



Roj: **STSJ ICAN 1341/2022 - ECLI:ES:Tsjican:2022:1341**

Id Cendoj: **35016340012022100491**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **12/09/2022**

Nº de Recurso: **759/2022**

Nº de Resolución: **931/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **OSCAR GONZALEZ PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: CON

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO  
SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº 6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: [socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org](mailto:socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org)

Proc. origen: Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente Nº proc. origen: 0000896/2021-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria

*Intervención: Interviniente:*

Recurrente MEDIA MARKT LAS ARENAS S.A

Recurrido Eugenia

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000759/2022

NIG: 3501644420210010096

Materia: Derechos

Resolución: **Sentencia** 000931/2022

*Abogado:*

IGNACIO VIÑAS RODRIGUEZ DOMINGO TARAJANO MESA

**SENTENCIA**

En Las Palmas de Gran Canaria, a 12 de septiembre de 2022.

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D<sup>a</sup>. **ÓSCAR GONZÁLEZ PRIETO** (Ponente)

Magistrados



D./D<sup>a</sup>. GLORIA POYATOS MATAS  
D./D<sup>a</sup>. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO  
D./D<sup>a</sup>. ROSARIO ARELLANO MARTÍNEZ  
D./D<sup>a</sup>. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ han pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000759/2022, interpuesto por la entidad MEDIA MARKT

LAS ARENAS S.A, frente a Sentencia 000637/2021 del Juzgado de lo Social N° 10 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos N° 0000896/2021-00 en reclamación de Derechos siendo Ponente el ILTMA. SR. Dña. **ÓSCAR GONZÁLEZ PRIETO**.

#### ANTECEDENTES DE HECHO.

**PRIMERO.-** Según consta en Autos, se presentó demanda por Dña. Eugenia , en reclamación de Derechos siendo parte demandada la Entidad MEDIA MARKT LAS ARENAS S.A y celebrado juicio y dictada Sentencia estimatoria, el día 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado de referencia.

**SEGUNDO.-** En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

*"PRIMERO.- La parte actora viene prestando servicios para la empresa demandada, con la siguiente antigüedad, categoría, salario y demás requisitos del art. 104 LJS:*

*.- Categoría: Vendedora*

*.- Antigüedad: 01.11.2011*

*.- Salario: 37,53 €/día*

*.- Forma de pago: Transferencia mensual*

*.- Jornada: Completa*

*.- Contrato: Indefinido*

*.- Centro de trabajo: Las Palmas de Gran Canaria (C.C. Las Arenas) SEGUNDO.- La actora es madre de una hija de cinco años de edad.*

*TERCERO.- El otro progenitor de la menor de edad es también trabajador de la mercantil demandada. El otro progenitor trabaja todos los días festivos.*

*CUARTO.- En virtud de Sentencia dictada en fecha 07.12.2019 por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Las Palmas de Gran Canaria, autos núm. 930/2019 , confirmada íntegramente mediante Sentencia de fecha 21.12.2020 dictada por la Sala de lo Social del TSJC, rollo núm. 806/2020 , la actora disfruta de reducción de jornada y concreción horaria, prestando servicios de lunes a sábados de 09:00 h. a 15:00 h.*

*QUINTO.- En fecha 18.10.2021 la actora solicitó a la mercantil demandada no prestar servicios los festivos que recaigan en su jornada laboral, dícese, de lunes a sábados.*

*SEXTO.- La empresa demandada, en fecha 21.10.2021, comunicó a la actora que no es posible acceder a su petición, alegando la necesidad de la presencia de su plantilla en los momentos en los que el público acude con mayor frecuencia a la tienda, siendo necesario que en los festivos de apertura la empresa esté preparada para desarrollar todo el potencial de su actividad comercial."*

**TERCERO.-** El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: "Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO la demanda interpuesta por Dña. Eugenia contra MEDIA MARKT LAS ARENAS S.A., y por ende se reconoce el derecho de la parte actora a no prestar servicios los días festivos que recaigan en su jornada laboral (de lunes a sábado), condenando a la demandada al abono de una indemnización por daños y perjuicios por importe de 1.250 euros, debiendo la demandada estar y pasar por tal declaración."

**CUARTO.-** Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte MEDIA MARKT LAS ARENAS S.A, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el 12 de septiembre de 2022.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Dña. Eugenia presta servicios como vendedora en la entidad MEDIA MARKT LAS ARENAS SA. Disfrutando de reducción de jornada, solicitó la concreción horaria siendo su deseo prestar servicios de lunes a sábado en horario de 09:00 a 15:00 horas para atender las necesidades de escolarización de su hija menor de 12 años que, tras la negativa empresarial y su impugnación judicial, fue reconocida por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 9 de Las Palmas de fecha 7 de diciembre de 2019, autos 414/2019 y confirmada íntegramente por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, de fecha 21 de diciembre de 2020, rec 806/2020.

La trabajadora, aduciendo idénticas circunstancias, solicitó no prestar servicios los festivos que recayeran en su jornada y rechazada tal petición por la empresa aduciendo la identidad de circunstancias que motivaron el reconocimiento de la concreción horaria así como razones organizativas/productivas, obtuvo favorable acogida en sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 10 de Las Palmas, en autos 896/2021, de fecha 29 de noviembre de 2021, condenando a la entidad empresarial no solo al reconocimiento de la nueva concreción sino al abono de 1.250 euros en concepto de daños y perjuicios.

Disconforme la entidad empresarial se alza en suplicación a través de la revisión fáctica y censura jurídica contenida en su escrito de interposición. El recurso fue impugnado por la representación letrada de la trabajadora.

**SEGUNDO.** Se solicitan las siguientes revisiones fácticas:

a).- Por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la LRJS interesa la recurrente la modificación del hecho probado tercero, proponiendo el siguiente tenor:

"Tercero.- El otro progenitor de la menor de edad es también trabajador de la mercantil demandada, habiéndose iniciado la relación laboral entre el otro progenitor y DIRECCION000 en fecha 17 de octubre de 2010 (cláusula cuarta del contrato de trabajo del otro progenitor). El otro progenitor no trabaja todos los días festivos, habiendo coincidido su prestación de servicios con la actora en dos días festivos de 28 festivos de los años 2020 y 2021"

Soporte documental: documento n.º 5 aportado por la mercantil (folios 61 a 63) y documentos n.º 9, 10, 11 y 12 de la misma entidad (folios 72 a 75)

Se califica de fundamental tal modificación pues la realidad sería distinta a la expresa en el relato histórico, aportándose datos trascendentes para mutar el sentido del fallo.

El motivo se estima. Entre los requisitos de prosperabilidad de los motivos de revisión fáctica se encuentra el relativa a que el error o la equivocación del juzgador se evidencien de forma patente, clara e inequívoca, sin necesidad de conjeturas, argumentaciones o razonamientos más o menos elaborados, derivándose tal conclusión de documentos obrantes en autos, lo que se denomina literosuficiencia; así como que la revisión pretendida ha de ser trascendente a los efectos de mutar el sentido del fallo, admitiéndose igualmente aquellas revisiones que vienen a reforzar argumentalmente el fallo. Además, no solo han de admitirse aquellas pretensiones revisoras a efectos de suplicación, sino que no tratándose del último grado de la jurisdicción, se han de acoger las modificaciones o revisiones fácticas que completen la narración histórica ante la eventual interposición de un recurso de casación para unificación de doctrina.

Del documento n.º 5 aportado por la mercantil (folios 61 a 63) se desprende el dato relativo a la prestación de servicios del "otro progenitor" para la misma entidad empresarial, si bien, el inicio de la relación laboral data el 17 de octubre de 2011 y no del 2010 como por error se hizo constar en el motivo analizado. Igualmente, de los folios 72 a 75 resultan otros datos de especial interés: la trabajadora prestó servicios cuatro festivos en el año 2020 y seis en el año 2021, coincidiendo en la prestación con el otro progenitor únicamente los días 25 de febrero y 8 de diciembre del 2020, igualmente se desprende que en el año 2020 y 2021 el "otro progenitor" no prestó servicios todos los festivos.

