

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS

Sede de Santa Cruz de Tenerife

Sentencia 855/2024, de 7 de noviembre de 2024

Sala de lo Social

Rec. n.º 505/2024

SUMARIO:

Conciliación de la vida laboral y familiar. Adaptación de la jornada ex artículo 34.8 del ET. *Trabajadora que solicita que se le asigne turno fijo de mañana de lunes a viernes, para cuidar de su hija, sin acreditar en absoluto que su esposo tuviera también en su trabajo turnos rotatorios de mañana, tarde y noche, ni que existiera una red de apoyo familiar (abuelos, tíos, etc.) que permitiera puntualmente dejar a la menor con una persona de confianza.* Cuanta mayor sea la necesidad acreditada de conciliar la vida familiar, de mayor entidad han de ser las razones empresariales para oponerse a lo solicitado por la persona trabajadora. Por ello, en el juicio o ponderación de intereses que ha de hacer la sentencia de instancia en estos casos, aunque para desestimar las pretensiones actoras no es exigible que los perjuicios para la empresa, en caso accederse a lo solicitado por la parte trabajadora, sean desproporcionados e inasumibles, las razones esgrimidas para la oposición han de ser objetivas (no meramente hipotéticas, sino reales y constatables), atendibles (han de responder a motivos lícitos, que guarden relación lógica con que se pida por la parte trabajadora, y ser ajenos a cualquier móvil discriminatorio), y de una cierta entidad. De no acreditarse este tipo de razones empresariales, o ser las mismas manifiestamente insuficientes, no cabe denegar lo que se solicite por la parte trabajadora, por más que la misma no haya probado una necesidad angustiosa o desesperada de modificar su horario o turnos de trabajo. En el caso analizado, la demandante había acreditado una necesidad de conciliar (bastaría con probar la existencia de hijos menores de doce años), pero no una necesidad grave de la medida de conciliación concretamente interesada. Teniendo en cuenta lo que se habría acreditado por la trabajadora, la empresa ciertamente, para negarse a acceder a lo solicitado en los términos concretamente pedidos, no tendría por qué alegar y probar que dar a la demandante el horario pretendido le ocasionaría graves problemas de tipo organizativo, productivo, o de otra índole, sino que le bastaría alegar y probar la existencia de dificultades objetivas, atendibles y de cierta entidad, como pudiera ser que ya había un exceso de mano de obra en el turno de mañana. De los hechos probados de la sentencia de instancia no resulta que la empresa demandada haya acreditado un obstáculo objetivo y de cierta entidad que no permita asignar a la demandante el turno que la misma pedía. Y lo que sí consta es que en la empresa hay entre 60 y 80 trabajadores con la misma categoría de la trabajadora, respecto de los cuales ni siquiera constaba que se hubiera hecho un sondeo para ver si estaban dispuestos a experimentar ciertas modificaciones en sus turnos de trabajo; no constando, por lo demás, pues es algo que no se ha alegado por la empresa, cuantos trabajadores, y con qué frecuencia, tendrían que realizar más turnos de tarde y noche para que la demandante solo tuviera que trabajar de mañana. Ante todo ello, la demandada no puede pretender oponerse a lo pedido por la actora haciendo recaer sobre la misma la prueba de serias dificultades de conciliación, prueba que solo habría sido exigible si la empresa hubiera previamente indicado a la trabajadora que acceder a la petición ocasionaría importantes problemas de organización, producción o análogos, y esos problemas hubieran quedado probados, extremos que la empresa ni alegó ni ha probado. Procede, además,

Síguenos en...



el abono de una indemnización de 3000 euros por daños morales (art. 139.1 a) LRJS).

PONENTE:

Don Félix Barriuso Algar.

SENTENCIA

Sección: FBA
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL
Plaza San Francisco nº 15
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 479 373
Fax.:
Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org
Rollo: Recursos de Suplicación
Nº Rollo: 0000505/2024
NIG: 3803844420230003473

Materia: Vacaciones/ permisos/ licencias
Resolución: Sentencia 000855/2024

Proc. origen: Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente Nº proc. origen: 0000391/2023-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 6 de Santa Cruz de Tenerife

Recurrente: DIRECCION000; Abogado: Fernando Galobart Fernandez-Cotta;

Procurador: Leopoldo Pastor Llarena

Recurrido: Adela; Abogado: Juliet Elisa Plasencia Allright

SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as
SALA Presidente
D./Dª. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL
Magistrados
D./Dª. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO
D./Dª. FÉLIX BARRIUSO ALGAR (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 7 de noviembre de 2024.

Dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el Recurso de Suplicación número 505/2024, interpuesto por " DIRECCION000", frente a la Sentencia 381/2023, de 9 de noviembre, del Juzgado de lo Social nº. 6 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos de Derechos de conciliación 391/2023, sobre adaptación de horarios y jornada. Habiendo sido ponente el Magistrado D. Félix Barriuso Algar, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.**

Por parte de Dª. Adela se presentó el día 5 de mayo de 2023 demanda frente a " DIRECCION000", en la cual alegaba que trabajaba como técnica cuidadora para la demandada, que era madre de una menor de doce años y que venía prestando servicios en turnos rotatorios de mañana, tarde y noche. La demandante alegaba que no podía realizar

Síguenos en...



los turnos de noche porque el padre de la menor también tenía que realizar turnos de noche, con lo que no habría nadie para cuidar a su hija, de muy corta edad, por las noches, y en base a ello la demandante había solicitado realizar un turno fijo de mañana, de 8 a 15 horas, pero la demandada no había atendido su solicitud, lo que provocó a la trabajadora una situación de ansiedad por la cual tuvo que iniciar una incapacidad temporal; finalmente, la empresa ofreció a la actora asignarle turnos que no coincidieran con los del padre de la menor, debiendo comunicar la demandante tal circunstancia con suficiente antelación, pero la demandante no estaba conforme con esa solución, insistiendo en su solicitud inicial y reclamando además una indemnización de 30.000 euros por daños morales derivados del rechazo patronal a lo solicitado por la trabajadora. Terminaba solicitando que se dictara sentencia por la que se reconociera el derecho de la demandante a concretar su jornada en horario de 8 a 15 horas de lunes a viernes, y se condenara a la empresa al pago de una indemnización de 30.000 euros por daños morales.

SEGUNDO.

Turnada la anterior demanda al Juzgado de lo Social número 6 de Santa Cruz de Tenerife, autos 391/2023, en fecha 7 de noviembre de 2023 se celebró juicio en el cual la parte demandada se opuso a la demanda, alegando que la demandante no estaba realizando turno de noche, sino turnos rotatorios de mañana o tarde de lunes a domingo; que aunque la actora afirmaba que el padre de la menor realizaba turno de noche, nunca aportó documentación acreditativa al respecto; que no era cierto que se forzara a la demandante a pedir una reducción de jornada, sino que fue la actora la que lo solicitó; que sí que hubo conversaciones telefónicas con la demandante en relación con la adaptación de jornada y se le dijo que en principio no habría problema en no realizar el turno de noche, y cual era el departamento al que debía dirigir la solicitud; que en el centro de día no era cierto que hubiera un turno fijo de mañana, sino que había también turnos rotatorios de mañana y tarde, y no había ninguna trabajadora con jornada adaptada que no realizara turnos de tarde; que además de ello, la demandante ya había sido evaluada para prestar servicios en el centro de día, cuyos usuarios y número de trabajadores eran diferentes que en el centro residencial, y se concluyó que la demandante no reaccionaba adecuadamente en situaciones de crisis con usuarios con autismo grave; que lo que solicitaba la demandante no era ni razonable ni proporcionado entre sus necesidades y las de la empresa, y que nada se exponía en la demanda para justificar la cantidad a tanto alzado que se reclamaba en concepto de indemnización.

