

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA
Sentencia 25 de mayo de 2021
Sala de lo Social
Rec. n.º 335/2021

SUMARIO:

Conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Adaptación de las condiciones de trabajo. Solicitud de concreción horaria y de cambio de centro de trabajo ex artículo 34.8 del TRET. Concesión empresarial del cambio horario, pero obviando cualquier respuesta respecto de la adaptación geográfica. Alegación de inexistencia de base legal para la solicitud de dicha adaptación. Alcance de la expresión «forma de la prestación» contenida en el artículo 34.8 del TRET, en redacción dada por RD Ley 6/2019. El nuevo artículo 34.8 del TRET amplía el objeto del derecho a la conciliación, ahora bien, con contornos difusos, lo que lleva a la imposibilidad de trazar una noción dogmática de dicha expresión y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, dado que ahora se puede concretar en todos los aspectos de la prestación de servicios que vienen a conformar el contenido del contrato de trabajo y cómo se exterioriza, siempre que permita la conciliación de la vida familiar. Ello supone que en los términos del artículo 34.8 del TRET se pueden amparar, entre otras, solicitudes de cambio de centro de trabajo, cuando ello fuese razonable y proporcionado. El titular del derecho no tiene que demostrar una especie de necesidad insuperable de conciliación y la imposibilidad de que concilie su pareja, si existe (o un familiar) -teniendo que revelar innecesariamente datos de su vida familiar al conocimiento ajeno-. De hecho, la trabajadora tiene como única carga la demostración de la existencia de hijos menores de doce años, su deseo de conciliar y que lo solicitado le facilita dicha conciliación familiar; frente al que sólo cabe una oposición empresarial muy fundamentada, ajena a argumentos relativos al modo de organizar su familia. Ante la negativa empresarial, por omisión, a la adaptación geográfica de las condiciones de trabajo, alegando en la impugnación del recurso la inexistencia de vacante en el centro al que se solicitaba un nuevo destino, entiende la Sala que sí existían dichas vacantes en el centro discutido dado que con posterioridad se transformaron dos contratos temporales en indefinidos. Atribuye el Tribunal preferencia al derecho a la conciliación de la vida familiar (derecho fundamental ex art. 14 CE) frente al de estabilidad en el empleo de un trabajador temporal que ve transformado su contrato en uno indefinido (art. 35 CE). **Indemnización por daños morales.** Se reconoce una indemnización de 6.000€.

PRECEPTOS:

RD Leg 2/2015 (TRET), arts. 34.8 y 37.6.

PONENTE:

Don Luis Fernando de Castro Mejuto.

Magistrados:

Don LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO
Don JOSE ELIAS LOPEZ PAZ
Don RICARDO PEDRO RON LATAS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA SALA DE LO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939 Fax: 881-881133/981184853

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000335 /2021 PM

Procedimiento origen: PEF DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 0000508 /2020

Sobre: MODIFICACION CONDIC.LABORALES

RECURRENTE/S D/ña Tomasa

ABOGADO/A: ROCIO AIRADO BELLO

RECURRIDO/S D/ña: DIRECCION003

ABOGADO/A: BEATRIZ REGOS CONCHA

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

Ilmo. Sr. D. RICARDO RON LATAS

En A CORUÑA, a veinticinco de mayo de dos mil veintiuno.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 335/2021, formalizado por D^a Tomasa, contra la sentencia número 423/20 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de LUGO en el procedimiento DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 508/2020, seguidos a instancia de Tomasa frente a DIRECCION003, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

D/D^a Tomasa presentó demanda contra DIRECCION003, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha treinta de octubre de dos mil veinte.

Segundo.

Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- Dña. Tomasa, mayor de edad, con DNI NUM000, presta servicios como por cuenta y orden de la entidad DIRECCION003. como vendedora, desde el 25 de julio de 2011. La actora prestaba servicios en centro de trabajo sito en Rúa CALLE000 (Lugo) a jornada completa (40 horas). SEGUNDO.-Dña. Tomasa tiene dos hijos menores de 12 años, Edemiro nacido el NUM001 de 2013 y Consuelo nacida el NUM002 de 2015. TERCERO.-El 7 de octubre de 2019 la actora solicita por escrito que se le conceda la reducción de jornada para atender al cuidado de sus dos hijos menores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.6 del ET, además de lo dispuesto en los artículos 22.c y 25 del Convenio Colectivo de DIRECCION003. Al amparo de los citados preceptos, comunica que la nueva jornada de trabajo reducida será reducida a 33 horas semanales, y que supone un 82,5% de la jornada completa de 40 horas semanales, esto es, una reducción del 15,5% respecto de la jornada completa,

distribuyéndose la jornada reducida de lunes a sábado, en horario de mañana de 9.00 a 14.30 horas, y en horario de tarde de 13.00 a 18.30 horas, realizando alternativamente horario de mañana y otro horario de tarde con efectos del próximo 1 de noviembre de 2019. Además, también con fecha de efectos 1 de noviembre de 2019, en aplicación de los preceptos referidos del convenio colectivo, solicita el traslado al centro de trabajo ubicado en DIRECCION000, localidad en la que resido con mi familia. Todo ello al amparo de mis derechos laborales a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y en aplicación del plan de igualdad de trato y oportunidades plasmado en el Capítulo VIII del Convenio Colectivo de empresa (folio 43). CUARTO.-El 16 de octubre de 2019 las partes llegan a un acuerdo en relación a la reducción horaria solicitada por la actora en los términos siguientes (folio 44): En relación con la concreción horaria para la reducción de jornada vigente o solicitada, se pacta el siguiente horario atendiendo a las necesidades personales del trabajador y a las organizativas del centro: PRIMERA SEMANA: L-S horario de 8.30 a 14.30 horas. SEGUNDA SEMANA: L-S horario de 13.00 a 19.00 horas. TERCERA SEMANA: L-S horario de 8.30 a 14.30 horas. CUARTA SEMANA: L-S horario de 13.00 a 19.00 horas. Que la jornada semanal que realiza el trabajador será de 33 a realizar de lunes a sábado conforme a la parrilla de horarios existente. Que el trabajador viene prestando sus servicios en la empresa estando su jornada ordinaria distribuida de lunes a sábado en turnos rotatorios de mañana y tarde. No obstante lo anterior, por medio de la presente ambas partes podrán pactar un acuerdo temporal de adaptación de la duración y distribución de la jornada cuya duración máxima será de 6 meses y su prórroga o modificación será igualmente por acuerdo entre las partes. A la finalización del mismo el trabajador volverá a su jornada ordinaria diaria, señalada con anterioridad. Dicho horario comenzará a ser efectivo a partir del día 2/12/2019. QUINTO.- La entidad DIRECCION003. publicó dos ofertas de trabajo (una el 11/06/2020 y otra el 10/10/2020) para contratar para el centro de DIRECCION000 a trabajadores en virtud de un contrato de naturaleza temporal (folios 55 y 56). DIRECCION003. emite certificación el 15 de octubre de 2020 en la que manifiesta haber contratado de forma temporal a tres trabajadores para el centro de DIRECCION000 (folio 94). SEXTO.-La actora permanece en situación de IT desde el 3 de abril de 2020 con el diagnóstico de DIRECCION001. SÉPTIMO.-El acto de conciliación se celebró el 14 de junio de 2020 sin avenencia.

