



Roj: **STSJ ICAN 2/2024 - ECLI:ES:TSJICAN:2024:2**

Id Cendoj: **35016340012024100001**

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

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

Sección: **1**

Fecha: **11/01/2024**

Nº de Recurso: **1055/2023**

Nº de Resolución: **54/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **GLORIA POYATOS MATAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: ROS

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) <mailto:socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org>

Proc. origen: Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y **laboral** reconocidos legal o convencionalmente Nº proc. origen: 0000605/2022-00 Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria

Rollo: Recursos de Suplicación Nº Rollo: 0001055/2023

NIG: 3501644420220006643

Materia: Derechos

Resolución: Sentencia 000001/2024

*Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador: Fiscal MINISTERIO FISCAL*

Recurrente Mapfre España, Empresas Compañía De Seguros Y Reaseguros S.a

Virginia Sanz Avilas

Recurrido Esperanza Domingo Tarajano Mesa

En Las Palmas de Gran Canaria, a 11 de enero de 2024.

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 Iltrmos. Sres. Magistrados D. ÓSCAR GONZÁLEZ PRIETO, Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y Dña. GLORIA POYATOS MATAS, ha pronunciado

la siguiente

**EN NOMBRE DEL REY**

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0001055/2023, interpuesto por MAPFRE ESPAÑA, EMPRESAS COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A, frente a **Sentencia** 000054/2023 del Juzgado de lo Social Nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000605/2022-00 en reclamación de Derechos siendo Ponente la ILTMA. SRA. Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Según consta en Autos, se presentó demanda por Dña. Esperanza , en reclamación de Derechos siendo demandado MAPFRE ESPAÑA, EMPRESAS COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A y celebrado juicio y dictada Sentencia estimatoria, el día 31/03/23, por el Juzgado de referencia.

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

**PRIMERO.-** La parte actora, con DNI nº NUM000 , viene prestando servicios para la Entidad demandada, a tiempo completo, en horario de 14:00 a 20:00 horas, de lunes a viernes, con antigüedad de 01.04.2014 y con la categoría profesional de Gestora de Atención Telefónica.

**SEGUNDO.-** La hija de la actora, nacida el NUM001 .2021, se encuentra matriculada en la Escuela Infantil Municipal de DIRECCION000 , en horario de 07:00 a 16:45 horas.

**TERCERO.-** Con fecha 02.05.2022, la parte actora solicita a la empresa la concreción horaria de 09:00 a 14:30 horas de lunes a viernes y con efectos del 06.06.2022; documento que se da por reproducido.

**CUARTO.-** Con fecha 01.06.2022, la empresa demandada comunica a la parte actora la negativa a la concreción horaria en los términos allí expuestos, que se dan por reproducidos dada su extensión.

**QUINTO.-** El Convenio Colectivo de aplicación es el Convenio de Mapfre Grupo Asegurador.

**SEXTO.-** El cónyuge de la actora presta servicios por cuenta ajena, con **jornada** de turno rotativos de lunes a domingo.

**SEPTIMO.-** La empresa tiene estipulado un procedimiento interno de concurso para el turno fijo de mañana. La empresa solo ha aceptado la reducción de **jornada** con concreción horaria en el mismo turno que tenían las trabajadoras,

**OCTAVO.-** Las llamadas con mayor afluencia en el turno de mañana, entran en una centralita a nivel nacional, como mínimo en dos provincias simultáneamente, normalmente Las Palmas de Gr.C. con Valencia, o Las Palmas de G.C. con Madrid, atendiendo el servicio unos 75 trabajadores del centro de trabajo de la actora. La plantilla de trabajadores en la sede de Las Palmas de Gran Canaria, es de un total de 75, que se distribuyen en tres turnos: mañana-20 trabajadores-; tarde- 25- y rotativo-30-. El turno rotatorio supone, que atendiendo a la curva de demanda de llamadas previsible a cuatro meses vista, la empresa distribuye los turnos para atender las necesidades de la empresa.