TERCERO.

Tras la celebración de juicio, por parte del Juzgado de lo Social se dictó el 9 de noviembre de 2023 sentencia con el siguiente Fallo: "Estimo la demanda presentada por Adela frente a la empresa DIRECCION000, y, en consecuencia, declaro el derecho de la actora a la adaptación de su jornada de trabajo en horario de 8.00 a 15.00 horas de lunes a viernes con todos los efectos legales inherentes, así como al abono de una indemnización por daño moral de 3.000 euros, con devengo del interés legal correspondiente".

CUARTO.

Los hechos probados de la sentencia de instancia tienen el siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Adela con dni NUM000 trabaja para DIRECCION000, con una antigüedad desde el 1 de mayo de 2013, bajo la categoría profesional de técnica cuidadora y percibiendo un salario mensual prorrateado conforme a convenio Colectivo del personal Laboral del Hospital DIRECCION001. (hecho conforme y folio 120-).

SEGUNDO.- La actora y su cónyuge son padres de una hija nacida el NUM001 de 2021 (libro de familia y de bautismo - f. 126 y 127-).

TERCERO.- Con carácter anterior a la reducción de jornada solicitada en fecha 8 de junio de 2022, la actora tiene como jornada de trabajo turnos rotatorios de mañana, tarde y noche en la residencia de la demandada -hecho no controvertido-.

CUARTO.- En fecha 2 de septiembre de 2022 la actora presenta escrito a la empresa solicitando la adaptación de la jornada de trabajo para la conciliación de la vida laboral y familiar, como consecuencia de tener bajo su guarda a la hija menor, con la concreción de horarios en turno de mañana de 8.00 a 15.00 horas (Folios 114 y siguientes).

QUINTO.- En fecha 8 de junio de 2022 la actora presenta solicitud escrita de reducción de jornada por cuidado de menor, del 87,5% de jornada anual y con reducción proporcional del salario a partir del día 1 de julio de 2022, inclusive, con la concreción horaria de turno de mañana/tarde, con un horario de 8.00. a 15.000, y de 15.000 a 22.00 horas. Se accede a tal solicitud. - f. 109 y hecho conforme-.

SEXTO.- En fecha 27 de marzo de 2023 reitera la solicitud de adaptación de jornada de trabajo al turno de mañana por escrito, solicitando una respuesta formal, por escrito en un plazo de 30 días, de una propuesta de conciliación o la decisión que la empresa estime oportuna (.). - f.114, que se da por reproducido-.

SÉPTIMO.- Con anterioridad a aquel escrito la actora ha venido requiriendo verbalmente y por Whatsapp a la dirección para obtener una respuesta a su pedimento. - testifical de Indalecio, y pantallazo de Whatsapp no impugnado, f.117-.

OCTAVO.- El 17 de abril de 2023 la empresa comunica a la actora la contestación a aquella solicitud, resolviendo: Primero: Que, con fecha 02 de septiembre de 2023, la trabajadora Dña. Adela, solicitó una adaptación de jornada para una conciliación de su vida, concretándose en horario de turno de mañana (8:00 a 15:00). Según su solicitud, las razones que la justificaba era: "el cuidado de menor de edad, el cual no tengo cómo cuidarlo por las tardes, ya que ambos progenitores tenemos turnos rotatorios y por las mañanas está en la guardería".

Segundo: Que, durante los últimos meses, la trabajadora ha tenido varias reuniones con la Directora Psicopedagógica del Centro, para tratar de alcanzar un acuerdo para la concreción horaria, que permita la conciliación de la vida familiar de la trabajadora.

Tercero: Que, con fecha 27 de marzo de 2023, la trabajadora presentó un nuevo escrito a la dirección de Personas y Valores y a la Dirección Psicopedagógica, solicitando "una respuesta formal, por escrito, en un plazo de 30 días".

Cuarto: Que atendiendo a su solicitud y tras analizar el caso, esta empresa.

RESUELVE: Atender la solicitud de la trabajadora y cambiarle a la trabajadora todos los turnos, de lunes- viernes, en los que coincidan de tarde ambos progenitores, para ello, la trabajadora deba entregar a la Dirección psicopedagógica del Centro, con una antelación mínima de 30 días planilla de turnos del otro progenitor.

- folio 115-.

NOVENO.- El turno de mañana habría de desarrollarse mayoritariamente en el centro de día de la empresa, centro en el que se requieren habilidades para el correcto manejo de las situaciones de crisis de los usuarios con necesidades especiales - testifical de Indalecio y de Encarnacion-.

DÉCIMO.- En la empresa demandada hay unas 60 u 80 personas aproximadamente con la misma categoría profesional que la actora, y por necesidades organizativas, van prestando servicios puntualmente y de manera voluntaria por el centro de día cuando hay vacantes transitorias o necesidad organizativa para ello -testifical de Indalecio-.

Al efecto, la actora también ha venido prestando servicios en el centro de día cuando ha habido necesidad de ello -testificales de Indalecio y de Encarnacion-.

DÉCIMO PRIMERO.- En una ocasión en que la actora concurrió a cubrir al centro de día, tras determinada situación de crisis de un usuario, se mostró llorosa y angustiada. En otra situación de crisis del usuario, en la que el último intentó coger a Doña Adela del cuello, la actora llamó a otra compañera para que acudiera corriendo - f.113, registro de Ticares, aportado por la demandada-.

Con base en las dos incidencias antedichas la demandada realizó en fecha indeterminada una evaluación del desempeño profesional de la actora; evaluación ésta en la que concluye como debilidades de la actora "tono de voz alto, sus reacciones pueden detonar en crisis de agitación, falta de control en las situaciones complejas o de crisis"; como fortalezas la "positividad" -f.112-.

DÉCIMO SEGUNDO.- La demandada cuenta con más de 60 empleados de la categoría profesional de la actora - testifical de Indalecio-.

DÉCIMO TERCERO.- La actora se encuentra de baja desde el 30 de marzo de 2023 -hecho no discutido-".

QUINTO.

Por parte de " DIRECCION000" se interpuso recurso de suplicación contra la anterior sentencia; dicho recurso de suplicación fue impugnado por la demandante.

SEXTO.

Recibidos los autos en esta Sala de lo Social el 21 de mayo de 2024, los mismos fueron turnados al ponente designado en el encabezamiento, señalándose para deliberación y fallo el día 6 de noviembre de 2024.

SÉPTIMO.

En la tramitación de este recurso se han respetado las prescripciones legales, a excepción de los plazos dado el gran número de asuntos pendientes que pesan sobre este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.

