



Roj: **STSJ GAL 1056/2021 - ECLI:ES:TSJGAL:2021:1056**

Id Cendoj: **15030340012021100724**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **05/02/2021**

Nº de Recurso: **3191/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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 SUPLICACION 0003191 /2020 PM

Procedimiento origen: PEF DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 0000774 /2019

RECURRENTE/S D/ña DIRECCION000

ABOGADO/A: MERCEDES LANZA MARTINEZ

PROCURADOR: JUAN LAGE FERNANDEZ-CERVERA

RECURRIDO/S D/ña: Piedad

ABOGADO/A: MARIA ALMUDENA CALVO SOUTO

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

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

Ilma. Sra. D^a. M^a CONSUELO FERREIRO REGUEIRO

En A CORUÑA, a cinco de febrero 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 SUPLICACION 3191/2020, formalizado por DIRECCION000 , contra la sentencia número 666/19 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de LUGO en el procedimiento DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 774/2019, seguidos a instancia de Piedad frente a DIRECCION000 , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a JOSE ELIAS LOPEZ PAZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Piedad presentó demanda contra DIRECCION000, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha treinta de diciembre de dos mil diecinueve.

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

Primero.- D. Piedad con DNI NUM000 presta servicios para la empresa DIRECCION000 desde el día 4.4.2001, inicialmente con la categoría de coordinadora de auxiliares en el servicio de ayuda a domicilio de DIRECCION001 y desde el día 1 de febrero de 2011 con la categoría de directora, ejerciendo su trabajo en la Residencia de mayores que la empresa tiene en DIRECCION002 " DIRECCION003 ", con un salario de 3.491,29 euros, incluida prorrata de pagas extras. El horario de trabajo que viene realizando es de 9.00 a 17.00 horas de lunes a viernes, teniendo que invertir una hora en cada trayecto de ida y vuelta hasta llegar al centro de trabajo. Son de aplicación el IV convenio colectivo de residencias de Galicia de fecha 13 de marzo de 2018 y complementado con el estatal de fecha 11 de septiembre de 2018. Este último recoge como funciones del director/a: "Planifico, organiza, dirige y coordina las diversas actividades propias del desenvolvimiento de la empresa o centro. Realiza tareas técnicas complejas y heterogéneas, con objetivos globales definidos y alto grado de exigencia en autonomía, iniciativa y responsabilidad. Sus funciones suponen la integración, coordinación y supervisión de funciones realizadas por un conjunto de colaboradores/as en una misma unidad funcional. Dispondrán de la titulación requerida y/o experiencia para el desarrollo de sus funciones en función de lo regulado en la normativa vigente". **Segundo.-** En fecha NUM001 de 2012 nació su hijo que actualmente cuenta con 7 años siendo familia monoparental, y tienen su residencia en DIRECCION004, Lugar DIRECCION005 nº NUM002 de DIRECCION006. **Tercero.-** En fecha 7 de enero de 2019 la actora solicitó traslado al puesto de Directora del centro DIRECCION003 de A Coruña que quedó vacante, para poder conciliar su vida familiar y laboral remitiendo mail que figura en los folios 53 y 54, cuyo contenido se da por íntegramente reproducido y que no obtuvo respuesta. Posteriormente remitió nuevo mail en fecha 24.4.2019, que consta al folio 55, para interesar que se le ofreciera el puesto de Dirección de la Residencia en Santiago, que tampoco obtuvo respuesta. **Cuarto.-** En fecha 23 de agosto de 2019 la actora envió burofax a la empresa solicitando acogerse a la modalidad de trabajo a distancia por el 60% de la jornada y el 40% restante de la jornada completa, mediante asistencia al centro de trabajo dos días a la semana durante 8 horas hasta que el menor tenga 12 años. La demandada no contestó ni hizo propuesta alguna en ese instante. En fecha 6 de diciembre de 2019, se remitió el primer mail entre abogadas de las partes en que tratan de llegar a un acuerdo haciendo varias propuestas y que figuran en los folios 184 a 198, que se dan por íntegramente reproducidas. **Quinto.-** La actora se encuentra en situación de incapacidad temporal desde el día 28.8.2019. Informó por mail al director territorial Sr. Narciso, dando su teléfono personal para contactos (folio 131 de autos). **Sexto.-** El protocolo de Inspección de Servicios Sociales sobre os centros de maiores, discapacidade e dependencia da CCAA de Galicia en su página 13 (folio 95 vuelta de autos), considera como personal de atención directa el siguiente: médico, ATS/DUE, auxiliar de clínica, gerocultor/a, fisioterapeuta, terapeuta ocupacional, técnico en animación sociocultural, educadora social, trabajador/a social, psicólogo/a, psicopedagogo/a, psicomotricista, psiquiatra, e técnico de integración social. **Séptimo.-** Los acuerdos retributivos para el año 2018 y 2019 de la actora figuran en los folios 62 y 68 y se dan por íntegramente reproducidos. En 2018 figura una retribución anual de 36.434,52 euros y variable de 3.603,80 euros mientras que en 2019 figura la de 36.871,73 euros brutos a jornada completa, con un variable de 3647,05 euros.