La empresa solo ha aceptado la reducción de **jornada** con concreción horaria en el mismo turno que tenían las personas trabajadoras; hay 3 personas en **jornada** reducida en el turno de mañana; y 1, en el turno de tarde; pero únicamente hay una trabajadora que está en conciliación de la vida **laboral** y familiar en el turno de mañana-distinto del suyo-, declarado por sentencia judicial, confirmada por la Sala del TSJ, y recurrida ante el Tribunal Supremo.

**NOVENO.-** La parte actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

**TERCERO.-** El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:

"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Doña Esperanza , contra Mafre España Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., sobre CONCILIACION DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y **LABORAL**- CANTIDAD; debo declarar y declaro el derecho de la actora a la concreción de la **jornada**, en horario de lunes a viernes de 09:00 a 14:30 horas; condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración; asimismo, debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 9.831 €, en concepto de daños morales."

**CUARTO.-** Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte MAPFRE ESPAÑA, EMPRESAS COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día indicado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demandada interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 54/2023 dictada en fecha 31 de marzo de 2023 por el Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas en los autos Nº 605/2022 seguidos en procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y **laboral** con petición de indemnización por daño moral acumulada. Ha sido parte interviniente en el procedimiento el Ministerio Fiscal.



La sentencia estima la demanda y declara el derecho de la trabajadora a la **adaptación** horaria de su **jornada** de trabajo en turno de mañana ( de 9:00 a 14:30 de lunes a viernes) para atender a su hija de 5 meses de edad y se condena a la entidad demandada a pasar por tal declaración así como a abonar a la actora una indemnización por daño moral ascendente a 9.831 euros , aplicando los importes contenidos en la LISOS por infracciones muy graves, como criterio de modulación indemnizatorio.

Por la actora se presentó recurso de reposición frente a la diligencia de 27/9/23 del juzgado social nº 6 de Las Palmas, en la que se tenía por precluido el trámite para impugnación. No obstante , la propia actora desistió posteriormente del citado recurso, por lo que no puede tenerse por presentado el escrito de impugnación planteado atemporalmente por la demandante.

**SEGUNDO.-** En el primer y segundo motivos del recurso se solicita la revisión fáctica al amparo del **art. 193 b) de la LRJS** .

**A)-** En primer lugar se pide la adición de un nuevo **hecho probado quinto**, proponiéndose la siguiente redacción:

*" La Compañía, tras recibir la petición de la trabajadora, abrió un periodo de negociación con la demandante, intercambiándose con ésta correos electrónicos y llamadas con la finalidad de intentar llegar a un acuerdo que pudiera satisfacer los intereses de la Sra. Esperanza , sin causar un perjuicio organizativo a la Compañía".*

Descansa en el doc. nº 2 obrante en la prueba documental aportada por la demandada.

**B)-** Revisión del **hecho probado séptimo**, proponiéndose la siguiente redacción:

*" La Empresa tiene estipulado un procedimiento interno de concurso para el turno fijo de mañana que se encuentra regulado en el artículo 22.8.E) del convenio colectivo del Grupo Mapfre Asegurador, convenio negociado con las dos secciones sindicales con representación en el Grupo."*

Descansa en el Doc. nº 7 del ramo de prueba de la demandada.

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 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 los criterios expuestos al caso que nos ocupa debemos desestimar la propuesta de adición de un nuevo hecho probado quinto (HP5º), porque de la documental señalada en modo alguno puede concluirse que haya existido un proceso real de negociación entre las partes , tal y como se exige expresamente en el art. 34.8 del ET. El contenido de los correos electrónicos referidos por la recurrente no puede calificarse de verdadero "proceso de negociación" entre las partes, máxime cuando siquiera se hace por la demandada propuesta alternativa a la solicitada por la actora , lo que no evidencia una "buena fe " negociadora pues la acción de negociar exige , tal y como se define en el diccionario de la lengua española de la RAE : "*Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto*". En el caso que nos ocupa el único "trato" ofrecido por la demandada fue el de la negativa a aceptar la petición de **adaptación** horaria realizada por la demandante.