Se mantienen en su integridad los hechos probados de la sentencia de instancia, al haberse desestimado los motivos de revisión fáctica planteados, por las razones que se expondrán en los siguientes fundamentos de derecho.

SEGUNDO.

En la demanda rectora de los presentes autos la trabajadora, empleada como técnica cuidadora en un DIRECCION000 que cuenta tanto como un área de día como con un área residencial, solicita que se le asigne un horario de 8 a 15 horas de lunes a viernes, para conciliar la vida familiar, por ser madre de una niña, nacida en NUM001 de 2021, alegando que no podía hacer turnos rotatorios de mañana, tarde y noche porque el padre de la menor también realiza esos turnos (en otra empresa) y entonces tendría problemas para cuidar a la menor por las tardes y noches. Formuló una primera solicitud, con reducción de jornada, en junio de 2022 (que según parece fue atendida), y luego pidió jornada fija de mañana en septiembre de 2022 y nuevamente en marzo de 2023. El 17 de abril la empresa le contestó ofreciendo cambiarle todos los turnos de tarde de lunes a viernes en que coincidieran ambos progenitores, si la demandada lo comunicaba con al menos 30 días de antelación. Al no considerar la actora satisfactoria esa oferta, presenta demanda insistiendo en su reclamación de turno fijo de mañana. La demandada se opuso alegando que sí se había negociado con la actora, que sin embargo nunca había acreditado nada sobre las circunstancias laborales del padre de la menor, y se le habían ofrecido alternativas; que no había ninguna trabajadora con turno fijo de mañana, ni siquiera en el centro de día, y que en todo caso la actora había sido evaluada negativamente para trabajar en el centro de día, porque debido a su tono de voz alto podía provocar crisis de

agitación a los usuarios (afectados de autismo grave) y la demandante no sabía tampoco reaccionar adecuadamente ante esas crisis. La sentencia de instancia declara probada la existencia de la hija menor de edad de la demandante, sin recoger nada sobre el trabajo del padre, y también considera probado que la empresa cuenta con entre 60 y 80 personas que "puntualmente y por razones organizativas" van prestando servicios en el centro de día cuando hay vacantes transitorias o necesidades para ello; también recoge que la actora fue evaluada negativamente para el desempeño en el centro de día, pero que incluso tras eso la misma ha seguido trabajando puntualmente en el mismo. Estima la demanda porque considera que la empresa no ha acreditado cuales son las razones productivas u organizativas que no le permiten dar a la demandante el turno fijo de mañana, o siquiera que los demás trabajadores se opusieran a que se les cuadraran los turnos para acceder a lo pedido por la demandante, y resta importancia al informe negativo de desempeño porque pese a ello la actora fue asignada en otras ocasiones al centro de día. La indemnización por daño moral la fija en 3.000 euros, reconociéndola esencialmente por entender que es automática en estos casos. Disconforme con esta sentencia la recurre en suplicación la parte demandada pretendiendo que sea anulada, deduciendo para ello un motivo de nulidad de actuaciones, por el 193.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; y subsidiariamente, que sea revocada y en su lugar la Sala dicte otra que desestime en su totalidad la demanda, o subsidiariamente se deje sin efecto la condena a la indemnización, para lo cual plantea tres motivos para la revisión de los hechos probados, al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y dos para el examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, del 193.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. El recurso ha sido impugnado por la parte demandante, la cual se opone al mismo, pide que se desestime, y se confirme la sentencia de instancia.

TERCERO.

Denuncia la empresa recurrente, en el motivo de nulidad de actuaciones, infracción de los apartados 2 y 3 del artículo 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 24 de la Constitución, acusando a la sentencia de instancia de haber incurrido en incongruencia o incoherencia interna desde el momento en que, pese a que la sentencia de instancia declara que la demandante no ha acreditado una especial necesidad de adaptación de su jornada, y admite que la petición actora podría suponer perjuicios para sus compañeros de trabajo, le concede la totalidad de la petición sobre sus cambios de turnos, así como unos daños que en ningún caso habrían sido acreditados, pues entiende la recurrente que no se le puede exigir a la empresa una prueba concreta sobre la imposibilidad organizativa de la medida solicitada, cuando la demandante no ha acreditado la necesidad de adaptación y en cambio la empresa habría probado por medio de testifical la dificultad de acceder a la medida.

CUARTO.

La llamada incoherencia, contradicción o incongruencia interna es un defecto de la sentencia que concurre cuando se aprecia una clara o notoria contradicción dentro de sus propios fundamentos (de hecho o de derecho), o entre esos fundamentos y el fallo (Sentencias del Tribunal Constitucional 22/1994, 117/1996 y 68/1997), contradicción que no pueda atribuirse a un mero error material o aritmético patente, subsanable en cualquier momento por el propio órgano judicial que dictó la sentencia. Tal defecto de la sentencia vulnera el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que las sentencias han de ser "claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito", porque una sentencia que ha considerado probado al mismo tiempo un hecho y su contrario, o al mismo tiempo aplicable y no aplicable una norma, no puede en modo alguno considerarse "clara", porque no permite saber cuales son exactamente los hechos que se han considerado acreditados

y sobre los cuales se ha llevado a cabo la posterior subducción jurídica; ni tampoco "precisa", porque no son admisibles ambigüedades e imprecisiones a la hora de pronunciarse sobre los hechos probados.

QUINTO.

Pero, aparte de esa infracción de las normas reguladoras del contenido de las sentencias, la incoherencia interna afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución judicial fundamentada en Derecho, motivada y razonada y no arbitraria, que, como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 54/2000, es "una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la aplicación de las normas, se puede comprobar que la solución dada es consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad. Dada la finalidad transcendente de esta obligación, una Sentencia que no explique la solución que proporciona a las cuestiones planteadas, sin que pueda inferirse de su texto tampoco cuáles son las razones próximas o remotas que justifican su fallo, vulnera el derecho a la tutela judicial consagrado por el art. 24.1 CE".

SEXTO.

En este caso, de la lectura global de la sentencia, y poniendo en relación lo en ella resuelto con lo que se planteó por las partes en la demanda y su contestación, ha de concluirse que la sentencia recurrida no ha incurrido en una incoherencia interna, como se alega en el recurso, sino que se ha limitado a aplicar unas reglas de la carga de alegación y prueba distintas de las que a la demandada le gustaría que se hubieran aplicado. Parece entender la recurrente, en efecto, que cuando se ejercita por la persona trabajadora la solicitud de adaptación prevista en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, la trabajadora tiene que acreditar la "necesidad" de adaptar su horario y días de trabajo de una determinada manera para poder atender al cuidado de sus hijos menores de doce años, y que solo en el caso de probarse esa "necesidad" surgiría para la empresa la carga de demostrar que lo pedido por la trabajadora le ocasiona concretos perjuicios o "imposibilidad" de tipo económico, técnico, organizativo o productivo. Pero la juzgadora de instancia lo que ha considerado es que la empresa, en todo caso, si pretende denegar a la trabajadora la adaptación de jornada en los concretos términos que interesa, ha de exponer de forma concreta, y luego acreditar en juicio, los obstáculos objetivos de cualquier clase que le impiden atender a la solicitud.

SÉPTIMO.

