



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DEXUSTIZA

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

SENTENCIA: 00855/2022

PLAZA DE GALICIA S/N
15071 A CORUÑA

Tfno : 981-184 845/959/939

Fax:881-881133/981184853

Correo electrónico:

NIG: 32054 44 4 2021 0003090

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

SECRETARÍA SR^a IGLESIAS FUNGUEIRO

RSU RECURSO SUPPLICACION 0007045 /2021MRA

Procedimiento origen: PEF DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 0000756 /2021

Sobre : MODIFI CACION CONDIC.LABORALES

RECURRENTE/S D/ña [REDACTED]

ABOGADO/A: NATALIA IGLESIAS ORMAECHEA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: CONSORCIO GALEGO DE SERVIZOS DE IGUALDADE E BENESTAR

ABOGADO/A: LETRADO DE LA COMUNIDAD

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMA SR^a D^a BEATRIZ RAMA INSUA

ILMA SR^a D^a MARIA TERESA CONDE-PUMPIDO TOURON

ILMO SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a dieciocho de febrero de dos mil veintidós.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0007045/2021, formalizado por la Letrada DOÑA [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], contra la sentencia número 594/2021 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de OURENSE en el procedimiento OCHO CONCILIA VIDA PERSONAL, FAM Y LABORAL 0000756/2021, seguidos a instancia de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] frente a CONSORCIO GALEGO DE SERVICIOS DE IGUALDADE E BENESTAR, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a CARLOS VILLARINO MOURE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] presentó demanda contra CONSORCIO GALEGO DE SERVICIOS DE IGUALDADE E BENESTAR, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 594/2021, de fecha dieciocho de octubre de dos mil veintiuno

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO.- La actora, que presta servicios para la demandada con categoría de educadora desde el 5 noviembre 2008 en la Escola Infantil [REDACTED] [REDACTED] de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] (no combatido), presentó solicitud de adaptación de jornada por mayores a cargo el 6 agosto 2021 exponiendo (folio 18 vuelto): "que para o curso 2021-2022 o meu horario e de 13:00 a 20:00 horas incompatible para o coidado dos meus país que debido as patoloxías previas que presentan e a súa avanzada idade precisan axuda para as actividades básicas da vida diaria. Que



solicito adaptación de xornada coa seguinte proposta: 1. Primera opción de adaptación horaria de 09:00 a 16:00 2. Segunda opción de adaptación horaria de 08:00 a 15:00"./SEGUNDO.- Al folio 20 obra escrito de los servicios sociales del Concello de [REDACTED] [REDACTED] fechado el 4 agosto 2021 del siguiente tenor literal: "Dendo os Servizos Sociais de atención primaria, en relación á solicitude de Conciliación laboral de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] con DNI [REDACTED] e domicilio en [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]) Infórmase ós efectos oportunos, que [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] é a coidadora principal dos seus país [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]... e [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]. Ambos precisan os coidados da súa filla, porque necesitan axuda para todas as actividades básicas da vida diaria. [REDACTED] ten un irmán con unha minusvalía do 65%, feito que lle impide colaborar no coidado dos seus país". Al folio 35 obra escrito firmado por médico del SERGAS el 29 julio 2021 del siguiente tenor literal, relativo a la madre de la actora: "Paciente de 83 años con hipertensión, diabetes mellitus, artrosis múltiple, sobrepeso muy importante, enfermedades que la limitan y precisa la ayuda de otra persona continuamente Se expide a instancia y solicitud de su hija". Al folio 36 oro escrito del mismo médico y fecha relativo al padre de la actora del siguiente tenor literal:"Paciente de 82 años, cardiópata a tratamiento con sintrom que precisa de la ayuda de otra persona. Se expide a instancia y solicitud de su hija". Al folio 34 obra certificado de grado de discapacidad el hermano de la actora, en que ese hace constar un grado de discapacidad del 65% desde el 23 febrero 2018, sin que consten la secuelas de las que deriva tal graduación./ TERCERO.- En el centro de trabajo de la actora (escuela infantil), se organiza el servicio en turnos anuales rotatorios de mañana y tarde. La actora trabajó en turno de tarde por última vez en el curso 2016-2017. La Escuela cierra a las 20.00 horas y en el turno