E igual suerte desestimatoria debe correr la propuesta de modificación del Hecho probado séptimo pues pretende la reproducción del texto convencional aplicable siendo ello una cuestión jurídica, que no fáctica, y, por ende, impropia de la pretendida revisión, ello sin perjuicio de su correspondiente análisis en los motivos de infracción jurídica que se hacen a continuación por la recurrente.

En base a lo expuesto, se desestiman los dos primeros motivos del recurso.

**TERCERO.-** En el tercer motivo del recurso, **al amparo del art. 193 c) de la LRJS**, la recurrente denuncia la infracción de normas sustantivas y jurisprudencia. Específicamente, los arts. 34 del ET en relación al artículo 24 del Convenio colectivo aplicable.

**Entiende la recurrente** que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta que existe un acuerdo alcanzado con la representación social que se refleja en el art. 24.2 del Convenio colectivo de la demandada que establece lo siguiente:

*" 2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.7 del Estatuto de los Trabajadores, la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de **jornada**, previstos en el presente artículo y en el artículo 25.8 del presente Convenio, corresponderá a la persona empleada, dentro de su **jornada** ordinaria. En caso de que realice trabajo a turnos tendrá derecho a la concreción del horario dentro del turno asignado por la Empresa. Será necesario preavisar al empresario con al menos 15 días de antelación la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de **jornada** correspondiente."*

Por tanto, según la recurrente habiéndose pactado convencionalmente que la concreción horaria solo puede producirse dentro del turno asignado, y en el caso de la actora estando adscrita al turno de tarde, debió solicitar en franja de tarde ña pretendida concreción. A lo anterior, añade la recurrente que el art. 22.8 3 e) del Convenio aplicable fija un procedimiento especial de cobertura de vacantes en un turno, que se rige por criterios de antigüedad, eficacia en el desempeño y circunstancias personales, dándose prioridad a las trabajadoras embarazadas.

Por último, se indica por la recurrente que el derecho de **adaptación de jornada** no es absoluto, pues está sujeto a la razonabilidad y a la justificación de la medida solicitada, cuestión esta que no se ha ponderado en la sentencia pes no se han analizado las circunstancias personales de la trabajadora dejando a un lado la corresponsabilidad.

#### **A)-HECHOS RELEVANTES**

Para resolver este motivo debemos partir necesariamente de los **hechos de relevancia** contenidos en el relato fáctico.

-La actora presta servicios para la demandada desde el **1/4/2014**, con la categoría gestora de atención telefónica. Trabaja **jornada** completa en horario de 14:00 a 20:00 hora (turno de tarde) de lunes a viernes.

-Es progenitora de una **bebé nacida el NUM001 /2021** que se encuentra matriculada en escuela infantil en horario de 7:00 a 16:45 horas

-La actora **solicitó en fecha 2/5/2022 concreción horaria de 9:00 a 14:30 horas** (turno de mañana) de lunes a viernes para el cuidado de su **bebé de 5 meses de edad**.

-En fecha **1/6/2022 la empresa comunica a la actora su negativa** a la concreción en estos términos:

*" .- existe un procedimiento en el convenio colectivo para cubrir las vacantes (art. 22.8), habiéndose ofertado plazas en agosto 2021, sin que la actora pudiera acceder a ellas dada su puntuación*

*.- la plantilla de gestores postventa está infradimensionada en el turno de tarde.*

*.- elevado número de reducciones de **jornada** por guarda legal concedidas en dicho departamento (171 personas), y estas concreciones no coinciden con las horas punta del servicio, lo que resta significativamente los recursos disponibles.*

*.- necesidad de incorporar a mas personas al turno de tarde, ante la situación señalada*

*.- organizativamente no es posible acceder al cambio solicitado ya que el servicio se vería afectado, disminuyendo aun mas la capacidad de respuesta, perjudicando así la calidad ofrecida a los asegurados, al no poder garantizar unos niveles de atención óptimos en el turno de tarde."*

-El **cónyuge de la actora presta servicios por cuenta ajena, con jornada de turnos rotativos de lunes a domingo**.