Es esa distribución de la carga de la prueba aplicada por la juzgadora, precisamente, la que subyace en las sentencias de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife de 21 de mayo o 12 de noviembre de 2020 que la sentencia de instancia reproduce en su fundamento de derecho 2º; y es en aplicación de esas reglas de la carga de la prueba que la juzgadora, pese a que admite que no se ha acreditado que el padre de la menor también tenga turnos rotatorios de mañana, tarde y noche; o que nada consta sobre si la demandante cuenta con una "red familiar que ayude en la crianza de la menor"; admitiendo implícitamente por tanto que la petición actora está probablemente más guiada por razones de "mera conveniencia" (porque ciertamente es más fácil conciliar cuando el horario de trabajo coincide con el de la guardería o colegio al que acude la menor) más que de grave necesidad, acto seguido destaca (fundamento de derecho 3º) que "no se alegan, ni constan, los motivos por los cuales la empresa no está en condiciones de suplir la jornada dejada de realizar por la parte actora por el resto de trabajadores, ni se ha explicado detalladamente qué inconvenientes impiden la toma de dicha decisión, ni los motivos organizativos, ni oposición de los demás trabajadores"; que la alegada falta de capacidad de la demandante

para trabajar en el centro de día no obstó para que la demandante siguiera trabajando puntualmente en el mismo; y que ni siquiera consta que se sondeara al resto de trabajadores para ver cuales pudieran estar dispuestos a cuadrar sus turnos para poder atender lo que se pide por la demandante.

OCTAVO.

Teniendo en cuenta esto, la sentencia de instancia es perfectamente coherente, pues parte de que en todo caso, ante la petición actora de adaptación, la empresa debe exponer los concretos problemas o dificultades para acceder a la misma, y si la empresa ni alega ni acredita esas dificultades objetivas, la adaptación no puede denegarse por el mero hecho de que la actora, que sí ha acreditado ser madre de una menor de doce años -y, por tanto, que estaría en el presupuesto de hecho contemplado en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores- solo haya acreditado que tener un horario fijo de mañana le viene mejor para atender al cuidado de su hija, aunque no haya probado que tiene una necesidad más o menos desesperada de ese tipo de horario porque en caso contrario no tendría a ninguna persona que pudiera atender a la menor o sería muy dificultoso atender a ese cuidado. Prueba esta última de grave necesidad que sí podría haberse exigido, para una adecuada ponderación de los intereses en juego, si la empresa hubiera expuesto y acreditado circunstancias concretas que objetivamente no le permitían, o le hacía muy gravoso, atender a lo pedido por la trabajadora. Exposición y acreditación de dificultades o problemas empresariales concretos que la sentencia de instancia considera que no ha tenido lugar, y, visto el contenido de la repuesta empresarial (hecho probado 8º), o los hechos probados 9º a 12º, esa conclusión de la juzgadora de instancia no se puede considerar manifiestamente irrazonable, pues efectivamente en la comunicación de 17 de abril de 2023 nada explica la empleadora respecto a por qué no daba a la demandante la adaptación de jornada en los términos que concretamente se habían solicitado.

NOVENO.

La recurrente podrá estar disconforme con las reglas de distribución de la carga de la prueba aplicadas en instancia, o estar disconforme con la falta de alegación y prueba de las dificultades empresariales en las cuales se ha basado la juez para estimar la demanda. Pero esa disconformidad en su caso podría dar lugar a un motivo de censura jurídica del 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, mas, en modo alguno, puede hacerse equivaler a una resolución judicial incoherente o contradictoria en sus razonamientos. El motivo de nulidad, en consecuencia, no puede estimarse.

DÉCIMO.

Examinando seguidamente los motivos de revisión de hechos, con carácter general debe recordarse que aunque el artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social permita a la Sala de Suplicación revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, este motivo de recurso está sujeto a una serie de límites sustantivos, como son:

1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal de suplicación (pues este recurso no es una segunda instancia, sino un recurso extraordinario) a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada e incorporada al proceso, sino que la misma debe operar sobre prueba documental o pericial que demuestre patentemente el error de hecho.

2º) No es posible, como regla general, admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal

Supremo de 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, y 2 de mayo de 1985). Todo ello exceptuando los casos en los que la valoración efectuada en instancia de tales documentos o periciales se evidencie como claramente irrazonable, por extraer hechos que de ninguna manera puedan sustentarse en los documentos que se supone han sido valorados, o haberse omitido sin justificación datos que resulten claramente de los mismos y no estén contradichos por otros medios de prueba, o haberse efectuado la valoración con apartamiento de las más elementales reglas de la lógica (sentencias del Tribunal Constitucional 225/2005, de 12 de septiembre o 214/1999, de 29 de noviembre).

3º) En el supuesto de documentos o pericias contradictorias y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el Juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (Sentencias del Tribunal Constitucional 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990 de 15 de febrero), siempre que esa libre apreciación llevada a cabo en instancia sea razonable (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1980, 10 de octubre de 1991, 10 de mayo, 16 de diciembre de 1993, o 10 de marzo de 1994).

4º) De igual manera, los documentos privados que hayan sido impugnados en su autenticidad por la contraparte y no hayan sido adverbados no pueden fundamentar una revisión de los hechos probados, pues tales documentos se han de valorar conforme a las reglas de la sana crítica, puestos en relación con el resto de prueba y elementos de convicción, y no cabe atribuir a los mismos valoración tasada alguna (artículos 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 1218 a 1230 del Código Civil).

5º) Los documentos o pericias en los que se fundamente la revisión han de poner de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, y superando la valoración global de la prueba que haya podido hacer la sentencia de instancia. Esto significa que el error judicial de valoración de la prueba no puede deducirse de poner en relación el documento o pericial con otros medios de prueba, ni infiriendo hechos o conclusiones que no resulten de forma directa del documento, ni cuando lo que se afirme en el documento esté contradicho o matizado por otras partes del mismo documento o por otros medios de prueba.

6º) La revisión pretendida ha de ser trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, en principio con potenciales efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico. No obstante, se puede admitir la revisión cuando la misma refuerza argumentalmente el pronunciamiento de instancia (sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012, recurso 19/2011, o 15 de diciembre de 2015, recurso 34/2015, entre otras).

Y, en general, que la Sala de suplicación considere intrascendente la modificación solicitada no debería justificar por sí sola la desestimación de la misma, si se cumplen el resto de requisitos para la admisión de la propuesta, porque en casación para unificación de doctrina el Tribunal Supremo puede apreciar trascendencia del hecho aunque en suplicación se haya negado la misma (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2014, recurso 1515/2013, y las que en ella se citan).

UNDÉCIMO.

Desde un punto de vista formal, es doctrina judicial consolidada que en la articulación del motivo de revisión fáctica del 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se han de cumplir los siguientes requisitos (en parte, ahora recogidos en el artículo 196.3 de la Ley):

1º) Ha de señalarse con precisión cual sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entienda equivocado, contrario a los acreditados o que consten con evidencia y no se hayan incorporado al relato fáctico.

2º) El recurrente ha de ofrecer un texto alternativo concreto a figurar en la narración tildada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien suprimiéndolos, bien complementándolos (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2022, recurso 2429/2019).

