



Roj: **STSJ ICAN 9/2022 - ECLI:ES:TSJICAN:2022:9**

Id Cendoj: **35016340012022100003**

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

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

Sección: **1**

Fecha: **03/02/2022**

Nº de Recurso: **1792/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **GLORIA POYATOS MATAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

En Las Palmas de Gran Canaria, a 3 de febrero de 2022

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO, D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS y D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0001792/2021, interpuesto por D./Dña. PROSEGUR SOLUCIONES INTEGRALES SL, frente a Sentencia 000201/2021 del Juzgado de lo Social Nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000222/2021-00 en reclamación de Otros derechos laborales individuales siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D./Dña. Graciela , en reclamación de Otros derechos laborales individuales siendo demandado/a D./Dña. PROSEGUR SOLUCIONES INTEGRALES SL1 y celebrado juicio y dictada Sentencia estimatoria, el día 13/04/2021, por el Juzgado de referencia.SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

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

- .- Categoría: contadora-pagadora
- .- antigüedad: 10 de Febrero de 2006
- salario: 50€
- .- forma de pago: transferencia mensual
- .- jornada: completa
- .- contrato: indefinido
- .- centro de trabajo: Las Palmas

SEGUNDO.- La actora es madre de un menor de edad, nacido el día NUM000 .15

TERCERO.- La actora presta servicios en horario rotativo de 13.00 a 20.05 horas, de 21.00 a 04.50 horas, y de forma ordinaria, de 15.00 a 22.00 horas.



CUARTO.- La actora está separada. En virtud de sentencia de fecha 14.01.2021, su cónyuge ha sido declarado culpable de un delito de amenazas en el ámbito familiar, con prohibición de acercarse a la actora, a su trabajo, a su domicilio, ni comunicarse con ella, directa o indirectamente, durante un año.

QUINTO.- La actora no tiene otros familiares que puedan hacerse cargo del menor.

SEXTO.- La actora solicitó el día 08.02.21 a su empresa, la adaptación de jornada de trabajo, en horario de 09.00 a 17.00 horas, de lunes a viernes, por cuidado de su hijo menor de edad, haciendo constar su condición de víctima de violencia doméstica.

SEPTIMO.- La empresa, mediante carta de fecha 12.02.2021, denegó a la actora la solicitud, por los siguientes motivos:

.- Que no tiene la consideración de víctima de violencia de género, y por tanto, la previsión del art. 37.8 del ET no se le aplica (porque considera que la actora es víctima de violencia familiar)

.- que la concreción horaria que solicita en el turno de mañana no se ajusta a su jornada de trabajo actual, que es en turnos semanales de 13.00 a 20.05 horas, de 21.00 a 04.50 horas, y de forma ordinaria, de 15.00 a 22.00 horas.

.- su solicitud implicaría la adscripción al turno f ijo de mañana dentro de un horario que no existe en la compañía, lo que supondría un perjuicio en relación con las necesidades organizativas en el servicio prestado en el departamento de gestión de efectivo, donde actualmente el primer turno, por razones Covid, empieza a las 13.00 horas, pero siendo su horario ordinario a partir de las 15.00 horas, momento en el cual es posible realizar sus2 funciones principales como contadora una vez las rutas de transporte han depositado el efectivo en la base para su conteo.

.- la empresa le propone un turno entre las 13.00 y las 05.00 horas de lunes a viernes

OCTAVO.- En la empresa hay otros departamentos, como billetería o contabilidad con bancos, que son ocupados por trabajadores con la categoría de "contador-pagador".

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: "Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO la demanda interpuesta por Dña. Graciela contra PROSEGUR SOLUCIONES INTEGRALES, y por ende declaro el derecho de la parte actora a fijar su horario de trabajo de lunes a viernes, de 09.00 a 17.00 horas, condenando a la demandada a cumplir dicho horario, a abonar a la actora la indemnización por daños y perjuicios por importe de 3.000 € así como a estar y pasar."

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D./Dña. PROSEGUR SOLUCIONES INTEGRALES SL, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La empresa demandada, interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 201/2021 , dictada el 13 de abril de 2021 por el Juzgado de lo Social nº 10 en los autos nº 22/2021 que estima la demanda en procedimiento para el ejercicio de los derechos de **conciliación** de la vida personal, familiar y laboral (adaptación horaria) con condena a la empleadora a abonar a la actora una indemnización por daños morales ascendente a 3000 euros.

