

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (Sede en Las Palmas)

Sentencia de 1 de septiembre de 2020

Sala de lo Social

Rec. n.º 197/2020

### SUMARIO:

**Conciliación de la vida laboral y familiar. Derecho a la adaptación de la jornada sin reducción. Perspectiva de género y perspectiva de infancia.** Trabajadora que presta servicios en un hotel como segunda gobernanta, de lunes a domingo de 8 a 16 horas, teniendo como días de libranza los jueves y los viernes. Pretensión de que le sea reconocida la libranza los sábados y los domingos. Solicitud de la trabajadora de alcanzar el acuerdo al que se refiere el artículo 34.8 TRET, relativo a la concreción horaria pero sin incidir en reducción de jornada, derivado de la necesidad de guarda de un hijo de tres años fuera del horario de guardería, ante la imposibilidad de que su otro progenitor pueda hacerse cargo debido a que su trabajo como conductor de autobús se lo impide. No debe olvidarse que nos encontramos ante un derecho laboral (conciliación de la vida personal y familiar) con un incuestionable impacto de género, lo que exige integrar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho. Además, la hermenéutica interpretativa del interés superior del menor impone el mandato de asegurar la aplicación de los derechos del niño en su integridad. Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los derechos del niño y, entre tales derechos, se incluye el cuidado que sea necesario para asegurar su bienestar. **Interés superior del niño, conciliación laboral y familiar y causas organizativas de la empresa.** Acreditadas las razones familiares que originan la solicitud de adaptación del tiempo de trabajo, entiende la Sala que la empleadora no ha probado suficientemente la causa organizativa alegada (imposibilidad de disfrute simultáneo en fin de semana del descanso semanal de la gobernanta y de la segunda gobernanta -accionante-) y que, según ella, le impedía reconocer la libranza en los términos requeridos. Esto es así dado que las funciones de administración que corresponden a la categoría de gobernanta únicamente se llevan a cabo de lunes a viernes. Ello indica que las tareas de sustitución de aquella durante los fines de semana quedan limitadas a la organización y planificación diaria del trabajo del Departamento de limpieza, por lo que no parece que sea necesaria una formación especialmente cualificada que impida que puedan asumir las subordinadas (subgobnantas) de la trabajadora solicitante (segunda gobernanta). Más aún cuando esta circunstancia ya se venía produciendo de facto durante la amplia situación de incapacidad temporal en que se encontró inmersa la actuante. **Indemnización por daños morales.** El hecho de que la trabajadora haya permanecido en IT durante el proceso no neutraliza el daño moral producido ante la inquietud y afectación emocional de tener que reincorporarse en el puesto de trabajo en cualquier momento en condiciones insostenibles para poder compatibilizar la demanda de cuidados de su hijo y el desempeño de su trabajo personal. Se toman como parámetros de valoración y cuantificación los artículos 7.5 y 40.1 b) del TRLISOS. Se estima el derecho a la adaptación horaria y una indemnización por daños morales de 3.500 €. **Multa por temeridad procesal impuesta en instancia.** Se revoca pues la estimación del derecho evidencia la procedencia de la acción ejercitada, dejando huérfana la alegación judicial de reiteración de acciones derivada del cambio legislativo (RD Ley 6/2019). **Cosa juzgada.** Se desestima la excepción de cosa juzgada material (efecto negativo) dado que se trata de acciones distintas.

### PRECEPTOS:

Constitución española, arts. 9, 10.2, 14 y 39.  
Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 3 y 4.  
Ley Orgánica 3/2007 (Igualdad), arts. 4 y 15.  
RD Leg. 2/2015 (TRET), arts. 34.8 y 37.7.  
Ley 36/2011 (LRJS), arts. 75 y 139.  
RD Leg. 5/2000 (TRLISOS), arts. 7.5 y 40.1.  
Ley 1/2000 (LEC), art. 222.

### PONENTE:

*Doña Gloria Poyatos Matas.*

En Las Palmas de Gran Canaria, a 1 de Septiembre de 2020.

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000197/2020, interpuesto por \_\_\_\_\_, frente a Sentencia 000254/2019 del Juzgado de lo Social N° 4 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) de Puerto del Rosario los Autos N° 0000570/2019-00 en reclamación de Otros derechos laborales individuales siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

Según consta en Autos, se presentó demanda por \_\_\_\_\_ frente a \_\_\_\_\_.

#### Segundo.

En la citada sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

“PRIMERO. De la relación de Hechos Probados contenidos en la Sentencia nº 55/2019 de 01-04-19 dictada por este Juzgado en el procedimiento de Derechos de Conciliación de la vida personal, familiar y laboral nº 118/2018 seguido entre las mismas partes cabe destacar: “Hecho Probado Primero que Doña \_\_\_\_\_ viene prestando servicios por cuanta y bajo la dependencia de la empresa..., en la actividad de la hostelería, con antigüedad de 01.11.05, categoría profesional de 2ª gobernanta, percibiendo un salario día bruto de 69,89 euros incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. La jornada laboral de la demandante es de 40 horas semanales de lunes a domingo. La actora viene desempeñando su trabajo de lunes a domingo de 08:00 a 16:00 horas con días de libranza los jueves y los viernes (hecho no controvertido). Hecho Probado Segundo: Con fecha 01-05-07, la actora y la empresa acuerdan que la trabajadora que presta servicios con la categoría de camarera de pisos pase a realizar funciones de subgobernanta en promoción. Y con fecha 01-08-09 las partes acuerdan que la trabajadora pase a realizar funciones de segunda gobernanta en promoción (doc. nº 2 de la parte demandada). Hecho Probado Tercero: Con fecha 10.05.16 la demandante solicitó excedencia voluntaria para cuidado de hijo, por una duración inicial de dos años, desde el 01.07.16 al 30.06.18. Con fecha 17-05-18 la trabajadora comunica a la empresa que se reincorporará a su puesto de trabajo el día 01-07-18, tras la finalización del periodo de excedencia (doc. nº 4 parte demandada). Hecho Probado Cuarto: La actora tiene un hijo nacido el 22-02-16, y por motivo de su cuidado solicitó a la empresa con fecha 17-05-18 reducción de jornada (1 hora diaria) y concreción horaria (35 horas semanales) en horario de 08:00 a 15:00 horas de lunes a viernes. La empresa aceptó la reducción horaria (35 horas semanales) pero no la concreción en horario de lunes a viernes, al excluir los sábados y domingos como días de prestación de servicios en base a los motivos que expone en escrito de fecha 05-06-18 cuyo contenido se da aquí por reproducido obrante en el bloque documental nº 5 de la parte demandada. En el mismo se exponen necesidades productivas y organizativas concretas en el departamento en el que la actora presta servicios (departamento de pisos). Hecho Probado Quinto: Frente a la anterior decisión de la empresa la actora interpuso demanda en reclamación derecho a conciliar la vida personal, familiar y laboral que conoció el Juzgado de lo Social nº 2 con sede en Puerto del Rosario en procedimiento seguido con el nº 585/2018 en el que... las partes... alcanzaron el acuerdo aprobado por Decreto de 03-07-18 en los siguientes términos: “La empresa, habiendo aceptado la reducción de jornada solicitada por la actora a 35 horas semanales, ofrece a la misma2 aceptar la concreción horaria planteada en la demanda, esto es, de lunes a viernes de 08:00 a 15:00 horas, librando los sábados y domingos, siempre y cuando la trabajadora pase a asumir la categoría de camarera de pisos (actualmente segunda gobernanta) con el consiguiente ajuste salarial, conforme a convenio. El presente acuerdo comenzará a regir el 04-07-18 y se mantendrá hasta que su hijo cumpla 12 años o la trabajadora renuncie a la reducción de jornada solicitada, volviendo a realizar su jornada completa con horario de 08:00 a 16:00 horas librando jueves y viernes y recuperando su categoría profesional. La parte actora acepta” (doc. nº 5 de la parte demandada). Hecho Probado Sexto: Con fecha 09-07-18 la actora inició proceso de Incapacidad Temporal derivado de enfermedad común, situación en la que continúa a la fecha del juicio (doc. nº 7 de la parte