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

FALLO: ESTIMAR la demanda formulada por D. Piedad y DECLARAR el derecho de la actora a conciliar su vida familiar y laboral, adaptar su jornada laboral., y acogerse a la modalidad de trabajo a distancia por el 60% de la jornada, y el 40% restante de la jornada completa, mediante asistencia al centro de trabajo dos días a la semana durante 8 horas, su horario habitual, hasta que el hijo menor tenga 12 años, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por dicho pronunciamiento, así como al pago de la cantidad de 3.500 euros por daño moral.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estima la demanda, declarando el derecho de la actora a conciliar su vida familiar y laboral, a adaptar su jornada laboral, y acogerse a la modalidad de trabajo a distancia por el 60% de la jornada, y el 40% restante de la jornada completa, mediante asistencia al centro de trabajo dos días a la



semana durante 8 horas, su horario habitual, hasta que el hijo menor tenga 12 años, condenando, asimismo a la empresa demandada a estar y pasar por dicho pronunciamiento, así como al pago de la cantidad de 3.500 euros por daño moral. Contra este pronunciamiento se alza en Suplicación la representación procesal de la empresa demandada, al objeto de obtener su revocación y de que se desestime la demanda, articulando al efecto y por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cuatro motivos de recurso, destinando los dos primeros a la revisión de los hechos declarados probados, y los dos restantes a examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEGUNDO.- La revisión interesada tiene por objeto, en primer lugar, la modificación del hecho probado primero para que se añada al mismo que la Residencia de Mayores en la que presta servicios la actora es de titularidad pública, con una ocupación de 150 plazas, manteniendo el resto del Hecho Probado la misma redacción, de modo que el referido hecho probado primero quedará redactado del tenor literal siguiente: "**Primero.** - *Da Piedad, con DNI NUM000 presta servicios para la empresa DIRECCION000 desde el día 4.4.2001, inicialmente con la categoría de coordinadora de auxiliares en el servicio de ayuda a domicilio de DIRECCION001 y desde el día 1 de febrero de 2011 con la categoría de directora, ejerciendo su trabajo en la Residencia de mayores que la empresa tiene en DIRECCION002 " DIRECCION003 ", de titularidad pública, con una ocupación de 150 plazas, con un salario de 3.491,29 euros, incluida prorrateo de pagas extras*"

La revisión que se interesa no resulta acogible, por cuanto, de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 28-5-2003 [RJ 2004\1632]), la modificación fáctica pretendida debe tener una relevancia a efectos resolutorios, de tal modo que no puede ser admitida una propuesta de revisión de hechos probados que, aunque pudiera tener un apoyo suficiente en los términos del artículo 191, b) LPL, [-actual art. 193.b) de la LRJS-] y ser cierta, carezca totalmente de trascendencia o de incidencia en relación con la decisión que deba de adoptarse resolviendo el recurso formulado, al no aportar nada que sea de interés, lo que así ocurre en el caso presente, en que los datos que se pretenden incorporar sobre la titularidad pública de la Residencia y el número de plazas ocupadas, son datos que resultan por completo intrascendentes para modificar el signo del fallo y para la decisión final del litigio.