El recurso ha sido impugnado por la parte demandante.

SEGUNDO.- En el primer y segundo motivos del recurso, al amparo del art. 193 b) de la LRJS se solicita la revisión fáctica al amparo de la prueba documental y pericial practicada. Se proponen las siguientes revisiones fácticas.

A)- En primer lugar , la adición de un nuevo hecho probado como ordinal noveno con el siguiente tenor literal:

"En el mes de septiembre de 2020, la empresa se vio obligada a implantar en el Departamento de Contaduría dos turnos debido a la situación sanitaria provocada por el covid-19, siendo estos:

-Primer turno : de 13:00 a 21:00 horas

-Segundo turno: de 21:30 a 5:30 horas "

Se ampara la recurrente en documental, específicamente en los folios 106 y 107 de autos

B)- En segundo lugar , se propone la adición de un nuevo hecho probado , como ordinal décimo , con el siguiente tenor literal:



3

"DÉCIMO.- Desde la implantación de los turnos especiales a causa de la situación sanitaria, la totalidad de la plantilla realiza sus funciones en la franja horaria comprendida entre las 21:00 horas y las 05:30 horas, con las siguientes excepciones:

-D<sup>a</sup>. Purificación realiza turnos en la franja horaria comprendida entre las 05:00 y las 13:00 horas, no habiéndose visto afectada por la medida organizativa comunicada en septiembre de 2020 [folios 228 a 235]".

-D<sup>a</sup>. Ramona realiza su jornada reducida en la franja horaria comprendida entre las 09:00 y las 16:00 horas con motivo de la acumulación de tareas todavía pendiente a consecuencia del incidente informático sufrido por la compañía en noviembre de 2019 [folios 236 a 244].

-D. Santos ha realizado turnos en la franja comprendida entre las 08:03 y las 18:59 horas en los días 29 de octubre [folio 146]; 17 de diciembre [folio 149]; 25, 27, 28 y 29 de enero [folio 150 reverso]; 8, 9, 11 y 12 de febrero [folio 152] y 3 de marzo [folio 152 reverso]. Los días 24 y 31 de diciembre la plantilla ha prestado la jornada en la franja horaria comprendida entre las 07:00 y las 15:00 horas [folios 126, 134 reverso, 141, 149, 158 reverso"

Se ampara la recurrente en prueba documental, documentos nº 116 a 260 de autos.

La parte actora e impugnante se opuso a la adición de un nuevo hecho probado noveno por carecer de relevancia para cambiar el fallo y además, tal y como resultó probado (HP8º), en el centro de trabajo hay varios departamentos con horarios distintos y compatibles con lo solicitado por la actora. También se opuso a la adición del hecho probado décimo por falta de sustancialidad para cambiar el fallo.

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;

b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho, la «prueba negativa», consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente ( STS 14 de enero, 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986) y STS, 17 de noviembre de 1990) «... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador...);

c), que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación<sup>4</sup> del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o periciales que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y,

f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Aplicando la doctrina expuesta debemos desestimar la propuesta de adición de un nuevo hecho probado noveno, porque tal y como ha resultado probado ( HP8º- no alterado) , existe personal de la categoría de la actora prestando servicios en otros departamentos (billetería o contabilidad), por lo que no se reducen las posibilidades organizativas de la empresa al departamento de contaduría.

Y también se desestima la propuesta de adición de un nuevo hecho probado décimo , por las mismas razones anteriores , esto es, que las posibilidades organizativas no se reducen al departamento de contaduría al que se adscribe la trabajadora , al haber personal con su misma categoría prestando servicios en otros departamentos . Por tanto carece de relevancia la propuesta de la recurrente , para mutar el fallo.

Por lo expuesto se desestiman el primer y segundo motivo del recurso.

TERCERO.- En el al amparo de lo previsto en el art.193 c) de la LRJS, se denuncia la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia. Específicamente el art. 37.8 y 34.8 del ET .