demandada). Hecho Probado Séptimo: Con fecha 05-09-18 la actora comunica a la empresa escrito del tenor literal siguiente: "El pasado día 3 de julio llegamos a un acuerdo por mi reducción de jornada por medio del cual dejaba de trabajar como segunda gobernanta para pasar a prestar servicios como camarera de pisos mientras duraba la situación solicitada de reducción de jornada. Por medio de la presente es mi voluntad dejar la reducción de jornada y recuperar mi anterior categoría de segunda gobernanta, volviendo a mi horario y jornada anteriores, así como a mi categoría". La empresa comunica a la actora que dado que se encuentra en situación de incapacidad temporal concrete la fecha de efectos con la que quiere dejar la reducción de jornada y volver a prestar servicios en los mismos términos que lo hacía con anterioridad. La actora comunica que la fecha en la que deja la reducción de jornada es el 5 de septiembre de 2018 (doc. nº 8 de la demandada). Hecho Probado Octavo: Con fecha 08-11-18 la actora comunica a la empresa solicitud de reducción de jornada y concreción horaria en los mismos términos que lo solicitó con fecha 17-05-18... reducción de jornada (1 hora diaria) y concreción horaria (35 horas semanales) en horario de 08:00 a 15:00 horas de lunes a viernes. La empresa aceptó la reducción horaria (35 horas semanales) pero no la concreción en horario de lunes a viernes, al excluir los sábados y domingos como días de prestación de servicios en base a los motivos que expone en escrito de fecha 09-11-18 cuyo contenido se da aquí por reproducido obrante en el bloque documental nº 9 de la parte demandada. En el mismo se exponen, necesidades productivas y organizativas concretas en el departamento en el que la actora presta servicios (departamento de pisos) y que ya se le comunicó a la actora en el momento de solicitar la anterior reducción de jornada, por lo que la trabajadora deberá seguir realizando el horario que tiene asignado como segunda gobernanta, esto es, de 08:00 a 15:00 horas de lunes a domingo siendo los días de libranza semanal los jueves y viernes. Hecho Probado Noveno: La demandante presta servicios en el departamento de pisos, integrando por director de alojamiento, gobernanta, segunda gobernanta (pate actora) y subgobernanta; en categoría inferior a la subgobernanta están camareras de piso... valets... En el citado departamento, de los trabajadores que la integran, se precisa de una gobernanta, una segunda gobernanta y tres subgobernantas. La función, misión y tareas principales y responsabilidades que definen estos tres niveles profesionales son las descritas en el doc. nº 11 de la parte demandada que se da íntegramente por reproducido... Hecho Probado Décimo: La gobernanta del departamento de pisos, Sra. G., es compañera de trabajo de la actora desde hace casi 13 años. La Sra. G. viene librando los sábados y domingos desde hace más de 13 años y la actora ha venido librando durante 7 años los jueves y los viernes. Los días de descanso de las subgobernantas son rotativos incluyendo los fines de semana. De sustituir una subgobernanta los fines de semana a la 2ª gobernanta la rotación de los descansos de las subgobernantas se modificaría al no poder librar los fines de semana y al tener que descansar dos días durante la semana se vería afectado el trabajo a, contar con un puesto de subgobernanta menos tanto durante la semana como el fin de semana y si las subgobernantas repartieran el descanso incluyendo el fin de semana, se contaría el fin de semana con dos subgobernantas. Además las tareas que corresponde realizar a la subgobernanta que sustituye a la segunda quedarían sin realizarse (doc. nº 12 y 13 de la parte demandada... interrogatorio parte demandada y testifical practicada). Hecho Probado Undécimo: Los domingos y los lunes son los días que más entrada y salidas de clientes se tiene en el Hotel, lo cual comporta que en el departamento de pisos debe estar asistido los sábados y domingos por un puesto de mando (governanta-2ª gobernanta) con funciones y tareas principales de asegurar el funcionamiento del servicio en el departamento de pisos, ya que el sábado se gestiona, prepara, reparte y supervisa los trabajos/tareas del domingo y éste día los del lunes, por lo que no resulta viable que gobernanta y 2ª gobernanta libren ambas los sábados y domingos. Durante el periodo de IT de la actora sus funciones la está realizando de manera provisional una subgobernanta que no libra ni sábados ni domingos; y una camarera de pisos realiza las funciones de subgobernanta que sustituye a la actora. En el departamento de pisos necesariamente tiene que haber tres subgobernantas con las funciones, preparación y requisitos exigidos para dicho puesto (doc. nº 14 de la parte demandada, interrogatorio del representante legal demandada y testifical Sra. G.). Hecho Probado Duodécimo: La actora reside en la localidad de Tuineje. Su cónyuge es conductor de autobús (hecho no controvertido). Hecho Probado Decimotercero: A la relación laboral es de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de Hostelería de la Provincia de Las Palmas para los años 2016-2019...". En el Fundamento Jurídico Segundo de dicha resolución se estableció al inicio, a la hora de fijar la controversia: "Pretende la parte actora, quien tiene reconocida la reducción de jornada en una hora diaria, que se concrete la jornada laboral de 35 horas semanales en el horario de 08:00 a 15:00 horas de lunes a viernes con días de libranza los sábados y domingos... La empresa se (o)pone a la concreción horaria que interesa la actora: alega, en síntesis, razones organizativas y productivas en el departamento de pisos en el que la actora presta sus servicios como segunda gobernanta. La empresa reconoce y acepta la reducción de la jornada de la actora en una hora de lunes a domingo, con libranza los jueves y viernes, de modo que el horario con jornada reducida de la trabajadora es de 08:00 a 15:00 horas...". En el Fallo de dicha Sentencia se dispuso "Que desestimando la demanda interpuesta por \_\_\_\_\_ frente a la empresa \_\_\_\_\_, debo absolver y absuelvo a la expresada demandada de todos los pedimentos formulados en su contra. Notifíquese esta Sentencia a las partes, poniendo en su conocimiento que la misma es FIRME y contra ella no cabe interponer recurso alguno". La declaración de firmeza de la citada Sentencia se produjo por Diligencia de Ordenación de 05-04-19. La demanda que dió orgien a ese procedimiento

se presentó el 21-11-18 celebrándose la vista finalmente el 25-03-19 tras una primera suspensión del señalamiento inicial efectuado el 28-01-19 (doc. nº 1 de la empresa).

SEGUNDO. El 19-06-19 D<sup>a</sup> V. volvió a presentar solicitud de concreción horaria a la empresa en los siguientes términos "... \_\_\_\_\_-D<sup>a</sup>..... trabajadora de este hotel, con la categoría profesional de 2<sup>a</sup> gobernanta, se dirige a esta dirección para comunicarle que como consecuencia de tener la guarda legal de un hijo de 3 años de edad, tiene intención de ejercer el derecho, que le confiere el art. 34.8 y el art. 37.5 del ET vigente, de conciliar la vida familiar con la adaptación de mi horario de trabajo. Para ello les solicito, mantener mi actual horario de trabajo y librar los días Sábados y Domingos, ya que en dichos días no existe guardería en donde dejar a mi hijo, mi marido por su profesión de conductor tiene que trabajar también sábados y domingos y ser mayores mis padres para cuidar de mi hijo. Hasta ahora he podido soslayar dichos inconvenientes al estar de baja médica, pero como la mencionada baja depende estrictamente a mi médico<sup>4</sup> de cabecera y en previsión de que en un futuro cercano me reincorpore a mi puesto de trabajo es por lo que solicito la mencionada adaptación. Conforme a la reforma producida en el ET en el art. 34.8... Se solicita por lo tanto la apertura del proceso negociador que señala el artículo mencionado. Igualmente indicarles que debido a mi situación personal y mi enfermedad es mi voluntad nombrar representante para la realización del periodo de consulta que señala el artículo mencionado en la persona de D....." (doc. nº 2 de la empresa). La empresa acusó recibo de la solicitud por escrito de 25-06-19 a tenor de la cual abrió un proceso de negociación de 30 días como máximo de duración requiriendo a la trabajadora para que por plazo de 8 días naturales aportara: certificado de empadronamiento de las personas que convivieran con ella en su domicilio; horario escolar o de la guardería de su hijo, incluyendo el horario de los servicios especiales de entrega temprana o recogida tardía, servicio de comedor y clases extraescolares, si fueran aplicables; y certificado donde constara la situación laboral del otro progenitor del menor o de cualquiera otra persona que se encontrara a cargo del menor, incluyendo en el mismo información sobre su horario de trabajo, días de libranza y tipo de contrato de trabajo. Dicho escrito fue remitido por burofax a la trabajadora siendo recibido por la misma el 26-06-19 (doc. nº 3 de la empresa). Ante la falta de respuesta de la trabajadora en plazo, la empresa volvió a efectuar el requerimiento esta vez al Letrado de la misma D..... por medio de burofax remitido el 12-07-19 (doc. nº 4 de la empresa). La trabajadora remitió la documentación requerida a la empresa por medio de correo ordinario que fue recibido el 12-07-19. La misma comprendía un certificado de la escuela ..... a la que acudía el hijo de la trabajadora, llamado ..... de 27-05-19 en el que se especificaba que el menor estaba matriculado en el centro desde el mes de febrero de 2018 y que el horario del mismo era de lunes a viernes de 06:00 a 17:30 horas. También se aportó certificado del padrón de Tuineje con fecha de salida de 11-04-19 en el que se acreditaba que en el domicilio de la trabajadora convivían la misma (nacida el 04-02-77) con su pareja D. .... (nacido el 12-09-72), y dos hijos comunes: ..... (nacida el 23-01-99) e ..... (nacido el 22-02-16). Además se aportó documentación médica y administrativa referida a una tal D<sup>a</sup> ..... No consta que se aportara ningún documento referente a la situación laboral del otro progenitor del menor o de cualquiera otra persona que se encontrara a cargo del menor, incluyendo en el mismo información sobre su horario de trabajo, días de libranza y tipo de contrato de trabajo (doc. nº 5 de la empresa). La empresa dirigió escrito al Letrado de la trabajadora acusando recibo de la documentación remitida por la misma y solicitando aclaración sobre el contenido de alguno de los documentos aportados (los que hacían referencia a D<sup>a</sup> .....) y solicitando la aportación del resto de la documentación<sup>5</sup> inicialmente requerida (situación laboral del otro progenitor). Igualmente se emplazó a la trabajadora y al Letrado a celebrar una reunión con el responsable de RRHH de la empresa para finales del mes de julio de 2019, ampliando el periodo de negociación hasta el 02-08-19. Dicho escrito fue remitido por burofax al Letrado el 19-07-19 siendo el mismo efectivamente entregado el 24-07-19 (doc. nº 6 de la empresa). La fecha de la reunión se concretó finalmente entre las partes para el día 31-07-19 a las 11:00 horas (doc. nº 7 de la empresa). En dicha reunión la trabajadora presentó un certificado de la empresa ..... de 25-07-19 en el que se constataba que D. .... trabajaba para dicha empresa a jornada completa como conductor, con contrato fijo discontinuo y con<sup>5</sup> una antigüedad desde el 13-11-13, consistiendo su trabajo en el servicio discrecional de viajeros sin horario fijo ya que su trabajo se realizaba en diferentes momentos del día según la contratación de servicios que tuviera la empresa (doc. nº 8 de la empresa). Por escrito fechado el 02-08-19 remitido por burofax al Letrado de la trabajadora el mismo 02-08-19 la empresa dio su respuesta definitiva a la solicitud presentada haciendo constar lo siguiente: "... conforme se le informó a su representada en la comunicación que le fue remitida por burofax... en fecha 25 de junio de 2019, según la nueva redacción del art. 34.8 del ET, antes de dar respuesta a la solicitud de adaptación del horario de trabajo, había de agotarse un proceso previo de negociación entre la Empresa y la trabajadora solicitante cuya duración no podía ser mayor de 30 días naturales... En fecha 25 de julio de 2019 se recibió email por su parte... proponiendo realizar esa reunión en la sede de la Empresa el pasado 31 de julio de 2019 a las 11:00 horas... En dicha reunión... ser recibieron los documentos pendientes... y se les explicaron que las circunstancias organizativas de la Empresa siguen siendo las mismas que las anteriores ocasiones que había solicitado librar los sábados y domingos y que habían conducido a los procesos judiciales con nº 585/2018 seguido ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Puerto del Rosario, y 118/2018, seguido ante el Juzgado de lo Social nº 4 de Puerto del Rosario. En este punto, no siendo posible para la Empresa acceder a la

