con reducción de jornada del centro clausurado, seis fueron emplazadas en las tiendas del parque comercial más lejano y dos en las del tercer centro comercial en Almería. Las ocho restantes fueron ubicadas en el centro comercial recién inaugurado toda vez que modificaron su concreción horaria en los términos planteados por la empresa. Como resultado de lo anterior, un total de cuarenta y tres empleados del centro comercial extinto fueron trasvasados al nuevo centro comercial abierto, una cifra mucho mayor que la del personal procedente de otras tiendas de la empresa (cuatro en total). Además, se realizaron nuevas contrataciones de personal para las dependencias recién abiertas.

El cambio en el lugar de trabajo no afectó a la reducción de jornada de las dos trabajadoras, ni a su concreción horaria, que permanecieron intactas. Los motivos expresados por la empresa para justificar el cambio en las condiciones de trabajo, una modificación que fue calificada sustancial por la propia mercantil, fueron la necesidad de mantener su posición competitiva, responder a las exigencias en la demanda de sus clientes y mejorar el balance de ventas frente a gastos.

3. Doctrina judicial. El razonamiento jurídico de las sentencias

La [Sentencia 45/2019, de 30 de enero](#), del Juzgado de lo Social número 3 de Almería, estima íntegramente las demandas acumuladas y contiene dos pronunciamientos en su fallo: primero, declarar la nulidad de la asignación de las trabajadoras al parque comercial alejado veinticinco kilómetros y, como reposición en las condiciones laborales modificadas sustancialmente de forma injustificada, incorporarlas al centro comercial de nueva apertura, sin variar su reducción de jornada ni su concreción horaria; y, segundo, condenar a la empresa a indemnizar a cada trabajadora con la cantidad de 6.250 euros en concepto de daños y perjuicios por haber vulnerado su derecho a no ser discriminadas por razón de sexo, en la medida en que su derecho a conciliar la vida personal, familiar y laboral había resultado vulnerado.

Para llegar a esta resolución, en la medida en que se ha invocado la vulneración de un derecho fundamental, la sentencia aplica la previsión contenida en los artículos 96 y 181.2 de la LRJS y examina si las demandas han aportado indicios suficientes que obliguen a soportar la carga de la prueba a la empresa demandada. Es decir, si suministran indicios que hagan factible presumir que la decisión controvertida ha atentado contra sus derechos fundamentales, en este caso, el derecho a la no discriminación por razón de sexo ([art. 14 CE](#)).

Los indicios tomados en consideración para presumir tal vulneración –sin efectuar ninguna referencia jurisprudencial que fundamente su elección– son tres: primero, toda la plantilla sin reducción de jornada del centro de trabajo cerrado fue reubicada directamente en el centro de nueva apertura, apenas a dos kilómetros de distancia, sin ninguna otra variación en sus condiciones de trabajo; segundo, solo a las trabajadoras con reducción de jornada, a las que se obligaba a modificar su concreción horaria para incluir los fines de semana, se condicionó el pase al nuevo centro de trabajo; y, tercero, solo a las trabajadoras con reducción de jornada que sí cumplieron con tal condición se las reubicó en el nuevo centro de trabajo, siendo asignadas la mayoría de las restantes al parque comercial situado a veinticinco kilómetros de distancia.

La empresa manifestó tres circunstancias para explicar su decisión: el cierre del centro comercial de las trabajadoras, las necesidades de personal en el nuevo centro y el perfil inadecuado de las demandantes para sus necesidades comerciales durante los fines de semana. Sobre esta base objetiva, la resolución traslada su examen a su conexión con la condición de trabajo modificada sustancialmente, en este caso, el lugar de prestación de servicios. En su comunicación escrita a las trabajadoras, la empresa había expresado tres causas: mantener

su posición competitiva, responder a las exigencias en la demanda de sus clientes y mejorar el balance de ventas frente a gastos.