de tarde hay dos educadoras (folio 38 a 43). Al folio 38 obra escrito de la directora del centro de trabajo de la actora en que se consigna, respecto de la petición e esta que "podría facilitárselle unha quenda laboral partida (10:00-13:00 e 16:00-20:00 h ou 10:00-14:00 e 17:00-20:00) Estas solución posibilitarían non cambiar o horario laboral doutras traballadoras e a ratio da escola quedaría cuberta"./ CUARTO.- Al folio 44 obra escrito de la Gerencia de Escuelas infantiles de la demandada en relación con la petición de la actora, que se da por reproducido. En él se hace constar que al efecto se reunió al personal de la Escuela infantil el 1 septiembre 2021 sin que hubiera ninguna persona voluntaria para cambiar el horario y se propone el horario partido en los términos reseñados al final del hecho probado anterior. Al folio 56 obra escrito de la demandada a la actora que se da por reproducido en que no se acepta la petición de adaptación de jornada de la actora por las razones que en él se vierten, invitándola a realizar otras propuestas de solución.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por Dña. [REDACTED] [REDACTED] y en virtud de ello absuelvo al CONSORCIO GALEGO DE SERVICIOS DE IGUALDADE E BENESTAR de las peticiones deducidas en su contra

CUARTO: CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado el recurso de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente, procediéndose a dictar la presente sentencia tras la deliberación correspondiente.



ADMINTNS TR AC ION
DE JUSTIC IA



ADMINISTRACIÓN
DEXUSTIZA

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aproximación general al objeto del recurso

La sentencia de instancia desestimó la demanda presentada, en la que se interesó la adaptación de jornada para que la misma pasase a ser de lunes a viernes de 9 a 16 horas; o, subsidiariamente, de lunes a viernes de 8 a 15 horas. Asimismo, se había interesado en demanda el abono de la cantidad de 6.250 euros, en concepto de indemnización de daños y perjuicios

La parte demandada recurre en suplicación al amparo del art. 193 c) LRJS, solicitando en trámite de suplicación que, estimando el recurso, se revoque la sentencia de instancia y se estime la demanda en su día presentada.

No se impugnó el recurso.

SEGUNDO.- Motivos de recurso al amparo del art. 193 c) LRJS

La parte demandada recurre al amparo del art. 193 c) LRJS -" *Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia*" - .

Articula, a tal efecto, los siguientes motivos de recurso, que exponemos y pasamos a resolver:

1º) En primer lugar, señala que se ha producido infracción del art. 34.8 ET, en relación con el Real Decreto Ley 3/2019, y con las instrucciones de la Dirección general de la función pública de 29-3-2019; y con el art. 44 de la ley 7/2004 gallega para la igualdad de mujeres y hombres, en relación con la Resolución conjunta de 8-8-2014 de la Dirección General de

evaluación y reforma administrativa y Dirección General de la Función pública.

Argumenta, en relación con ello, que dada la necesidad de cuidado de familiares a su cargo, debe reconocérsele la adaptación de jornada interesada, por sus necesidades de conciliación de la vida familiar, sin que existan circunstancias que justifiquen que tales necesidades cedan ante el interés de la demandada.

Entrando en la resolución del recurso, debemos comenzar señalando que la parte interesó una adaptación de jornada del art. 34.8 ET, el cual establece que:

Art. 34.8 "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



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

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."

En relación al hecho del art. 34.8 ET, ha recordado esta Sala del TSJ de Galicia, en la sentencia de 25 de junio de 2021 (rec: 1948/2021) que:

"Denuncia en primer lugar el actor recurrente, con correcto amparo procesal, infracción de los arts. 34.8 del ET y 14, 18 y 39 de la CE, así como de la jurisprudencia con cita de la STS de 20.7.2000, RCU 3799/1999 y de la STC 3/2007, de 15 de Enero

Argumenta, en primer lugar, sobre la dimensión constitucional de los derechos de conciliación que tienen un componente de discriminación indirecta por razón de género, dado que las mujeres son quienes los ejercitan mayoritariamente así como de protección a la familia, priorizando los intereses de los menores; que la empresa no

intentó siquiera la negociación sobre la adaptación solicitada, ni le pidió mayor justificación y ni siquiera contestó a sus peticiones y admite que no le causa perjuicio alguno tal adaptación.