3º) Al igual que es exigible a los hechos probados de la sentencia, el texto alternativo propuesto solo ha de contener verdaderos hechos u extremos necesitados de prueba (como la costumbre, el Derecho extranjero, o normas no publicadas), pero no normas jurídicas incluidas en el principio "iura novit curia" por estar publicadas en un diario oficial; tampoco puede incluir conceptos o valoraciones jurídicas, especialmente si esas valoraciones jurídicas son predeterminantes del fallo porque implican, explícita o implícitamente, resolver extremos jurídicamente controvertidos.

4º) El recurso ha de citar pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. La cita global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a efectos del recurso (sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1995).

5º) También el recurrente tiene la carga de fundamentar el motivo, exponiendo de forma adecuada las razones por las que el documento o documentos acreditan o evidencian la existencia del error que se denuncia (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1995), y su trascendencia a efectos de resolver.

6º) Finalmente, debe haber una correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001); es decir, el texto alternativo ha de resultar de forma directa e inmediata del documento o pericia en la que se base el motivo.

DUODÉCIMO.

Interesa en primer lugar la empresa la adición de un nuevo hecho probado, que sería el 2º bis, en el que se haga constar que no constan las circunstancias laborales del padre de la menor y el resto de circunstancias familiares, sociales o familiares de la demandante que evidencien su mayor o menor dificultad para atender a la menor en caso de trabaja de tarde o de noche. Para esa adición se ampara en la copia del libro de familia y de bautismo (sic) de la menor, que obra a los folios 126-127 de los autos y la solicitud de adaptación de jornada que obra al folio 114. El texto que propone sería el siguiente: "La documental remitida por la demandante acredita que son padres de una menor nacida el NUM001 de 2021, desconociéndose en el presente caso (i) las necesidades especiales de la menor, (ii) las funciones y horarios del otro progenitor, (iii) las ayudas de la red familiar en la crianza del menor, y (iv) los horarios de guardería de la menor".

DECIMOTERCERO.

El motivo no puede estimarse, porque lo que pretende la recurrente es lo que se llama una "inferencia negativa" o "hechos probados negativos", es decir, afirmar que algo no ha quedado probado. Pero, dejando aparte que el relato de hechos probados lo que tiene que recoger son los hechos que han quedado acreditados, pero no los que no se han considerado probados (precisamente por eso se llaman "hechos probados" en vez de "hechos no probados"), para poder afirmar si un determinado extremo fáctico objeto de controversia no ha quedado acreditado sería necesario llevar a cabo una valoración global de todo el material probatorio y demás elementos de convicción, para concluir que ni un solo elemento probatorio o de convicción permite afirmar que un hecho controvertido está probado; cosa que no es dable llevar a cabo en un recurso extraordinario como es el de suplicación y que desde luego no puede inferirse de manera racional solo a la vista de

documentos aislados. En cualquier caso, la regla general es que los hechos que fueron expresamente controvertidos y que no tienen su reflejo en el relato de hechos probados, se presume que no se han considerado suficientemente acreditados, salvo que de la lectura global de la sentencia se infiera lo contrario por contenerse en fundamentación jurídica afirmaciones con evidente valor de hecho probado, o alguna de las partes consiga introducirlo en el relato fáctico por el cauce de los artículos 193.b) o 197.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

DECIMOCUARTO.

En segundo lugar, la empleadora pretende adicionar un nuevo hecho probado, el 7º bis, en base a los folios 115 (contestación dada por la empresa, en abril de 2023, a la solicitud de la demandante), 112 (que es una evaluación de desempeño de la actora en el centro de día), 117 ("pantallazo" de conversaciones de "Whatsapp" entre la demandante y su inmediata superior) y tal vez también el 113 (informe sobre incidencias ocurridas de los días 21 y 27 de septiembre de 2022) de las actuaciones, nuevo hecho en el que se afirmaría que hubo negociación entre las partes sobre la adaptación de jornada. El texto que propone es el siguiente: "Tras solicitar la actora una respuesta por escrito a su solicitud de adaptación del horario, se produjo un procedimiento de negociación entre las partes, consistente en reuniones con el comité de empresa, en las que intervino D. Indalecio, así como a través de reuniones con la Directora del Centro, como se constata de las notas tomadas en su libreta, no impugnadas-f. 113-".

DECIMOQUINTO.

Ni por separado, ni de forma conjunta, evidencian los documentos mencionados a lo largo del motivo la existencia del "procedimiento de negociación" o las "reuniones con el comité de empresa" que la empresa pretende que queden acreditadas. La contestación de la empresa a la solicitud de la demandante ya consta reproducida en su literalidad en el hecho probado 8º, y en ella todo lo más se mencionan unas reuniones con la directora psicopedagógica anteriores a la solicitud formulada el 27 de marzo de 2023, cosa notablemente insuficiente para acreditar la mera existencia de esas reuniones, y más aún su contenido. De los folios 112 o 113 no resulta, ni puede resultar, la existencia del proceso negociador o la intervención del comité de empresa, porque el objeto de esos documentos era otro muy distinto, comunicar incidencias en la prestación del servicio y evaluar el desempeño de la trabajadora. Y en cuanto a los "pantallazos" del folio 117, en ellos lo que constan son mensajes de la actora a su jefa el 17 de marzo, que no consta que fueran contestados por el mismo medio; una reiteración hecha por la demandante el 12 de abril, y luego que su jefa la citó a una reunión para "entregarte la respuesta a tu escrito" y, como señala la impugnación, sin mencionarse en momento alguno que se estuviera negociando algo. Siendo por tanto imprescindibles unas muy elevadas dosis de pensamiento desiderativo (demasiado elevadas como para poder considerar que semejante valoración sería conforme a las reglas de la sana crítica) para poder concluir solo a la vista de esos documentos que entre el 27 de marzo y el 17 de abril de 2023 la demandada estuvo negociando con la demandante y el comité de empresa en relación a la adaptación de jornada. El motivo, por tanto, ha de ser desestimado.

DECIMOSEXTO.

Como última modificación fáctica, pide la empresa la adición de un nuevo hecho probado, como 8º bis, exponiendo que se denegó a la demandante la adaptación de jornada interesada porque no había acreditado la situación laboral del padre de la menor, fundamentando tal revisión en los documentos de los folios 114 y 115 de las actuaciones, que son la solicitud de adaptación de jornada deducida en septiembre de 2022 y marzo de 2023, y la contestación de la empresa llevada a cabo en abril de 2023. El texto que propone

es el siguiente: "las alegaciones de la empresa se basaron en que la trabajadora no había acreditado el turno rotativo del otro progenitor por el cual no podían hacerse cargo de su hija menor de lunes a viernes, y que en caso de acreditarse, se le concedía el turno de mañana de lunes a viernes".

DECIMOSÉPTIMO.

El texto que propone adicionar no resulta directamente de los documentos, pues la contestación de la empresa ya consta, como se ha dicho, reproducida en el hecho probado 8º, y en la misma nada se alega a que el motivo para denegar a la demandante un turno fijo de mañana como pretendía fuera que correspondía a la demandante probar que su marido, y padre de la menor, también tenía turnos rotatorios de mañana, tarde y noche. El motivo, por ello, no puede ser estimado.