La redacción propuesta resulta de la documental citada, evidencia el error padecido por el juzgador de instancia y es trascendente a los efectos de mutar el sentido del fallo o, al menos, contextualiza el relato fáctico, constatando la identidad de circunstancias entre los distintos momentos que serán objeto de comparación.

b).- por el mismo cauce interesa la adición de un nuevo párrafo al hecho probado cuarto, del siguiente tenor.

"... según consta en el hecho probado cuarto de la sentencia de fecha 21 de diciembre de

2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, rollo número 806/2020, la trabajadora "solicitó una nueva reducción y concreción horaria, atendiendo a las necesidades de escolarización de la menor".



Soporte documental: folios 65 a 70 de las actuaciones.

El motivo se estima. La redacción propuesta resulta de los documentos expresados e identifica la causa que justificó en su momento la solicitud y concesión de la concreción horaria.

**c)** se interesa la adición al hecho probado quinto de un nuevo párrafo, cuya redacción sería lasiguiente.

"quinto.... Que en el escrito remitido a la demandada en fecha 18 de octubre de 2021, la actora solicita no prestar servicios los festivos que recaigan en su jornada laboral ya que: "me encuentro al cuidado de un hijo de cinco años de edad y que su otro progenitor es así mismo trabajador de esta empresa"

Soporte documental: folio 59 de las actuaciones.

El motivo se estima. Resulta de la documental citada y resultará relevante a los efectos de constatar la igualdad de circunstancias invocada por el recurrente. Repárese que lo pretendido por el recurrente es precisar el alcance jurídico de tal identidad una vez evidenciado que tanto la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 9 de Las Palmas de fecha 7 de diciembre de 2019 (autos 930/2019) como la posterior sentencia dictada en suplicación por esta Sala en fecha 21 de diciembre de 2020 (rec 806/2020) analizaron la cuestión controvertida desde el prisma del derecho contemplado en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores en su actual redacción, considerando excesivamente rigorista el planteamiento de la entidad empresaria que pretendía circunscribir la pretensión de la trabajadora a los límites contenidos en los artículos 37.6 y 7 del mismo texto sustantivo.

**d)** con idéntico sustento procesal interesa la modificación del hecho probado sexto, siendo la redacción resultante la que sigue.

"SEXTO.- La empresa demandada, en fecha 21 de octubre de 2021, comunicó a la actora que no es posible acceder a su petición, alegando la necesidad de la presencia de su plantilla en los momentos en los que el público acude con mayor frecuencia a la tienda, lo cual se produce durante las tardes de los fines de semana y de los días festivos, siendo necesario que en los festivos de apertura la empresa esté preparada para desarrollar todo el potencial de su actividad comercial.

Además, tal y como consta en el citado escrito, la empresa basó también su negativa al reconocimiento de la concreción horaria solicitada en que: a) no había cambiado la situación de la demandante respecto a la concreción horaria que le fue reconocida mediante la sentencia n.º 414/2019, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 9 de Las Palmas de Gran Canaria. b) la actora no aportó justificación suficiente que amparase sus necesidades para no prestar sus servicios durante los días festivos que recaigan en su jornada de trabajo".

Soporte documental: folio 60 de las actuaciones.

El motivo se estima. Resulta de la documental citada y contextualiza el relato fáctico aportando la totalidad de las razones que adujo la entidad empresarial para denegar la solicitud de la trabajadora.

**e)** por último, se solicita la adición de un nuevo hecho probado, que sería el séptimo, proponiendo el siguiente tenor.

"Las ratios de venta por franja horaria y la afluencia de clientes al centro de trabajo de la actora son superiores durante los fines de semana y los días festivos" Soporte documental: folio 64 de autos.

El motivo no puede prosperar en los términos interesados y no por su irrelevancia sino porque del documento no resulta el redactado propuesto. De tal documento cabría concluir que los ratios de venta son superiores en la franja que va desde las 16.00 hasta las 21.00 horas, y que el mayor número de visitantes se produce los fines de semana, (viernes, sábados y domingos de apertura). Nada consta de forma específica en relación con los días festivos, por lo que tal circunstancia no puede alcanzar acomodo en el relato fáctico que de ser cierto sí afectaría a la dimensión organizativa empresarial.

**TERCERO.** Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia la infracción de los artículos 34.8, 37.6 y 37.7 del Estatuto de los Trabajadores así como la doctrina judicial relativa a la acreditación de los cambios de circunstancias en los casos de nueva solicitud de concreción horaria. Subsidiariamente, y de entenderse concurrentes daño y perjuicios, se interesa una rebaja de la indemnización, ascendiendo a un total de 750 euros (cuantía y grado mínimos expuestos en los artículos 7.5 y 40.1 b LISOS).

La recurrente transcribe íntegramente los preceptos que considera vulnerados así como aquella fundamentación de la sentencia de instancia que estima perjudicial a sus intereses. A continuación, argumenta que la trabajadora no expuso motivos o razones diferentes a las concurrentes ni en su escrito de fecha 18 de octubre de 2021 ni en el acto del juicio que justifiquen un cambio de la concreción horaria reconocida mediante la sentencia n.º 414/2019, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 9 de Las Palmas de Gran Canaria, confirmada



en suplicación; añade que la trabajadora no aportó razones justificativas que motivaran la necesidad de conceder el referido cambio de la concreción horaria que venía disfrutando desde 2019.

Se alega, desde el punto de vista organizativo y productivo, que la pretensión de la trabajadora habría de afectar en el derecho de descanso y vacaciones del resto de trabajadores de la empresa, así como afectar a la organización de la empresa, siendo los fines de semana y festivos, fundamentalmente en la franja horaria de tarde, los días que mayor número de clientes visitan la tienda lo que significa una mayor facturación. Por último, se mantiene en vía suplicacional la inexistente necesidad considerando que la trabajadora y el otro progenitor coincidieron únicamente dos días festivos en el año 2020 y ninguno en el 2021, de forma que tanto el derecho de conciliación como el interés superior del menor se encontraban perfectamente tutelados, no concurriendo circunstancia obstativa alguna que exigiera adoptar medida tuitiva alguna distinta de las ya adoptadas.

La trabajadora impugnante considera "impecable" la aplicación efectuada de la normativa que se denuncia como infringida, interesando la confirmación de la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos,

**CUARTO.** El artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto nos interesa, dispone lo siguiente:

*"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..."*

En relación con los derechos de conciliación esta Sala ha venido reiterando el marcado componente de género existente, recordando lo recogido expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999 y de la Ley 3/2007 en cuanto a la necesidad de garantizar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, y corregir las detectadas desigualdades en ámbitos como el laboral, reconociendo el derecho a la conciliación de la vida personal personal, familiar y laboral, fomentando una mayor corresponsabilidad en la asunción de las obligaciones familiares.

En particular incidíamos en el contenido del artículo 14 de la Ley 3/2007 que impone a los poderes público el deber de garantizar, entre otros, el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia; y en su artículo 44.1º en cuanto al reconocimiento de tales derechos "...en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio."

Derechos de conciliación con marcada dimensión internacional. Así, citamos la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP, derogada y sustituida por 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 BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujeres

(CEDAW) aprobada por la Asamblea General en 1979 y ratificada por España en 1.984; el Convenio de la OIT nº 156 "sobre los trabajadores con responsabilidades familiares" de 1981 y ratificado por España el 11 de septiembre de 1985; la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 y ratificada por España en Instrumento de 25 de abril de 1980.