Combate la recurrente la sentencia, en primer lugar, porque la petición de la actora es subsumible en el art. 34.8 del ET y no en el art. 37.8 ET, como se apreció por el juzgador de la instancia, porque, según esta parte, la actora es víctima de violencia familiar pero no de género. También se manifiesta que existen imposibilidades organizativas que impiden a la empresa reconocer la petición de la actora, por inexistencia del horario solicitado y porque a tenor de las funciones propias de su categoría (contadores/pagadores), según se dispone en el art. 32 B) del convenio aplicable, su trabajo no puede realizarse antes de la llegada de los transportes blindados. Por último, también se opone a la indemnización por daños morales a la que fue condenada la empresa, porque hizo un esfuerzo organizativo haciendo una propuesta alternativa a la empleada y no se ha vulnerado ningún derecho fundamental.

La impugnante se opuso en base a la fundamentación jurídica de la sentencia.

En el presente caso debemos partir del inalterado relato fáctico de la sentencia recurrida, debiendo destacar los siguientes datos de relevancia:

-la actora presta servicios a jornada ordinaria, para la demandada del sector de seguridad, con una antigüedad del 10/02/06, teniendo reconocida la categoría profesional de contadora-pagadora, con horario de horario rotativo:

de 13.00 a 20.05 horas, de 21.00 a 04.50 horas,

y de forma ordinaria, de 15.00 a 22.00 horas.

- La actora está separada y es madre de un hijo nacido el NUM000 /15

5

En virtud de sentencia de fecha 14.01.2021, su cónyuge ha sido declarado culpable de un delito de amenazas en el ámbito familiar, con prohibición de acercarse a la actora, a su trabajo, a su domicilio, ni comunicarse con ella, directa o indirectamente, durante un año.

- La actora no tiene otros familiares que puedan hacerse cargo de su hijo.

-La actora solicitó el día 08.02.21 la adaptación de jornada de trabajo, en horario de 09.00 a 17.00 horas, de lunes a viernes, por cuidado de su hijo haciendo constar su condición de víctima de violencia por parte del cónyuge

- La empresa, mediante carta de fecha 12.02.2021, denegó a la actora la solicitud, en base a tres motivos:

1º-la no consideración de víctima de violencia de género de la actora por lo que no se le aplica el art. 37.8 ET.

2º-Que la concreción horaria en turno de mañana no se ajusta a su jornada de trabajo actual y

3º- Porque la adscripción en turno fijo de mañana no existe en la compañía y supondría un perjuicio en las necesidades organizativas de la empresa en el servicio prestado en el departamento de gestión de efectivo.

-La empresa propuso a la actora un turno entre las 13:00 y las 5:00 horas de lunes a viernes.

-En la empresa hay otros departamentos, como billettería o contabilidad con bancos, que son ocupados por trabajadores con la categoría de "contador-pagador.

La sentencia recurrida estimó la petición de adaptación horaria de la actora, bajo la modalidad de víctima de violencia de género, a tenor del art. 37.8 del ET, condenando a la empresa a abonar a la trabajadora una indemnización reparadora del daño moral de 3.000 euros.

A)- REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO, POR CUIDADO DE UN NIÑO DE 5 AÑOS ( ARTS. 34.8 Y 37.8 ET)

Debemos empezar por despejar ante qué modalidad de permiso de **conciliación** de la vida laboral y familiar estamos, al haberse cuestionado por la recurrente.

Partiendo del inalterado relato fáctico, la actora está separada y "su cónyuge ha sido declarado culpable de un delito de amenazas en el ámbito familiar, con prohibición de acercarse a la actora".

A tenor de lo previsto en el art. 1 de la LO1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género

"La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia"



En base a la definición legal que fija el ámbito subjetivo de aplicación de la ley de violencia de género, la actora es en términos jurídicos, víctima de violencia de género y ello exige extremar las cautelas en la impartición de justicia debiendo integrar la perspectiva de género, a tenor de lo previsto en el art. 4 y 15 de la LOIEMH.

La petición de la actora se alza sobre una determinada concreción horaria para adaptar su jornada efectiva de trabajo a las necesidades familiares derivadas del cuidado de su hijo de cinco años de edad, al momento de la solicitud. Tal petición, a su vez, está vinculada a su situación de víctima de violencia de género al ser su propio cónyuge, el agresor, lo que sin duda incide en las dificultades para el cuidado y atenciones demandadas por su hijo.

En base a lo anterior, podemos concluir que la solicitud de adaptación horaria efectuada por la actora se ampara en un doble derecho, de un lado el derecho de adaptación horaria regulado en el art. 34.8 del ET como se defiende por la recurrente, pero de otro lado, también lo hace desde su posición de especial vulnerabilidad, como mujer víctima de violencia de género, con amparo en el art. 37.8 ET.