solicitud de la empleada de no trabajar los fines de semana manteniendo su categoría de segunda gobernanta, se le ofrecieron los mismos términos que se acordaron en sede judicial el 3 de julio 2018 en el procedimiento... n° 585/2018... Ante este ofrecimiento D<sup>a</sup> Virginia manifestó en esa reunión que “si puede ser camarera de piso, también puede ser segunda gobernanta y que ya es un tema personal”. No siendo posible llegar a un entendimiento, ni habiéndose realizado contraofertas por parte de usted o su representada que pudieran ser estudiadas por la Dirección, se puso fin a la reunión... la Dirección no puede acceder a la solicitud de la empleada de no trabajar los sábados y domingos, manteniendo su categoría de segunda gobernanta. Las razones objetivas que impiden a la Empresa acceder a dicha solicitud son las mismas que le han sido explicadas en el momento de plantear solicitudes de reducción y concreción horaria... en los procedimientos judiciales seguidos sobre esta materia a instancia de D<sup>a</sup> Virginia y son las siguientes: Como usted sabe, su representada desempeña el puesto de segunda gobernanta, siendo su principal cometido asistir en todo momento a la gobernanta, sustituyéndola tanto en sus días libres, como en los periodos vacacionales y durante sus ausencias. Actualmente, la gobernanta del departamento... tiene asignado un horario de trabajo de 08:00 a 16:00 horas, librando siempre los sábados y domingos. Dicho horario lo ha venido desarrollando desde el inicio de la relación laboral con la empresa hace más de 13 años. Por tanto, resulta imposible acceder a la petición de D<sup>a</sup> Virginia de concretar su horario de lunes a viernes, descansando siempre los 6 fines de semana, ya que ello supondría que su departamento de pisos se quedase desprovisto de mando alguno dichos días, al tener D<sup>a</sup> G. consolidados como días de descanso los sábados y domingos y al no haber en la plantilla ninguna otra gobernanta ni segunda gobernanta que pudiera cubrir sus jornadas. A mayor abundamiento, los sábados y domingos se realizan tareas de vital importancia para el correcto desempeño del servicio del departamento. Así, por una parte, el sábado se debe realizar el reparto de entradas y salidas y el control de las camareras de piso, tareas que competen a la gobernanta y a la segunda gobernanta. Por otro lado, el domingo es uno de los días de mayor trabajo en toda la semana, ya que se debe revisar que todas las entradas estén correctas, se debe preparar el trabajo del lunes y se debe repartir el trabajo de las camareras de piso, labores que son responsabilidad de los mandos del departamento, esto es, de la gobernanta y de la segunda gobernanta. Además, debe hacerse hincapié en que los domingos y lunes son los días que más entradas y salidas de clientes se tiene en el Hotel, lo cual comporta que en el departamento de pisos debe estar asistido los sábados y domingos por un puesto de mando (gobernanta o segunda gobernanta). En definitiva, las necesidades productivas y organizativas del departamento de pisos hacen inviable acceder a la concreción horaria planteada... al excluir los sábados y domingos... días en los que la segunda gobernanta debe suplir la ausencia de la gobernanta y asumir todas las tareas de mando del departamento... Estas circunstancias fueron debidamente acreditadas en el procedimiento judicial... n° 118/2018 seguido a instancia de su representada en el Juzgado de lo Social n° 4 con sede en Puerto del Rosario... Como sabrá, pues usted fue su abofado en dicho procedimiento, la sentencia resultante... dictada el pasado 1 de abril de 2019, desestimó la demanda... En cualquier caso, cabe insistir que es deseo de esta Compañía que sus trabajadores puedan conciliar su vida laboral y familiar de la mejor manera posible, la Dirección de la empresa le sigue ofreciendo a D<sup>a</sup> ..... la posibilidad de desarrollar su jornada de 40 horas semanales de lunes a viernes en turno de mañana de 08:00 a 16:00 horas, libando sábados y domingos, pero, mientras mantenga ese horario, deberá pasar a la categoría de camarera de pisos, con el ajuste de salario correspondiente a dicha categoría según convenio. Asimismo, le plantea la posibilidad de solicitar una reducción de jornada, pero siguiendo ese mismo esquema horario y con la categoría de camarera de pisos y el ajuste salarial correspondiente. En tal sentido, le rogamos que transmita esta negativa, las razones objetivas que la sustentan y las alternativas que se proponen a su representada y comunique a la Dirección, en el plazo de 7 días naturales, si debe aceptar esa alternativa, entendiéndose que, en el caso de no responder en este plazo, D Virginia no va a aceptar este ofrecimiento...” No consta que se remitiera aceptación a la empresa de la propuesta en plazo ni por D<sup>a</sup> ..... ni por su Letrado (doc. n° 9 de la empresa).

TERCERO. El departamento de limpieza de la empresa cuenta en la actualidad con: un director de alojamiento (cargo que ocupa D. .... desde hace casi 13 años); una gobernanta (cargo que ocupa D<sup>a</sup> ..... desde hace 14 años), una segunda gobernanta (cargo que ha ocupado D<sup>a</sup> V. desde el 01-08-09 hasta el 04-07-18, fecha en la que empezó a regir el acuerdo alcanzado en el Juzgado de lo Social n° 2 de esta localidad, pues aunque el mismo quedó sin efecto por renuncia de la trabajadora presentada a la empresa el 05-09-18, ya desde el 09-07-18 se encontraba en situación de IT por enfermedad común), tres subgobernantas (A., N. y D., pues aunque C. también ostenta en la actualidad dicha categoría es temporal dado que está cubriendo unas vacaciones y D. que era subgobernanta ya no trabaja en la empresa). Por debajo están las camareras de piso y los valets. Las camareras de piso a día de hoy ascienden a casi cuarenta. Desde que D<sup>a</sup> ..... inició la situación de IT la cual se mantiene a día de hoy (dato incontrovertido) la cubrió como segunda gobernanta una tal “Ch” o Ch” que como subgobernanta ascendió a segunda gobernanta y se mantuvo en ese puesto hasta agosto del presente año en que empezó a disfrutar de una excedencia. A partir de entonces el puesto de segunda gobernanta lo ostenta una tal “AM<sup>a</sup>” (subgobernanta ascendida) pero siempre hasta que vuelva a ser desempeñado por D<sup>a</sup> V.. La función primordial de la gobernanta consiste en la organización del trabajo de las subgobernantas, camareras de piso y valets en el departamento de limpieza. Esa organización se hace de forma diaria con un día de antelación de manera que el domingo se organiza el trabajo del lunes y así sucesivamente.