Tercero.

Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Debo desestimar y desestimo la demanda presentada por Dña. Tomasa contra la entidad DIRECCION003. y debo absolver y absuelvo a la entidad demandada de los pedimentos formulados de contrario.

Cuarto.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Recorre la trabajadora la desestimación de su demanda, instando -por el cauce del artículo 193.b) LJS- la modificación del relato histórico, y denunciando -vía artículo 193.c) LJS- la infracción por inaplicación de los artículos 45.1 y 2 y 47 LO 3/2007 y 34.8 ET, y Capítulo VIII del CC del grupo de empresas DIRECCION003 y DIRECCION004; del artículo 25 CC del grupo de empresas DIRECCION003 y DIRECCION004, en relación con los artículos 40.3, 4 y 5 ET.

Y, además, al amparo de lo previsto en el artículo 197.1 LJS, la impugnante propugna la introducción de un añadido al hecho probado cuarto.

Segundo.

Acogemos todas las adiciones fácticas (incluida la propuesta por la recurrida) -con la salvedad que expresaremos-, al fundarse en documentos hábiles y poder resultar trascendentes, pese a que algunos de ellos reflejan datos incontrovertidos en el objeto del debate y otros, algunos que no van a tener relevancia; de esta forma:

(a) Se añadirá al ordinal segundo la frase: «conviviendo en el domicilio familiar sito en la AVENIDA000, NUM003, DIRECCION000 (DIRECCION002».

(b) Se incorporará un tercer párrafo al hecho probado tercero que diga: «En correo electrónico de fecha 11/01/20 el centro de trabajo de la empresa en DIRECCION000 comunica la necesidad de transformar en fijo al

trabajador Pedro Enrique. En correo electrónico de fecha 16/09/20 el centro de trabajo de DIRECCION000 comunica la necesidad de transformar a plantilla fija a la trabajadora Daniela».

(c) Se adicionará en el ordinal cuarto la expresión «Centro: 3049 Aguas Férreas», a continuación de «(folio 44):» y antes de «En relación con la concreción...», que se proponía por la empresa recurrida. Y, finalmente,

(d) La contemplada en el número tercero (relativa al hecho probado séptimo) no se admite, porque se trata de una mera cuestión de redacción o estilo, ajena a la finalidad de la Suplicación (valgan por todas, SSTSJ Galicia 12/04/21 R. 313/21, 22/04/21 R. 3129/20, 16703/21 R. 2794/20, 12/03/21 R. 4154/20, 11/03/21 R. 3137/20, 26/02/21 R. 4328/20, etc.), que carecen de relevancia, ya que en el propio ordinal de la Sentencia se describe sucintamente lo que intenta desgranarse por la recurrente.

Tercero.

Para resolver el objeto del recurso -y, con él, el del debate- hemos de partir de dos elementos básicos desde los que argumentaremos:

El primero, y en clara discrepancia con la impugnante, la alegación en este trámite del artículo 34.8 ET no supone una alteración de la causa de pedir y, con ello, la acción ejercitada, habida cuenta que, es indiscutido, las demandas laborales no exigen -con las excepciones previstas en la norma procesal (y ésta no lo es)- expresar cuál es la normativa que ampara el suplico (artículo 80 LJS), sino solamente fijar la «enumeración clara y concreta de los hechos sobre la que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas». Ello implica acudir a la configuración de la pretensión deducida de los hechos y alegaciones de la demanda (y su delimitación sucesiva en la ratificación y conclusiones) para constatar si el derecho regulado en dicho precepto estatutario se estaba reclamando. La lectura de esa demanda -pese a que en la Sentencia de Instancia no se refiera a él- revela -a lo que creemos- que la actora estaba planteando un derecho de conciliación de su vida personal, familiar y laboral (véanse los hechos quinto y sexto), que parecen encajar en las previsiones del artículo 34.8 ET («Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral»), que es lo que ahora se postula en el Recurso, puesto que se dice -literalmente en el hecho sexto- que «constituye un derecho legítimo y constitucional de la trabajadora el acceso a las medidas para la conciliación de su vida familiar y laboral, así como es obligación de la empresa facilitar a los trabajadores la efectiva conciliación», añadiendo el traslado del centro de trabajo y la existencia de vacante en el centro de DIRECCION000. Por lo tanto, no es una cuestión inédita la planteada y sí debemos analizar la posible vulneración de este artículo en la resolución recurrida.

Y el segundo, el hecho de que en el acuerdo se hiciese constar cuál era el centro de trabajo no supone -en absoluto- que la recurrente hubiese renunciado a su petición de traslado o, en todo caso, hubiese acordado continuar en el centro de Aguas Férreas (Lugo capital), sino que ello solamente supone la expresión del lugar o centro de trabajo en el que actualmente está destinada la actora, dejando sin resolver (o desestimando tácitamente -cuestión sobre la que volveremos-) la petición del cambio al centro de trabajo sito en DIRECCION000.

Cuarto.

Partiendo de esas dos premisas, vamos a examinar todas las censuras postuladas por la Sra. Tomasa, pudiendo constatar que no hay una vulneración (al menos, desde un punto de vista abstracto) ni de los presupuestos derivados de la LO de Igualdad, dado que su Convenio Colectivo incluye en su propio articulado un Plan de Igualdad, con la conveniente publicidad que le otorga el BOE; ni del punto sexto del Capítulo VIII, que recoge los compromisos en esa igualdad, entre los cuales está mejorar las medidas legales relativas a la conciliación y que tienen reflejo en distintos artículos de dicho CC (desde un punto de vista abstracto -repetimos-, pues estas afirmaciones habrán de matizarse con lo que expresaremos después, siquiera vinculado a otro precepto y no directamente).

Sí se podría censurar que la empresa no haya respondido expresamente a la solicitud de traslado preferente al otro centro de trabajo, puesto que, pese al acuerdo respecto de la adaptación de la jornada, nada se indica ni se expresa respecto de la otra petición, lo que debería valorarse por la entidad a los efectos de implementar medidas que aseguren en el futuro la corrección de disfunciones como la relatada, pero que -a los efectos del presente recurso- no conducen directamente a estimar la petición de la actora, sino a constatar un malfuncionamiento y, en caso de estimarse la petición de la Sra. Tomasa, a ponderar un resarcimiento adecuado.

Quinto.