- El derecho de adaptación horaria por cuidado de un menor de 12 años, tras la Reforma del RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, el actual redactado del derecho contenido en el art. 34.8 del ET, establece lo siguiente:

"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 (...)"

-Y de otro lado, el derecho a la reordenación del tiempo de trabajo de víctimas de violencia de género regulado en el art. 37.8 del ET dispone:

"8. Las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tendrán derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa (...)"

Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes legales de las personas trabajadoras, o conforme al acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras afectadas. En su defecto, *la concreción de estos derechos corresponderá a estas*, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias".

Por tanto, confluye una situación doble en la demandante, como víctima de violencia de género y como madre trabajadora de un niño de 5 años, en el ejercicio de su derecho la adaptación de su horario de trabajo. En base a lo expuesto, debemos aplicar, en este caso, los criterios jurisprudenciales correspondientes al derecho a adaptación horaria por cuidado de un hijo menor de doce años ( art. 34.8 ET) como se reivindica por la recurrente y, a la par, también los criterios aplicables a las solicitudes de reordenación del tiempo de trabajo de las víctimas de violencia de género ( art. 37.8 ET).

B)-NORMATIVA DE APLICACIÓN.

#### INTEGRACIÓN DE LAS PERSPECTIVAS DE GÉNERO E INFANCIA EN LA RESOLUCIÓN DEL CASO

La demandante, víctima de violencia de género, reclama su derecho a conciliar trabajo y familia, y derivado de ello, la adaptación de su horario de trabajo a sus actuales necesidades familiares y de cuidados que le demanda su hijo de 5 años de edad.

B.1-La condición de víctima de violencia de género de la actora viene determinada en el art. 1 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género. Esta consideración tiene un incuestionable impacto de género porque solo las mujeres pueden ser víctimas de esta modalidad de violencia que sigue un patrón sostenido en estereotipos de género. Tal y como expresamente se recoge en la exposición de motivos de esta Ley :

"En la realidad española, las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta, gracias, en buena medida, al esfuerzo realizado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las formas de violencia de género. Ya no es un «delito invisible», sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social"



Y existe, también la definición técnica del síndrome de la mujer maltratada consistente en: "las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral" (Exposición de Motivos LO 1/2004)

La Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 reconoció que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Desde la ONU se ha definido la violencia de género como "manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres".

B.2-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 vieja 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 y la CES recogía en sus consideraciones generales:

"Considerando que la Resolución del Consejo, de 6 de diciembre de 1994, reconoce que una verdadera política de igualdad de oportunidades presupone una estrategia global e integrada que permita organizar mejor los horarios de trabajo, una mayor flexibilidad, así como una vuelta más fácil a la vida profesional, y toma nota del importante papel de los interlocutores sociales en este ámbito y en la oferta a hombres y mujeres de una posibilidad de conciliar responsabilidades profesionales y obligaciones familiares"

Dicha Directiva fue 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, pero se mantienen los mismos objetivos contenidos en su predecesora.

Y más recientemente , esta última Directiva ha sido derogada por la Directiva 2019/1158 de 20 de junio, sobre **conciliación** de la vida familiar y profesional , que aunque no sea aplicable al caso que nos ocupa, promueve criterios de flexibilidad para facilitar la **conciliación** de la vida familiar de las personas trabajadoras , recordando el impacto de género de los cuidados en su párrafo 11 :

9

"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 (...)"

-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.

-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 art.s 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".

-La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la 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 .

10

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 (...)"

-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.

### B.3- 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 y 15 de la LO 3/2007 , proyectada

en la interpretación y aplicación del derecho contenido en el art. 34. 8 y el 37.8 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.

De otro lado sobre los permisos de **conciliación** familiar y laboral , como es el caso, también ha tenido la ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional que ha destacado su impacto constitucional y su prevalencia en la solución de cualquier duda interpretativa. Así en la Sentencia del TC 3/2007 de 15 de enero de 2007 se dice:

"(...) 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.(...)"

#### B.4- Integración de la perspectiva de Infancia

Pero, además, existe otro impacto sobre el hijo de 5 años de la trabajadora que debe ser ponderado, en su calidad de causante de la petición de adaptación horaria, y que puede verse privado de su derecho a recibir el cuidado y atención familiar que requiere, en una fase esencial en su corta vida, en la que el niño necesita el contacto emocional derivado del vínculo afectivo que se establece con sus progenitores.