Leva unas 3 o 4 horas diarias. Además de esa función primordial de la gobernanta, destacan entre otras las funciones administrativas que consisten en tratar con proveedores, con otros departamentos de la empresa a través de sus respectivos jefes, etc. Estas funciones administrativas solo pueden realizarse de lunes a viernes porque es cuando operan en la empresa tanto los proveedores como los jefes del resto de departamentos. Si Dª G. descansara dos días entre semana en lugar de sábados y domingos la realización de las tareas administrativas que le incumben por su puesto se concentrarían a tres días a la semana en lugar de a cinco (de lunes a viernes). Estas tareas administrativas como gobernanta solo las realiza Dª G. ya que cuando durante su jornada de trabajo coincide con la segunda gobernanta, esta opera como una subgobernanta. Cuando Dª V. ostentaba el puesto de segunda gobernanta solo coincidía con Dª G. de lunes a miércoles ya que Dª V. siempre libraba como segunda gobernanta los jueves y viernes fijos a petición propia y Dª G. libraba los sábados y domingos fijos como derecho adquirido y también teniendo en cuenta el desempeño de sus funciones administrativas como gobernanta de lunes a viernes. Desde que D V. está de baja médica en la empresa, quienes han ostentado el puesto de segunda gobernanta no han descansado de manera fija jueves y viernes, sino que han tenido descansos de dos días semanales rotatorios según les correspondiera. La esencia de la figura de segunda gobernanta consiste en sustituir a la gobernanta cuando esta no está (sábados y domingos, así como vacaciones y libranzas) asumiendo las funciones básicas y esenciales de la gobernanta consistentes en la organización y planificación diaria del trabajo en el departamento. Si coincide que no están ni la gobernanta ni la segunda gobernanta, dicha función organizativa indispensable para el buen funcionamiento del departamento de limpieza la asume al director de alojamiento y si excepcionalmente este tampoco está, debe asignarse dicha función puntualmente a una subgobernanta la cual debe asumir una formación específica al respecto (declaraciones testificales de Dª G., gobernanta desde hace 14 años; D. M., jefe de alojamiento desde hace casi 13 años, y de D. F., director del departamento de recursos humanos desde febrero de 2016).

La hija de Dª V., Dª K., tiene reconocido un grado de discapacidad del 33% por Resolución de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad del Gobierno de Canarias de 27-09-17 con fecha de efectos de 24-05-17. La misma se matriculó para el curso escolar 2019/2020 en el 2º curso del CFGM Sanidad-Farmacia y Parafarmacia (LOE) en el Centro CIFP Majada Marcial y además trabaja como dependienta a tiempo parcial (24 horas a la semana) en turnos de mañana de 11:00 a 15:00 horas o de tarde de 18:00 a 22:00 horas de lunes a domingo con los descansos correspondientes para la empresa ..... en el supermercado ubicado en la C. C Bahía Calma (Pájara) en virtud de un contrato de trabajo temporal para personas con discapacidad cuya vigencia inicial de duración está prevista del 19-07-19 al 18-07-20 (doc. nº 9 a 11 de la más documental aportada por la parte actora en el acto de la vista).

### **Tercero.**

En el fallo de la sentencia de la instancia, literalmente se recoge:

"SE DESESTIMA la demanda formulada por ..... asistida y representada por el Letrado D. ....; frente a la empresa ..... asistida y representada por la Letrada Dª .....; y en consecuencia, SE ABSUELVE a la empresa demandada de los pedimentos formulados en su contra con todos los pronunciamientos favorables.

SE IMPONE a la parte actora una multa por temeridad por importe de 180 euros. "

### **Cuarto.**

Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por ..... DÍAZ, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

La demandante Doña ....., interpone recurso de suplicación frente a la sentencia 254/19, dictada el 16/12/19 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos Nº 570/19 seguidos en procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral con indemnización paralela por daños morales de 4000 euros. Igualmente se impone a la parte actora una multa por temeridad de 180 euros.

La sentencia desestima la demanda apreciando cosa juzgada material en su sentido negativo o excluyente en relación con el procedimiento número de e autos 188/2018 que dio lugar a la sentencia de 1 de abril de 2019 dictada por el mismo juzgado de lo social

El recurso ha sido impugnado por la empresa demandada.

## Segundo.

En el primer motivo del recurso, al amparo de lo previsto en el art. 193 c) de la LRJS, se denuncia la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia. Específicamente el art. 222 de la LEC.

Combate la recurrente la sentencia, que apreció la cosa juzgada material en su vertiente excluyente o negativa (art. 222.1 y 3 LEC), que entiende no concurre en el presente caso pues la reforma legal introducida por el RD Ley 6/2019 y con vigencia desde el 12 de mayo de 2019, supuso un cambio en la anterior regulación estatutaria en materia de derecho a adaptación horaria por razones de conciliación, por los siguientes motivos:

-ya no es necesario solicitar reducción horaria para pedir una nueva concreción horaria.

-Se establece un periodo de negociación obligatorio de 30 días de duración.

-La negativa de la empresa exige que en la denegación definitiva se expresen las razones técnicas, económicas, productivas u organizativas.

Además, se añade, en el presente procedimiento no se solicita reducción de jornada sino solo concreción horaria.

La impugnante se opuso en base a la fundamentación jurídica de la sentencia poniendo de relieve que entre el procedimiento (autos 118/2018) y el presente existe la triple identidad exigida jurisprudencialmente para que deba apreciarse la cosa juzgada materia negativa. Ello es así porque en ambos procesos existe identidad de partes, identidad de objeto (libranza de la actora los fines de semanas) y también identidad de causa pues los motivos que originan ambas acciones son los mismos, la conciliación de la vida familiar y laboral por motivo de guarda legal de un menor de 12 años. Igualmente entiende que es incierto que la reforma legal del art. 34.8 ET permita actualmente ejercer separadamente la pretensión de concreción horaria y la de reducción horaria por cuidado de un menor, pues ello ya estaba previsto con anterioridad, siendo admitido jurisprudencialmente al igual que se exigía a las empresas la acreditación de las causas alegadas cuando no había acuerdo.

El art. 222 LEC dispone en su apartado primero:

"La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo."

En su apartado cuarto establece el precepto:

"Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal."

Se establecen así los efectos negativo o excluyente (art.222.1 LEC) y positivo o prejudicial (art.222.4 LEC), que despliega la cosa juzgada material, cuyo desconocimiento por los tribunales, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art.24.1CE), como afirma el TC en STC 207/89 de 14 de diciembre, pues si la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes integra el derecho a la tutela judicial efectiva; si pudiese alterarse lo resuelto por sentencia firme en un ulterior proceso, vendría a privarse de tutela judicial efectiva al litigante vencedor en el primer proceso. Es decir, desconocer la cosa juzgada material -en sus efectos positivo y negativo- supone privar de eficacia a lo resuelto por sentencia firme y vulnerar la tutela judicial efectiva. (STC 43/98 de 24 de febrero)

La doctrina del TS sobre la cosa juzgada se resume, entre otras en las SSTS de 4 marzo 2010 RJ 2010\2476, de 9 diciembre 2010 RJ 2011\1455, de 26 mayo 2011 JUR 2011\223518; en que se sientan los siguientes parámetros de interpretación del instituto de la cosa juzgada en el proceso laboral:

a) la cosa juzgada es una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, exigiendo que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas (aparte de las que en ellas se citan, SSTC 190/1999, de 25/Octubre ( RTC 1999, 190) , FJ 4; 58/2000, de 28/Febrero, FJ 5; 135/2002, de 3/Junio ( RTC 2002, 135) , FJ 6; 200/2003, de 10/Noviembre, FJ 2; 15/2006, de 16/Enero ( RTC 2006, 15) , FJ 4 );

b) por ello se impone una concepción amplia de la cosa juzgada y la consiguiente interpretación flexible de sus requisitos (entre las recientes, SSTS de 20/10/05 ( RJ 2006,10 812) -rec. 4153/04-; 5/12/05 ( RJ 2006, 1228) -rec. 996/04-; 19/12/05 ( RJ 2006, 331) -rec. 5049/04-; 23/01/06 -rec. 30/05-; y 06/06/06 ( RJ 2006, 5174) -rec. 1234/05 -);

c) con mayor motivo se impone esa flexibilidad al aplicarse a una relación como la laboral, de tracto sucesivo y susceptible de planteamientos plurales por distintos sujetos de una idéntica pretensión, de manera que

no ha de excluirse el efecto de cosa juzgada material por el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes (SSTS 30/09/04 ( RJ 2004, 7680) -rec. 1793/03-; y 20/10/04 ( RJ 2004, 7163) -rec. 4058/2003-, que hacen eco de precedente de 29/05/95 ( RJ 1995, 4455) -rcud 2820/94 -); y

d) conforme al art. 222 LECiv ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , «la cosa juzgada ... excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo» [párrafo 1] y que «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada ... vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal» [párrafo 4 ] .

d) Con la redacción del art. 222 LECiv se pone de manifiesto que a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo de la cosa juzgada -párrafo 1-, en el que es necesaria la concurrencia de las tres identidades sujetos, objeto y fundamento de la pretensión; «objeto del proceso», al decir legal], el efecto positivo de la cosa juzgada -párrafo 4- no exige una completa identidad, que de darse excluiría el segundo proceso, sino que para producir tal efecto es suficiente que lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado Por lo que en la cosa juzgada positiva las identidades son sólo dos: la identidad subjetiva entre las partes de los dos procesos y la conexión existente entre los pronunciamientos (así, SSTS 20/10/04 ( RJ 2004, 7163) - rec. 4058/2003-; 30/09/04 ( RJ 2004, 7680) -rcud 1793/03-; 03/03/09 ( RJ 2009, 3810) -rcud 1319/08-; 05/05/09 -rcud 2019/08-; y 10/11/09 ( RJ 2010, 69) -rcod 42/08-).