DECIMOCTAVO.

Quedando por tanto intacto el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, procede pasar a resolver los motivos sobre censura jurídica de fondo que se plantean. en el primero de ellos, la empresa recurrente denuncia infracción del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, insistiendo nuevamente en que la actora no ha acreditado en ningún momento la necesidad de la modificación de su horario de trabajo, ni ha cumplido con las exigencias de la buena fe en el proceso de negociación. Esencialmente alega la empresa que para el proceso negociador previsto en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores la empresa debe conocer los motivos de la solicitud y la trabajadora aportar los documentos que acrediten su necesidad de conciliación, para así ponderar las necesidades de cada una de las partes; y como la actora no había aportado documental alguna, por parte de la empresa se procedió a formular contrapropuesta, que implicaba solicitar información sobre los turnos del otro progenitor, a fin de llegar a un acuerdo, habiendo la empresa cumplido con lo que ordena el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, sin poder acceder a la petición al no ser razonable ni proporcional en relación con las necesidades de ésta (la trabajadora) y con las necesidades organizativas y productivas de la empresa.

DECIMONOVENO.

El artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por el Real Decreto- Ley 5/2023, de 28 de junio, dispone que "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.

Asimismo, tendrán ese derecho aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición.

En la negociación colectiva se podrán establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado, 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 la persona

trabajadora, abrirá un proceso de negociación con esta que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo.

Finalizado el proceso de negociación, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición. En caso contrario, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. Cuando se plantee una propuesta alternativa o se deniegue la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el período acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud.

En el resto de los supuestos, de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 y 48 bis.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social, a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social".

VIGÉSIMO.

Este mismo precepto, en una redacción semejante, ya ha sido objeto de estudio y aplicación por esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, en sentencia de 12 noviembre 2020, recurso 449/2020, o en la de 21 de mayo de 2020. En la primera de ellas señalamos que "Con la nueva redacción del 34.8 del Estatuto de los Trabajadores se deja meridianamente claro que la solicitud de adaptación de jornada es algo diferente de lo que se regula en el artículo 37, y en modo alguno es un huero derecho de petición o de intento de llegar a un acuerdo que el empleador puede optar por desatender sin dar razones, sino que ahora se obliga expresamente a la empresa a intentar alcanzar un acuerdo con la persona trabajadora, y si tal acuerdo no es posible, a exponer las razones objetivas (principalmente de índole organizativo y productivo, aunque puedan concurrir otras, incluso de índole no estrictamente empresarial, como necesidades familiares de la propia empleadora si es persona física, o que lo solicitado perjudique de manera directa a otros trabajadores) que le impiden atender a lo que se le pide en los términos en los que se pide. La remisión expresa al procedimiento del artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, finalmente, evidencia que en caso de estar la persona trabajadora disconforme con las razones objetivas alegadas por la empresa, los órganos judiciales pueden y deben entrar a valorar los intereses en juego (la "razonabilidad" de lo solicitado por la parte actora, y la proporcionalidad entre las necesidades de la persona trabajadora, por un lado, con las necesidades organizativas o productivas de la empresa, por otro), y reconocer lo que se solicite por la persona trabajadora, en caso de concluirse que la petición actora es razonable (por ser una medida de adaptación idónea, según las circunstancias, para atender a la conciliación familiar, y no resultar objetivamente inasumible para la empresa), mientras que las razones esgrimidas por la empresa no son atendibles, o no justifican suficientemente su negativa a la adaptación de la jornada, sin que se pueda desestimar la solicitud actora meramente argumentando que el derecho solicitado no está expresamente reconocido legal o convencionalmente.

VIGÉSIMO.

Con la vigente regulación positiva cabe, por tanto, diferenciar dos supuestos. Uno, cuando el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar se pretende ejercitar dentro de los términos expresamente previstos legal o convencionalmente y sin exceder de los mismos, en cuyo caso, de haber discrepancia, y de conformidad con la doctrina constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 3/2007 o 24/2011) y la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo (sentencia de 20 de julio de 2000, recurso 3799/1999), se debe tener en cuenta que "en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa" - Sentencia de 20 de julio de 2000-, lo que determina que el derecho de la persona trabajadora solo puede decaer en casos excepcionales de mala fe, abuso de derecho, o quebranto manifiestamente desproporcionado para la empresa u otros trabajadores, la acreditación de todo lo cual corresponderá a la parte demandada.

VIGÉSIMO PRIMERO.

El otro supuesto es que se pretenda una forma de conciliación distinta a las que cuentan con una regulación positiva detallada y concreta -sea legal, sea convencional-. En estos casos, que en el fondo encubren conflictos de intereses más que jurídicos, tienen su amparo en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores; y en ellos es necesario, porque así lo prevé el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores (y la cláusula 6ª de la Directiva 2010/18 por la que se aplica el "Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental", que habla de medidas a adoptar por los Estados miembros o los interlocutores sociales para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental puedan pedir cambios "en sus horarios o regímenes de trabajo" durante un período determinado de tiempo, así como que los empresarios "tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores"), valorar y hacer un juicio de proporcionalidad entre los motivos de conciliación de la vida familiar y laboral esgrimidos y en su caso acreditados por la parte actora, y las razones objetivas, de carácter productivo, organizativo o cualesquiera otras igualmente razonables, opuestos y probados por la empresa para no atender a lo que se pretenda por la parte trabajadora (teniendo en cuenta, además, que la proporcionalidad se mide siempre en relación a algo: cuanta mayor sea la necesidad acreditada de conciliar la vida familiar, de mayor entidad han de ser las razones empresariales para oponerse a lo solicitado por la persona trabajadora). En estos supuestos, aunque para desestimar las pretensiones actoras no es exigible que los perjuicios para la empresa, en caso accederse a lo solicitado por la parte trabajadora, sean desproporcionados e inasumibles, las razones esgrimidas para la oposición han de ser objetivas (no meramente hipotéticas, sino reales y constatables), atendibles (han de responder a motivos lícitos, que guarden relación lógica con que se pida por la parte trabajadora, y ser ajenos a cualquier móvil discriminatorio), y de una cierta entidad. De no acreditarse este tipo de razones empresariales, o ser las mismas manifiestamente insuficientes, no cabe denegar lo que se solicite por la parte trabajadora. Y, como se ha señalado, actualmente no cabe, en ningún caso, la denegación con el mero argumento de no estar el derecho solicitado previsto en la ley o en el convenio colectivo".

VIGÉSIMO PRIMERO.

Pues bien, si con la redacción del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores dada por el Real Decreto- ley 3/2019 (y que era la vigente a la fecha de formularse la solicitud y presentarse la demanda) ya señalamos que, ante la solicitud de adaptación formulada por la persona trabajadora, la empresa que pretendía no acceder a la misma debía exponer, y luego acreditar, las razones, principalmente pero no

exclusivamente, de tipo organizativo, que le impedían adaptar la jornada en los términos interesados por la persona trabajadora, esta carga de la empresa de alegar, primero, y probar, después, los obstáculos objetivos que le supondrían dar a la trabajadora la concreta adaptación solicitada es incluso más evidente, porque ahora, finalizado el proceso de negociación, la comunicación por escrito de la empresa que plantee una propuesta alternativa o deniegue la petición, debe motivar "las razones objetivas en las que se sustenta la decisión".