- La empresa tiene estipulado un procedimiento interno de concurso para el turno fijo de mañana.



-La plantilla de trabajadores en la sede de Las Palmas de Gran Canaria, es de un total de **75**, que se distribuyen en tres turnos: mañana-20 trabajadores;- tarde- 25- y rotativo-30-.

-La empresa solo ha aceptado la reducción de **jornada** con concreción horaria en el mismo turno que tenían las trabajadoras: hay 3 personas en **jornada** reducida en el turno de mañana; y 1, en el turno de tarde; pero únicamente hay una trabajadora que está en conciliación de la vida **laboral** y familiar en el turno de mañana-distinto del suyo-, declarado por sentencia judicial, confirmada por la Sala del TSJ, y recurrida ante el Tribunal Supremo.

- Las llamadas con **mayor afluencia en el turno de mañana**.

-El Convenio Colectivo de aplicación es el Convenio de Mapfre Grupo Asegurador.

## **B)-NORMATIVA DE APLICACIÓN .**

Debemos partir en primer lugar, de los preceptos legales aplicables al caso.

El **art. 34.8 del ET** aplicable al momento de solicitarse la concreción horaria que se analiza establecía 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.**"*

El derecho regulado en el art. 43.8 ET, es un verdadero derecho individual de la persona trabajadora, ya desvinculado de la negociación colectiva como sucedía en anteriores versiones legales, habiéndose previsto, incluso, un expreso proceso negociador entre empresa y persona trabajadora, exigiéndose la propuesta de alternativas que justifiquen que la negociación es real y no un mero brindis al sol. Las partes deben hacer esfuerzos para motivar sus posiciones, en el sentido de razonables y satisfactorias, y deben negociar bajo el principio de "buena fe" y , además, la eventual negativa de la empresa debe ser igualmente motivada, en el sentido de objetivamente razonada.

### **B.1- Enjuiciamiento con perspectiva de género**

El derecho a la conciliación familiar y **laboral** tiene faz femenina.El impacto de género desproporcionado es , a estas alturas , incuestionable.

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 77 millones de mujeres han dejado su empleo debido a las responsabilidades asistenciales.

Las dificultades de las madres trabajadoras para conciliar el cuidado de sus hijos e hijas con la vida profesional, sin penalización retributiva, esto es, por la vía prevista en el art. 34 .8 del ET, las arrastra irremediablemente a solicitar drásticas reducciones de **jornada** con pérdida retributiva y de cotización, que acaba incidiendo en la amplia brecha salarial (19%, según el INE): y de pensiones existentes entre trabajadoras y trabajadores (33%-Según el eSTADISS- INSS), y, en el peor de los casos, empuja a las mujeres al abandono del puesto de trabajo, bien temporalmente (excedencias ) o bien, definitivamente.



Tales dificultades se abordan frontalmente desde la Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que coloca la conciliación de responsabilidades (familia y trabajo) en el centro. Tal mandato se transpuso recientemente a través del Real Decreto Ley 5/2023, que expresamente refiere a la especial relevancia de la **adaptación** de condiciones de trabajo para facilitar los cuidados familiares.

Integrar la perspectiva de género en el enjuiciamiento significa juzgar teniendo en cuenta la realidad social descrita estadísticamente, significa tener en cuenta la situación desaventajada de las mujeres trabajadoras y la pérdida de oportunidades **laborales** que soportan por no dejar de cuidar familiares. También significa, remover obstáculos, a través de la aplicación e interpretación del Derecho, para lograr la igualdad de resultado entre mujeres y hombres. Significa, en fin, hacer real el mandato contenido en el art. 9.2 y 10.2 CE, en relación con el art. 4 y 15 de la LOIEMH. Lo anterior se contradice con la creación de nuevos requisitos, por vía interpretativa, que dificulten o impidan a las trabajadoras compatibilizar su trabajo con el cuidado familiar.