1.- El siguiente motivo es si el artículo 25 CC aplicable ampara la petición de la actora y la respuesta en nuevamente negativa, porque no se encuentra en ninguno de los supuestos de hecho de los apartados tercero,

cuarto o quinto del artículo 40 ET, habida cuenta que se refieren, respectivamente, al cambio de residencia del cónyuge, víctimas de violencia de género o personas con diversidad funcional, situaciones en las que -nada se ha reflejado en la Sentencia de Instancia- la actora no se encuentra. Por lo tanto, todo se reduce a la hermenéutica del artículo 25, en la que discrepamos de la ofrecida por la resolución recurrida y por la propia Sra. Tomasa, pues entendemos que no se refiere a un derecho al traslado preferente, sino a una preferencia en medio de un traslado adoptado por la empresa. En concreto, el precepto reza así: «En materia de cambios de lugar de la prestación del trabajo con cambio de residencia, se estará a lo dispuesto en el Art. 40 del E.T. Se dará preferencia en la movilidad geográfica por motivo de cuidados de menores y familiares hasta segundo grado de consanguinidad dependientes».

En este ámbito debemos partir del carácter mixto del Convenio Colectivo -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- o de cualquier otro acuerdo colectivo (como el que remata un ERTE u otra medida flexibilizadora), porque su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es, los artículos 3, 4 y 1281 a 1289 del Código Civil (SSTS -con otros muchos precedentes- 06/07/16 -rcud 530/14-; 26/10/16 -rco 35/16-; 08/11/16 -rco 102/16-; 02/12/16 -rco 273/15-; 24/01/17 -rco 32/16-; 20/04/17 -rco 192/16-; 14/03/18 -rcud 3297/16-; y 24/09/18 -rco 204/17-).

Esto determina que en la interpretación de los CC deben combinarse los criterios de orden lógico, gramatical e histórico (SSTS 06/04/92 -rcud 1605/91-;...; 15/09/16 -rco 211/15-; 08/11/16 -rco 102/16-; 10/11/16 -rco 290/15-; y 20/04/17 -rco 192/16-), junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes (SSTS 01/07/94 -rcud 3394/93-;...; 18/02/14 -rco 123/13-; 10/06/14 -rco 209/13-; y 07/12/15 -rco 16/15-), que es precisamente lo que confiere aquella especial relevancia al Tribunal «a quo» (SSTS 27/09/02 -rec. 3741/01-;...; 15/09/16 -rco 211/15-; 26/10/16 -rco 35/16-; y 10/11/16 -rco 290/15-); teniendo muy presente - SSTSJ Galicia 09/03/21 R. 54/21, 26/10/20 R. 764/20, 01/09/20 R. 441/20, 24/01/20 R. 3056/19, 13/12/19 R. 4727/19, 26/11/19 Asunto 29/19,...- que las palabras son el medio de expresión de la voluntad y han de presumirse que son utilizadas con corrección, de manera que «no debe admitirse cuestión sobre la voluntad cuando en las palabras no existe ambigüedad», en otras palabras, si los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los pactantes habrá de estarse al sentido literal de las cláusulas, conforme al artículo 1.281 Código Civil (STS 07/07/86; con diferentes palabras e idéntica doctrina, la STS 02/11/99 Ar. 9108). Abundando en la misma idea y en expresión de la STS 11/05/00 Ar. 5510, «la finalidad de los cánones hermenéuticos determinados en el artículo 1.281 CC radica en evitar que se tergiverse lo que aparece claro o que se admita, sin aclarar, lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto, las palabras empleadas, y, en el segundo, la intención evidente de los contratantes» (así también, STS 30/04/04 Ar. 5412).

Pero, de todas formas, también se ha insistido por nuestra doctrina que todos los usuales elementos hermenéuticos previstos en el artículo 3 del CC -lógico, gramatical e incluso histórico- «han de ponderarse en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma [con muchas otras, SSTS 15/03/10 -rcud 584/09-; y 18/06/10 -rco 152/09-]; y con mayor motivo cuando aquellos primeros criterios hermenéuticos no llevan a solución clara alguna (SSTS 09/12/10 -rcud 831/10-; 13/01/14 -rco 102/13-; 06/07/16 -rcud 530/14-; 08/11/16 -rco 102/16-; y 14/03/18 -rcud 3297/16-).

Para expresarlo con la mayor claridad, si bien «el primer canon hermenéutico en la exégesis del convenio colectivo es el sentido propio de sus palabras -la literalidad de sus cláusulas- [arts. 3.1 y 1281 del Código Civil]», no obstante, «la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo -en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes» (SSTS 27/01/09 -rec. 2407/07-;...; 19/06/13 -rco 102/12-; 17/09/13 -rco 92/12-; y 13/01/14 -rco 102/13-). De esta forma, si bien es cierto que la atención al elemento literal -in claris non fit interpretatio- es la primera norma hermenéutica que establece el artículo 1.281 del Código Civil, no lo es menos que la misma sólo se aplica cuando el tenor literal de la cláusula a interpretar coincide con la intención de las partes, pues, en otro caso la intención evidente de las partes prevalece sobre el tenor literal de lo acordado, lo que hace que la principal regla interpretativa sea ésta y no la que el artículo citado señala en primer lugar (así, SSTS 14/01/09 -rco 1/08-; 04/04/11 -rco 2/10-; y 13/01/14 -rco 102/13-).

Concretamente, hemos expresado en incontables ocasiones (véanse SSTSJ Galicia antes citadas) que «en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes» (SSTS 16/12/02 -rec. 1208/01-;...; 05/12/16 -rco 289/15-; 22/12/16 -rco 282/15-; 10/01/17 -rco 98/16-; y 20/04/17 -rco 192/16-). Es más, se ha precisado que la «interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos -y el convenio participa de tal naturaleza- es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual» (SSTS 07/10/92 -rco 2641/91-;...; 22/12/16 -rco 282/15-; 24/01/17 -rco 32/16-; y 11/01/17 -rco 111/16-); o más sucintamente, cuando no supere un «juicio de razonabilidad»

(prescindiendo de otros precedentes, SSTS 29/01/13 -rc 49/12-;.... 13/09/16 -rc 212/15-; 02/12/16 -rc 273/15-; y 21/12/16 -rc 30/16-).

2.- La doctrina expresada nos conduce a una interpretación discrepante, como adelantábamos, pues no se puede desvincular el segundo párrafo del primero, ni tampoco de la letra a) del mismo precepto, relativa a «traslados» (en realidad, desplazamientos); y resulta que este precepto se refiere a las decisiones empresariales afectantes a cambios en el centro de trabajo, no a un eventual derecho de los trabajadores a efectuar dicho cambio; en otras palabras, la preferencia concierne a la que puede hacer efectiva un empleado en el momento en el que la empresa le comunica o adopta un traslado, de tal forma, que -en ese momento- podría oponer la primacía de su derecho para ser el elegido o excluirse, pero no -a lo que creemos- configura una facultad de la trabajadora a elegir el centro de trabajo sobre la base de una oferta o lista de vacantes; al menos, en principio y tal como está configurado el recurso de la Sra. Tomasa, porque queremos que quede claro que esta decisión la ceñimos exclusivamente a los términos del debate, sin que pueda extrapolarse a otras situaciones que se pudiesen amparar en otros derechos o causas de pedir. No obstante y para lo que aquí interesa, el denunciado artículo 25 no ampara un derecho al traslado y, por lo tanto, la censura debe rechazarse desde esta perspectiva.