El examen judicial estima que las causas esgrimidas para modificar sustancialmente el lugar de trabajo de las demandantes son vagas, sin que la empresa haya logrado durante el juicio ni concretarlas ni mucho menos acreditarlas materialmente. Bien al contrario, no probó la causa económica, técnica, organizativa o de producción concreta justificativa del cierre de las tiendas donde trabajaban las demandantes, como tampoco la necesidad particular de que estas dos empleadas prestaran sus servicios en el centro de la localidad situada a veinticinco kilómetros, ni siquiera que la necesidad de personal en el nuevo centro los fines de semana fuera mayor que en el resto de tiendas (incluida la cerrada, que también abría los fines de semana). También fue tenido en cuenta que, al mismo tiempo que se envió a seis trabajadoras a un centro a veinticinco kilómetros de distancia, se realizaron nuevas contrataciones para completar la plantilla en el centro comercial de nueva apertura.

Una vez formulada esta conclusión, como la empresa no ha desvanecido la presunción de que ha tratado de forma menos favorable a las trabajadoras con reducción de jornada por guarda de hijos menores, la resolución asume su comisión y estima vulnerado su derecho a la no discriminación por razón de sexo. La fundamentación jurídica que relaciona el ejercicio del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, en el que se incluye la reducción de jornada por guarda legal de menores, y la no discriminación por razón de sexo parte con la cita de varias disposiciones comunitarias de derecho blando ([Recomendación del Consejo de 31 de marzo de 1992](#) y Decisiones del Consejo de [20 de diciembre de 2000](#) y [19 de enero de 2001](#)), para pasar sin solución de continuidad a su fundamentación constitucional en los artículos [14](#) y [39](#) de la CE, pues los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar cuentan con una dimensión constitucional asentada en sendos preceptos, según doctrina contenida en las SSTC [3/2007, de 15 de enero](#), y [26/2011, de 14 de marzo](#). También se apoya sin mayor concreción en su desarrollo legislativo en la [Ley 39/1999, de 5 de noviembre](#), para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y en la [Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Recurrida en suplicación, el TSJ de Andalucía desestima tanto la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia ([art. 193 b LRJS](#)), como la censura jurídica por inaplicación de los artículos [20](#) y [41](#) del ET, así como del [artículo 38 de la CE](#), y por aplicación indebida del [artículo 14 de la CE](#) ([art. 193 c LRJS](#)).

Ninguna de las cinco revisiones fácticas solicitadas (ordinales séptimo, noveno, décimo, undécimo y duodécimo), en buena medida dirigidas a sustanciar la causa de la modificación sustancial, prosperó –poniendo de manifiesto una vez más la relevancia de una correcta práctica de la prueba ante el juzgado, a quien la jurisdicción social atribuye su valoración en toda su amplitud ([art. 97.2 LRJS](#))–. En cuanto a la infracción legal por inaplicación o aplicación incorrecta de las disposiciones legales citadas, se advierte con facilidad que su viabilidad dependía directamente de la revisión de los hechos probados, de forma que, tras su fracaso en tal propósito, resultaba difícilmente posible lograr su estimación.

En cualquier caso, el razonamiento jurídico de la sentencia de suplicación se detiene con mayor atención en el [artículo 41 del ET](#) y deja a un lado la revisión del derecho antidiscriminatorio, en la medida en que, a diferencia del juzgado, no le corresponde aplicar las reglas de valoración de la prueba (arts. 96 y 97 LRJS). El [artículo 41 del ET](#), situado en su capítulo dedicado a la modificación del contrato de trabajo, constituye una manifestación particular del *ius variandi* empresarial (arts. 1.1, 5 c) y 20.1 ET), que incluso puede considerarse amparada por el [artículo 38 de la CE](#), pero en ningún caso da lugar a un derecho de variación empresarial del contenido del contrato de trabajo de carácter absoluto o ilimitado –con cita en este extremo de la Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 24 de noviembre de 1989–, sino sujeto a ciertos requisitos (causas probadas económicas, técnicas, organizativas y de la producción) y ciertas condiciones (carácter individual o colectivo, comunicación formal, plazo de preaviso, extinción indemnizada...). Entre los primeros, es imprescindible la existencia probada de alguna de las causas enumeradas en el [artículo 41.1 del ET](#) (causa justa) y la exigencia de que la condición de trabajo modificada sustancialmente sea funcional y proporcionada a la misma (juicio de necesidad y proporcionalidad), de tal forma que, ante la inexistencia de una causa, determinada y acreditada, que justifique la modificación llevada a cabo, y en la medida en que su trato ha sido desfavorable o perjudicial para las trabajadoras con reducción de jornada por guarda legal de menor, a quienes se ha sometido a una condición para merecer el mismo trato que el resto de la plantilla, no puede llegarse sino a la conclusión de que la decisión empresarial debe declararse injustificada y debe reponerse a las trabajadoras en sus condiciones anteriores.