Hemos de añadir, para completar las referencias normativas internacionales, la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, reconociéndose un derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de sus obligaciones de cuidado a favor de los trabajadores con hijos de hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años, y los cuidadores (artículo 9.1). Contempla también la obligación del empleador de estudiar y atender



las solicitudes en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores, justificando cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas (artículo 9.2), con la finalidad de animar a los trabajadores progenitores y cuidadores a permanecer en el mercado laboral permitiendo adaptar su calendario de trabajo a sus necesidades y preferencias personales. Y si bien la Directiva se encuentra en plazo de transposición (2 de agosto de 2022), sus principios inspiradores aparecen ya recogidos en la redacción del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, tras la modificación operada por el Real Decreto Ley 6/2019. Específicamente se introduce, en ausencia de criterios convencionales, una vía de negociación individual de la persona trabajadora y la empresa de treinta días de duración como máximo, destacando que las "adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación a las necesidades organizativas y productivas de la empresa". Una vez finalizada la negociación, la empresa planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio y en este caso, "se5 indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión"

Continuábamos destacando doctrina constitucional en materia de control de convencionalidad internacional (STC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018) y sobre la dimensión constitucional del ejercicio de los permisos previstos en el art. 37.6º y 34.8º del ET, recogiendo la fundamentación jurídica de la sentencia del TC 3/2007 de 15 de enero de 2007 en los siguientes términos:

*"(...) reconocida la incidencia que la denegación del ejercicio de uno de los permisos parentales establecidos en la ley puede tener en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, es lo cierto que el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego(.), los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE , si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. (.)*

( Sentencias de esta Sala de 21 de diciembre de 2020, rec 86/2020; 2 de junio de 2020, rc 184/2020, 14 de febrero de 2020, rec 243/2020, entre otras).

**QUINTO.-** En el intento de fijar criterio y proporcionar seguridad jurídica en la materia, en la sentencia de esta Sala de fecha 3 de marzo de 2022, rec 1813/2021 analizábamos la naturaleza del derecho reconocido en el actual 34.8 el Estatuto de los Trabajadores y dijimos que se trata de un auténtico derecho de conciliación condicionado a la razonabilidad y proporcionalidad de la adaptación solicitada y atendidas las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En términos absolutos, cualquier medida tendente a hacer efectivo el derecho a la conciliación resultaría razonable, salvo que obedeciera al mero capricho o a un ejercicio abusivo del derecho no susceptible de tutela. Sin embargo, no nos encontramos ante un derecho subjetivo absoluto, sino condicionado atendiendo a parámetros de proporcionalidad, en su pugna con el derecho de libertad de empresa, organización y dirección empresarial, también de proyección constitucional, y sin despreciar derechos de terceros que pudieran verse afectados, cuya incolumidad ha de garantizarse salvo que deban ceder ante derechos de preferente protección. Y en esta pugna, se ha de descender al caso concreto a los efectos de dilucidar si el sacrificio que comporta la efectividad de los derechos conciliatorios se encuentra justificado.

No existe una libre configuración de la jornada de trabajo por parte de la persona trabajadora ( SSTS TS 13-6-08), ni un derecho de modificación unilateral, sino el derecho a iniciar una negociación de buena fe que deberá ser aceptada por el empresario con la finalidad de alcanzar un acuerdo conciliatorio, planteando cambios con efecto útil para el interés de cuidado, en el ámbito de unos límites intrínsecos que se identificarían con un uso abusivo o injustificado del derecho tanto desde el punto de vista del sujeto causante como desde la perspectiva temporal ante una necesidad colmada, y unos límites extrínsecos, ante la imposibilidad de exigir a la empresa aquello que sea irrazonable o desproporcionado, tanto desde un punto de vista organizativo como de acopio y disposición de recursos materiales y personales, siguiendo la máxima de la inexigibilidad de las obligaciones de imposible cumplimiento.

Y si bien la consideración superior del derecho de la persona trabajadora frente a los intereses empresariales es el criterio judicial más invocado, ello no excusa el agotamiento de la diligencia exigible a quien pretende configurar su tiempo de trabajo frente, en contra o a pesar de las facultades organizativas de la entidad empresarial. Esa diligencia, inherente al concepto de buena fe, se correspondería con el suministro de cuanta información personal resulte de interés para la identificación del derecho, la graduación de su preferencia y su reconocimiento y efectividad frente a la organización empresarial, entre otra, la relativa a la condición de madre, padre y la relación de cuidados cuya satisfacción se pretende, las circunstancias personales y profesionales,



en particular aquellas que configuraran un mejor derecho frente a hipotéticos afectados, las circunstancias personales del sujeto causante que acrediten el interés, así como los datos referentes a la concreción del horario o periodo de disfrute que se pretende. Y atendida tal diligencia, si la denegación empresarial no se funda en una causa organizativa reforzada, hemos de entender que el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores prioriza la posición del titular del derecho de conciliación a la adaptación razonable. Información que se ha de extender no solo a las circunstancias personales o familiares de la persona solicitante, sino también a las del otro progenitor en lógico intento de alcanzar un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, la corresponsabilidad, tal y como establece igualmente el Tribunal Constitucional en sus sentencias 26/2011 de 14 de marzo de 2011 y 119/2021, de 31 de mayo de 2021.

Y en la pugna de los derechos en conflicto, su judicialización implicará, según la doctrina constitucional recogida en la conocida STC 3/2007, ponderar todas las circunstancias concurrentes, destacando entre ellas a juicio del TC, las "*dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa*". Por tanto, corresponderá al empresario demostrar en estos casos, el perjuicio organizativo o/y económico que le supondría la aceptación de la concreción horaria que pretenda la trabajadora.

No nos detuvimos en el examen de la naturaleza, límites y forma de ejercicio del derecho, sino que hemos analizado supuestos en los que se pretendía la modificación de una jornada ya adaptada. En nuestra sentencia de fecha 31 de marzo de 2022 (rec 1228/2021) afirmamos la existencia de todo un abanico de fórmulas posibles, y que la opción por una de ellas no descarta la virtualidad conciliatoria de las no elegidas y/o no adoptadas. Nos planteamos si en un supuesto como el sometido a consideración, en el que la persona trabajadora con jornada adaptada considera con el devenir del tiempo que erró en su propuesta porque con ella no logra la satisfacción de sus necesidades, ha de exigirse una motivación de por qué no resulta útil a su finalidad la jornada adaptada de la que venía disfrutando - en qué ha cambiado su esfera familiar -, o es factible retroceder en el tiempo para enmendar el supuesto error electivo y proponer cualquiera otra de las posibles fórmulas de inicio que ahora, con la experiencia acumulada, se considera la más ajustada al propósito conciliatorio.

Consideramos que la exigencia alegatoria y probatoria debe ser la misma que en los casos en que la nueva adaptación se interese por un cambio de circunstancias, es decir, ha de contemplar la situación existente en el momento de la solicitud, esta es la que impide conciliar y es la que debe constituir la base de la propuesta. La adaptación de jornada no agota el derecho, que puede ser ejercitado las veces que sean necesarias para lograr el propósito hasta que el hijo alcance los doce años, pero el responsable ejercicio del derecho pasa por asumir sus consecuencias, por lo que cualquier petición en tal sentido exigirá motivar la necesidad atendiendo a las circunstancias concurrentes en el momento de efectuarla.

La petición - propuesta y motivación - de adaptación determina la apertura de un proceso negociador y en función del resultado del mismo el eventual ejercicio de acción en reconocimiento del derecho.

La propuesta constituye el eje de la negociación. La motivación, en aras de la buena fe, ha de mantenerse en la negociación y, llegado el caso, en el acto de juicio.

**SEXTO.-** La resolución del presente recurso conforme a los criterios expuestos exige partir de los siguientes datos que se estiman relevantes:

-La trabajadora fue contratada para prestar servicios como vendedora, a tiempo completo, de lunes a domingos, disfrutando de los descansos preceptivos. En un primer momento, y consecuencia del nacimiento de su hija, solicitó y le fue concedida reducción de jornada y concreción horaria, pasando a trabajar de lunes a domingo en turnos de mañana (de 09:00 a 15.001 horas) y de tarde (de 14:30 a 20:30 horas).

-En julio de 2019 solicitó nueva concreción horaria, por razones de escolarización de su hija, pretendiendo la prestación de servicios de lunes a sábado, en horario de 09.00 a 15:00 horas, que tras su rechazo por la entidad empleadora y su impugnación judicial, fue reconocida por sentencia de fecha 7 de diciembre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 9 de Las Palmas en autos 930/2019, y confirmada en suplicación por sentencia de esta Sala de fecha 21 de diciembre de 2020, rollo 806/2020.

-El otro progenitor de la menor presta servicios en la misma entidad mercantil, y lo hacía con anterioridad a la contratación de la trabajadora accionante, en jornada semanal de lunes a domingo, con los descansos legales. No existe exigencia contractual de disponibilidad para prestar servicios en festivos.

-Durante el año 2020 ambos progenitores coincidieron en la prestación de servicios en festivos dos días, y ninguno en el año 2021.