Sexto.

Y llegamos a la cuestión mollar, relativa al ropaje que ofrece el artículo 34.8 y, sobre todo, la dicción que resaltamos en cursiva y negrita: «Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral». En este punto son cuatro las preguntas que nos suscita la pretensión de la actora sobre esta base normativa; cuatro de respuesta sucesiva y excluyente, de manera que solamente en caso de resultar afirmativa la anterior se podría atender la siguiente; a saber: ¿podemos incluir dentro de «la forma de prestación» el lugar o centro de trabajo? ¿Tendría la actora derecho al cambio de centro de trabajo en las condiciones convencionales y estatutarias? ¿Existían vacantes en el centro de trabajo de DIRECCION000 al tiempo de la solicitud? Y, ¿cuál es el derecho prioritario en el caso de confrontación entre el de conciliación de la vida familiar y el de la estabilidad en el empleo de un trabajador temporal que ve transformado su contrato en uno indefinido? A cada una de ellas responderemos sucesivamente y -lo adelantamos- de forma afirmativa, lo que implicará la estimación del recurso.

Séptimo.

1.- Atendiendo a los términos del precepto estatutario, ¿es posible incluir dentro de la expresión «la forma de prestación» el lugar de prestación de los servicios o centro de trabajo? Para ofrecer una respuesta razonada, se hace necesario acudir a la evolución del propio artículo 34.8 ET, que fue modificado por el artículo 2 RD-Ley 6/2019 y le otorga un nuevo redactado, que, según su Exposición de Motivos, tiene su fundamento en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y la necesidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular, mediante la eliminación de toda discriminación, directa e indirecta, de las mujeres, habida cuenta que el Legislador entiende que «persisten unas desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres, al menos si una sociedad aspira a ser plenamente democrática», situación de desigualdad visible, sobre todo, en la existencia de una brecha salarial y que, por ello, resulta necesaria la elaboración de un nuevo texto articulado integral y transversal en materia de empleo y ocupación, que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo tal principio, con base en los artículos 9.2 y 14 CE.

Porque no podemos olvidar de que tratamos de la operatividad de un Derecho Fundamental; de hecho, lo dice la propia Exposición de Motivos citada y lo podemos averiguar de la configuración de los derechos de conciliación en el ET. Como advertíamos en otras decisiones anteriores, la primera pista se hallaba en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que se publicó para trasponer las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, donde se recoge: «La Ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres». Se incardinaba en el principio de igualdad de trato de hombres y mujeres contenido en el artículo 3.2 del por aquel entonces Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, modificado por el Tratado de Ámsterdam, que ligaba a ese principio el de igualdad de oportunidades de unos y otros en el mercado (artículo 137.1), lo que se asevera como otra pista, y la adopción de acciones positivas para «compensar sus desventajas en sus carreras profesionales» (artículo 141.4), entre las que se citaba la asunción de las cargas familiares por las mujeres, cuya reversión ha constituido el bastión de la metamorfosis de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el concepto de corresponsabilidad. Los preceptos citados coinciden exactamente con los artículos 153.1 y 157.3 del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y el tema de la conciliación

está desarrollado en el marco europeo por la reciente Directiva (UE) 2019/1158, continuidad de la que deroga, y ulterior pista, la Directiva 1996/34, y en esa medida conformadora del desarrollo del principio de igualdad de trato por razón de sexo (vertiente positiva) o de la interdicción de la discriminación (vertiente negativa) a través de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral que lima los impedimentos de la sociedad para el logro de la igualdad de oportunidad de mujeres y hombres en el mercado de trabajo. En definitiva, desde una perspectiva constitucional los derechos de conciliación son Derechos Fundamentales, dada su vinculación con la prohibición de discriminación sexista y con el derecho a la intimidad familiar (artículos 14 y 18 CE), la citada Directiva (UE) 2019/1158 lo expresa con claridad en su Preámbulo: «a fin de animar a los trabajadores que sean progenitores y cuidadores a permanecer en el mercado laboral, estos deben poder adaptar su calendario de trabajo a sus necesidades y preferencias personales». Con lo cual, el artículo 34.8 ET se integra en el Derecho Fundamental a la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Desde esta perspectiva, se ubica la conciliación en el artículo 14 CE y, de nuevo, se formula la pregunta de si, dentro de la redacción actual cabe, el cambio de centro de trabajo como medida instrumental de aquel Derecho Fundamental.

2.- En definitiva, y para lo que nos interesa, el nuevo artículo 34.8 ET amplía el objeto del derecho, sobrepasando la ordenación de la jornada para referirse ahora, de forma un tanto enigmática, a la «forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia». Como se ha destacado en diversas ocasiones, se ha llevado a cabo con la reforma un redimensionamiento del ámbito material, que cuestiona su ubicación sistemática, lógica en su genética como precepto referido a la adaptación del tiempo de trabajo, pero ahora superada por la nueva redacción que le da un contenido abierto y necesitado de concreción, por ese concepto jurídico indeterminado. Es lo cierto que esa adaptación, como ya lo era antes, puede referirse a aspectos vinculados con la dimensión cuantitativa o cualitativa de la jornada: por una parte, como cauce alternativo a la reducción de la jornada regulada en el artículo 37 ET (fuera de su encorsetamiento); y, por otra parte, para postular la introducción de fórmulas de jornada continuada, horario flexible u otras de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad.

Sin embargo, y este es el quid de la cuestión, no se ha recogido -ni indiciariamente- el contenido de la «forma de la prestación», que -a lo que creemos- no puede restringirse al trabajo a distancia, que se añade como una de las posibilidades que habilitaría. No tenemos referencias normativas claras y, por ello, nos vemos obligados a realizar una labor de interpretación amplia, comprensivo del conjunto de condiciones en que se desarrolla la prestación de servicios, si bien nos podría servir de orientación

Pues bien, en la aproximación a este concepto jurídico indeterminado hay que partir de la base que proporciona el DRAE, definiendo como forma el «[m]odo o manera en que se hace o en que ocurre algo» -segunda acepción- o el «[m]odo o manera de estar organizado algo» -tercera-, siquiera los contornos difusos de tales descripciones llevan a destacar la imposibilidad de trazar una noción dogmática de «forma de la prestación» y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, pero que se puede concretar en todos los aspectos de la prestación de servicios (no especificada en la lista del artículo 34.8 ET), que vienen a conformar el contenido del contrato de trabajo y cómo se exterioriza, siempre que permita la conciliación de la vida familiar. Lo que nos arrastra a una hermenéutica amplia, por cuanto la dimensión constitucional, en palabras de la STC 03/2007, de 15/Enero, «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 (artículo 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (artículo 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». Ello supone -es obvio- que en los términos del artículo 34.8 ET se puedan amparar, entre otros, solicitudes de cambio de centro de trabajo, cuando ello fuese razonable y proporcionado «en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa». Hermenéutica que se ve reforzada por los términos del propio plan de igualdad de la empresa recurrida (incluido en el artículo 41 CC aplicable), que -entre sus «objetivos específicos»- proclama «[m]ejorar las medidas legales para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la plantilla», con lo que esa interpretación amplia y proactiva, comprensiva de una facultad a adaptar la localización de los servicios, se sitúa en la línea de la norma convencional y sin que pueda hablarse de una cortapisa desde ese punto de vista.