VIGÉSIMO SEGUNDO.

Por tanto, y como ya se fue anticipando al resolver el motivo de nulidad de actuaciones, ciertamente las peticiones de adaptación al amparo del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores "deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa". Pero, debe partirse de que una medida de adaptación es, en principio "razonable" si la misma resulta idónea o adecuada, según las circunstancias, para atender a la conciliación familiar, y no resulta objetivamente inasumible para la empresa. O, como se dijo al resolver la nulidad de actuaciones, a efectos del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores no es necesario que la trabajadora alegue y acredite una necesidad grave de conciliación, porque de no adaptarse su jornada y horarios estaría completamente impedida de atender a sus hijos menores; puede bastar que la medida de conciliación solicitada sea simplemente "conveniente" a sus intereses, por facilitarle la conciliación, como puede ser que el horario de trabajo coincida con el horario lectivo de los hijos menores.

VIGÉSIMO TERCERO.

Lo que ocurre es que, aparte de la "razonabilidad" de la medida solicitada, también ha de tenerse en cuenta la "proporcionalidad" entre los motivos de conciliación de la vida familiar y laboral esgrimidos y en su caso acreditados por la parte actora, y las razones objetivas, de carácter productivo, organizativo o cualesquiera otras igualmente razonables, opuestos y probados por la empresa para no atender a lo que se pretenda por la parte trabajadora, proporcionalidad que además se mide siempre en relación a algo: cuanta mayor sea la necesidad acreditada de conciliar la vida familiar, de mayor entidad han de ser las razones empresariales para oponerse a lo solicitado por la persona trabajadora. Por ello, en el juicio o ponderación de intereses que ha de hacer la sentencia de instancia en estos casos (y precisamente, por tratarse esencialmente de un conflicto de intereses y no jurídico, esta Sala suele ser renuente a revisar la ponderación llevada a cabo la sentencia de instancia si la misma no era manifiestamente irrazonable o absurda), aunque para desestimar las pretensiones actoras no es exigible que los perjuicios para la empresa, en caso accederse a lo solicitado por la parte trabajadora, sean desproporcionados e inasumibles, las razones esgrimidas para la oposición han de ser objetivas (no meramente hipotéticas, sino reales y constatables), atendibles (han de responder a motivos lícitos, que guarden relación lógica con que se pida por la parte trabajadora, y ser ajenos a cualquier móvil discriminatorio), y de una cierta entidad. De no acreditarse este tipo de razones empresariales, o ser las mismas manifiestamente insuficientes, no cabe denegar lo que se solicite por la parte trabajadora, por más que la misma no haya probado una necesidad angustiosa o desesperada de modificar su horario o turnos de trabajo. Y, como se ha señalado, del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores queda meridianamente claro que esas razones objetivas para oponerse a la concreta medida solicitada por la trabajadora deben ser expresamente alegadas y probadas por la empresa.

VIGÉSIMO CUARTO.

Aplicando lo antes expuesto al caso de autos, la trabajadora pretende que se el asigne un turno fijo de mañana, de lunes a viernes. Turno que sería, esencialmente, coincidente con el horario de guardería o escolarización de la menor, y que en principio puede ser una medida razonable de conciliación de la vida familiar y laboral. La demandante no ha acreditado en absoluto que su esposo tenga también en su trabajo turnos rotatorios de mañana, tarde y noche, de modo que hubiera serio riesgo de que ambos progenitores tuvieran que trabajar en la misma franja horaria en la que la menor tampoco estuviera en la guardería o en el colegio; ni tampoco se alega, ni consta, la inexistencia de una red de apoyo familiar (abuelos, tíos o tías, etc.) que permitiera puntualmente dejar a la menor con una persona de confianza en caso de que ambos padres tuvieran que trabajar.

VIGÉSIMO QUINTO.

La demandante habría acreditado una necesidad de conciliar (para ello, en realidad, bastaría con probar la existencia de hijos menores de doce años), pero no una necesidad grave de la medida de conciliación concretamente interesada. Teniendo en cuenta lo que se habría acreditado por la trabajadora, la empresa ciertamente, para negarse a acceder a lo pedido en los términos concretamente pedidos, no tendría por qué alegar y probar que dar a la demandante el horario pretendido le ocasionaría graves problemas de tipo organizativo, productivo, o de otra índole, sino que le bastaría alegar y probar la existencia de dificultades objetivas, atendibles y de cierta entidad, como pudiera ser que ya había un exceso de mano de obra en el turno de mañana.

VIGÉSIMO SEXTO.

Pero ni siquiera eso se alegó y probó por la empresa. En la contestación escrita, reproducida en el hecho probado 8º, se ofreció a la demandante una medida alternativa de adaptación, pero sin explicar las razones objetivas por las que la empresa podía ofrecer a la trabajadora lo que le ofreció (modificación puntual de sus turnos) en lugar de lo que pretendía (el turno fijo de mañana). Y en contestación a la demanda se limitó a alegar que también había horario y turno de tarde en el centro de día, que la empresa no había concedido hasta ahora ningún turno fijo de mañana como medida de conciliación, y que la actora fue en su momento evaluada negativamente para trabajar en el centro de día. Solo esto último podría considerarse, hasta cierto punto (no queda claro por qué el turno de mañana lo habría de realizar la demandante principalmente en el centro de día, aunque así conste en el hecho probado 9º) una dificultad, atendible, y de cierta entidad; pero incluso esa "dificultad" organizativa queda desvirtuada en los razonamientos de la sentencia de instancia, que, si bien tiene en cuenta que la actora fue evaluada negativamente en fecha indeterminada por dos incidencias ocurridas en el centro de día (hecho probado 11º), también apunta que esa evaluación negativa no fue obstáculo para que la demandante siguiera prestando servicios de manera puntual, por sustituciones, en el centro de día (hecho probado 10º).

VIGÉSIMO SÉPTIMO.

En definitiva, de los hechos probados de la sentencia de instancia no resulta que la empresa demandada haya acreditado un obstáculo objetivo y de cierta entidad que no permita asignar a la demandante el turno que la misma pedía. Y lo que sí consta es que en la empresa hay entre 60 y 80 trabajadores con categoría de técnicos cuidadores, respecto de los cuales ni siquiera constaba que se hubiera hecho un sondeo para si estaban dispuestos a experimentar ciertas modificaciones en sus turnos de trabajo; no constando, por lo demás, pues es algo que no se ha alegado por la empresa, cuantos trabajadores, y con qué frecuencia, tendrían que realizar más turnos de tarde y noche para que la demandante solo tuviera que trabajar de mañana. Ante todo ello, la demandada no puede

pretender oponerse a lo pedido por la actora haciendo recaer sobre la misma la prueba de serias dificultades de conciliación, prueba que solo habría sido exigible (si la actora pretendía ver estimada su demanda) si la empresa hubiera previamente indicado a la trabajadora que acceder a la petición ocasionaría importantes problemas de organización, producción o análogos, y esos problemas hubieran quedado probados, extremos que la empresa ni alegó ni ha probado. La sentencia de instancia, en consecuencia, no habría conculcado ninguno de los preceptos que se invocan en el motivo, el cual ha de ser desestimado.