-En fecha 18 de octubre de 2021 la trabajadora solicitó nueva concreción horaria en los siguientes términos: "que, considerando que me encuentro al cuidado de un hijo de cinco años de edad y que su otro progenitor es



asimismo trabajador de esta empresa, a medio de la presente vengo a solicitar no prestar servicios los festivos que recaigan en mi jornada laboral, dícese, de lunes a sábados...".

Como venimos manteniendo, la opción por una de las alternativas de conciliación posibles no agota el derecho, que podrá ser ejercitado tantas veces como sea necesario hasta alcanzar la satisfacción del propósito conciliatorio, si bien, con idéntica exigencia alegatoria y probatoria en relación con la persistencia de la necesidad como del eventual cambio de circunstancias que inhabilita el previo intento de conciliación. El relato de hechos probados, con las precisiones y adiciones alcanzadas tras el éxito de los motivos de revisión fáctica, narra una situación idéntica a la que motivó el reconocimiento de la inicial concreción horaria (lunes a sábado, de 09:00 a 15:00), sin que circunstancia alguna relativa a la persistente necesidad o alteración de las de carácter familiar, se haya invocado para justificar una nueva modificación con la consiguiente limitación de la potestad organizativa empresarial. Así, el otro progenitor presta servicios en la misma empresa que la trabajadora, pero ya lo hacía en el momento de la inicial solicitud, siendo el régimen de la prestación idéntico desde el inicio de la relación laboral, comprendiendo los festivos no coincidentes con descanso preceptivo (días libres y vacaciones), sin que exista obligación contractual alguna relativa a la disponibilidad en festivo a requerimiento empresarial. Tampoco ha variado la necesidad, pues si la inicial concreción fue motivada por la escolarización de la menor, tal circunstancia persiste en la actualidad, sin mayores precisiones o exigencias. El desarrollo holístico de la menor no altera, en este caso, la necesidad, pues como decíamos en nuestra sentencia de fecha 3 de marzo de 2022 (rec 1813/2021) todo menor precisa del cuidado, atención y protección de sus progenitores; cuidados que se han de valorar en términos de proporcionalidad y racionalidad cuando se tratan de imponer a derechos y libertades también con proyección y reconocimiento constitucional.

La trabajadora solicitó inicialmente una jornada de trabajo y una concreción horaria que entendió colmaba las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral, pretensión que mantuvo hasta su reconocimiento judicial por sentencia de fecha 7 de diciembre de 2019. La solicitud y reconocimiento judicial partieron de una situación fáctica que es la misma a la contemplada: una menor escolarizada, hija de unos progenitores que prestan servicios en la misma empresa, prestación que comprende el trabajo en festivos cuando no coincida con libranza. Y hemos de precisar, que desde la efectividad del inicial reconocimiento, la coincidencia en festivos ha sido mínima. Así, al tiempo de la solicitud (18 de octubre de 2020) y del reconocimiento judicial (7 de diciembre de 2020), únicamente hubo coincidencia un día festivo (dos al concluir la anualidad, y no hubo coincidencia alguna en el año 2021. Por lo tanto, no es posible afirmar una visibilización ulterior de unas necesidades que, preexistiendo, se materializaron en su efectos con posterioridad al inicial reconocimiento de la efectiva medida implantada, ni nuevas circunstancias familiares que pudieran justificar objetivamente la mutación en el régimen de prestación. Como venimos reiterando, la adaptación de jornada no agota el derecho, que puede ser ejercitado las veces que sean necesarias para lograr el propósito hasta que el hijo alcance los doce años, pero el responsable ejercicio del derecho pasa por asumir sus consecuencias, por lo que cualquier petición en tal sentido exigirá motivar la necesidad atendiendo a las circunstancias concurrentes en el momento de efectuarla.

No existe motivación alguna distinta, ni alteración de la necesidad, siendo idénticas las circunstancias familiares, habiéndose sustraído de nuestro conocimiento el por qué la medida de conciliación adoptada judicialmente y que colmó las exigencias de la trabajadora ha dejado de cumplir tal objetivo, especialmente cuando ha resultado evidenciado que la necesidad ahora invocada no solo ya concurría con anterioridad al inicial reconocimiento sino que carecería de la entidad suficiente para alterar de nuevo el régimen de prestación, al menos, en los términos pretendidos por la actora y que han obtenido favorable acogida en la sentencia de instancia.

Ninguna duda debe existir sobre la necesidad de tutelar los derechos de conciliación partiendo de su carácter limitado y condicionado, así como sobre la necesidad de integrar tales derechos desde una perspectiva de género y de protección a la infancia, como reiteradamente venimos realizando. Pero lo que no es posible es atender peticiones que carecen de la mínima justificación, razonamiento o motivación, limitándose a la invocación del presupuesto objetivo de la existencia de un/a menor, en el intento de transformar el derecho de conciliación en un derecho absoluto; como tampoco habría de encontrar amparo en esta Sala el ejercicio caprichoso o abusivo de un derecho, aún cuando se reconozca su carácter condicionado o limitado. Ni la perspectiva de género resulta aplicable en todo caso, so riesgo de banalizar su recurso, ni transforma, por extensión, la naturaleza limitada de un derecho al margen de lo previsto expresamente por el legislador.

Tanto si atendemos a la falta de concurrencia de los elementos constitutivos del derecho a conciliar en la petición dirigida a la empresa, cuanto a la falta de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas propuestas y acogidas en la sentencia de instancia huelga entrar a examinar el perjuicio organizativo y/o económico que supondría a la empresa, pues negado en el caso concreto en atención a las circunstancias concurrentes la propia existencia del derecho a la conciliación en los términos pretendidos que, recordamos, no constituye





derecho absoluto sino condicionado y limitado, no existen intereses encontrados que haya que ponderar. El motivo de censura jurídica ha de ser estimado, lo que ha de motivar la revocación íntegra de la sentencia dictada en instancia con desestimación de la demanda que en su día fuera interpuesta por la trabajadora. Evidentemente, la estimación del motivo de censura jurídica se ha de extender al reconocimiento que en la sentencia de instancia se efectuó en materia de indemnización de daños y perjuicios, dejando sin efecto tal reconocimiento, pues no existe incumplimiento alguno imputable a la entidad empleadora susceptible de generar daño moral que precise de reparación.

**SÉPTIMO.** No procede pronunciamiento en materia de costas procesales.

Vistos los artículos legales y demás de pertinente y general aplicación,

## FALLAMOS

**Estimamos** el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la entidad MEDIA MARK LAS ARENAS SA, contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2021 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos 896/2021 sobre derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y con revocación de la misma desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por Dña. Eugenia absolviendo a mercantil MEDIA MARK LAS ARENAS SA de todas las pretensiones ejercitadas en su contra. Sin costas.

## VOTO PARTICULAR que emite la Magistrada D<sup>a</sup> GLÒRIA POYATOS MATAS.

Haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 260.2 de la LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada, por discrepar, con la mayor consideración y profundo respeto, de la opinión de la mayoría de la Sala, considerando que debió desestimarse el recurso de suplicación planteado por la empresa MEDIA MARK y confirmarse la sentencia de instancia que tuteló el derecho de la trabajadora a la ordenación de su tiempo de trabajo por razón de la demanda de cuidados de la hija de la actora, de cinco años de edad ( art. 34.8 ET), y que se traduce en su derecho a no trabajar los (14) festivos que coincidan con su jornada de lunes a sábado y a percibir una indemnización por daño moral, que se cuantificó en 1.250 euros por el juzgador de instancia.