En todo caso, como hemos recordado en otras ocasiones (STSJ Galicia 30/01/17 R. 4025/16) los Derechos fundamentales no son absolutos, «pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentarse revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho» (SSTC 57/1994, de 28/Febrero, y 143/1994, de 09/Mayo, por todas). Por ello y a pesar de que la nueva dicción del artículo 34.8 ET pretende reformar el derecho a la adaptación, sobre la base del derecho a la igualdad, no es tampoco un derecho

absoluto, sino condicionado en su ejercicio: por un lado, se tiene «derecho a solicitar las adaptaciones», no un derecho a la adaptación; lo que es un matiz muy importante, pues su operatividad dependerá del cumplimiento de las condiciones que se establezcan en la regulación convencional, en su defecto, del resultado del proceso de negociación entre empleador y empleado solicitante; y, en caso de desacuerdo, de la decisión judicial. Y, por otro lado, se trata de un derecho subordinado a la consecución o efectividad de la conciliación de la vida familiar y laboral. Esto es, el trabajador debe acreditar que la adaptación es necesaria para hacer efectiva la conciliación, exigiéndose, adicionalmente, que las adaptaciones solicitadas «deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa». Un juicio de razonabilidad y proporcionalidad que, en última instancia, deberá realizar el Juzgador a la luz de las alegaciones realizadas por las partes durante el previo proceso de negociación.

3.- Por lo tanto, el artículo 34.8 ET ampara un cambio de centro, por mor de la conciliación familiar, sin duda, aunque ahora habrá que proyectar los asertos anteriores sobre el supuesto de hecho presente: 1) trabajadora con hijos menores de doce años; 2) su centro de trabajo está en Lugo; 3) su domicilio familiar está en DIRECCION000; 3) en dicha localidad hay un centro de su empleadora; 4) la recurrente solicitó la concreción horaria y traslado de centro, llegándose a un acuerdo sobre la primera petición, pero sin responder a la segunda; y 5) en aquel centro de DIRECCION000, al menos en una ocasión posterior a dicha solicitud, se transformó un contrato temporal en indefinido a tiempo completo.

Octavo.

1.- Ello nos va dirigiendo al objeto del recurso: ¿Tendría la actora derecho al solicitar un cambio de centro de trabajo en las condiciones convencionales y estatutarias (adaptar el elemento geográfico de su contrato)?

2.- De entrada, ha de destacarse que el CC aplicable, el del Grupo de empresas DIRECCION003 y DIRECCION004 (BOE 18/02/19), no contempla ninguna previsión sobre este aspecto, sí -como ha destacado la recurrente- la mención en el Apartado II de su artículo 41, a unos «objetivos específicos», que concreta -para lo que interesa- el sexto, bajo el título de «Conciliación de la vida personal, familiar y laboral», en los siguientes: «6.1º Garantizar el ejercicio de los derechos de conciliación, informando de ellos y haciéndolos accesibles a toda la plantilla. 6.2º Mejorar las medidas legales para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la plantilla»; y que se ven trasladados a las «Medidas», cuyo correlativa sexta, número uno, fija en «[g] arantizar el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, informando de ellos y haciéndolos accesibles a toda la plantilla». No obstante, no hay ninguna referencia a la manera en que se articula la conciliación familiar en el aspecto específico de la forma de prestación de los servicios por sus empleados (y del cambio de lugar de trabajo); algo que es lógico ateniendo simplemente a la cronología, dado que la reforma del precepto estatutario es posterior a la negociación y publicación de este Convenio, siquiera -lo apuntábamos antes- no parece oponerse a una interpretación como la que sostenemos. Ello impele a que debamos aplicar de modo directo el artículo 34.8 ET, al faltar regulación convencional sobre este aspecto, y reconocer que la Sra. Tomasa puede, en uso de sus facultades conciliatorias, pedir el cambio de centro de trabajo.

Por lo tanto, no hay óbice legal o convencional para, primero, el ejercicio y, después, el reconocimiento de su derecho. Mas hemos de examinar si en sus condiciones particulares tendría que haberse estimado su pretensión, lo que tiene que ver con los intereses en juego, empresariales y los particulares de la trabajadora. Porque el derecho del artículo 34.8 lo es -repetimos- a solicitar una adaptación de las condiciones de trabajo a partir de una solicitud motivada, razonada y basada en una causa. Se trata de un supuesto de conciliación diferente, de ejercicio y consecuencias distintas, que no supondrá para la persona trabajadora el perjuicio salarial asociado a la reducción de jornada.

3.- Sin embargo, ello puede producir problemas, porque, mientras el derecho de reducción de jornada es un derecho incondicionado de ejercicio unilateral por parte de la persona trabajadora, sin que tenga que justificar nada, en el presente (adaptación de «la forma de prestación»), sí es preciso un cierto esfuerzo probatorio por parte aquella. Ahora bien, como ya ha sucedido en relación a los supuestos de reducción de jornada, el contenido del artículo 34.8 ET puede potenciar el conflicto entre el derecho a la intimidad de la persona titular del derecho (artículo 18 CE) y la necesidad de fomentar la corresponsabilidad, que proclama el artículo 44 LOI: «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» (se habla de la situación familiar circundante en la STC 26/2011, de 14/Marzo). Pese a ello, el punto de partida debe ser necesariamente que el titular del derecho no tiene que demostrar una especie de necesidad insuperable de conciliación y la imposibilidad de que concilie su pareja, si existe (o un familiar) -teniendo que revelar innecesariamente datos de su vida familiar al conocimiento ajeno-. De hecho, la actora tiene como única carga la demostración de la existencia de hijos menores de doce años, su deseo de conciliar y que lo solicitado le facilita dicha conciliación familiar; frente al que sólo cabe una oposición empresarial muy fundamentada, ajena a

argumentos relativos al modo de organizar su familia. Y lo cierto es que la actora tiene su domicilio en el mismo lugar al que quiere cambiar su centro de trabajo (DIRECCION000) y es madre de dos hijos menores, lo que -es lógico- facilitará la conciliación de su vida, al evitar un desplazamiento diario (pues consta en el acuerdo de 16/10/19, que tiene un horario de lunes a sábado), que le supone setenta minutos (sesenta kilómetros) entre ida y vuelta a Lugo, aproximadamente.