Se opone la empresa demandada aduciendo que el actor está solicitando un aumento de jornada lo que no ampara el art. 34.8 ET; que sale a las 14 horas por lo que puede recoger a sus hijas lo que redundaría en su interés más que el horario solicitado en este procedimiento.

Comenzando por la consideración constitucional lo cierto es que, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el art.14.2 CE prohíbe la discriminación por razón de género, en el bien entendido que el grupo históricamente preterido ha sido la mujer, razón por la que la magistrada a qua entiende que no existe tal discriminación en este caso. Con todo, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ya estableció, en su artículo 44.1, que "los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares", lo que ya de por sí nos exige integrar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho pues tal asunción equilibrada pretende evitar la consolidación de la división sexista de las responsabilidades familiares; y desde tal óptica, cabe recordar el Voto Particular de la STC 26 / 2011, de 14 de marzo, en el que se argumentaba - con apoyo en la STJUE de 30 de septiembre de 2010, Caso Roca Álvarez - la posibilidad de apreciar discriminación indirecta de la mujer, ya que la denegación de la conciliación al trabajador "contribuiría a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, en el que la función de protección y cuidado de la familia recae principalmente en la mujer". En este caso, además, según



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

reseña la sentencia, una de las causas de oposición a la demanda de la empresa es que "no justifica que la madre no pueda hacerse cargo de los niños", argumento éste recogido por la juzgadora entre otros para la desestimación de la demanda, sin tener en cuenta que, precisamente, un horario fijo para el padre de atención a las hijas permitiría a la madre un mayor abanico de posibilidades laborales, cuando según el propio relato fáctico, encadena contratos de corta duración.

En cualquier caso, la propia STC 26/2011 argumentó que "la queja del recurrente en amparo pueda ser analizada desde la perspectiva del mismo derecho fundamental a la no discriminación, pero en relación con otro de los motivos concretos de prohibición de discriminación que el art. 14 CE enumera, concretamente el referido a las circunstancias personales o sociales, pues lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral".

En fin, esta dimensión constitucional de las medidas de conciliación, sea como instrumento de igualdad de género, se como de protección a la familia y a la infancia (art.39CE), serán tenidas especialmente en cuenta por la Sala en la resolución del recurso, -conforme al mandato de la STC 3/2007 que reitera la 26/2011-, para resolver cualquier duda y de la manera más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales en juego. (...)

Ante todo, debemos recordar que estamos ante un derecho individual del demandante por lo que, como ya ha señalado esta Sala en sentencia de 25 de mayo de 2021-rec. 335/2021 , "el punto de partida debe ser necesariamente que el titular del derecho no tiene que demostrar una especie de necesidad

insuperable de conciliación y la imposibilidad de que concilie su pareja, si existe (o un familiar) -teniendo que revelar innecesariamente datos de su vida familiar al conocimiento ajeno-. De hecho, la actora tiene como única carga la demostración de la existencia de hijos menores de doce años, su deseo de conciliar y que lo solicitado le facilita dicha conciliación familiar; frente al que sólo cabe una oposición empresarial muy fundamentada, ajena a argumentos relativos al modo de organizar su familia". (...)

Como ha señalado esta Sala en la STSJ Galicia de 5-12-2019 / r. 5209-2019 (en criterio seguido, entre otras, por las sentencias de 11-9-2020-rec. 1934/2020 y de 22-9-2020-rec.1702/2020) "Conviene detenerse en la obligación de negociación impuesta a las partes en ausencia de regulación en la negociación colectiva que busca el consenso entre la persona trabajadora y la dirección de la empresa en orden a la concreción del ejercicio del derecho a la adaptación de jornada. Dado que obviamente esa obligación de negociación se debe regir por la buena fe en orden a la búsqueda de un consenso, ello debería traer consigo las siguientes consecuencias -que como se verá también de inmediato ha cumplido la trabajadora demandante y no ha cumplido la empleadora pública demandada-:

- Que a la persona trabajadora le sea exigible motivar adecuadamente la solicitud de adaptación aportando si lo considera necesario, o si así se le solicita, las oportunas justificaciones: lo que la demandante ha hecho en el caso de autos a través de una motivación extensa y cumplida en las solicitudes de adaptación (según se reproducen en el hecho probado tercero de la sentencia de instancia).