**PRIMERO.** - La mayoría de la Sala se ha pronunciado a favor de estimar el recurso de suplicación de la empresa, revocando el derecho que le fue reconocido a la actora para poder conciliar su vida laboral y familiar, así como la correspondiente indemnización por daño moral. Sustancialmente, porque:

*"no es posible es atender peticiones que carecen de la mínima justificación, razonamiento o motivación, limitándose a la invocación del presupuesto objetivo de la existencia de un/a menor, en el intento de transformar el derecho de conciliación en un derecho absoluto; como tampoco habría de encontrar amparo en esta Sala el ejercicio caprichoso o abusivo de un derecho, aún cuando se reconozca su carácter condicionado o limitado. Ni la perspectiva de género resulta aplicable en todo caso, so riesgo de banalizar su recurso, ni transforma, por extensión, la naturaleza limitada de un derecho al margen de lo previsto expresamente por el legislador. (FJ6º)"*

Esto es, el criterio mayoritario entendió que **la actora no probó la concurrencia de un cambio de circunstancias familiares que justificase su petición de no trabajar en festivos anuales coincidentes con su jornada laboral**, en relación a su última petición de adaptación horaria efectuada el 25/7/2019. Por ello la Sala omite entrar en el fondo del asunto y no analiza las razones organizativas esgrimidas por la empresa, al considerar que: *"Tanto si atendemos a la falta de concurrencia de los elementos constitutivos del derecho a conciliar en la petición dirigida a la empresa, cuanto a la falta de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas propuestas y acogidas en la sentencia de instancia huelga entrar a examinar el perjuicio organizativo y/o económico que supondría a la empresa, pues negado en el caso concreto en atención a las circunstancias concurrentes la propia existencia del derecho a la conciliación en los términos pretendidos que, recordamos, no constituye derecho absoluto sino condicionado y limitado, no existen intereses encontrados que haya que ponderar"* (FJ6º)

Mi criterio disidente, reitero, desde el máximo respeto al criterio jurídico mayoritario, descansa en la ausencia de integración real (más allá de la dicción) de las **perspectivas de género e infancia** en el enjuiciamiento del caso. Ello es así porque siendo incuestionable el desproporcionado impacto de género del ejercicio de derechos de conciliación familiar y laboral, se omite cumplir el mandato internacional de **diligencia debida** que obliga a quienes juzgamos, a la remoción de los obstáculos (procesales y materiales) impeditivos de la consecución de la igualdad sustancial, en armonía con el mandato contenido en el art. 9.2 en relación con el art. 1.1 y 14 de la CE, debiendo incluso apartar la norma interna con rango de ley y dar prevalencia aplicativa al Tratado internacional en cumplimiento del *"control de convencionalidad"* ( SSTC 140/2018 y 156/2021). En palabras del Tribunal Constitucional:



"Los valores no conciernen solo al legislador sino a todos lo poderes del Estado que deben tender a la igualdad sustancial (...) El art. 9.2 expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no solo la igualdad formal sino también la Igualdad sustantiva (...)" ( STC 12/2008 de 29 de enero)

"La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la proclamación del derecho a la igualdad sino que a continuación el precepto se refiere a la prohibición de discriminación, entre otros motivos "por razón de sexo". Tal tipo de discriminación comprende no solo el tratamiento peyorativo que se funda en la pura y simple constatación del sexo de la persona afectada, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo y la maternidad (...) esta protección constitucional vinculada a factores diferenciales que inciden en las mujeres no se detiene en el embarazo y subsiguiente maternidad , sino que se extiende también al ejercicio por la trabajadora de los "derechos asociados a la maternidad" (...) se trata de derechos que inciden de modo singular en las mujeres , al ser las que principalmente asumen el cuidado de los hijos de corta edad y sufren, por ello, mayores dificultades para su inserción laboral y su mantenimiento en el mercado de trabajo"( STC 79/2020 de 2 de julio).

**El principio de diligencia debida ( arts. 9.2 , 10.2 y 96.1 CE ) vincula a todos los poderes del Estado** y cuando se trata de derechos fundamentales ( art. 14 CE y 21.1, 24.2 de la CDFUE), protegidos, además, por Tratados internacionales y Regionales de Derechos Humanos (CEDAW, CEDH, Convención Derechos del Niño), debe prevalecer el principio "pro persona" frente a interpretaciones procesales rigoristas que limiten el acceso a la justicia, especialmente, de las mujeres trabajadoras, como sucede en este caso. Tal principio exige de quienes juzgamos "cumplir" (realmente) con los mandatos internacionales (Recomendación General nº 16 sobre igualdad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

En esa línea se ha pronunciado el TC en sus **SSTC 140/2018 y 113/2021** que nos recuerda:

*"La interdicción de aquellas decisiones impeditivas de un pronunciamiento sobre el fondo que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad (así, STC 63/2021, de 15 de marzo , FJ 3). Aparece reforzada en el caso en que la pretensión objeto de respuesta esté vinculada a derechos fundamentales sustantivos o intereses de relevancia constitucional (...) No cabe una motivación estereotipada ni la mera constatación apodíctica de que "no se cumplen las circunstancias" que la ley exige ni la justificación en el carácter discrecional de la potestad que se ejerce, pues las potestades discrecionales deben también ejercerse motivadamente".*

Tampoco se ha tenido en cuenta que el RD 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 redefinió el actual art. 34.8º ET, recuerda que: *"los poderes públicos están obligados a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres (...)"*

Exigir a la actora el requisito de probar un "cambio de circunstancias familiares" desde el 25/7/19 hasta el momento actual, para poder analizar el fondo de su petición de conciliar, se traduce en adicionar un requisito más, inexistente en el texto legal, para el ejercicio del derecho contenido en el art. 34.8º ET, con impacto constitucional. Este requisito añadido, se alza como un impedimento (procesal) en el acceso a la tutela judicial que tiene un impacto desproporcionado de género, al ser ellas quienes estadísticamente cuidan e interponen más acciones de este tipo. Recuérdese que, según los datos aportados por el **CGPJ** en el estudio denominado "Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según regulación de la LO 3/2007 para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres" (2016), el 84% de las acciones judiciales en materia de conciliación laboral y familiar se plantean por las trabajadoras frente a sus compañeros varones. Las estadísticas aportadas por Eurostat y el INE en el informe denominado "La vida de las mujeres y los hombres en Europa", edición 2020" evidencian que la tasa de empleo masculina es superior a la de las mujeres (un 74%) y dicha tasa de empleo aumenta con el número de hijos. Y hace unos días, el 7 de septiembre de 2022 fue presentada la "Estrategia Europea de Cuidados" de la Comisión Europea en la que se recuerda que un total de 7'7 millones de mujeres han dejado su empleo debido a las responsabilidades asistenciales. En esta Estrategia se destacan las palabras de la Comisaria Europea de Igualdad, Helena Dalli:

*"Invertir en cuidados es una inversión en igualdad de género y justicia social. Nuestra iniciativa consiste en garantizar que todas las personas con responsabilidades asistenciales, especialmente las mujeres, puedan realmente elegir a la hora de combinar la vida privada y la vida profesional. Unos cuidados de calidad asequibles y accesibles garantizan que las personas que reciben cuidados, incluidos los niños, las personas mayores y las personas con discapacidad, tengan una mayor capacidad y disfruten plenamente de sus derechos. Invertir en cuidados supone garantizar la igualdad de opciones, la dignidad y la autodeterminación"*

En el caso que nos ocupa, ni se ha alegado ni concurre cosa juzgada, siquiera en faz de efecto positivo o prejudicial, pues en el procedimiento anterior, ya juzgado por la sentencia de fecha 7 de diciembre de 2019



(autos 930/2019) del juzgado social nº 9, nada se decía respecto al trabajo en días festivos anuales (regulados en el art. 37.2 ET), reduciéndose la petición de la actora a la concreción horaria semanal (de lunes a sábado de 9:00 a 15:00 horas). Así, reza literalmente en el fallo de la sentencia, confirmada por esta Sala (Rec. 806/2020): *"declarando el derecho de la trabajadora a reducir su jornada y concretar el horario de trabajo en los siguientes términos: lunes a sábado de 9:00 a 15:00 horas, sin que proceda indemnización adicional de daños y perjuicios alguna"*.

Por tanto, el derecho de la actora a descansar los 14 festivos anuales coincidentes con su jornada laboral, para atender los cuidados de su hija, ni fue debatido ni fue juzgado con anterioridad. Entenderlo de otro modo, supone efectuar una interpretación rigorista, en términos procesales, del derecho ejercitado, con doble impacto constitucional (art. 14 y 39 CE), sin aplicar los principios de progresividad y *pro persona* que deben regir en la aplicación de los mandatos internacionales (CEDAW y Convención de los Derechos del Niño).