El interés superior del 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 del concepto de interés superior del niño o la niña 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 es especialmente importante cuando los Estados están sopesando prioridades que se contraponen (...)"

También la Observación general N° 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 hermeneútica interpretativa impone a la Comunidad internacional el mandato de asegurar la aplicación de los derechos del niño/a 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. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los 13 derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño

(...)"

### C)-RESOLUCIÓN DEL CASO

La proyección de la normativa expuesta y las perspectivas de género e infancia sobre el caso que nos ocupa, nos llevan a las siguientes convicciones en la resolución del recurso planteado.

1º-El hijo causante de la reordenación del tiempo de trabajo por parte de la actora, contaba con 5 años de edad a la fecha de solicitud (8/2/21)

Los cambios físicos, emocionales y cognitivos, así como los requerimientos de un niño de 5 años son elevados a tan corta edad. A dicha edad está en plena transición de bebé a niño y experimenta cambios intelectuales y sociales sustanciales para su desarrollo holístico. En este periodo de la infancia se aleja de las limitaciones de un bebé y tiene plena consciencia de sí mismo, siendo capaces de asumir mayores cuotas de responsabilidad así como tomar decisiones autónomas, aumenta su agilidad y mejora su motricidad fina siendo capaz de percibir la realidad cotidiana a su alrededor. A los 5 años se distingue un crecimiento y maduración iniciándose su socialización y a la par, en esta fase es sustancial el apego hacia la madre y el padre lo que exige una especial atención y cuidados en esta fase esencial en la vida del niño/a. Lo anterior cobra mayor relevancia si tenemos en cuenta el contexto de violencia intrafamiliar existente en este caso que exige una inversión cualitativamente mayor en su cuidado, que va a requerir no solo los mínimos necesarios para garantizar su equilibrio emocional.

Cuando las decisiones judiciales tienen impacto directo o indirecto en un niño/a , los órganos judiciales estamos obligados a integrar la perspectiva de infancia en nuestras decisiones y más especialmente el "interés



superior del menor" como consideración primordial , como criterio hermenéutico derivado del art. 3.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño , desarrollado en la Observación general nº 14 (2013) del Comité de Derechos del niño, y que ya hemos aplicado en nuestra Sentencia de 13 de diciembre de 2019 (Rec. 890/2019).

2º-La trabajadora solicitante del derecho a la adaptación horaria, solicita una reordenación de su tiempo de trabajo para dar las debidas atenciones a su hijo pero en ella concurren otras circunstancias de relevancia , que deben tenerse en cuenta :

-Es víctima de violencia de género.

-Es madre separada de un niño de 5 años de edad.

-Carece de otros familiares que puedan ayudarla con el cuidado de su hijo.

Estas circunstancias personales y familiares deben ser ponderadas como circunstancias que la colocan en una especial vulnerabilidad dificultándole el ejercicio de su trabajo en los turnos de trabajo rotativos que tiene asignados, entre ellos el turno de tarde/noche ofrecido como alternativa por la empresa (Hp7º). Ello es así porque los periodos en los que el niño<sup>14</sup> requiere su atención son aquellos que se hallan fuera del horario escolar que suele ser por las mañanas y parte de las tardes, requiriendo este niño una especial atención por parte de su madre, de quien necesita un apego especial a esta corta edad.

3º-La empresa muestra su oposición a la petición horaria de la actora por razones organizativas pero a tenor de lo que ha resultado probado, existen otros departamentos, diferentes al de contaduría, tales como billettería o contabilidad que han sido ocupados por personas trabajadoras de la misma categoría profesional que la actora (contadores-pagadores) y en los que la actora con carácter previo ha prestado sus servicios anteriormente , tal y como se recoge en el Fundamento jurídico cuarto de la sentencia . Por todo ello, llegamos a la misma convicción que el juzgador de la instancia y consideramos que las limitaciones de la empresa no pueden circunscribirse al horario de los camiones blindados, dado que la actora puede desempeñar puestos de trabajo de su misma categoría con horarios compatibles , como en contabilidad, bancos, billettería, etc.