Tal y como decíamos en nuestra las sentencias de esta misma Sala , entre otras, en nuestras sentencias de 12 de marzo de 2019 (Recursos 19/2019 y 1596/2018) , de 27/8/2019 ( Rec. 533/2019) o, más específicamente en **la sentencia de 15 de diciembre de 2017 (Rec. 1249/2017)**, en materia de concreción horaria:

*"El derecho de conciliación del tiempo dedicado a familia y trabajo tiene un marcado componente de género que conviene recordar, tal y como se recoge expresamente en la Exposición de Motivos de la **Ley 39/1999** (RCL 1999, 2800) :*

*" 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. La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo.(...) En este sentido, en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995, se consideró como objetivo estratégico fomentar una armonización de responsabilidades **laborales** y familiares entre hombres y mujeres y en la Declaración aprobada por los 189 Estados allí reunidos, se reafirmó este compromiso.(...)"*

-De otro lado, también en la **Ley Orgánica 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. La regulación del acceso a bienes y servicios es objeto de atención por la Ley, conjugando los principios de libertad y autonomía contractual con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres. También se ha estimado conveniente establecer determinadas medidas de promoción de la igualdad efectiva en las empresas privadas, como las que se*

*recogen en materia de contratación o de subvenciones públicas o en referencia a los consejos de administración.*

*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 .*

*(...) - La **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de lamujeres (CEDAW)** es un es uno de los tratados internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas más operativo en la conquista de la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, también llamado "la carta internacional de los derechos humanos de las mujeres" . Fue aprobada por la Asamblea General en 1979 y 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 (...)"

- De otro lado nuestro **Tribunal Constitucional** 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 Sentencias 3/2007 de 15 de enero de 2007 (RTC 2007, 3) 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 ..(...)"**

E igualmente reitera dicho impacto constitucional del derecho a la conciliación **laboral** y familiar en su **Sentencia 26/2011 de 14 de marzo de 2011 (RTC 2011, 26)** , en cuya fundamentación se insiste en la interpretación de la norma de manera más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales en juego ( arts. 14 y 39 CE ) y no de forma mecánica o formalista. Y así se recoge en la fundamentación jurídica:

" (...) Debemos comenzar recordando que la prohibición de discriminación por razón de sexo ( art. 14 CE ) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones **laborales**, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (...) De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres(...), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE (...)" **La justicia con perspectiva de género no es más que la transversalización (real) del principio de igualdad (gender mainstreaming), tal y como preceptúa el art. 4 de la Ley 3/2007** , en relación con la previsión contenida en el art. 9, 1 y 14 de la CE , debiendo recordar el juego del art. 10 y 96 de la CE en la interpretación de los derechos fundamentales, de conformidad con los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España ( entre ellos la CEDAW).

**La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste , ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado, tal y como ha venido reiterando el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias (por todas, la sentencia 17/2003 de 30 de enero de 2003 )"**

Debe añadirse a lo anterior la normativa de aplicación expuesta la **Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo** relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, transpuesta recientemente a través del RD 5/2023 de 28 de junio en cuyo art. 9 establece: "Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible a que hace referencia el apartado 1 en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. **Los empleadores deberán justificar cualquier denegación** de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas".

En base a lo expuesto procede juzgar el caso que nos ocupa con perspectiva de género y dando cumplimiento al **principio 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".

Y en relación a la hermenéutica de juzgar con perspectiva de género en la impartición de justicia, nos recuerda la **Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2022 (Recud.646/2021)** :

" En numerosas ocasiones hemos advertido que ninguna duda cabe sobre la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas".

En esta línea las **SSTS de 26 septiembre 2018 (Recud. 1352/2017 ) y 13 noviembre 2019 (Recud. 75/2018 ):**"

" La interpretación que aquí se sostiene viene avalada por la aplicación del principio general contenido en el artículo 4 de la LOI (LO 3/2007, de 22 de marzo) según el cual la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas."

Por último, hemos de señalar 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 art. 34.8º ET aplicable al caso , y que 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**".

## B.2- Enjuiciamiento con perspectiva de infancia

Además, el caso que nos ocupa deriva de una petición cuyo causante es una bebé de 5 meses de edad , al momento de la petición de concreción horaria.





lo que exige tener en cuenta el interés superior del menor que también debe ser valorado en **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."*

El interés superior del niño o la niña 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.