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

-la actora presta servicios a jornada ordinaria, para la demandada del sector de hostelería, con una antigüedad del 1/11/05, teniendo reconocida la categoría profesional de 2ª gobernanta, con horario de 8:00 a 16:00 horas de lunes a domingo librando jueves y viernes (Hecho probado primero -HP1º)

-La actora tiene un hijo nacido el 22/2/16 (.....) y una hija nacida el 23/1/99 (.....) que tiene reconocida una discapacidad del 33% que conviven con la actora y su pareja (.....) que es conductor y presta servicios a jornada completa con contrato fijo discontinuo consistiendo su trabajo en servicio discrecional de viajeros sin horario fijo (HP1º).

-La actora solicitó de la empresa y se le reconoció un periodo de excedencia por cuidado de hijo, desde el 1/7/16 al 30/6/18 (HP1º).

-En fecha 17/5/18 la actora comunica a la empresa su intención de reincorporarse al puesto de trabajo con efectos 1/7/18, solicitando una reducción de jornada (35 horas ) que concretiza en un horario de lunes a viernes desde las 8:00 horas a las 15:00 horas por cuidado de su hijo I . La empresa aceptó la reducción de jornada pero no la concreción propuesta, por razones organizativas y productivas del departamento de pisos. La actora interpuso demanda judicial (autos 585/2018, juzgado social nº4 con sede en Puerto del Rosario) que finalizó con conciliación entre las partes, aprobada por Decreto de 3/7/18, en los siguientes términos:

“la empresa habiendo aceptado la reducción de jornada solicitada por la actora a 35 horas semanales, ofrece a la misma aceptar la concreción horaria planteada en la demanda, esto es, de lunes a viernes de 8:00 a 15:00 horas , librando los sábados y domingos, siempre y cuando la trabajadora pase a asumir la categoría profesional de camarera de pisos (actualmente 2ª gobernanta), con el consiguiente ajuste salarial conforme al convenio. El presente acuerdo comenzará a regir el 4/7/18 y se mantendrá hasta que su hijo cumpla 12 años o la trabajadora renuncie a la reducción de jornada solicitada , volviendo a realizar su jornada completa de 8:00 a 16:00 horas librando jueves y viernes y recuperando su categoría profesional “ (HP1º).

-En fecha 5/9/18, la actora comunica a la empresa su voluntad de reincorporarse a su jornada ordinaria y horarios anteriores, recuperando su categoría profesional de 2ª gobernanta, con efectos 5/9/18 (HP1º).

-En fecha 8/11/18, la demandante presenta ante la empresa nueva solicitud de reducción de jornada y concreción horaria con amparo en el art. 37.5 y 7 ET) en los mismos términos que lo solicitó el 17/5/18 . La empresa aceptó la reducción de jornada, pero no la concreción horaria por lo que respecta a la libranza los fines de semana, por razones organizativas y productivas del sector del departamento de pisos.

Frente a la negativa empresarial se presentó demanda que fue resuelta en sentencia (firme) de 1/4/19 (autos 118/2018) del juzgado de lo social nº4 con sede en Puerto del Rosario en cuyo fallo se desestima la demanda (HP1º).



-El 19/6/19 la demandante solicita adaptación horaria con amparo en el art. 34.8 ET consistente en mantener su horario librando sábados y domingos por las siguientes razones:

“...en dichos días no existe guardería donde dejar a mi hijo, mi marido por su profesión de conductor tiene que trabajar también sábados y domingos y ser mayores mis padres para cuidar de mi hijo. Hasta ahora he podido soslayar dichos inconvenientes al estar de baja médica, pero como la mencionada baja depende estrictamente de mi médico de cabecera y en previsión de que en un futuro me reincorpore a mi puesto de trabajo es por lo que solicito la mencionada adaptación...”

La empresa abrió proceso de negociación de 30 días como máximo y tras recabar de la trabajadora y ser aportada por ésta diversa documentación relativa a la situación laboral del otro progenitor, horario escolar de la guardería del menor, y las personas que conviven con la actora, en fecha 2/8/19 la empresa dio respuesta definitiva negativa a la solicitud por los siguientes motivos:

“...La Dirección no puede acceder a su solicitud de no trabajar sábados y domingos, manteniendo s categoría de 2ª gobernanta. Las razones objetivas que impiden a la empresa<sup>12</sup> acceder a su solicitud son las mismas que le han sido explicadas en el momento de plantear solicitudes de reducción y concreción horaria, en los procedimientos judiciales (...). En definitiva las necesidades productivas y organizativas del departamento de pisos hacen inviable acceder a la concreción horaria planteada ... al excluir sábados y domingos ... días en los que la 2ª gobernanta debe suplir la ausencia de la gobernanta y asumir todas las tareas de mando del departamento....Estas circunstancias fueron debidamente acreditadas en el procedimiento judicial nº118/2018 ... La Dirección de la empresa le sigue ofreciendo... desarrollar su jornada de 40 horas semanales de lunes a viernes de 8:00 a 16:00 horas pero mientras mantenga ese horario deberá pasar a la categoría de camarera de pisos, con el ajuste salarial correspondiente...” (HP2º)

-En el Departamento de limpieza trabajan:

1 director alojamiento  
1 gobernanta  
2ª gobernanta (actora)  
3 subgobernantas  
Casi 40 camareras de pisos

Durante el periodo de IT de la actora, ha sido sustituida por subgobernantas (“Ch.” y “AM.”) (HP3º).

-La función principal de la gobernanta consiste en organizar diariamente el trabajo de las subgobernantas , camareras de pisos y valets en el departamento de limpieza. Esta organización se hace con un día de antelación, y lleva 3 o 4 horas diarias. También asume tareas administrativas que consisten en tratar con proveedores y con los jefes de otros departamentos de la empresa . estas funciones administrativas solo pueden realizarse de lunes a viernes. La gobernanta (Dª Geraldine) libra los sábados y domingos (HP3º).

-La función básica de la 2ª gobernanta consiste en sustituir a la gobernanta cuando esta no está (sábados y domingos, vacaciones y libranzas), asumiendo las funciones básicas y esenciales de la gobernanta consistentes en la organización y planificación diaria del trabajo en el departamento (HP3º).

-En fecha 9/7/18 la actora inició proceso de Incapacidad Temporal (IT) derivada de enfermedad común, situación en la que continuaba el 25/3/19 (fecha de celebración del juicio en los autos 118/2018) (HP1º) y también continuaba de baja a fecha 16/12/19 (autos 570/2019) , fecha de la celebración del segundo juicio resuelto por la sentencia de 16/12/19 que ahora se recurre.

La sentencia recurrida apreció la excepción de cosa juzgada material en su vertiente negativa, motivo por el cual de desestimó la demanda, apreciándose la triple identidad exigida jurisprudencialmente entre el proceso (autos 118/2008) y el actual, pero el criterio de esta Sala es otro. Empecemos por el análisis de ambos procedimientos.

Procedimiento autos nº118/2018 del juzgado social nº 4 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura):

Procedimiento: conciliación vida personal y familiar.

Partes: Dª ..... frente a .....

Objeto: Reducción de jornada y concreción horaria por cuidado de menor de 12 años.

Causa: Derecho de conciliación familiar y laboral en relación al tiempo de trabajo (arts. 37.5 y 7 del ET)

Fallo: Se desestima

Firmeza: Sí

La solicitud fue presentada ante la empresa en fecha 17/5/18, la demanda se presentó en el juzgado el 21/11/18, celebrándose el juicio en fecha 25/3/19 y la sentencia es de fecha 1/4/19.

Procedimiento actual autos 570/2019 juzgado social nº4 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura):

Procedimiento: conciliación vida personal y familiar

Partes: D<sup>a</sup> ..... frente a .....

Objeto: Adaptación de duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a conciliación de la vida familiar y laboral, en relación a su hijo menor de 12 años.

Causa: Derecho de conciliación familiar y laboral en relación al tiempo de trabajo (art. 34.8 ET , tras la reforma operada por RD ley 6/2019).

Fallo: Se desestima.

La solicitud se presenta el 19/6/19, la demanda en fecha 29/8/19, el juicio fue celebrado en fecha 16/12/19 y la sentencia es de esta misma fecha.

Si hacemos una comparativa entre ambos procesos y tenemos en cuenta las particulares circunstancias del caso que nos ocupa, debe descartarse el efecto excluyente o negativo de la cosa juzgada material, con amparo en el art. 222.1º LEC , pues se aprecia un cambio relevante de circunstancias familiares y personales de la actora entre su petición de reducción de jornada con concreción horaria solicitada en fecha 8/11/18 y su solicitud de adaptación del tiempo de trabajo de fecha 19/6/19. La modificación de circunstancias familiares ya ha sido analizado por esta Sala como elemento impeditivo de la concurrencia del instituto de la cosa juzgada , en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, entre otras, nuestra sentencia de 12 de marzo de 2019 (Rec. 19/2019).