4. Trascendencia de la doctrina judicial más allá del caso

La trascendencia de las resoluciones judiciales comentadas queda muy limitada al caso enjuiciado, pues las circunstancias concurrentes, ligadas tanto a las causas justificativas de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, como a las necesidades de conciliación de las trabajadoras implicadas, tienen un peso sobresaliente en los razonamientos empleados tanto en la [sentencia del juzgado de lo social](#), como en su [confirmación por el TSJ de Andalucía](#)¹.

Acaso, puede comentarse la aplicación de la inversión de la carga de la prueba y el razonamiento acerca de la protección antidiscriminatoria por razón de sexo de los derechos de conciliación en la [sentencia del juzgado de lo social](#), pues contrasta con el razonamiento empleado en otras sentencias con el mismo objeto y algún otro similar, y el estudio del [artículo 41.1 del ET](#) en la [sentencia resolutoria de la suplicación del TSJ de Andalucía](#).

¹ De hecho, la misma sala del TSJ de Andalucía, en su [Sentencia 1156/2019, de 9 de mayo](#), desestimó un recurso de suplicación interpuesto por otra trabajadora de la misma compañía y ciudad, también con reducción de jornada por guarda de un hijo menor de 12 años y a quien se cambió su centro de trabajo, porque la empresa no había admitido la existencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, las circunstancias concurrentes fueron distintas (su contrato como gerente preveía su movilidad a otros centros y el cambio no afectó a más personal), la medida no perjudicó su derecho a la conciliación y, finalmente, la modalidad procesal por la que se demandó fue incorrecta.

El juzgado aplica como mecanismo procesal de tutela del derecho a la no discriminación por razón de sexo la inversión de la carga de la prueba (art. 96 LRJS). Para ello, exige que la demanda cumpla con el requisito probatorio para su activación, que no consiste en otra cosa sino en proporcionar una prueba indiciaria o un principio de prueba suficientes como para hacer factible presumir a quien juzga que la razón de cierto trato desfavorable radica en el sexo de quien lo padece. Sin embargo, la identificación de tales indicios adolece [en esta resolución](#) de una fundamentación jurisprudencial más detenida, que podría haberse apoyado en la [STC 90/1997, de 6 de mayo](#), a la hora de comparar el trato dispensado a los trabajadores con reducción de jornada y sin ella, o en la [STC 17/2007, de 12 de febrero](#), en el momento de reprochar la ausencia de una mínima justificación empresarial en el trato llevado a cabo –si bien en este caso sí existía, pero de manera vaga– (Lousada, 2018, pp. 330-331). Del mismo modo, la conexión entre el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la no discriminación por razón de sexo (arts. 14 y 39 CE) se apoya básicamente en las SSTC [3/2007](#) y [26/2011](#), ambas sin duda imprescindibles en este terreno, pero se echa de menos su fundamentación en el derecho comunitario, tanto originario (arts. 2, 3.3 y, en especial, 6.1 [Tratado de la Unión Europea](#), este último por cuanto remite al art. 33.2 [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#)), como derivado (art. 14.1 [Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio](#), y, especialmente, cláusula 5.4 [Directiva 2010/18/UE](#) –en la actualidad, art. 11 [Directiva UE 2019/1158, de 20 de junio](#)–), y en el derecho interno, con una atención particular al [artículo 44.1 de la Ley orgánica 3/2007](#), según el cual debe evitarse –o, en mejores términos, está prohibida– cualquier discriminación basada en el ejercicio de los derechos de conciliación.