-A mayor abundancia, 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 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, también 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/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.

### C-APLICACIÓN DE LA NORMATIVA AL CASO

**La aplicación de la normativa internacional y nacional referida así como los criterios interpretativos constitucionales descritos, aplicados al caso que nos ocupa** nos lleva a la conclusión de que la empresa no ha probado objetivamente las razones organizativas o productivas que la han llevado a denegar a la actora su derecho a la concreción horaria en turno fijo matinal. A tenor del relato fáctico expuesto podemos concluir lo siguiente

**1º**-La actora ha probado las razones objetivas por las que solicita la concreción horaria en turno matinal, cual es el cuidado de su bebé de 5 meses compaginándolo con el horario en el permanece en la escuela infantil en la que se ha probado está matriculada habiéndose probado también que el horario del centro es matinal (HP2º).

A mayor abundamiento, también se han acreditado las dificultades del otro progenitor (padre) al trabajar a turnos rotativos de lunes a domingo (HP6º). Como se ha dicho debe integrarse en relación al permiso reclamado la **perspectiva de género** en su enjuiciamiento ( 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, 9.2, 14 y



39 de la CE), de acuerdo con el principio internacional "*pro persona*", siendo los cuidados un puntal de las discriminaciones en tiempos democráticos.

2º- A la anterior hermenéutica se añade, en este caso, la **perspectiva de infancia**, al ser la causante del derecho solicitado por la actora una bebé de tan solo 5 meses de edad, recordándose aquí que el interés superior del menor debe ser una consideración primordial en los casos en los que de la resolución judicial, se deriven impactos directos o indirectos en las personas menores de edad, como es el caso.

3º- Por parte de la empleadora **no se probaron razones objetivas y razonables que impidieran el reconocimiento de la concreción horaria solicitada**. Vayamos por partes.

En relación al alegato convencional, por lo que respecta a la previsión contenida en el art. 24.2, que refiere a que la concreción horaria debe ceñirse al turno asignado, no solo contraviene la literalidad del art. 34.8 del ET que no queda encorsetada por tal limitación, sino que, además va contra la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (STC 26/2011, entre otras).

Por tanto, debe desestimarse la infracción convencional por lo que respecta a la previsión de acceso a los puestos de trabajo en turno matinal mediante un proceso de "concurso" interno (art. 22.8 3 e) del convenio), pues esta previsión está pensada para la cobertura de vacantes, que no es el caso. Interpretar tal precepto para denegar las peticiones de concreción horaria por razones de conciliación no solo resulta extraño e irrazonable sino que, además, evidencia una nítida falta de voluntad negociadora por parte de la empresa.

Descendiendo a las razones específicas alegadas por la empresa en su misiva de 1/6/22, más allá del alegato convencional es lo cierto que tales razones son genéricas, abstractas y carentes de contenido razonable y razonado, pero, además, si lo anterior no fuera suficiente, tal y como ha resultado probado, y no se ha cuestionado por la recurrente, a pesar de que la plantilla de la empresa en Las Palmas es de 75 personas distribuidas en 3 turnos, solo hay 5 personas con **jornada** concretizada y solo 1 de ellas está en un turno diferente al que tenía antes de su solicitud, reconocido por resolución judicial.

Ello evidencia que no existen verdaderas razones organizativas que justifiquen la negativa de la empresa, máxime cuando también se ha probado que "*las llamadas con mayor afluencia*" se concentran en el turno de mañana", que es el que ahora solicita la actora.

En base a lo expuesto se desestima este motivo del recurso.

**CUARTO.-** En el último motivo del recurso, también con amparo en el art. 193 c) de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 138 de la LRJS y el art. 8.12 de la LISOS.

