



EDITORIAL

En este boletín os ofrecemos la habitual reseña legislativa, así como dos nuevos comentarios jurisprudenciales. El primero, de Carolina Gala, se refiere al **derecho a mantener un turno fijo de trabajo para hacerse cargo de descendientes menores de edad**, mientras que el segundo, de Eva Comellas, trata sobre la **motivación exigible cuando se produce el cese del personal funcionario que ocupa un puesto de trabajo provisto por libre designación**.

LEGISLACIÓN

RESOLUCIÓN DE 3 DE OCTUBRE DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, POR LA QUE SE PUBLICA LA RELACIÓN DE FIESTAS LABORALES PARA EL AÑO 2020 ([acceso al texto](#))

Se aprueba la relación de fiestas laborales de ámbito estatal, de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.

SENTENCIAS

CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR: NO SE RECONOCE EL DERECHO A MANTENER UN TURNO FIJO DE TRABAJO CON LA FINALIDAD DE OCUPARSE DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD

STJUE de 18 de septiembre de 2019, asunto C-366/18 ([acceso al texto](#))

Comentada por Carolina Gala

Un empleado que trabajaba en régimen de turnos (mañana, tarde y noche) solicitó prestar sus servicios en un solo turno fijo de mañana, sin reducción de la jornada y del salario, para poder ocuparse del cuidado de sus dos hijos. La empresa se lo denegó.

El juzgado de lo social que inicialmente conoció el caso planteó una **cuestión prejudicial ante el TJUE**. Preguntó si el ET -aplicable al personal laboral de las entidades locales- se **opone** a los arts. 8, 10 y 157 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, 3 del *Tratado de la Unión Europea*, 1 y 14.1 de la *Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*, y a la *Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE*. Y ello por condicionarse el **ejercicio del derecho a conciliar la vida familiar y laboral a que, en todo caso, el empleado reduzca su jornada ordinaria de trabajo con la consiguiente reducción proporcional de su salario (art. 37.6), sin que pueda acogerse a un turno de trabajo fijo manteniendo su jornada ordinaria (art. 34.8)**.

El TJUE niega tal contradicción con los siguientes argumentos:

a) El *Acuerdo marco sobre el permiso parental* establece disposiciones mínimas para facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los empleados con hijos, respetando la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales. Asimismo, en el apartado 1 de la cláusula 6 se prevé que los Estados miembros o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para velar por que los empleados, al “reincorporarse del permiso parental”, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo.

b) Sin embargo, ni la *Directiva 2010/18/UE* 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 el derecho a trabajar con un horario fijo cuando el régimen de trabajo habitual es de turnos con un horario variable.

c) Todo ello implica concluir que la *Directiva 2010/18/UE* debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a una normativa nacional como la española, que establece el derecho del empleado a reducir su jornada ordinaria de trabajo para atender el cuidado directo de menores o familiares a su cargo, con una disminución proporcional de su salario, sin que pueda acogerse, cuando su régimen de trabajo habitual es a turnos con un horario variable, a un horario fijo manteniendo su jornada ordinaria de trabajo.

Pese a tal negativa, la relevancia de esta sentencia radica precisamente en que, pocos meses antes de ser dictada, se aprobó el *Real Decreto-ley 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*, que modificó el texto del art. 34.8 ET en un sentido claramente flexibilizador y favorable a la conciliación de la vida laboral y familiar. Así, en el texto vigente se establece que los empleados 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”. La forma de ejercer este derecho se fijará en el correspondiente convenio colectivo o, en ausencia de regulación convencional, se abrirá un proceso de negociación entre el empleado y la empresa durante un período máximo de 30 días. Y finalizado este, la empresa comunicará al empleado la aceptación de la solicitud, le planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación, o bien manifestará la negativa a su ejercicio (justificando objetivamente dicha negativa).

A mi entender, con esta nueva redacción legal del art. 34.8 ET, la solución a la cuestión planteada en la sentencia comentada podría ser distinta ya que, a diferencia de la redacción anterior, si el convenio colectivo no establece y desarrolla una reformulación del tiempo de trabajo (incluidos cambios en los turnos de trabajo) y de la forma de prestación de servicios (teletrabajo) sin reducir la jornada de trabajo, la empresa deberá negociar directamente con el empleado afectado con el objetivo de posibilitar que aquel pueda conciliar su prestación de servicios con el cuidado de sus hijos o familiares sin reducir su jornada y remuneración.

En otras palabras, con la nueva regulación, si no se aborda la cuestión convencionalmente -cosa muy frecuente-, la empresa o entidad estará obligada a negociar directamente con el empleado la posibilidad de mantenerse en un turno de trabajo fijo y, en su caso, motivar -por causas objetivas, de carácter organizativo o productivo- una negativa. Con la nueva redacción, pues, se avanza sin duda en el reconocimiento del derecho de conciliación de la vida laboral y familiar de los empleados.