En el presente caso, llegamos a la misma convicción por los siguientes motivos:

1-El hijo causante de sus peticiones, I., contaba con 2 años de edad a la fecha de la primera petición (8/11/18) y tenía más de 3 años en la segunda (19/6/19). Los cambios físicos, emocionales y cognitivos, así como los requerimientos de un niño de 2 años no son los mismos que a los 3 años. Un año (12 meses) es mucho tiempo en un contexto de vida tan corto. Los niños y niñas experimentan cambios intelectuales y sociales sustanciales para su desarrollo holístico. En este periodo de la infancia se aprende a utilizar los sentidos y a explorar el mundo que les rodea percibiendo nuevas dimensiones como el cariño, lo que les ayudará a forjar valores y construir su pensamiento. A partir de los 3 años se incrementan sus acciones e interacciones sociales y suele disminuir el tiempo en el que permanecen durmiendo. Por ello requiere atenciones especiales cualificadas y adecuadas a sus nuevas necesidades y requerimientos. Ello se traduce, también, por contrapartida en una mejor forma física de las personas cuidadoras del niño/a que a la edad de 3 años ha aumentado de peso y dispone de una movilidad mayor unida a un gran interés y curiosidad por explorar el mundo que les rodea, lo que les expone a nuevos peligros y por ende, se requiere un mayor seguimiento y vigilancia por las personas responsables de su crianza.

Debe recordarse, además, que cuando las decisiones judiciales tienen impacto directo o indirecto, como es el caso, en un niño/a, los órganos judiciales estamos obligados a integrar la perspectiva de infancia en nuestras decisiones y más especialmente el "interés superior del menor" como consideración primordial, como criterio hermenéutico derivado del art. 3.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño, desarrollado en la Observación general nº 14 (2013) del Comité de Derechos del niño, y que ya hemos aplicado en nuestra Sentencia de 13 de diciembre de 2019 (Rec. 890/2019).

2-Entre la primera solicitud (17/5/18) y la segunda (19/6/19) transcurre casi un año y se producen cambios en las circunstancias personales de la actora, como es su proceso de baja médica por IT iniciado el 9/7/18 y en el que se hallaba , en fecha 25/3/19 (juicio del proceso autos 118/2018), y también a la fecha del juicio del procedimiento origen de estas actuaciones (16/12/19) , tal y como se pone de manifiesto en la vista oral cuya grabación obra en las actuaciones.

Debe destacarse que la causa de la baja descansa en dolencias psicológicas. Además, en la petición de adaptación horaria (19/6/19) la actora hace expresa referencia al proceso de baja médica, que no es referido en cambio en su petición anterior. Además, a la fecha de celebración del segundo juicio, la actora llevaba 1 año y 5 meses de baja por IT, un periodo muy superior al que llevaba a la fecha del primer juicio (8 meses).

3-En la petición de adaptación de la jornada de fecha 19/6/19 a diferencia de su petición anterior, la actora refiere expresamente a que sus padres son mayores para ocuparse de los cuidados requeridos por un niño de tres años. Este es un elemento nuevo que corrobora el cambio de circunstancias familiares que la llevan a efectuar su última petición, y que debe ponerse en relación con los nuevos requerimientos físicos que deben tener las

personas cuidadoras de un niño de 3 años de edad, que adquiere mayor autonomía y movilidad debiendo lograrse un adecuado equilibrio entre la vigilancia y la protección y la libertad para que el niño pueda explorar el entorno.

4-Por último, no debe obviarse que estamos ante un derecho laboral (conciliación vida personal, familiar) con un incuestionable impacto de género, lo que nos exige integrar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho por mor de lo preceptuado en el art. 1, 9.2 y 14 de la CE en relación con el art. 4 y 15 de la LOIEMH (LO 3/2007). En este caso debe hacerse una interpretación adecuada y finalista de los derechos de conciliación familiar y laboral de la persona trabajadora para no impedir o limitar el acceso de las mujeres a la tutela judicial efectiva, lo que exige interpretaciones flexibles y no rigoristas de la normativa procesal y sustantiva.

En base a lo expuesto es claro que el caso de autos no se halla afectado por el efecto negativo de la cosa juzgada material como excepción impositiva del análisis de fondo de la controversia jurídica. Por tanto, debe estimarse el primer motivo del recurso, y por ello, habiéndose despejado la excepción de cosa juzgada, no existe ya impedimento procesal para resolver el fondo del asunto, máxime cuando tal y como se anuncia en el fundamento jurídico tercero (FJ3º) de la sentencia y se desarrolla en el FJ4º, el magistrado de la instancia, a efectos del presente recurso, entró a resolver el fondo del asunto.

### **Tercero.**

En el segundo motivo del recurso, también al amparo de lo previsto en el art. 193 c) de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 34.8 del ET.

La recurrente mostró su oposición en cuanto a la existencia de causas organizativas justificativas de la negativa empresarial en la adaptación horaria solicitada. En primer lugar, porque colisiona con los fines perseguidos por la reforma legal que le dio su actual redacción a efectos de clarificar y dar mayor protección al derecho a la conciliación familiar y laboral. En segundo lugar, porque la categoría profesional de 2ª gobernanta, reconocida a la actora, no tiene cabida en el V Acuerdo marco de Hostelería (ALEH), en cuyo anexo I (tabla de correspondencias de antiguas categorías profesionales o convenios de ámbito inferior y los grupos profesionales del ALEH) se elimina la antigua categoría de 2ª gobernanta que pasa a ser subgobernanta. Y en tercer lugar, porque no resulta lógico, desde un punto de vista organizativo, que solo se acepta la adaptación horaria propuesta por la actora si ella está dispuesta a rebajar su categoría a la de camarera de pisos. A criterio de la recurrente las funciones realizadas por la actora durante los fines de semana pueden ser desempeñadas por cualquier otra subgobernanta, pues tal y como ha resultado probado las funciones que venía realizando la actora durante los fines de semana se limitan a "la asignación de tareas a las camareras".

La impugnante se opuso subrayando el escrupuloso cumplimiento por parte de la demandada de lo establecido en el actual redactado del art. 34.8 ET, pues se mantuvo un periodo de negociación con la actora de más de 30 días (entre el 25/6/189 y el 2/8/2019). Se llevaron a cabo reuniones con la trabajadora y se le hicieron propuestas alternativas, como es la posibilidad de librar los fines de semana si trabajaba como camarera de habitaciones. Y también se esgrimieron las razones objetivas por las que la empresa no se avino a su petición, que son de índole productiva y organizativa. Ello es así porque reconocer a la actora el derecho a descansar sábados y domingos dejaría el Departamento de pisos desprovisto de mando dichos días y se desnaturalizaría el puesto de 2ª gobernanta, máxime cuando los días de mayor entrada en el hotel son los domingos y lunes. Ello es así porque las funciones sustanciales de la 2ª gobernanta es la de cubrir las ausencias de la gobernanta, inclusive en sus días de descanso semanal, que en el caso de la gobernanta los disfruta los sábados y domingo. Además no es viable asignar a una subgobernanta tareas de una 2ª gobernanta porque aquella carece de la debida formación para ello. Por último se calificó de cuestión nueva el alegato relativo a las categorías reconocidas en el ALEH, y se destacó que en el convenio colectivo de hostelería provincial de Las Palmas sí se contempla en el Nivel II la categoría de 2ª gobernanta, que está separada de la de subgobernanta (Nivel III). Respecto al ofrecimiento de respetar la adaptación propuesta pero como camarera de habitaciones se justificó en base al mayor número de trabajadoras camareras de pisos (entre 40 y 60), lo que da mayor facilidad organizativa).

Entrando ya a analizar el Fondo de este segundo motivo del recurso, debemos partir del incuestionable impacto de género y constitucional (arts. 14 y 39 CE) del derecho ejercido por la actora a la adaptación horaria en base al art. 34.8º del ET. El propio RD-Ley 6/2019 de 1 de marzo de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que le ha dado su actual redacción ya advierte en su Exposición de Motivos:

"(...) El derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. (...) Por ello, son contrarias al derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres las discriminaciones directas e indirectas; el acoso sexual y el acoso por razón de sexo; la discriminación por el embarazo, la maternidad, la asunción de obligaciones familiares o el ejercicio de los derechos de corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral. (...) En este sentido, los

poderes públicos están obligados a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. Es esencial tener presente que, en la relación de trabajo, las personas trabajadoras, mujeres u hombres, tienen derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo e indirecto por razón de sexo”.

En el caso que nos ocupa la sentencia de instancia estimó la concurrencia de causa objetiva, de carácter organizativo, que justificaba la negativa empresarial a reconocer a la actora el derecho a librar los fines de semana. Sustancialmente, porque en el centro de trabajo solo hay una gobernanta (D<sup>a</sup> G.), que ya libra los fines de semana y siendo la actora la única 2<sup>a</sup> gobernanta y consistiendo sus funciones sustancialmente en sustituir a la gobernanta en sus funciones durante sus descansos, fiestas o vacaciones, no existen posibilidades organizativas para cubrir tales funciones durante los fines de semana sin la actora, pues las subgobernantas carecen de formación adecuada para desempeñar las tareas de una 2<sup>a</sup> gobernanta.

#### A)-Derecho a la Adaptación del tiempo de trabajo por razones familiares. Impacto de género

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

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

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

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

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

El artículo 14 establece que los poderes públicos deben garantizar:

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

Y el Artículo 44.1 :

“Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.”