En este punto, se podrían traer a colación las palabras de la STSJ Galicia 06/11/20 R. 2046/20 -la cursiva y negrita es propia-: «Por otro lado y respecto de la consideración contenida en la sentencia de instancia relativa a que no existe prueba alguna que acredite las circunstancias del padre de la menor, salvo la referencia a su profesión de bombero, que le impidan en todo momento cumplir con su obligación de cuidado y atención de la menor, ha de señalarse que el derecho ejercitado por la actora es de carácter individual, por lo que no tiene por qué acreditar la imposibilidad de acudir a otros mecanismos para conciliar la vida familiar y laboral, sin que tampoco tenga que probar que el marido u otra persona no pueda hacerse cargo de la menor; por tanto la actora no tiene que acreditar la concurrencia de ninguna circunstancia extraordinaria , distinta de la ya acreditada, y relativa al horario actual lectivo de su hija (de 9 a 14 horas) que acude al colegio, para que la concreción horaria en turno de mañana pueda serle reconocida. Pues se trata de un derecho personalismo de la trabajadora, así lo establece el art. 37.6 del ET, cuando señala que, es un derecho individual del trabajador hombre o de la trabajadora mujer, solo estableciendo una regulación específica en el que caso de que ambos progenitores presten servicios en la misma empresa, lo que no ocurre en el caso de autos. Por ello nada tiene que acreditar en relación a si su marido tiene más fácil conciliar o no ». O también, «[s]e trata de un derecho personalismo de la trabajadora, así lo dice el art. 37.6 del ET cuando señala que es un derecho individual del trabajador hombre o de la trabajadora mujer, solo estableciendo una regulación específica en el que caso de que ambos progenitores presten servicios en la misma empresa, lo que no ocurre en el caso de autos. Por ello nada tiene que acreditar en relación a si su marido tiene más fácil conciliar o no [...] Son los padres los que tiene que "velar por ellos (sus hijos), tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154, punto 1º CC) y para ello necesariamente tiene que poder conciliar su vida laboral, con la personal y familiar como le permite, entre otras vías, el art. 37.6 del ET". De igual modo, como señala la citada resolución con respecto a circunstancias tales como el disfrute de la familia del tiempo en conjunto, se entiende también que cualquier valoración sobre cómo deba llevarse a efecto la organización o "intendencia" familiar "excede de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional » (STSJ Galicia 28/05/19 R. 1492/19).

Es cierto, empero, que la empresa no ha realizado manifestaciones de este tipo en la impugnación del recurso, ciñéndose a motivos de tipo organizativo y preferencias por parte de los trabajadores temporales a la transformación de sus contratos en indefinidos, amén de la inexistencia real de vacantes que ofertar a la recurrente. Por lo que las elucubraciones anteriores han de tomarse como proclamaciones respecto de la configuración que consideramos ha de tener la reclamación de conciliación familiar general y no como una censura a la actuación empresarial, que -en relación a la adaptación horaria- ha respondido de manera rápida (acuerdo de 6/10/19) ante la solicitud de la trabajadora (07/10/19), pero que -en relación a la adaptación geográfica- ha incumplido su obligación.

Noveno.

1.- La cuestión se centra ahora en delimitar si las razones esgrimidas por la empresa son reales y, en su caso, suficientes para desactivar el derecho de conciliar de su empleada. Por ello la pregunta determinante es si existían vacantes en el centro de trabajo de DIRECCION000 al tiempo de la solicitud, habida cuenta que la oposición de la empresa se funda en que en el centro de trabajo de DIRECCION000 no había vacantes que ofertarle y, por ende, se hacía imposible, aun queriendo, adaptar geográficamente su contrato.

2.- Discrepamos de este argumento, pues, tal como hemos indicado anteriormente al enunciar el marco fáctico en el que se iba a desarrollar la discusión jurídica, consta, primero, que hay varios contratos temporales en el centro de trabajo de DIRECCION000 (hecho probado quinto) e, incluso, una oferta de trabajo realizada el día 10/10/19 (ídem), que es posterior a la solicitud de la Sra. Tomasa (hecho probado tercero); y, segundo, que se transformó al menos un contrato de los temporales en indefinido en enero/2020 en la fundamentación jurídica y con pleno valor de hecho probado (SSTS -entre tantas precedentes- 27/09/11 -rco 134/10-; 22/12/11 -rco 216/10-; y 05/11/12 -rco 188/12-; y, entre muchas, SSTSJ Galicia 22/04/21 R. 3129/20, 12/04/21 R. 313/21, 06/04/21 R. 2510/20, 12/03/20 R. 22/20, 21/01/20 R. 2855/19,...)]. Pudiendo advertirse por los correos electrónicos a los que se refiere la Magistrada de Instancia que, «debido al crecimiento del Centro y la incorporación del gerente [...] necesitamos transformar a fijo uno de los interinos que tenemos en Tienda» (la actora es Vendedora de DIRECCION003 - hecho probado primero- y, por lo tanto, presta servicios en tienda, que es donde se precisa personal); esto supone que había la necesidad de cubrir una vacante de trabajador/a indefinido/a en enero de 2020 (posterior en tres meses a la petición de la Sra. Tomasa) e, incluso, que se contrató para el centro a un temporal en octubre de 2019, cuando también se conocía la necesidad de la actora; es más, en los correos cruzados en diciembre de 2019 (ff. 82 y ss.) se habla de la « necesidad: 2 fijos a TT desde el 27/01 », es decir, que en enero de 2020 se precisarían -era la previsión- dos fijos (indefinidos) a tiempo completo, pero se prefirió novar los contratos

de, al menos, uno de los temporales (Sr. Pedro Enrique) antes de ofrecer a la recurrente la posibilidad de incorporarse al centro de trabajo de DIRECCION000. Esto significa, en primer lugar, que sí había una vacante (más bien, dos) en ese supermercado, pues sólo puede calificarse así la necesidad de personal a tiempo completo fijo, cuando no lo hay; y, en segundo lugar, que la oposición de la empresa no es veraz, dado que faltaba personal, pero se prefirió solventarlo a través de la transformación y no de la oferta, obviando una petición de conciliación de otra empleada, de manera que se le ha preterido en la satisfacción de sus derechos frente a otros.