- Que a la empresa le sea exigible tomarse en serio esa solicitud, motivando (no necesariamente probando aunque la buena fe puede exigir una mínima justificación atendiendo a



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

las circunstancias particulares del supuesto concreto) las razones determinantes de la negativa al ejercicio del derecho: lo que no ha hecho la empleadora pública demandada dado que no ha contestado nada a ninguna de las dos propuestas presentadas por la trabajadora demandante.

- Que en todo caso ambas partes deben negociar de buena fe para la obtención de un acuerdo donde a la vez se consiga la mejor satisfacción posible de los distintos intereses de las partes contractuales atendiendo a las circunstancias del caso concreto, lo cual, según se desarrolle la negociación, obliga a realizar propuestas y contrapropuestas"

Pues bien, en el presente caso la empresa ha ignorado las dos peticiones formuladas por el actor quien incluso acudió al trámite de conciliación administrativa aún cuando no fuera preceptivo, para intentar tal negociación; la juzgadora dice que la demandada no acredita razones organizativas que justifiquen la negativa pero es que lo cierto es que ni siquiera las explicita ya que su postura es que el actor tiene un horario muy inferior al solicitado, con lo que no parece aventurado entender que asegurar el horario pretendido por el actor no le resulta gravoso. Pero, en todo caso, ni negocia, ni hace contraoferta, ni pide al demandante mayor justificación y pese a todo se opone a la pretensión actora sin ni siquiera justificar la negativa. Y ello pese a que "es al empresario al que le incumbe demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente organizativas, que le impiden su disfrute en los términos propuestos por la trabajadora; y tan solo cuando dichas razones se hayan probado, en caso de colisionar ambos derechos, será la trabajadora quien deba probar las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario" (STSJ/Andalucía 03/05/18 R. 979/18).

Concluíamos en nuestra Sentencia de 5 de diciembre de 2019 [RSU 2019/5209 J que " el artículo 139.1.a) de la LRJS (al que se remite para la solución de las divergencias el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores) solo contempla la comunicación de la negativa o de la disconformidad de la empresa como dies a quo del plazo de ejercicio de la acción de impugnación judicial; y ello se explica porque si la empresa no contesta expresamente ni propone alternativa, ha aceptado la propuesta de la persona trabajadora en sus propios términos, con lo cual, de plantearse demanda, la única solución razonable en Derecho debería ser la de estimar todas las pretensiones en la medida en que se correspondan con las propuestas en la solicitud dirigida a la dirección de la empresa y siempre que no excedan de los límites del derecho".

Consiguientemente, resulta evidente que la empresa no solo ha ignorado sus obligaciones legales, sino que ante lo injustificado de su negativa, ha vulnerado el derecho del demandante a la conciliación en su dimensión constitucional por lo que el motivo se estima.

CUARTO-.En el último motivo, denuncia el recurrente infracción del art. 1101 del Código civil en relación con el art. 34.8 do Estatuto de los Trabajadores, en relación con la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019s, en relación con el art. 4 da LOIEMH 3/2007 de 22 de marzo, en relación con el art. 14 e 39 da Constitución española y la jurisprudencia en particular, por todas, STS de 20.07.2000 (RCUD 3799/1999) y STC 3/2007, de 15 de enero , argumentando que debió de estimarse su pretensión de una indemnización de 6000 €; por los daños morales causados, cantidad que se fija tomando como referencia la LISOS. (..)

Hemos de recordar que las SSTS 24/01/17 -rcud 1092/15 ; 13/12/18 -reo 3/18 ; 09/12/20 -reo 92/19 ; 03/02/21 -



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

reo 36/19 ; sostienen el criterio de que la propia lesión del derecho fundamental comporta daño indemnizable, sin necesidad de que se acredite concreto indicio o base del daño, aparte de que el artículo 183.2 LJS atribuye a la indemnización no sólo una función resarcí toria , sino también la de prevención general.