**Entiende la recurrente** que no ha sido probado por la actora, a quien corresponde, el perjuicio justificativo de la indemnización por daño moral solicitada pues el juicio fue celebrado 3 meses después de la solicitud de la trabajadora

**La parte actora** se opuso en base a la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia.

Para resolver este último motivo debe recordarse que la actora solicitó una indemnización reparadora por el daño moral asociado a la negativa infundada de la empresa al disfrute de la actora del derecho ejercido al amparo del art. 34.8 ET por cuidado de su bebé de 5 meses. La cantidad reclamada en la demanda era de **9.831 euros** utilizando como modulación la LISOS en sus arts. 8.12º (infracciones muy graves) y el art. 40.1 c).

La magistrada de la instancia condenó a la demandada al abono de la cantidad indemnizatoria reclamada en la demanda en base a la falta de voluntad negociadora de la empresa y a la ausencia de prueba en torno a razones objetivas de índole organizativas que impidieran a la empleadora avenirse a la petición de la trabajadora.

Debe desestimarse también este último motivo.

En primer lugar, porque el propio art. 139 de la LRJS prevé la posibilidad de acumular una petición de daños y perjuicios derivados de la negativa empresarial y la demora en la efectividad de la medida, y aunque la empleadora podría haberse exonerado mediante el cumplimiento provisional de la medida, al no hacerlo, habiéndose declarado judicialmente el derecho de la actora a la concreción solicitada, es claro que procede el derecho a una reparación, por mandato legal, máxime cuando la solicitud es de fecha 2/5/2022 y la sentencia se ha dictado en fecha 31/3/23 (casi un año después).

La solicitud de indemnización paralela es procedente procesalmente junto a la acción de conciliación de la vida familiar y **laboral**. Se podría decir que tal indemnización, cuando se solicita, tiene un carácter insoluble con el incumplimiento empresarial del derecho reclamado, en este caso la concreción horaria (art. 34.8 ET). El derecho a una indemnización resarcitoria se engarza al ejercicio del propio derecho previsto en el art. 34.8 ET,



como derecho reforzado por el impacto constitucional que tiene este derecho ( arts. 14 y 39 de la CE), según ha declarado el Tribunal Constitucional reiteradamente.

Decíamos en nuestra sentencia de 27 de agosto de 2019 (Rec. 533/2019):

*" 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. (...)*

*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, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole** " .*

A lo anterior se suma el carácter preventivo y disuasorio que tienen las indemnizaciones por daño moral, derivadas de vulneración de derechos fundamentales , en este caso el art. 14 CE, por el impacto de género desproporcionado que tiene el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y **laboral** tal y como hemos puesto de manifiesto en nuestras sentencias de 9 de mayo de 2022 (Rec. 317/2022) o de 1 de septiembre de 2020 (Rec. 197/2020) , entre otras.

Repitiendo las palabras contenidas en nuestra **sentencia de 9 de mayo 2022 (R 317/2022)** :

*" Por lo que respecta al tercer bloque de infracciones efectuado por la recurrente en el que se solicita la revocación de la sentencia por lo que respecta a la indemnización de daños y perjuicios a la que fue condenada la empresa (3.126 euros), también debe desestimarse por las razones siguientes.*

*En primer lugar porque la indemnización a la que se condena la empresa no deriva solo de la aplicación del art. 139.1 LRJS sino que la tiene un componente vinculado a la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, tal y como expresamente se recoge en la sentencia (FJ4º, en relación al FJ3º), en consonancia con la demanda origen de estas actuaciones ( apartado décimo).*

*Determinado el impacto discriminatorio de la decisión empresarial de 6/8/21, por la que se deniega a la concreción horaria solicitada procede de forma automática la reparación del daño moral asociado al derecho fundamental vulnerado ( art. 14 CE ), lo que nos conecta con la Doctrina del TC que en relación a la cuantificación del daño moral por vulneración de derechos fundamentales en su sentencia del Tribunal Constitucional nº 246/2006 de 24 de julio (RTC2006, 246) 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) . En la citada sentencia se convalida como parámetro objetivo adecuado, la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social (RCL 2000, 1804, 2136) 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 (AS 2017, 2155) ( Recurso nº 1249/2017 ) entre otras.*