VIGÉSIMO OCTAVO.

En el último motivo del recurso denuncia la empresa infracción del artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, citando también una sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2023, alegando que la indemnización prevista en el artículo 183.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por vulneración de derechos fundamentales no es automática, sino que el demandante debe acreditar una base fáctica que sirva para delimitar los perfiles y elementos de la indemnización; que como, según la recurrente, se ha acreditado "el perjuicio organizativo, productivo y respecto a sus compañeros de trabajo", difícilmente puede concluirse que se haya producido una vulneración de derechos fundamentales, y, según la recurrente, la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2023, ha eliminado cualquier automaticidad entre la denegación de medidas de conciliación y la vulneración de derechos fundamentales, por lo que la mera denegación de la concreción horaria que interesa la persona trabajadora, con indicación de las causas que lo impiden, no implica, por sí sólo, que la empresa deba abonar una indemnización. Y finalmente, acusa a la sentencia de instancia de haber calculado la indemnización acudiendo simplemente a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social sin tener en cuenta las circunstancias concurrentes.

VIGÉSIMO NOVENO.

La invocación del artículo 183.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social resulta peregrina, porque ese precepto se refiere al procedimiento especial de tutela por vulneración de derechos fundamentales, y sería aplicable al presente caso (conforme al artículo 184 de la misma Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) si en la demanda se hubiera alegado que la denegación de la medida de conciliación era discriminatoria o vulneraba algún derecho fundamental concreto. Cosa que no se alegó en la demanda, ni fue objeto de debate. En consecuencia, ese artículo 183.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no era aplicable a este caso, y, tampoco resulta de pertinente aplicación lo resuelto en la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2023, recurso para unificación de doctrina 1602/2020, pues si bien en la misma se rechaza la posibilidad de apreciar automáticamente una discriminación por razón de sexo por la mera denegación de la concreción horaria que interesa la persona trabajadora, con indicación de las causas que lo impiden (cosa que, por cierto, no ocurrió en este caso), en la demanda rectora de los autos no se planteaba la existencia de tal discriminación, ni la misma se ha declarado en la sentencia recurrida, ni la indemnización reconocida en la sentencia parte de la existencia de una discriminación por razón de sexo, ya que incluso el parámetro orientador usado por la juzgadora, el artículo 7.5 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, ninguna relación guarda con la vulneración del principio de no discriminación o la vulneración de derechos fundamentales.

TRIGÉSIMO.

En realidad, el precepto aplicable a la indemnización reconocida en el presente caso, dada la inexistencia de alegaciones sobre discriminación en la demanda, es el artículo 139.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que permite acumular a

la acción sobre conciliación de la vida familiar y social "la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador". Y entre esos daños y perjuicios que pueden reclamarse estarían no solo los daños materiales (como pudieran ser gastos de guardería o para contratar a una persona que atiende a la menor mientras los padres están trabajando), sino también los morales, que son los que se han reconocido en la sentencia de instancia, que ha entendido que la negativa de la empresa a la concreción horaria, que ni estaba motivada en forma ni estaba fundamentada, ha provocado en la trabajadora una "situación de angustia e indeterminación de las condiciones laborales" y para cuantificar la gravedad del daño ha valorado la juzgadora circunstancias como que transcurrieron varios meses entre la primera petición de la actora y la contestación por escrito de la empresa, que la denegación de la medida carecía "absolutamente de la más mínima y seria motivación"; que no se hizo un análisis detallado de la petición; que el tamaño de la plantilla de la empresa hacía relativamente más fácil aceptar lo pedido por la trabajadora; y que había compañeros que en el pasado tuvieron concedida la concreción horaria.

TRIGÉSIMO PRIMERO.

La sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2023, recurso para unificación de doctrina 1040/2020 asume que la indemnización prevista en el artículo 139.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social puede incluir la indemnización por daños morales, incluso sin invocarse vulneración de derechos fundamentales, y concluye que estaba justificada la indemnización ante la inicial denegación de la concreción horaria solicitada, cuando se ha declarado que sí tenía derecho la trabajadora a esa concreción horaria, y que la negativa le causó daños y perjuicios por no poder llevar a su hijo menor al colegio a las 15:30 horas, situación que se prolongó durante más de dos años y sin que la empresa hubiera intentado dar cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por la trabajadora, ni aceptó tampoco una propuesta de conciliación formulada por el padre del menor.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.

En consecuencia, la sentencia de instancia no ha podido vulnerar el artículo 183.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ni la jurisprudencia contenida en la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2023, porque ni ese precepto ni esa jurisprudencia eran aplicables al caso de autos, ni la juzgadora basa la condena a la indemnización por daño moral en una vulneración de derechos fundamentales, que ni se planteaba, ni se ha declarado producida. La condena por daños morales sí que podía proceder al amparo del artículo 139.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, como acaba de exponerse, y las alegaciones de la empresa o parten de premisas que no se pueden considerar ciertas (como que la negativa empresarial estaba fundamentada; objetivamente, no lo estaba), o ignoran los perjuicios de tipo moral que se han tenido en cuenta por la juzgadora para reconocer y cuantificar la indemnización. Ante ello, solo cabe desestimar el motivo y, con él, el recurso en su totalidad.

TRIGÉSIMO TERCERO.

De conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la sentencia de suplicación impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto en los procedimientos de conflicto colectivo, o cuando la parte vencida goce del beneficio de justicia gratuita o se trate de sindicatos, de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social. Estas costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la

parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte, sin que la atribución en las costas de dichos honorarios puedan superar la cantidad de mil doscientos euros en el recurso de suplicación.

TRIGÉSIMO CUARTO.

Atendiendo a la cuantía del procedimiento, número de motivos planteados, complejidad pero escaso fundamento de los mismos, y sobre todo, el trabajo de impugnación llevado a cabo por la parte recurrida, se estima adecuado fijar los honorarios de la asistencia letrada de la parte actora recurrida en la cantidad de 1.000 euros.

FALLAMOS

PRIMERO: Desestimamos íntegramente el recurso de suplicación presentado por " DIRECCION000", frente a la Sentencia 381/2023, de 9 de noviembre, del Juzgado de lo Social nº. 6 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos de Derechos de conciliación 391/2023, sobre adaptación de horarios y jornada, la cual se confirma en todos sus extremos.

SEGUNDO: Condenamos al recurrente " DIRECCION000" a la pérdida de las cantidades consignadas para recurrir, a las que se dará el destino que corresponda una vez firme esta sentencia.

TERCERO: Condenamos igualmente al recurrente " DIRECCION000" al pago de las costas del recurso, incluyendo los honorarios de la asistencia letrada de la parte demandante recurrida que ha impugnado el recurso, en cuantía de 1.000 euros. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 6 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez firme esta sentencia.

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

Se informa a las partes que 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 beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o causahabiente suyos, y no goce del beneficio de justicia gratuita, efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 euros, previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como, de no haberse consignado o avalado anteriormente, el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado o transferido en la cuenta corriente abierta en la entidad "Banco Santander" con IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 y número 3777 0000 66 0505 24, 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.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