Por otra parte, hemos señalado en interpretación del art .139 LRJS , que dicho precepto" admite de modo expreso la acumulación a la acción principal de impugnación de la denegación empresarial, "la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador", con lo cual la norma está presuponiendo que la vulneración de un derecho de conciliación merece una indemnización en términos semejantes a la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública de conformidad con los artículos 182 y 183 de dicha LRJS „· (STSJ Galicia 18 de marzo de 2021-rec.1144/2021)...„.

Dicho esto, en el caso de autos está acreditada, y no se discute, la necesidad de conciliación de la parte demandante y ahora recurrente. La parte actora se ocupa del cuidado de su padre y de su madre, que precisan, por su estado de salud, asistencia o ayuda para actividades de la vida diaria, según consta en informes médicos y de los servicios sociales -hecho probado segundo-. Además, su hermano tiene una minusvalía del 65%, por lo que no puede participar en tal cuidado -hecho probado segundo-.

Siendo esto así, en el centro de trabajo de la demandante, en el que presta servicios desde el 2008 -hecho probado primero-, se organiza el servicio en turnos anuales rotatorios

de mañana y tarde. La actora trabajó por última vez en el turno de tarde en el curso 2016-2017 -hecho probado tercero-. Es decir, durante los últimos cursos ha venido desarrollando el turno de mañana.

A la vista de ello, el que en el curso 2021-2022, después de varios años en que ha venido desarrollando el turno de mañana, se le haya establecido a la parte actora el turno de tarde de 13 a 20 horas, cabe entender que supone una importante alteración de la organización y coordinación que tenía establecida para llevar a cabo el cuidado de su padre y de su madre, en tanto que se vería obligada a reorganizar tal cometido por ese cambio al turno. Entendemos, por tanto, que para la recurrente comporta especial carga el que se le modifique el turno, en tanto tiene a su cargo a su padre y a su madre, que precisan cuidados en los términos referidos. Ese cambio de turno, en definitiva, le exigiría necesariamente coordinar nuevamente su trabajo para la demandada con los medios personales de que disponga para tal cuidado y atención a su madre y a su padre; en especial, teniendo en cuenta, como expusimos, que no consta otro familiar con capacidad de asumir esa tarea.

En este sentido, no compartimos el argumento del juzgador de instancia, en relación a que "*no se alcanza a vislumbrar por qué la actora pretende a toda costa un turno de mañana ...*" frente a otras alternativas.

Nos parece claro, a la vista de los hechos probados, que el interés conciliatorio de la parte se residencia en un turno de mañana, por cuanto es ese justamente el turno que venía desarrollando durante los últimos años; y, por tanto, un cambio de turno al de tarde, le exigiría reorganizar la coordinación de los restantes medios de que disponga para el cuidado de sus progenitores.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

En otras palabras, la necesidad de conciliación de la parte actora, así lo entendemos, no pasaría tanto por realizar un turno de mañana o de tarde, sino por mantener el turno que ya viene realizando en los últimos años, que es el de mañana. Pues parece evidente que, teniendo a dos familiares a su cargo, el trabajo de cuidado y atención de los mismos, y la organización de los medios que a tal efecto haya de articular para compatibilizar la vida laboral con la familiar, se verá seriamente dificultado con una modificación del turno que realiza en su prestación de servicios para la demandada.

En conclusión, entendemos que el cambio de turno rotatorio de modo anual, según establece el hecho probado tercero, supone una dificultad notable para que la parte, a la vista de sus circunstancias, pueda compatibilizar su vida familiar y laboral. Es más, tampoco se explica con claridad, a la vista de los hechos probados, por qué si los turnos son anuales rotatorios de mañana y tarde, la parte actora no ha realizado el turno de tarde desde el curso 2016-2017. Pues, siendo esto así, parece claro que la empleadora no tiene especial dificultad -como ha ocurrido los últimos años- en organizar el servicio para que la parte actora no cambie o rote de turno, y permanezca en el de mañana, tal y como solicitó.

Expuesta la necesidad de conciliación de la parte actora, que pasa, como hemos explicado, porque la misma mantenga el turno de mañana, debemos analizar las necesidades organizativas o productivas de la empleadora para cambiar a la actora al turno de tarde en el curso 2021-2022.