Cuestión diferente fue lo resuelto por esta Sala en nuestra sentencia de 1 de septiembre de 2020 (Rec. 197/2020), en la que tuvimos que analizar la concurrencia de un cambio de circunstancias familiares porque la concreción horaria solicitada por la actora ya había sido debatida y resuelta por sentencia (firme) en sentido desestimatorio, en un pleito anterior. En aquel caso, ante demandas idénticas entre idénticas partes, se alegaba cosa juzgada lo que nos exigió un exhaustivo análisis de las circunstancias personales y familiares de la demandante, por razones de seguridad jurídica, pero ello no acontece en este caso.

Y tampoco considero aplicable aquí lo resuelto en nuestra sentencia de 31 de marzo de 2022 (Rec. 1228/2021), pues consideramos que la nueva petición de adaptación horaria de la actora quedaba: *"extra muros del art. 34.8 ET"* (sic) porque *"lo que la trabajadora pretendía era poder estar más tiempo con su pareja, que no es dependiente, y ni la pareja- dadas las circunstancias- es sujeto causante del derecho (...)"* (FJ5º).

Por tanto, la exigencia de probanza de *"un cambio de circunstancias familiares"* solo es razonable cuando puede verse afectado el instituto de la cosa juzgada o concurre mala fe por la parte actora que, en este caso, no se alega por la recurrente.

Dicho lo anterior, considero, en cualquier caso, que sí concurre un cambio de circunstancias familiares que podría haberse apreciado por la Sala, de haber descendido al análisis de fondo, integrando la perspectiva de infancia en la resolución de la controversia tal y como indicaré en el siguiente apartado.

**SEGUNDO.**- A continuación, detallo la fundamentación jurídica que, desde el respeto más absoluto al criterio mayoritario, debió incluirse en la sentencia.

**2.1º**-Respecto a las modificaciones fácticas propuestas, las considero irrelevantes para mutar el fallo por lo que debieron desestimarse en su totalidad.

**2.2º**- En el motivo de infracción jurídica, al amparo del art. 193 c) de la LRJS, se denuncia la infracción los arts. 34.8, 37.6 y 37.7 del ET y se combate también la indemnización por daños y perjuicios (daño moral) a la que fue condenada la empresa y subsidiariamente se pide la rebaja de la indemnización a la cantidad de 750 euros (cuantía mínima y grado mínimo del art. 7.5 y 40.1 b) de la LISOS (por error mecanográfico se refiere a la LRJS), atendiendo a los motivos concurrentes .

#### **A)- Hechos relevantes**

-La actora presta servicios para la demandada, a jornada completa, con la categoría profesional de vendedora y una antigüedad de 1 de noviembre de 2011. (hecho probado primero- HP1º-)

-Es madre de una **niña nacida el NUM000 2016** (HP2º y Sentencia de esta Sala-Rec. 806/2020).

-S **olicitó concreción horaria de su jornada ya reducida por cuidado de su hija en fecha 25 de julio de 2019**, que dio lugar a la sentencia del juzgado de lo social nº 9 de Las Palmas (Rec. 930/2019), confirmada por nuestra sentencia de 21 de diciembre de 2020 (Rec. 806/2020). En dicha sentencia se estima la concreción horaria de la jornada solicitada por la actora de lunes a sábado de 9:00 a 15:00 horas. (HP4º y Sentencia de esta Sala referida).

-El otro progenitor de la niña es también trabajador de la demandada y presta servicios los días festivos.

-En fecha **18 de octubre de 2021** la actora solicitó a la mercantil **demandada no prestar servicios los festivos que coincidan con su jornada laboral**, dicese, de lunes a sábados.

- La empresa, **en fecha 21 de octubre de 2021 comunicó a la actora que no es posible acceder a su petición**, alegando la necesidad de la presencia de su plantilla en los momentos en los que el público acude con mayor frecuencia a la tienda, siendo necesario que en los festivos de apertura la empresa esté preparada para desarrollar todo el potencial de su actividad comercial.

**B)-Objeto del recurso.**

Se ejerce por la actora su derecho a adaptar, nuevamente, la jornada que tiene reducida, siendo la causante de tal derecho, su hija nacida en el año 2016. Se trata del derecho regulado en el art. 34.8 del ET en relación con el art. 37.6 y 7 del ET. Se pide que le sea reconocido su derecho a no trabajar los festivos que coincidan con su jornada laboral (de lunes a sábado).

La sentencia de instancia estima tal pretensión y condena a la empresa a abonar a la trabajadora una indemnización reparadora del daño moral.

La empresa entiende que no procede reconocer el derecho reclamado por no haberse probado un cambio de circunstancias familiares que justifiquen esta nueva petición y, además, por concurrir razones organizativas y productivas que impiden a la empresa reconocer el derecho. **C)- Normativa de aplicación.**

**Perspectivas de género e infancia en el enjuiciamiento del caso**

Debemos partir del incuestionable impacto de género y constitucional ( arts. 14 y 39 CE) del derecho ejercido por la actora a la adaptación horaria en base al art. 34.8º del ET. El propio RD 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 le ha dado su actual redacción ya advierte en su Exposición de Motivos:

*"(...) El derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. (...) Por ello, son contrarias al derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres las discriminaciones directas e indirectas; el acoso sexual y el acoso por razón de sexo; la discriminación por el embarazo, la maternidad, la asunción de obligaciones familiares o el ejercicio de los derechos de corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral. (...) En este sentido, los poderes públicos están obligados a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. Es esencial tener presente que, en la relación de trabajo, las personas trabajadoras, mujeres u hombres, tienen derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo e indirecto por razón de sexo".*

La demandante reclama su derecho a conciliar trabajo y familia, y derivado de ello, la adaptación de su tiempo de trabajo a tenor de las necesidades familiares y de cuidados que le demanda su hija que, al momento de la petición, 18/10/21, contaba 5 años de edad. Tal y como hemos venido reiterando en distintas sentencias dictadas por esta Sala, se hace necesario integrar las perspectivas de género y de infancia en el enjuiciamiento de casos de conciliación familiar y laboral en los que el/la causante del derecho es un niño/a, entre otras, podemos referir nuestra sentencia de 12 de marzo de 2019 (Rec. 19/2019) , de 12 de marzo de 2019 (Rec. 19/2019) , de 13 de diciembre de 2019 (Rec. 890/2019); de 1 de septiembre de 2020 (Rec. 197/2020) o de 3 de febrero de 2022 (Rec.1792/2021-).

-El derecho de conciliación del tiempo dedicado a familia y trabajo tiene un marcado componente de género que conviene recordar, pues así se recoge expresamente en la **Exposición de Motivos de la Ley 39/1999**:

*"La Constitución Española recoge en su artículo 14 el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición. En el artículo 39.1, el texto constitucional establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el artículo 9.2, atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (...)"*

-De otro lado, también en la **Ley 3/2007**, en su Exposición de Motivos recoge:

*"El logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares. (...) Especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa.*

*(...)"*

El artículo 14 establece que los poderes públicos deben garantizar:

"(...) 7. La protección de la maternidad (...). El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.

(...)"

Y el Artículo 44.1:

"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, evitando toda discriminación basada en su ejercicio."

-La **Directiva 2019/1158 de 20 de junio , sobre conciliación de la vida familiar y profesional**, que promueve criterios de flexibilidad para facilitar la conciliación de la vida familiar de las personas trabajadoras, recuerda el impacto de género de los cuidados en su párrafo 11:

"El desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres incrementa los estereotipos y las diferencias de género en materia laboral y familiar. Las políticas de igualdad de trato deben orientarse a hacer frente al problema de los estereotipos en las profesiones y funciones tanto masculinos como femeninos, y se anima a los interlocutores sociales a que cumplan su papel de informar tanto a trabajadores como a empleadores, y sensibilicen sobre la necesidad de combatir la discriminación. Asimismo, ha quedado demostrado que las fórmulas para conciliar la vida familiar y la vida profesional, como los permisos o las fórmulas de trabajo flexible, tienen un impacto positivo en la reducción de la carga relativa de trabajo familiar no remunerado que recae sobre las mujeres (...)"