No hay que olvidar por último, procede reiterarlo, que el mencionado art. 34.8 ET es aplicable al personal laboral de las entidades locales.

EL CESE EN PUESTOS DE TRABAJO PROVISTOS POR LIBRE DESIGNACIÓN

STS de 19 de septiembre de 2019, recurso 2740/2017 ([acceso al texto](#))

Comentada por Eva Comellas

En esta sentencia se trata la siguiente cuestión de interés casacional objetivo: determinar cuál es el contenido del deber de motivación exigible en las resoluciones administrativas que acuerdan el cese de personal funcionario público en puestos de libre designación y si, a tal efecto, resulta extensible la doctrina jurisprudencial establecida para su provisión.

Afirma el Tribunal, en síntesis, lo siguiente:

- a) Quien ocupa un puesto mediante libre designación tiene un mero interés en su permanencia, y no un derecho a la inamovilidad en el puesto, lo que tan solo es atribuible al concurso de méritos.
- b) El funcionario cesado tiene derecho a saber por qué las razones de oportunidad, basadas en la confianza e idoneidad apreciadas para el puesto, ya no concurren o, si concurren, qué otra circunstancia objetiva determina la pertinencia del cese.
- c) La razón o razones del cese no son enjuiciables en lo que tienen de libre apreciación. Pero deben explicitarse de forma concreta, en relación a los requerimientos del puesto o las exigencias de idoneidad profesional que llevaron a la elección del candidato o candidata.

En base a lo anterior, como en el caso concreto no se han explicitado las causas del cese, el Tribunal condena a la Administración a dictar un acto en el cual exponga la causa del cese.

Es indiscutible que, con arreglo al art. 35.1.i) de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, deben motivarse los actos que se dictan en ejercicio de potestades discrecionales. La motivación hace efectivo el derecho de defensa de la persona que recibe las consecuencias de la decisión administrativa, pues conocer los motivos que fundamentan el acto administrativo es condición necesaria para poderlos impugnar. Por eso la motivación no debe ser meramente formal (referida al procedimiento y al órgano), sino que tiene que explicar las razones de la decisión material. Esta teoría ha evolucionado muy significativamente los últimos años en materia de acceso al empleo público. Y también en materia de provisión de puestos de trabajo por libre designación, ya que para evitar la arbitrariedad la jurisprudencia exige que el acto de elección del candidato se motive haciendo bien visibles las razones y los criterios esenciales o fundamentales por las que se ha preferido a un candidato por encima de otros, siempre de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Por ello deben identificarse los méritos considerados prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento. Y el control judicial debe poder evaluar con suficiencia los datos y razones que motivaron la decisión.

En la sentencia comentada el Tribunal concluye que las causas del cese no son evaluables judicialmente en lo que tienen de libre apreciación, y con esta decisión podría estar perjudicando los principios de mérito y capacidad de igual modo que si no se evaluaran las causas en el acto de elección. Pero en el apartado 4 del fundamento de derecho 10º también afirma que la Administración debe explicitar la causa del cese y que debe hacerlo en términos susceptibles de control.

Por tanto, el Tribunal admite el control judicial de los motivos del cese en la libre designación, aunque respete los márgenes de flexibilidad que tiene la Administración para valorarlos. Y es que mediante el sistema de libre designación se proveen los puestos directivos y los de mayor responsabilidad de la carrera administrativa, son los más críticos en la toma de decisiones directivas y técnicas y por ello no pueden quedar desprotegidos ante una decisión arbitraria, no únicamente en la forma sino también en el fondo.

Por tal motivo, es insuficiente la decisión del Tribunal de no restituir al funcionario cesado en el puesto de trabajo alegando que la libre designación no comporta un derecho de permanencia en el puesto. La inexistencia del derecho a la permanencia en el puesto es lo que permite precisamente el cese discrecional del funcionario. Pero no justifica que se le aparte de su puesto de trabajo sin motivo o con motivos claramente insuficientes.

Cualquier administrado debe tener la posibilidad de ser restituido en sus derechos cuando haya sido víctima de una decisión administrativa injustificada, sin motivación y fundamento, arbitraria o desviada. Por tanto, la decisión de la Administración debería ser anulada si una vez explicitados los motivos del cese -primera obligación que impone el Tribunal-, los mismos resultan claramente insuficientes, o en palabras del TS, las razones se limitan a expresiones opacas, estandarizadas, que puedan encubrir una intención patológica por falsa, caprichosa o ajena a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron a la elección del candidato.