Tanto su fundamentación jurídica como su fallo contrastan con los contenidos en otras sentencias que han enjuiciado supuestos similares, cuando no idénticos, en los que, por un lado, no ha operado la inversión de la carga de la prueba –pues, en definitiva, mediante una interpretación sistemática del [art. 41.1 ET](#) y de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, se desprende la obligación empresarial de probar la funcionalidad específica de la condición conciliatoria modificada– ni, por otro, se ha estimado vulnerado el derecho a la no discriminación por razón de sexo y, en consecuencia, se ha condenado al pago de una indemnización. Mientras que en la [sentencia del juzgado comentada](#), como también en la [Sentencia 255/2019, de 12 de marzo, del TSJ de Canarias/Las Palmas](#), se estima una vulneración automática del derecho a la no discriminación por razón de sexo que implica una condena indemnizatoria ([art. 183 LRJS](#)), existen otras que no aplican tal automatismo ni en la vulneración del derecho fundamental implicado ni, en consecuencia, en la condena indemnizatoria. Al contrario, en estos casos, el pronunciamiento se ha limitado a declarar injustificada la modificación sustancial que afecta a los términos de la concreción horaria de la reducción de jornada y a reponer a las trabajadoras –pues se trataba de mujeres en todos los casos– a sus condiciones anteriores, sin condenar al pago de una indemnización ([art. 183.1 LRJS](#)). Así se observa en la [Sentencia 97/2013, de 1 de marzo, del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid](#), para declarar injustificada la modificación del centro de trabajo de una empleada con reducción de jornada que la obligaba a dedicar 50 minutos más de desplazamiento hasta su nuevo lugar de trabajo, sin necesidad de declarar la comisión de una conducta empresarial discriminatoria. Como también, de modo similar, en las [Sentencias 789/2017, de 19 de](#)

julio, del TSJ de Madrid², y 1384/2018, de 3 de mayo, del TSJ de Andalucía/Sevilla, para declarar contraria a derecho la oposición empresarial a la concreción horaria de la reducción de jornada efectuada por una trabajadora porque la empleadora no había explicado de modo razonable las razones organizativas, técnicas o productivas que lo impidieran, en este caso también sin necesidad de declarar.

La [sentencia del TSJ](#), por su parte, examina con más atención las causas que justifican la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, teniendo en cuenta que su validez comprende dos dimensiones: una objetiva, que consiste en que debe acreditarse la concurrencia efectiva de tal causa («probadas razones»), y otra subjetiva, que consiste en que la condición de trabajo debe ser modificada de forma razonable y proporcional a aquella. Aunque se trata de una construcción suficientemente asentada, hubiera sido adecuada una mayor cita de la jurisprudencia posterior a la reforma laboral de 2012 –por ejemplo, SSTs de [27 de enero \(rec. 100/2013\)](#), [25 de marzo \(rec. 140/2013\)](#) y [10 de diciembre de 2014 \(rec. 2265/2013\)](#), o de [15 de abril de 2015 \(rec. 137/2013\)](#)–.

En ambas resoluciones se echa en falta una justificación más detenida de los términos empleados para intensificar el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la modificación sustancial cuando afecta al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, pues en definitiva la empresa no lo cumplió de forma satisfactoria. Es decir, si el contenido de cualquier modificación sustancial de las condiciones de trabajo debe ser razonable y proporcionado a la causa que lo justifica (obligación general), su justificación debe ser todavía más intensa si afecta al ejercicio de los derechos de conciliación, especialmente cuando da lugar a su limitación o, todavía con más motivo, a su supresión (obligación especial). Esta, y no en poca medida, es la principal aportación de las SSTC [3/2007, de 15 de enero](#), y [26/2011, de 14 de marzo](#) (Ballester, 2017, pp. 170-174). Un criterio que, por ejemplo, ha sido empleado en la [Sentencia 3837/2008, de 24 de octubre, del TSJ de Galicia](#), para proteger el derecho a la concreción horaria de la reducción de jornada previsto en el [artículo 37.7 del ET](#); o, más recientemente, en las Sentencias [494/2019, de 29 de noviembre](#), del Juzgado de lo Social número 23 de Madrid, y [3/2020, de 9 de enero](#), del Juzgado de lo Social de Cádiz, a la hora de efectuar una interpretación integradora de la concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal y del derecho a adaptar la jornada de trabajo ([art. 34.8 ET](#)), tras su reforma por el [Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#).

² En sentido contrario, la [Sentencia 705/2017, de 5 de julio](#), del mismo TSJ, desestimó una demanda análoga tras considerar acreditada la existencia de razones organizativas justificativas de la denegación por la empresa de la concreción horaria de la reducción de jornada solicitada por una de sus empleadas, debido precisamente a la mayor afluencia de público los fines de semana en sus tiendas.