-La vieja Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES recogía en sus consideraciones generales:

“Considerando que la Resolución del Consejo, de 6 de diciembre de 1994, reconoce que una verdadera política de igualdad de oportunidades presupone una estrategia global e integrada que permita organizar mejor los horarios de trabajo, una mayor flexibilidad, así como una vuelta más fácil a la vida profesional, y toma nota del

importante papel de los interlocutores sociales en este ámbito y en la oferta a hombres y mujeres de una posibilidad de conciliar responsabilidades profesionales y obligaciones familiares”

Dicha Directiva fue derogada y sustituida por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, pero se mantienen los mismos objetivos contenidos en su predecesora.

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

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

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

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

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

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

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

-También el Convenio de la OIT nº156 “sobre los trabajadores con responsabilidades familiares” de 1981 y ratificado por España el 11 de septiembre de 1985, establece en sus art.s 3 y 4 lo siguiente:

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

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

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

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

Y más específicamente en su artículo artículo 9 :

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

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

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

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

-Tal y como se ha venido fijando por nuestro Tribunal Constitucional (TC), debiendo destacarse la reciente Sentencia 140/2018 (pleno), de 20 de diciembre de 2018 , corresponde a los jueces y juezas , en cada caso concreto, realizar el correspondiente control de convencionalidad internacional, en el sistema español mediante la selección de derecho aplicable al supuesto controvertido , y ello debe proyectarse en la interpretación de lo dispuesto en los Tratados internacionales de aplicación. (STS 102/2002 FJ 7), así como en el análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional.

De otro lado y en cuanto al fondo del derecho a la reducción y concreción horaria por cuidado de un menor, también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la dimensión constitucional del ejercicio de los permisos previstos en el art. 37.6º y 34.8º del ET en la Sentencia del TC 3/2007 de 15 de enero de 2007 en cuya fundamentación jurídica se recoge :

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

B)- Integración de la perspectiva de género.

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

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

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

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

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

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

A mayor abundamiento la Observación general nº16 (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, se reproduce en el art. 24.2 de la Carta de los derechos Fundamentales de la UE .

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

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

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

"Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los

padres y a los representantes<sup>22</sup> legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño

(...)"

#### D)-Aplicación de la normativa al caso. Ponderación de los tres derechos en juego

Partiendo de la viabilidad de la adaptación horaria solicitada por la actora procede a continuación el análisis ponderado de los derechos en conflicto, de un lado el interés superior del niño causante del derecho laboral que se ejerce; también el derecho de conciliación laboral y familiar de la actora y al otro lado, las causas organizativas que se alegan por la empleadora y que, a su criterio, le impiden el reconocimiento del nuevo horario solicitado.

Por la trabajadora se ha probado suficientemente la existencia de razones familiares en su solicitud de adaptación del tiempo de trabajo, por razón de la demanda de cuidados de su hijo de tres años durante los fines de semana, al no disponer de servicio de guardería ni disponibilidad laboral de su pareja y al ser sus padres mayores para atender debidamente las nuevas atenciones requeridas l.. De otro lado, y por lo que respecta a la empresa, esta Sala considera que no ha quedado probada la causa organizativa que le impide avenirse a reconocer a la trabajadora su libranza semanal durante los fines de semana. Ello es así por los siguientes motivos:

1- La función sustancial de la actora es sustituir a la Gobernanta cuando no está, pero es lo cierto que en su horario habitual coincide con ella un total de 3 días de los 5 laborales (semanales), lo que indica que debe llevar a cabo otras funciones diferentes a las de gobernanta, pues en caso contrario, en el Hotel habría dos trabajadoras a la vez realizando las funciones de gobernanta.

2- Si las funciones de administración que corresponden a la categoría de gobernanta se llevan a cabo de lunes a viernes, es claro que las mismas no son necesarias los fines de semana. Ello indica que las tareas de sustitución de la gobernanta durante el fin de semana quedan limitadas a la organización y planificación diaria del trabajo del Departamento de limpieza y pisos. Según quedó probado, tales tareas requieren solo 3 o 4 horas diarias (HP3º).

3- Por tanto, en este caso concreto, no parece que sea necesaria una formación especialmente cualificada, por parte de las subgobernantas, para suplir a la actora durante los fines de semana en la actividad de planificación del trabajo diaria. A mayor abundamiento el V ALEH (Acuerdo Laboral estatal de Hostelería) define las funciones de gobernanta y subgobernanta ( Área funcional 4ª) con el siguiente tenor literal:

"a) Gobernante/a o encargado/a general : realizar de manera cualificada la dirección, control y seguimiento del conjunto de tareas que componen el servicio de pisos, áreas públicas, áreas internas, lavandería, lencería, controlando y supervisando los servicios de lavandería, planchado y costura , así mismo es responsable de la organización de personal a su cargo. Organizar , dirigir y coordinar el personal a su cargo. Dirigir y planificar el conjunto de actividades de su área. Dirigir y supervisar y controlar las compras y existencias de ropa blanca, productos de mantenimiento y limpieza. Encargarse del control de inventario de mobiliario, enseres y materiales de las habitaciones y organización del trabajo del servicio de pisos, áreas públicas, internas<sup>23</sup> y lavandería. Elaborar estadísticas e informes de su área a la dirección del hotel y otros departamentos , así como la dirección de la formación del personal a su cargo.

b)- Subgobernante/a o encargado/a de sección: sustituir al Gobernante/a o al encargado/a general. Ejecutar de manera cualificada, autónoma y responsable las tareas relativas a los pisos, áreas públicas, áreas internas, lencería y lavandería. Seleccionar los productos de mantenimiento y limpieza para el uso diario. Inspeccionar y participar en la limpieza de áreas. Llevar el control de las habitaciones y su ocupación , así como de las salas . Participar en estadísticas y elaborar informes en relación con las tareas propias de su área".

En el Anexo I del citado ALEH, se establece una tabla de correspondencias de las categorías profesionales procedentes de la extinta ordenanza de trabajo para la Industria de Hostelería como las que pudieran figurar en convenios colectivos de ámbito inferior, estableciéndose expresamente una correspondencia expresa entre la extinta Gobernanta de 2ª con la de subgobernante/a o encargado/a de sección.

Es cierto que en el Convenio colectivo provincial de Las Palmas (2016-2019) publicado en BOP de 17/3/17, se establece en el Nivel II la categoría de gobernanta de 2ª y en el Nivel III, la categoría de subgobernanta, pero no se determinan las funciones de la gobernanta de 2ª y sus diferencias con las de subgobernanta.

4-Por último, debe destacarse que mientras la actora se hallaba en situación de IT ha venido siendo sustituida por las subgobernantas, que evidencia que las mismas disponen de la formación necesaria para el desempeño de tales funciones, de facto.

Por tanto, no puede convalidarse como razón objetiva, razonable y proporcionada, la causa organizativa esgrimida por la empresa pues el hecho de haber podido organizarse sin necesidad de efectuar nuevas



contrataciones, durante la larga ausencia de la actora por motivo de su proceso de IT, para sustituirla en sus funciones durante los fines de semana, gracias a las trabajadoras subgobernantas evidencia que la demandada puede y debe avenirse a la adaptación horaria solicitada por la actora.

En relación a las referencias que hemos efectuado al V ALEH no pueden considerarse cuestión nueva, pues se trata de una norma aplicable a la presente relación jurídica a tenor del art. 3.5 del ET, por lo que no se deja a la demandada en indefensión, que de hecho ya hizo sus alegatos en el escrito de impugnación, al respecto.

Por todo lo expuesto, debe estimarse el derecho de la actora en la adaptación del tiempo de trabajo que se reclama en la demanda, esto es, su derecho a descansar semanalmente los sábados y domingos.

#### **Cuarto.**

En el tercer motivo del recurso, también al amparo de lo previsto en el art. 193 c) de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 47, 48 y 49 del V Acuerdo Marco del sector Laboral.

Entiende la recurrente que por la empresa no se ha probado ni consta en las actuaciones, los planes de igualdad recogidos en dichos artículos.

La impugnante se opuso calificándolo de cuestión nueva que no fue objeto de debate en la instancia ni referido en la demanda, por lo que esta parte no pudo aportar prueba al respecto.

La prohibición de formular en el recurso cuestiones fácticas o jurídicas nuevas no alegadas en la instancia es puesta de relieve por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como puede verse en sus Sentencias de 5 de noviembre de 1993 ( RJ 1993, 8548) , 18 de enero de 1994 ( RJ 1994, 199) , 4 de febrero de 1997 ( RJ 1997, 974) y 6 de febrero de 1998 ( RJ 1998, 1951) , seguida por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, así el de Cataluña, en sentencia de 28 de mayo de 1999 ( AS 1999, 2563) ; de Murcia, en la de 3 de marzo de 1998 ( AS 1998, 944) ; de Madrid, en la de 6 de julio de 1999 ( AS 1999, 2175) y éste de Extremadura, en las de 15 de junio, 25 y 30 de septiembre de 1996 y 27 de enero de 1998 ( AS 1998, 452) .

Debe desestimarse de plano este motivo, pues tal y como se alega por la impugnante con acierto, ni en la demanda ni en el acto del juicio se debatió o reclamó como prueba de la empresa la aportación, en su caso, del correspondiente plan de igualdad.

#### **Quinto.**

En el cuarto motivo del recurso, también al amparo de lo previsto en el art. 193 c) de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 75 de la LRJS.