Pues bien, no puede concluirse, a la vista de los hechos probados, que reconocer a la parte actora la adaptación solicitada comporte una especial dificultad organizativa para la empleadora, ni tampoco que exista un obstáculo productivo.

En primer lugar, dado que la actora ya ha estado sin prestar servicios en el turno de tarde durante los últimos cursos.

En segundo lugar, porque la actora tiene la condición de educadora y la empresa reconoció -fundamento jurídico segundo- que existían ocho educadoras.

En tercer lugar, por cuanto no consta que exista ningún otro trabajador/a con medidas de conciliación, adaptación, etc, que puedan dificultar el reconocimiento a la actora de la adaptación interesada.

En cuarto lugar, por cuanto la única dificultad que, en realidad, se explicita en los hechos probados es que no hubo ninguna persona trabajadora voluntaria para cambiar su turno. Pero no podemos olvidar que el art. 34.8 ET no supedita el derecho de conciliación que reconoce a que existan otros trabajadores/as voluntarios para cambiar su horario y facilitar la adaptación de la jornada. Además, como dijirno s, no consta que ese otro personal trabajador tenga necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral, como las que tiene acreditadas la parte demandante.

Por lo demás, la alternativa de un horario partido de mañana y tarde, propuesto por la empleadora (de 10-13 horas y de 16-20 horas), no evitaría la perturbación que, como hemos explicado más arriba, comporta para la conciliación de la vida familiar y laboral de la demandante el cambio del turno que venía realizando durante los últimos años, que hemos de entender, a la vista del hecho probado tercero, que era el de mañana.

Por último, podríamos preguntarnos -y en realidad parece que es lo que subyace a la argumentación de la demandada en la instancia y de la propia sentencia- por qué es la empleadora la que ha de ceder a reorganizar sus turnos de trabajo, y no ha de ser, por el contrario, la trabajadora demandante quien



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

reorganice los medios de que dispone para atender a sus familiares a cargo y así pasar a prestar servicios en el nuevo turno de tarde.

Pues bien, entendemos que, a la vista de las concretas circunstancias que hemos expuesto, ha de ceder la organización del trabajo en la empleadora frente a la organización de la vida familiar de la parte actora. Y ello, en resumidas cuentas, por cuanto no se han constatado especiales dificultades organizativas o productivas de la empleadora demandada para reorganizar el trabajo según la petición de adaptación de la demandante. Pero, además, dado que sí se han constatado las especiales dificultades que presenta la organización de la vida familiar de la parte actora, con dos personas a cargo que necesitan asistencia y cuidado, y sin que consten otros familiares que se puedan hacer cargo de las mismas.

A ello, por último, se suma que el progresivo desarrollo de los derechos de conciliación -impulsados por la búsqueda de la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres- ha supuesto un cambio de paradigma en el ámbito del derecho laboral y de la sociedad en general. Los derechos de conciliación son así manifestación de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad -art. 10.1 CE-, en tanto que los mismos, desde una perspectiva constitucional, tienen una dimensión de derechos fundamentales. Así cabe recordar lo que, entre otras, ya señaló la STSJ de Galicia de 5 de diciembre de 2019 (rec: 5209/2019), donde se dijo por esta Sala que:

"Desde una perspectiva constitucional porque -como también razona el juzgador de instancia y según esta Sala ha razonado en anteriores ocasiones- los derechos de conciliación son derechos fundamentales dada su vinculación con la prohibición de discriminación sexista y con el derecho a la intimidad

familiar (artículos 14 y 18 de la Constitución). Su contenido esencial lo encontraremos en la normativa sobre conciliación regulada en el Derecho de la Unión Europea. Al respecto, la reciente Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo 20 de junio de 2019, regula en su artículo 9 las "fórmulas de trabajo flexible" dirigidas a garantizar el derecho a la presencia de la persona trabajadora en su puesto de trabajo frente a los tradicionales derechos de conciliación basados en la ausencia del puesto de trabajo. La Directiva lo expresa con una claridad meridiana en su Preámbulo (en el considerando 34) : "a fin de animar a los trabajadores que sean progenitores y cuidadores a permanecer en el mercado laboral, estos deben poder adaptar su calendario de trabajo a sus necesidades y preferencias personales". Con lo cual el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores se integra en el derecho fundamental a la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. No quiere decir que sea un derecho absoluto, pero sí que sus limitaciones en función del interés empresarial solo son admisibles en atención a un triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por ello, la actitud silente de la empresa ante la solicitud de la persona trabajadora debe entenderse como una vulneración de derechos fundamentales."