-La Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación de las Mujeres (**CEDAW**) aprobada por la Asamblea General en 1979, entró en vigor en 1981, siendo ratificada por España en 1.984. La propia Convención creó "el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la mujer" que examina los progresos realizados por los diferentes Estados Parte.

La Convención, en su artículo 11.1º y 2º c) dispone lo siguiente:

"1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: (...)

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: (...)

c)-Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños (...)"

-También el Convenio de la OIT nº 156 "sobre los trabajadores con responsabilidades familiares" de 1981 y ratificado por España el 11 de septiembre de 1985, establece en sus arts. 3 y 4 lo siguiente:

"Artículo 3: 1. Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. (...)

Artículo 4: Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para:

(a) permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo;

(b) tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social."

Y más específicamente en su artículo artículo 9 :

"Las disposiciones del presente Convenio podrán aplicarse por vía legislativa, convenios colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales, decisiones judiciales, o mediante una combinación de tales medidas, o de cualquier otra forma apropiada que sea conforme a la práctica nacional y tenga en cuenta las condiciones nacionales".



- **El art. 8.3º de la Carta Social Europea**, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 y ratificada por España en Instrumento de 25 de abril de 1980, establece el derecho de las trabajadoras a protección, con el compromiso de los estados contratantes a :

*"A garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo".*

Y el art. 16 insiste en el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica.

-Tal y como se ha venido fijando por nuestro Tribunal Constitucional ( TC), debiendo destacarse la reciente **Sentencia 140/2018 (pleno), de 20 de diciembre de 2018** , corresponde a los jueces y juezas , en cada caso concreto, realizar el correspondiente control de convencionalidad internacional, en el sistema español mediante la selección de derecho aplicable al supuesto controvertido , y ello debe proyectarse en la interpretación de lo dispuesto en los Tratados internacionales de aplicación. ( STS 102/2002 FJ 7), así como en el análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. De otro lado y en cuanto al fondo del derecho a la reducción y concreción horaria por cuidado de un niño o niña, también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la dimensión constitucional del ejercicio de los permisos previstos en el art. 37.6º y 34.8º del ET en la **Sentencia del TC 3/2007 de 15 de enero de 2007** en cuya fundamentación jurídica se recoge:

*"(...) reconocida la incidencia que la denegación del ejercicio de uno de los permisos parentales establecidos en la ley puede tener en la vulneración del*

*derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, es lo cierto que el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego(...), los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE , si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. (...) La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo ( art. 14 CE ) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia ( art. 39 CE ), **ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa**. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego(...)"*

### **C.1)- Integración de la perspectiva de género.**

El impacto desproporcionado de género que tienen los derechos vinculados a la conciliación familiar y laboral nos lleva, como poder público, a integrar obligatoriamente la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho reclamado, a tenor del mandato contenido en el art. 4 de la LO 3/2007, proyectada en la interpretación y aplicación del derecho contenido en el art.34. 8 del ET en relación con el art. 1, 9.2º, 14 y 39 de la CE . Además, el derecho a la igualdad y no discriminación, como derecho humano que es, conlleva el cumplimiento del principio de diligencia debida que exige del Estado, a través de todos sus poderes (incluido el judicial) , respetar, proteger y garantizar el cumplimiento efectivo de este derecho humano para lograr la igualdad de facto, que no de iure ( art. 2 f) y 5. A) de la CEDAW, en relación con las Recomendaciones 28 y 33 del Comité Cedaw y arts. 10.2º y 96 de la CE ).

Debe añadirse , también, que tratándose de un derecho humano, debe regirse en su interpretación y aplicación por los principios de universalidad, integralidad y el principio *pro persona* , que exige una interpretación garantizadora y favorable en la protección del derecho, en aquellos casos en los que se involucren relaciones asimétricas entre mujeres y hombres , como sucede en el ejercicio del derecho a conciliar familia y trabajo , ejercitado mayoritariamente por las mujeres trabajadoras, siendo por tanto su impacto de género incuestionable.

### **C.2)- Aplicación de la perspectiva de Infancia en el ejercicio del derecho laboral a la conciliación familiar, cuando el causante es un niño/a**

Pero, además, existe otro impacto sobre la niña causante de la petición de adaptación horaria, y que puede verse privada de su derecho a recibir el cuidado y atención familiar que requiere, en una fase esencial en su corta vida, en la que necesita el contacto emocional derivado del vínculo afectivo que se establece con sus progenitores.

El interés superior de la niña o niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños/as en una situación concreta. El objetivo de este concepto es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.

Por ello en esta resolución se aplica el principio internacional del "**interés superior del niño**" como **criterio jurídico hermenéutico** derivado del art. 3.1 de la Convención internacional sobre los Derechos del niño, vinculante para los Estados firmantes que establece: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una **consideración primordial** a que se atenderá será el interés superior del niño."*

A mayor abundamiento la **Observación general nº 16 (2013)** sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño:

*"Los derechos del niño son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí (...) **La obligación de que el interés superior del niño sea una consideración primordial especialmente importante cuando los Estados están sopesando prioridades que se contraponen (...)**"*

También la **Observación general Nº 14 (2013)** sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3.1 Convención):

*"La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana (...) Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho".*

El anterior mandato dirigido a las autoridades públicas, se reproduce en el art. 24.2 de la **Carta de los derechos Fundamentales de la UE**.

En la misma línea se pronuncia el **art. 12 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los niños** de 25 de enero de 1996.

En la legislación interna, se ha normativizado en el artículo 2 de **LO 1/1996, de 15 de enero**, de protección jurídica del niño, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *"Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro tipo de interés legítimo que pudiera concurrir."*

Esta hermenéutica interpretativa impone a la Comunidad internacional el mandato de asegurar la aplicación de los derechos del niño en su integridad e insta a los gobiernos a evaluar sus sistemas jurídicos y de bienestar social, teniendo en cuenta los principios fundamentales contenidos en la Convención sobre los Derechos del niño. Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la presente Convención (art. 4) y entre tales derechos se incluye el cuidado que sea necesario para asegurar el bienestar del niño/a. Un bienestar que, en el presente caso, conecta con el derecho del niño causante de estas actuaciones, a recibir el cariño, atenciones y cuidados necesarios para su crianza y desarrollo humano, lo que exige de los poderes del estado español garantizar este derecho, tal y como se estipula en el art. 18 de la Convención de los Derechos del Niño:

*"Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño(...)"*

Esta Sala ha venido aplicando esta perspectiva en otras resoluciones, también en materia de conciliación familiar y laboral siendo el causante un niño o niña, entre otras, la sentencia de 12 de marzo de 2019 (Rec. 19/2019), de 13 de diciembre de 2019 (Rec 890/2019); de 1 de septiembre de 2020 (Rec. 197/2020) o de 3 de febrero de 2022 (Rec.1792/2021-).

#### **D- Aplicación de la normativa al caso y ponderación de los derechos en juego**

Partiendo de la viabilidad de la adaptación del tiempo de trabajo solicitada por la actora procede a continuación el análisis ponderado de los derechos en conflicto, de un lado el interés superior de la niña causante del derecho



laboral que se ejerce; también el derecho de conciliación laboral y familiar de la actora y al otro lado, las causas organizativas y productivas que se alegan por la empleadora y que, a su criterio, le impiden el reconocimiento de su derecho a no trabajar los festivos que coincidan con su jornada laboral.

1-Tal y como se recoge en nuestra sentencia de 21 de diciembre de 2020 (Rec. 806/2020), la actora solicitó en **fecha 25 de julio de 2019** una nueva concreción horaria de la reducción de jornada con disminución retributiva que tenía reconocida, por motivo de la **escolarización de su hija** nacida en el año 2016, esto es, cuando la trabajadora efectúa esta petición **la niña contaba con 2 años de edad** y fue matriculada en una escuela infantil contratándose el servicio de recogida temprana de 8:00 a 9:00 horas y de comedor de 14:00 a 15:00 horas y por tal motivo la actora solicitó acotar su jornada de trabajo solo de 9:00 a 15:00 horas de lunes a sábado de forma permanente pues con anterioridad trabajaba alternativamente en horario de mañana y tarde.