*En el caso que nos ocupa, la magistrada de la instancia también ha utilizado la LISOS como parámetro de cálculo, recurriendo al juego del art. 8.12 , 39 y 40 de la LISOS , minorando la indemnización y aplicando la sanción correspondiente a la falta inmediatamente anterior, atendiendo a las circunstancias del caso, ponderando el hecho de que el padre del menor causante del derecho debatido, permaneció en situación de ERTE hasta el 1 de octubre de 2021.*

*En base a lo expuesto se estima prudente la condena a la empresa a una indemnización de 3.126 euros en concepto de daños y perjuicios (daño moral). En base a lo expuesto, se desestima el recurso planteado".*

Aplicando los mismos criterios al caso que nos ocupa, procede igualmente convalidar la indemnización apreciada en la instancia porque dadas las características concurrentes se estima prudente y adecuada por las siguientes razones:

**1º**-La actora ha acreditado una verdadera situación de necesidad en su petición de **adaptación** horaria: Tiene a su cargo una bebé de 5 meses, el otro progenitor presta servicios en turnos rotativos de lunes a domingo y su hija está matriculada en una escuela infantil con horario matinal. La actora es gestora de atención telefónica lo que permite mayor flexibilidad **laboral** , en relación a otras profesiones.

**2º**-La empleadora contestó negativamente a la petición de la actora, omitiendo un proceso de negociación real y efectivo con la operaria, exigido en el art. 34.8 del ET, siendo buena prueba de ello la ausencia de propuestas alternativas. La empresa se limitó a contestarle negativamente mediante generalidades carentes de razonabilidad.



3º El art. 22.8 del Convenio de aplicación alegado por la recurrente regula la cobertura de plazas vacantes pero nada tiene que ver con el ejercicio de derechos de conciliación familiar y **laboral** que se ejerce por la demandante.

4º Entre la petición de la actora, el 2/5/2022, y el dictado de la sentencia, el 31/3/23 que estima la demanda ha transcurrido casi 1 año, sin que la empresa haya dado un cumplimiento provisional a la petición de la actora para exonerarse de la reparación indemnizatoria reclamada.

5º Además ha resultado probado que la mayor afluencia de trabajo se produce en el turno matinal solicitado por la actora. Y, también que de la plantilla total de 75 personas trabajadoras que tiene la empleadora en Las Palmas solo hay 5 personas con reducción de **jornada** por cuidado de familiares. Ello evidencia una total ausencia de razones productivas u organizativas para denegar la petición de la trabajadora.

6º- De otro lado, debe recordarse que la indemnización por daño moral no está vinculada al daño patrimonial, físico o psicológico sino al "*pretium doloris*" que viene vinculado a la denegación empresarial radical e irrazonable del legítimo derecho de la actora a cuidar de su bebé compaginándolo con su trabajo. A lo anterior, añadimos, el carácter disuasorio y preventivo ("garantía de no repetición) que tiene la indemnización por daño moral vinculada a la vulneración de los derechos fundamentales comprometidos ( art. 14 y 39 de la CE).

En base a lo expuesto se estima prudente la condena a la empresa a una indemnización de 9.831 euros en concepto de daños y perjuicios (daño moral), habiéndose razonado por la magistrada de la instancia, dada la gravedad de la conducta de la empresa demandada y las dimensiones de plantilla de las mismas.

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

**TERCERO.-** En relación a las costas, conforme al art.235 de la LRJS, procede su imposición a la recurrente en la cuantía de 800 euros.

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

## FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por MAPFRE ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA contra la sentencia nº 54/2023 dictada el día 31 de marzo de 2023 por el Juzgado de lo Social número 6 de Las Palmas de Gran Canaria, confirmando dicha sentencia, en todos sus pronunciamientos condenando a la recurrente al abono de las costas que se cuantifica e 800 euros.

Condenamos a la recurrente a la pérdida de las cantidades en su caso consignadas a la que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme así como, en su caso, al mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que el condenado cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de la misma se resuelva su realización.

Disponemos la pérdida del depósito necesario para recurrir, lo que se realizará cuando la sentencia sea firme.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 6 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 3537/0000/66/1055/23 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 librese 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