Combate la recurrente la sanción por temeridad impuesta a la parte actora en la sentencia, al amparo del art. 74 LRJS, pues esta parte no ha actuado con mala fe ni temeridad sino ejercitando un derecho legítimo amparado por el art. 34.8 del ET.

La impugnante destacó que si bien la imposición de la sanción se impuso de oficio por parte del juzgador de la instancia, se comparte el criterio judicial por el que se sanciona a la parte, que se califica de temeraria e insostenible jurídicamente.

El magistrado de la instancia impuso a la parte actora la referida sanción por:

“su actuación temeraria de plantear una cuestión sucesivamente en el tiempo cada vez que se modifica la legislación que la regule, no solo supone inobservancia de los deberes mínimos de diligencia en el conocimiento y aplicación de las normas procesales y sustantivas sino que sume al órgano judicial y especialmente a la parte litigante en una especie de “historia interminable”

No obstante lo anterior, la estimación de este recurso evidencia que la presente acción no es temeraria y, además, está fundada jurídicamente en la reclamación de su derecho. En base a lo anterior procede estimar también este motivo del recurso.

#### **Sexto.**

En el quinto motivo del recurso, también al amparo de lo previsto en el art. 193 c) de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 193 LRJS y la Sentencia de esta Sala de 12 de marzo de 2019 (Rec. 1596/2018).

Entiende la recurrente que procede el derecho de la actora a una indemnización reparadora de las pérdidas económicas de la disminución retributiva derivada de su situación de baja por Incapacidad temporal a tenor de 300 euros mensuales (daño emergente) y de otro lado también solicita la cantidad reparación por el daño psicológico padecido por la actora, que cuantifica en total en la cantidad de 4000 euros.

La impugnante se opuso, poniendo de relieve que las sentencias de Tribunales superiores no pueden considerarse jurisprudencia a tenor del art. 1.6 del Código civil. Se añade que no se probó por la actora el nexo

causal entre el comportamiento empresarial y la situación de depresión de la actora. En relación a la reducción de emolumentos derivada de la situación de IT de la actora, la misma deriva de contingencias comunes. Y por último también se niega la existencia de desasosiego o perjuicio moral alguno pues desde la finalización de la excedencia por cuidado de hijo, la actora tan solo ha prestado servicios dos días, al haber permanecido en situación de IT durante el proceso, por lo que difícilmente puede decirse que haya sufrido perjuicio derivado de la falta de conciliación familiar y laboral.

En cuanto al ejercicio derecho e indemnización acumulada, habiéndose reconocido el derecho a la nueva concreción o adaptación horaria que solicitaba la actora en su demanda procede analizar el derecho a la indemnización adicional reclamada en la demanda y en el recurso, que se cuantifica a tenor del "daño psicológico" producido a la actora por la negativa de la empresa a reconocerle el horario matinal reclamado.

Por lo que respecta al derecho a solicitar una indemnización paralela junto al ejercicio es incuestionable en términos procesales, a la luz de lo previsto en el art. 139 de la LRJS (procedimiento especial de conciliación de la vida personal, familiar y laboral).

Además, en el presente caso se ejercita también de forma acumulada acción de vulneración de derechos fundamentales, dado el impacto constitucional que tiene este derecho, como se ha indicado (art. 14 en relación con el art. 39 CE).

Por tanto, la solicitud de indemnización paralela es procedente procesalmente junto a la acción de adaptación del tiempo de trabajo por razones familiares, y se podría decir que tal indemnización, cuando se solicita, tiene un carácter indisoluble con el incumplimiento empresarial del derecho reclamado (en este caso la concreción horaria).

El derecho a una indemnización resarcitoria se engarza al ejercicio del propio derecho de reducción de jornada (art. 34.8 ET), lo que exige que su interpretación y aplicación se realice también con perspectiva de género. Como se ha dicho, estamos ante un derecho laboral reforzado por su dimensión constitucional que debe ser analizado en cada caso, con la máxima cautela judicial de acuerdo con la "debida diligencia" en materia de reparación integral. Por tanto, la negativa o limitación empresarial al disfrute del derecho a la conciliación laboral y familiar cuando no existen razones justificadas como sucede en el caso que nos ocupa puede generar daños

La actora reclama en su recurso dos tipos de reparaciones, por disminución retributiva (300 euros mensuales derivados de baja médica por IT- daño emergente-) y de otro lado por daños a su salud (daño psicológico que incluye el daño moral), que cuantifica en total en la cantidad de 4.000 euros, sin determinarse uno y otro daño. Aunque la petición es general o abstracta, en la misma se incluye claramente al daño moral producido a la trabajadora.

La Doctrina ha definido el daño moral como el menoscabo o lesión no patrimonial provocado por el acto antijurídico. Por tanto, la noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

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

Ahora bien, debiendo cuantificarse el daño moral, surge el arduo problema de su ponderación económica. Y es que ya se indica en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 y 29 de enero de 2013 (recursos 95/2014 y 89/2012) que el sujeto, con el daño moral, "sufrir 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".

La sentencia del Tribunal Constitucional nº 246/2006 de 24 de julio abrió el camino en la difícil tarea de fijar indemnización reparadora del daño moral (pretium doloris), ante dificultad de objetivar económicamente lo incuantificable (el dolor). No obstante en la citada sentencia se convalida como parámetro objetivo adecuado, la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social 5/2000 (LISOS). Este mismo parámetro de cálculo ha sido ya utilizado por esta misma Sala en la Sentencia de 15 de diciembre de 2017 (Recurso nº1249/2017).

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

" (...) "nunca los efectos restitutivos anudados a la declaración de nulidad de la decisión podrán devolver a la actora el tiempo que no pudo dedicar a la atención de su progenitora. Es una cuestión de afectos, cercanía y dedicación inconmensurables. Junto a ello la angustia ante la situación de incertidumbre que origina la decisión empresarial que obliga a un replanteamiento de la vida familiar y laboral, el desasosiego por litigar contra la empresa, y de ver desconocidos los que son sus derechos fundamentales. Todas estas circunstancias evidenciadoras de un daño real se exponen en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia en el que

además se reproduce la doctrina jurisprudencial sentada en torno al sistema indemnizatorio en caso de violación de derechos fundamentales contenida en S.T.S. 17 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8473), que no reproducimos huyendo de reiteraciones innecesarias."

Por tanto y en relación al alegato realizado de la impugnante, el hecho de que la actora haya permanecido en situación de IT durante el proceso no neutraliza el daño (moral) producido ante la inquietud y afectación emocional de tener que reincorporarse en su puesto de trabajo en cualquier momento en unas condiciones insostenibles para poder compatibilizar la demanda de cuidados de su hijo y el desempeño de su trabajo profesional.

De este modo, un parámetro adecuado es el art. 7.5º de la LISOS (infracciones graves) que expresamente refiere a las infracciones derivadas de "la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y en general el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23, 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores"

Al calificarse la infracción de grave debe modularse la indemnización a tenor de las previsiones contenidas en el art. 40.1º b) de la LISOS cuyas multas van de los 626 euros (grado mínimo) hasta 6.250 euros (grado máximo).

De acuerdo con lo anterior, esta Sala modula la indemnización en la cantidad de 3.125 euros que se corresponde con el grado medio previsto en el tramo medio (art. 40.1º b) LISOS).

Se aplica el grado medio porque la discusión respecto al horario solicitado por la actora se limita a los días de descanso semanal.

Por todo ello, debemos estimar parcialmente la petición de indemnización por daño moral solicitada por la parte actora en la cantidad de 3.125 euros, que se considera razonable, en conexión con la LISOS, que es un referente objetivo y razonable convalidado por el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia nº 247/2006 de 24 de julio.

Respecto de la solicitud de indemnización derivada de la pérdida retributiva por motivo de la baja por IT iniciada por la actora en fecha 9/7/18, por razones psicológicas, esto es, en concepto de daño emergente, se desestima porque no se ha probado la vinculación de la causa de la baja médica con la negativa de la empresa en relación al derecho de la actora a descansar semanalmente los fines de semana.

En base a lo expuesto se estima parcialmente el recurso de suplicación y con revocación de la sentencia se estima en parte la demanda planteada, condenando a la demandada reconociéndose el derecho de la actora librar semanalmente sábado y domingo; condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, así como a abonar a la demandante una indemnización reparadora por los daños y perjuicios sufridos en la cantidad de 3.125 euros en concepto de indemnización por daño moral. Se revoca igualmente la sanción por temeridad impuesta a la parte actora, en virtud del art. 75 LRJS

#### **Séptimo.**

En relación a las costas, conforme al art.235 de la LRJS, no procede la imposición de las mismas.

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

### **FALLAMOS**

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por Doña..... frente a la sentencia nº 254/19 dictada por el juzgado de lo Social nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos nº 570/19, que revocamos y estimando parcialmente la demanda planteada se reconoce el derecho de la actora a librar por descanso semanal los días sábado y domingo; condenando a la empresa ..... a pasar y estar por tal reconocimiento así como a abonar a la actora la cantidad de 3.125 euros en concepto de daños y perjuicios (daño moral). Se revoca igualmente la multa por temeridad impuesta a la actora en la instancia. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 4 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) de Puerto del Rosario, 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 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 3537/0000/66/0197/20 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.

RTSS. CEF