Por todo lo expuesto, debe desestimarse el recurso planteado por lo que respecta al derecho reclamado por la actora de adaptación de su horario de trabajo a sus necesidades actuales de carácter familiar.

#### D)- INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

En cuanto al ejercicio derecho a indemnización reparadora por daño moral, anudada al derecho reclamado, con innegable impacto constitucional ( art. 14 y 39 CE), es procedente su reclamación en este procedimiento tal y como hemos venido señalando reiteradamente por esta misma Sala , entre otras , nuestra sentencia de 1 de septiembre de 2020 (Rec. 197/2020), de 12 de marzo de 2019 (Rec. 19/2019) y de 12 de marzo de 2018 (Rec. 1596/2018) entre otras.

Habiéndose reconocido el derecho a la adaptación horaria que solicitaba la actora en su demanda procede analizar el derecho a la indemnización adicional reclamada, que se cuantifica a tenor del "daño moral" producido a la actora por la negativa de la empresa a reconocerle el horario reclamado.

Por lo que respecta al derecho a solicitar una indemnización paralela su ejercicio 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).

Por tanto, la solicitud de indemnización paralela es procedente, procesalmente, junto a la acción de adaptación del tiempo de trabajo por razones familiares, y se podría decir que tal indemnización, cuando se solicita, tiene un carácter indisoluble con el incumplimiento empresarial del derecho reclamado (en este caso, la adaptación horaria). 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. Por tanto, la negativa o limitación empresarial al disfrute del derecho a la **conciliación** laboral y familiar cuando no existen razones justificadas, como sucede en el caso, puede generar daños

La sentencia reconoció a la actora una cantidad de 3.000 euros, en concepto de reparación por daño moral, siendo ponderada por el magistrado de la instancia la indemnización de 6.250 euros reclamada en la demanda a tenor de la LISOS ( art. 7.5 y 40.1 b) de la LISOS).

15

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 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 en la Sentencia de 15 de diciembre de 2017 ( Recurso nº 1249/2017) entre otras muchas.

Por último , en nuestra sentencia de fecha 15 de febrero de 2016 (Recurso 1251/2015) decíamos ya más concretamente, en relación a la fijación de una indemnización paralela por el daño moral producido en el caso de la negativa empresarial a reconocer la concreción horaria solicitada por trabajadora en el caso de una reducción de jornada por cuidado de menor discapacitado:

" (...) "nunca los efectos restitutivos anudados a la declaración de nulidad de la decisión podrán devolver a la actora el tiempo que no pudo dedicar a la atención de su progenitora. Es una cuestión de afectos, cercanía y dedicación inconmensurables. Junto a ello la angustia ante la situación de incertidumbre que origina la decisión empresarial que obliga a un replanteamiento de la vida familiar y laboral, el desasosiego por litigar contra la empresa, y de ver desconocidos los que son sus derechos fundamentales. Todas estas circunstancias evidenciadoras de un daño real se exponen en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia en el que además se reproduce la doctrina jurisprudencial sentada en torno al sistema indemnizatorio en caso de violación de derechos fundamentales contenida en S.T.S. 17 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8473), que no reproducimos huyendo de reiteraciones innecesarias."

Por todo ello es procedente el derecho de la actora a percibir una indemnización reparadora del daño moral y hallándose la cantidad de 3.000 euros, dentro del grado mínimo previsto para las sanciones graves , como es la que deriva del art. 7.5 LISOS (en relación a las transgresiones en materia de permisos laborales), la consideramos razonable y adecuada en el caso que nos ocupa sin que se desvirtúe por el hecho del ofrecimiento por la empresa de un horario alternativo al solicitado por la demandante . Máxime cuando el horario ofrecido entraba de lleno en el horario de tarde/noche , en coincidencia con la demanda de cuidados del niño.

16

En base a lo expuesto, se desestima el recurso planteado por la demandada.

CUARTO- En relación a las costas, conforme al art.235 de la LRJS , procede la imposición de las mismas a la recurrente en la cantidad de 800 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Desestimar el recurso interpuesto por PROSEGUR SOLUCIONES INTEGRALES frente a la sentencia nº 201/2021 dictada el 13/04/2021 por el Juzgado de lo Social nº DIEZ de Las Palmas en los autos 222/2021 que confirmamos en su totalidad y condenamos en costas a la recurrente, en la cantidad de 800 euros .

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/c Las Palmas nº 3537/0000/66/1792/21 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