Por todo ello, dado que, según hemos explicado, en el caso de autos no se ha justificado una limitación de los derechos de conciliación de la trabajadora demandante por parte de la empleadora, que sea idónea, necesaria y proporcionada, debemos estimar el recurso, y reconocerle a la recurrente su derecho de adaptación de jornada de 9 a 16 horas de lunes a viernes.

2º) En segundo lugar, se señala por la recurrente la infracción de lo dispuesto en el art. 7.5 LIS OS, en relación



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

con los arts. 139 LRJS, y 14 y 39 CE, y con la STC 3/2007. Argumenta que los daños y perjuicios deben ser indemnizados en 6.250 euros, importe que se entendería proporcionado, efectivo y disuasorio.

Se estima en parte el citado motivo de recurso. En tal sentido, el art. 139.1 a) LRJS, señala, entre otros aspectos, que: *"En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador."*

Por lo demás, la aplicación orientativa de la LISOS es un criterio admitido por la jurisprudencia -STC 247/2006; STS de 5 de febrero de 2013 (rec: 89 / 2 01 2) o STS de 15-2-2012 (rec: 67/2011)-.

En el caso de autos, existen daños y perjuicios morales derivados de la negativa de la empleadora a acceder, de modo injustificado, a la solicitud de adaptación de la jornada de la parte demandante y ahora recurrente, lo que estaría asociado a la previsible intranquilidad de quien ve modificado su turno de trabajo teniendo a su cargo, en su vida familiar, a una madre y un padre que precisan cuidados y asistencia.

Orientativamente la conducta cabe incardinarla en el art. 7.5 LISOS, como interesa la parte, que refleja una falta grave. Siendo esto así, con el art. 40.1 b) LISOS, la horquilla se movería, según la norma en vigor en septiembre de 2021 al tiempo de la denegación por la empleadora, entre los 626 y 6.250 euros -actualmente, 751 y 7.500 euros-. Fruto de lo cual, entendemos prudencial fijar la indemnización en 3.000 euros, como importe intermedio de la horquilla referida, a la vista de que la empleadora intentó, aunque de modo

insuficiente, atender a la petición de la parte, realizando una propuesta alternativa, e indagando en la plantilla la posibilidad de una reorganización voluntaria del personal.

TERCERO . - Costas

No procede condena en costas, pues la parte recurrente tiene derecho de asistencia jurídica gratuita, además de que la misma ha visto estimado su recurso -arts. 235.1 y 21.4 LRJS, y art. 2 Ley de asistencia jurídica gratuita-.

FALLAMOS

ESTIMAMOS en parte el recurso de suplicación interpuesto por D^a. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] frente a la sentencia de 18 de octubre de 2021 del Juzgado de lo Social nº 4 de Ourense, dictada en los autos nº 756/2021 seguidos frente al Consorcio Galego de Servizos de Igualdade e Benestar, que revocamos. Todo ello estimando en parte la demanda en su día presentada, en los siguientes términos:

1º .- Declaramos el derecho de la parte actora a la conciliación, en la modalidad de adaptación de jornada, con el horario de 9 a 16 horas.

2º .- Declaramos el derecho de la parte actora a una indemnización de 3.000 euros, por los daños y perjuicios derivados de la denegación de la adaptación referida.

3º .- Todo ello con condena de la demandada a estar y pasar por tales pronunciamientos.

4º .- Sin costas.

1º.- Declaramos el derecho de la parte actora a la conciliación, en la modalidad de adaptación de jornada, con el horario de 9 a 16 horas.



2º.- Declaramos el derecho de la parte actora a una indemnización de 3.000 euros, por los daños y perjuicios derivados de la denegación de la adaptación referida.

3º.- Todo ello con condena de la demandada a estar y pasar por tales pronunciamientos.

4º.- Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento **(1552 0000 80 ó 37 **** ++)**.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución 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 tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.