2-La nueva solicitud de adaptación de jornada realizada por la actora en fecha **18 de octubre de 2021** ( art. 34.8 en relación con el art. 37.6 ET), se realiza por la actora cuando la niña contaba con más de **5 años de edad**. Es evidente que las necesidades educativas, físicas y emocionales son muy diferentes a los dos años y a los cinco años. Concorre, por tanto, un cambio de circunstancias familiares derivado de las nuevas necesidades de la niña causante del derecho solicitado.

A los cinco años de edad, el niño/a duerme menos y aumenta su vida social y la demanda de cariño y cuidado que se convierte en un pilar fundamental en su desarrollo holístico. El nivel de dedicación y atención debe ser permanente por parte de los progenitores en todas las actividades de su vida cotidiana: aseo personal, comidas, acompañarlos a actividades deportivas, de teatro u ocio o simplemente permanecer a su lado cuando tienen fiebre.

Además, a partir de los 6 años se inicia una nueva etapa educativa (educación primaria) que tiene carácter obligatorio según el sistema educativo español, lo que conlleva habitualmente un cambio de centro que va a tener incidencia en la vida de la niña y, por ende, de la familia.

En el caso que nos ocupa no se cuestiona que la niña, causante del derecho, está escolarizada y, por ende, los días festivos que coinciden con días laborales, la escuela infantil o en su caso el centro de educación primaria, permanece cerrado lo que va a generar irremediablemente, demanda de cuidado para suplir las atenciones recibidas en el centro. Estamos, por tanto, ante razones justificadas que derivan de las necesidades de atención de la niña de 5 años durante los días en los que permanezca cerrada la escuela.

3-Es posible que las actuales necesidades de conciliación familiar ya existiesen con anterioridad, pero **una cosa es que existiesen teóricamente y otra muy diferente que se visibilizasen desde la experiencia práctica y las vivencias familiares**. En nuestro caso, hasta que no se llevó a cabo la escolarización de la niña (julio 2019) y la menor empezó a acudir a la escuela infantil con normalidad, y hasta que no llegaron los días festivos en los años 2020 y 2021, la actora no fue consciente de las dificultades familiares derivadas de su obligación de acudir a trabajar en día festivo, debiendo buscar una alternativa para el cuidado de su hija, que a tan corta edad sigue teniendo una gran dependencia de las personas adultas, para la higiene, vestirse, comida, ocio, evitar peligros, etc.

En base a lo anterior se debieron considerar probadas las nuevas circunstancias familiares que fueron padecidas por la actora en 2020 y 2021. El que no se haya solicitado antes no puede erigirse como causa justificativa para denegar su derecho, al no concurrir ni el instituto de la cosa juzgada ni mala fe por la trabajadora.

4-Por lo que respecta a **las razones organizativas y de producción** alegadas por la empresa, a pesar de los esfuerzos de la recurrente por justificarlas en su escrito de recurso, es lo cierto que, tal y como se recoge en la fundamentación jurídica de la sentencia, no se concreta la dificultad organizativa que existe en el centro de trabajo de la actora, para posibilitar su libranza en festivos. Se desconoce el número de personas trabajadoras del centro, los horarios, sus turnos, disponibilidad, etc.

Sin cuestionar el repunte productivo que pueda producirse durante los días festivos, se antoja insuficiente por sí solo este elemento si no se pondera de forma contextualizada y en relación con la plantilla disponible. No debe olvidarse que están en juego derechos fundamentales ( art. 14 y art. 39 CE); lo que exige de quien juzga un criterio de análisis reforzado dado su carácter supralegal.

Por todo lo expuesto, considero que debió desestimarse este motivo del recurso.

#### **E)- Indemnización de daños y perjuicios (Daño Moral)**

En cuanto al ejercicio derecho e indemnización acumulada, habiéndose reconocido el derecho a la adaptación horaria solicitada la actora en su demanda procede analizar el derecho a la indemnización adicional reclamada





y reconocida en la sentencia, que se cuantifica a tenor del "daño moral" producido a la actora por la negativa de la empresa a reconocerle el horario matinal reclamado.

Por lo que respecta al derecho a solicitar indemnización paralela es incuestionable en términos procesales, a la luz de lo previsto en el art. 139 de la LRJS (procedimiento especial de conciliación de la vida personal, familiar y laboral), además del impacto constitucional que tiene este derecho, como se ha indicado ( art. 14 en relación con el art. 39 CE).

El derecho a una indemnización resarcitoria se engarza al ejercicio del propio derecho de reducción y concreción de jornada ( art. 34.8 y 37.5 y 6 ET), lo que exige que su interpretación y aplicación se realice también con perspectiva de género e infancia- en este caso-. Como se ha dicho, estamos ante un derecho laboral reforzado por su dimensión constitucional que debe ser analizado en cada caso, con la máxima cautela judicial de acuerdo con la "debida diligencia" en materia de reparación integral. La Doctrina ha definido el daño moral como el menoscabo o lesión no patrimonial provocado por el acto antijurídico. Por tanto, la noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado a este respecto reiteradamente, en casos derivados de incumplimientos de normativa de Seguridad y salud laboral pero que también sería aplicable en el caso que nos ocupa, por incumplimiento del derecho de la actora a la concreción horaria ( art. 37.7º ET) , por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2008 (recurso 2277/07).

Ahora bien, debiendo cuantificarse el daño moral, surge el arduo problema de su ponderación económica. Y es que ya se indica en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 y 29 de enero de 2013 ( recursos 95/2014 y 89/2012) que el sujeto, con el daño moral, "sufre un daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, seda en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole".

La sentencia del Tribunal Constitucional nº 246/2006 de 24 de julio abrió el camino en la difícil tarea de fijar indemnización reparadora del daño moral ( *pretium doloris* ), ante dificultad de objetivar económicamente lo incuantificable ( el dolor) . No obstante en la citada sentencia se convalida como parámetro objetivo adecuado, la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social 5/2000 (LISOS). Este mismo parámetro de cálculo ha sido ya utilizado por esta misma Sala reiteradamente, por todas, referimos a nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2017 (Recurso nº 1249/2017).

En el caso que nos ocupa, la actora reclamaba en su demanda 7.501 euros por daño moral, vinculándolo a la vulneración de derechos fundamentales (FJ5º sentencia). El juzgador en aplicación orientativa del baremo de sanciones establecidas en la LISOS para faltas graves ( art. 7.5 LISOS), aplica las sanciones previstas para las infracciones en materia de relaciones laborales que van de 626 euros hasta 6.250 euros, en su tramo mínimo, fijando la indemnización en 1.250 euros. La recurrente interesa una reducción de tal cuantificación proponiendouna condena de 750 euros, en base a la ausencia de perjuicio a la actora y, en su caso, por haberse acreditado que durante los años 2020 y 2021, el perjuicio fue mínimo, habiendo coincidido los progenitores prestando servicios en festivos tan solo 2 días de los 28 festivos (7'15%).

Considero que debió desestimarse también esta concreta petición pues estamos ante la reparación del daño moral que es insoluble, como se ha dicho, del ejercicio del derecho a conciliar trabajo y familia por su doble impacto constitucional ( art. 14 y 39 CE). La banalización del daño moral que hace la recurrente trasladándolo al número total de días festivos en los que coincidieron trabajando ambos progenitores, parte de un criterio de "daño consumado" pero ignora el daño emocional concurrente derivado de la desazón de la madre al tener que buscar una alternativa rápida, viable y compatible con las necesidades de una niña de cinco años, que la sustituya a ella o al padre. Dicha inquietud o desasosiego con impacto emocional es lo que pretende compensarse mediante la indemnización reparadora del daño moral, ello a pesar de las dificultades de traducir en términos económicos el precio de los sentimientos y las emociones humanas.

De otro lado, no debe olvidarse el carácter preventivo y disuasorio que tiene la indemnización y que cobra relevancia en casos como el presente, en el que la demandada no es una empresa familiar o de pequeñas dimensiones sino una gran empresa de ámbito nacional que cuenta con una extensa plantilla de personas trabajadoras.

En base a todo lo expuesto, considero que debió desestimarse el recurso de suplicación planteado.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.



## ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **Recurso de Casación para Unificación de doctrina**, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el **depósito de 600 €** previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el **importe de la condena**, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/cLas Palmas nº 3537/0000/66/0883/22 el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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