3.- Y, ¿cuál es el derecho prioritario en el caso de confrontación entre el de conciliación de la vida familiar y el de la estabilidad en el empleo de un trabajador temporal que ve transformado su contrato en uno indefinido? La respuesta es obvia, a lo que creemos. Bajo nuestro convencimiento de que la transformación de contratos temporales en indefinidos en un centro equivale a la existencia de vacantes (como entendemos que se ha producido aquí en las condiciones que hemos explicitado en este caso concreto), no compartimos que el legítimo derecho de esos trabajadores a la estabilidad de su empleo pueda considerarse preferente - porque no está previsto así- al de la conciliación familiar, pese a lo argumentado por la empresa en su impugnación. Nos encontramos ante un Derecho Fundamental expresado a través de la conciliación de vida familiar (artículo 14 CE), por un lado, y el derecho al trabajo (artículo 35 CE), que no tiene carácter fundamental, por otro lado; y esa comparación -es obvio- conduce a primar el de la empleada concilante por encima del de los trabajadores temporales.

No podemos olvidar que «es al empresario al que le incumbe demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente organizativas, que le impiden su disfrute en los términos propuestos por la trabajadora; y tan solo cuando dichas razones se hayan probado, en caso de colisionar ambos derechos, será la trabajadora quien deba probar las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario» (STSJ/Andalucía 03/05/18 R. 979/18). Pero, a tal efecto, no son suficientes razones organizativas de carácter genérico, sino que debe indicar, de forma concreta, la imposibilidad o la importante dificultad de aceptar el nuevo horario propuesto por la trabajadora. Y así, la STSJ Galicia 20/11/17 R. 3626/17, nos da pautas interpretativas cuando dice: «El relato fáctico no consigna las razones de tipo organizativo, técnicas o productivas (p.ej. turnos de mayor/menor actividad, existencia de turnos fijos o no de otras trabajadoras, modalidad o modalidades de horario laboral vigentes, adscripción de trabajadoras a uno u otro horario, existencia de trabajadora/s con o sin reducción de jornada, cambios en los medios o métodos de trabajo, aumento o disminución de clientela) en base a las que, únicamente, la empresa puede oponerse al ejercicio del derecho de conciliación de la demandante a la adaptación de jornada (TSJ Galicia s. 27-6-2017 /r. 30-2017, TSJ Madrid s. 19-7-2017 /r. 1182- 2016), y que, por tanto, pudieran justificar su negativa a su reconocimiento que, por el contrario ahora resulta amparado por los artículos 14, 39 CE y 37 ET, en cuanto fija la prestación laboral de la actora esencialmente mientras su hijo asiste a clase y sin que tal conciliación pueda recaer en el otro progenitor de acuerdo con su circunstancialidad ya indicada. La demandada, en lugar de explicar de modo razonable su postura, se limitó a alegar un interés simple y particular (la dificultad de cubrir el turno de noche) que la trabajadora no aceptó, en cuanto, objetivamente y a simple vista, haría más gravosa su prestación laboral, pues se vería abocada a trabajar de forma única y permanente de 22 a 8 horas, con la consecuencia inevitable de quedar su descendiente menor al cuidado de sus padres/abuelos maternos, también de modo uniforme y durante el tiempo indicado, particular éste que por sí mismo no resulta admisible dado el nivel constitucional de protección del derecho interesado y, por tanto, preferente en aplicación de la doctrina transcrita en el fundamento jurídico anterior. Entendemos que la negativa de la empresa tampoco puede ampararse en el incremento de turnos de las compañeras de la demandante con igual categoría, pues tal efecto es normalmente consustancial a la reducción de jornada debatida y, de apreciarse, la impediría de forma sistemática, sin perjuicio -como indicamos- de oportuna y justificada negativa empresarial, ahora inexistente».

Sin embargo, los motivos sostenidos por la empleadora creemos que no son suficientes para desactivar el derecho a conciliar geográficamente de la actora, pues, de un lado, en el centro de trabajo de DIRECCION000 había necesidad de un contrato indefinido a tiempo completo, al menos; y, de otro lado, ése era el contrato que tenía la actora (incluso, tras la reducción horaria no llegaba a cubrir dicha necesidad); frente a lo cual, la empresa sólo sostiene la preferencia del trabajador que ya prestaba servicios en dicho centro de trabajo a la estabilidad de su empleo, pero que ni era a tiempo completo ni indefinido y, por encima de todo, no había hecho uso de sus derechos de conciliación. No parece que fuese complicado -al menos, no nos lo parece desde una perspectiva organizativa- ofrecerle a la actora esa plaza creada de facto (indefinida a tiempo completo en tienda -se hablaba de dos puestos-) y respetar su derecho a la conciliación, y, a la vez, ofrecerle a aquel que novaba su contrato (Sr. Pedro Enrique) el de la Sra. Tomasa en el centro de Aguas Férreas de Lugo, de tal forma que se diesen satisfacción a ambos derechos, el fundamental y el ordinario, y permitiendo a ese trabajador promocionar en su carrera profesional en la empresa, consolidando su empleo, siquiera con un cambio geográfico, que, a lo mejor, le resultaba más beneficioso, pero que desconocemos, al no haberse planteado esta posibilidad.

En definitiva, nuestra consideración es que se ha preferido prescindir de quien ha ejercido un Derecho Fundamental, por motivos que resultan insondables, para dar prioridad a quien no lo ha hecho y carece de preferencia, sin que se haya alegado un motivo suficiente por parte de la recurrida para justificarlo.

Décimo.

En definitiva y para esta Sala, la actora no sólo tiene derecho a solicitar la adaptación geográfica de su relación, sino también el derecho a adaptarla efectivamente y ello nos conduce a valorar cuál ha sido la respuesta empresarial, porque, frente a su solicitud de adaptación de la jornada y de cambio de centro de trabajo, se alcanzó un acuerdo entre ambas partes relativa a la primera de las pretensiones, pero se obvió totalmente una contestación a la segunda. No se ha articulado formalmente una respuesta a dicha petición, pese a la importancia que tiene y residenciar en un Derecho Fundamental, sea por un malfuncionamiento de los instrumentos de negociación, sea por una equivocada concepción de la adaptación geográfica. De hecho, la oposición actual de la empresa se ha fundado en que no hay amparo legal para dicha petición y que los trabajadores temporales tienen preferencia en la transformación de sus contratos (se habla del «compromiso de la empresa de lograr la mayor estabilidad en el empleo posible» -f. 8, penúltimo párrafo, de la impugnación-). Si parece claro que la negativa empresarial a la solicitud formulada deberá ser fundamentada (SSTSJ Galicia 28/05/19 R. 1492/19; y Madrid 25/01/19 R. 776/18 y 05/04/19 R. 1058/18), la manera en que se ha articulado su postura en este asunto no parece la más adecuada, ni tampoco razonable, porque no consideramos que en el relato fáctico se recojan hechos a la concurrencia de circunstancias organizativas que pudieran erigirse en obstáculo para el reconocimiento del derecho pretendido (ya hemos examinado este aspecto en el Fundamento anterior), antes al contrario, puesto que existía o se generó una vacante en DIRECCION000 -bajo las premisas que hemos expresado- en enero de 2020 y, sin embargo, no se ofreció a su empleada, pese a que se conocía su voluntad de trasladarse a ese centro de trabajo, ni se le ofreció la posibilidad de optar a ella, como tampoco se le justificó la negativa, habida cuenta que no existió respuesta formal a su solicitud antes del juicio, en el que su empleadora se apoya ya en un pretendido desconocimiento de la adaptación geográfica como integrante del derecho a conciliar, amén de una serie de razones que -legítimamente- desmontan ciertas denuncias jurídicas ineficaces de la recurrente (y a las que ya nos hemos referido).

Ponderando estas circunstancias y al no concretar la empresa como afectaría a su organización acceder a la pretensión solicitada, más allá de esa oposición genérica, hemos de concluir que la negativa empresarial a estimar la petición de la Sra. Tomasa de manera tácita antes (en la fase preprocesal) y expresa ahora (en el proceso) es injustificada, inoperativa y, por ende, vulnera su derecho a la conciliación, con todas las consecuencias anudadas.

Undécimo.

1.- El otro suplico del recurso es la indemnización, pero que carece de denuncia jurídica, pues la parte parece conducirse como si de un proceso civil se tratase y formula su alegación, reproduciendo la petición de la Instancia, pero olvidando que el Recurso de Suplicación es extraordinario y exige la cita de normativa o jurisprudencia infringida. Sin embargo -y esto nos permite pronunciarnos sobre esa petición-, «la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado, que queda por ello desprotegido» (STC 247/2006, de 24/Julio), por lo que la infracción de un derecho fundamental conlleva el derecho a su resarcimiento vía indemnización (aquí estaríamos hablando -pese a que nada se indica- del derecho a la no discriminación del artículo 14 CE).

Y en nuestras SSTSJ Galicia 16/04/021 R. 754/21, 20/02/20 R. 3543/19 y 08/11/18 R. 2544/8 ya advertíamos que el tiempo transcurrido desde la solicitud del derecho ante la empresa hasta su reconocimiento judicial debe tenerse en cuenta en la cuantificación de los daños morales que necesariamente se han producido (de octubre/19 a mayo/21); entendiéndose actualmente por la jurisprudencia (SSTS 15/02/12 -rco. 67011-; 08/07/14 -rco 282/13-; 02/02/15 -rco 279/13-; y 19/12/17 -rcud 624/16-) que el recurso a las sanciones pecuniarias de la LISOS es idóneo y razonable, por lo que estimamos adecuado acudir a dicha regulación, por las propias dificultades objetivas para cuantificar la vulneración de un derecho fundamental, sin perjuicio de ponderar todas las circunstancias concurrentes.

En este aspecto, hemos de recordar que las SSTS 24/01/17 -rcud 1092/15-; 19/12/17 -rcud 624/16-; 13/12/18 -rco 3/18-; 09/12/20 -rco 92/19-; 03/02/21 -rco 36/19-; y 09/02/21 -rcud 113/19- apuntalan el criterio de que la propia lesión del derecho comporta daño indemnizable, sin necesidad de que se acredite concreto indicio o base del daño, aparte de que el artículo 183.2 LJS atribuye a la indemnización no sólo una función resarcitoria (la utópica restitutio in integrum), sino también la de prevención general. En palabras de la jurisprudencia -que suscribimos-: «Ha de reconocerse que la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos -indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable, pasando de una inicial fase de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume (así, SSTS 09/06/93 -rcud 3856/92-; y 08/05/95 -rco 1319/94-), a una posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena [SSTS 22/07/96 -rco 7880/95-; ... 11/06/12 -rcud 3336/11-; y 15/04/13 -rcud 1114/12-]. Pero en los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada, en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral [incluso se

recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT: STS I 15/06/10 -rec. 804/06-], y por la consideración acerca de la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, 'diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio' de la aplicación de parámetros objetivos, pues 'los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados 'no tienen directa o secuencialmente una traducción económica' [SSTS/I^º 27/07/06 Ar. 6548 ; y 28/02/08 -rec. 110/01-] [SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08-; y 11/06/12 -rcud 3336/11-]. Y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS, precepto para el que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse -éste es el caso de autos- "en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada". Criterios a los que ciertamente se adelantaba la Sala al afirmar que "dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales..." (SSTS 12/12/07 -rcd 25/07-; y 18/07/12 -rcd 126/11-). [...] Añadamos a tales afirmaciones las llevadas a cabo -entre otras- en la STS 13/07/15 [rcd 221/14], respecto de que "... al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, su art. 183.3 señala que '[e]l tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima ..., así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño'. Con ello es claro que el precepto viene a atribuir a la indemnización -por atentar contra derechos fundamentales- no sólo una función resarcitoria [la utópica restitutio in integrum, sino también la de prevención general". Y que "... la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional [STC 247/2006, de 24/Julio], a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS 15/02/12 - rcd. 67011-; 08/07/14 - rcd 282/13-; y 02/02/15 -rcd 279/13-). De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente"».

2.- Por lo tanto, la vulneración de derecho fundamental conlleva el resarcimiento del daño que indiscutiblemente se ha producido, sin necesidad de probar las bases o presupuestos del mismo; y, para su cuantificación, acudimos al criterio objetivo que nos ofrece la LISOS, como hemos hecho en innumerables resoluciones anteriores. Así, la infracción aquí producida podría encajarse en el artículo 8.12 LISOS, infracción muy grave («12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación»), a la que va anudada una sanción del artículo 40.1.c), que nos conduce a calificarla en el grado mínimo (de 6.251 a 25.000 €); no obstante, como la recurrente ha fijado el valor de su resarcimiento en 6.000€, a dicha cantidad debemos ceñirnos, aunque sea inferior a dichos parámetros abstractos (por un principio rogatorio).

Duodécimo.

Finalmente, se solicitan costas por la recurrente, obviando, por una parte, que no nos encontramos en un proceso civil, por lo que las costas no se producen por mera participación y éxito judicial de la pretensión, sino en las condiciones de los artículos 66.3, 97.3 y 235 LJS, que -es evidente- no concurren en ninguna de sus hipótesis. Y, por otra parte, la propia dicción del artículo 235 LJS se refiere a la «parte vencida en el recurso», pero este concepto jurídico procesal tiene un sentido único en el ámbito laboral, que no es el que le atribuye la parte, más cercano a una aproximación lata, sino uno específico: recurrente cuyo recurso se desestima y concurrencia de una impugnación; supuesto que no concurre en este caso, pues se trata exactamente del supuesto contrario. En consecuencia,

FALLAMOS

Que con estimación del recurso interpuesto por doña Tomasa, revocamos la sentencia que con fecha 30/10/20 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Lugo, (1) declaramos el derecho de la actora a adaptar geográficamente su contrato y, por tanto, al traslado al centro de trabajo que la empresa « DIRECCION003» tiene en DIRECCION000 por conciliación de su vida familiar y (2) condenamos a la

empresa « DIRECCION003» a que le abone SEIS MIL EUROS (6.000€), en concepto de indemnización por los daños morales causados.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.