En segundo lugar se pretende la inclusión de un nuevo hecho probado, como ordinal octavo, que haga referencia a la situación concreta del menor (hijo de la actora) y su horario en el colegio en el que cursa sus estudios, ofreciendo el siguiente texto: "**Octavo.**- *El menor curso NUM003 curso de Educación Primaria en el C.E./P. de DIRECCION007 con el siguiente horario, de lunes a viernes, de 9:30 a 14:30 horas. El menor acude al servicio de madrugadores de lunes a viernes, desde las 7:30 a las 9:30 horas. El menor acude a las siguientes actividades extraescolares: Lunes: de 16:00 a 17:00 horas: Judo. Martes, de 17:00a 18:00 horas: Dibujo. Miércoles, de 16:00a 17M0 horas: gimnasia rítmica*"-

Adición que acogemos, por cuanto la misma cuenta con el apoyo de la prueba documental de la parte actora, mostrando la dicha parte conformidad con tales datos, siendo ciertos los horarios de entrada y salida en el centro lectivo en el que cursa sus estudios, y de las distintas actividades extraescolares que se citan, a las que asiste el hijo de la trabajadora demandante. Por otra parte, según reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 19-7-1985 [RJ 1985\3819] o de 14-7-1995 [RJ 1995\6259]), el soporte documental que sirva de base al motivo, debe ostentar, inexcusablemente, una literosuficiencia probatoria, de tal modo que de él se desprenda ineludiblemente la modificación pretendida, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones. Y esto es precisamente lo que sucede en el caso presente, ya que de los documentos que se citan (folios: 69 y 70 de los autos), resulta el contenido de la adición que se pretende, en concreto la descripción de los horarios del menor (hijo de la actora).

TERCERO.- Al amparo del artículo 193.c), de la LRJS, interpone la empresa recurrente el tercero de los motivos de su recurso, que tiene por objeto examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, concretamente, se denuncia la infracción del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, argumentando, en síntesis, que la Sentencia no ha valorado en modo alguno si la pretensión de la actora es útil para el efecto pretendido por la norma, que no es otro que la conciliación de la vida familiar de la actora con sus obligaciones laborales, señalando que la redacción actual del art. 34.8 ET. choca frontalmente con la valoración que se contiene en la resolución impugnada, y que no se alcanza a comprender por qué la actora requiere permanecer en su domicilio tres días a la semana cuando el menor va a pasar gran parte de ese tiempo en el propio colegio. Se añade que no se han valorado correctamente las necesidades organizativas de la empresa ni las funciones del puesto de Director de residencia de mayores. Y que al estar la relación suspendida por la situación de I.T. de la actora, la empresa no pudo iniciar un proceso de negociación, y que la Sentencia aplica la fórmula del teletrabajo que no está prevista ni por el convenio ni por las normas internas de la compañía, dado que el teletrabajo no es una opción real, y no está regulada.

Partiendo de los hechos declarados probados, con la modificación introducida vía motivo de revisión sobre los horarios de entrada y salida en el Centro Escolar del hijo de la actora, la cuestión litigiosa queda reducida



a determinar si la pretensión de la trabajadora demandante [*de prestación de servicios laborales en régimen de teletrabajo durante tres días a la semana*], debe estimarse al amparo del art. 34.8 del ET, según declara la Sentencia recurrida; o bien, por el contrario, el trabajo de la actora es necesariamente presencial, y no admite la posibilidad del teletrabajo, según sostiene la empresa en su recurso. Y esta cuestión ha de resolverse en el sentido expresado por la sentencia recurrida, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1ª.- Según consta en el relato de hechos probados de la Sentencia recurrida, la actora D. Piedad presta servicios para la empresa DIRECCION000 desde el día 4 de abril de 2001, inicialmente con la categoría de coordinadora de auxiliares en el servicio de ayuda a domicilio de DIRECCION001 , y desde el día 1 de febrero de 2011 con la categoría de directora, ejerciendo su trabajo en la Residencia de mayores que la empresa tiene en DIRECCION002 " DIRECCION003 ". El horario de trabajo que viene realizando es de 9.00 a 17.00 horas de lunes a viernes, teniendo que invertir una hora en cada trayecto de ida y vuelta hasta llegar al centro de trabajo. Asimismo consta acreditado, y no es objeto de controversia, que en fecha NUM001 de 2012 nació su hijo que actualmente cuenta con 7 años, siendo familia monoparental, teniendo su residencia en DIRECCION004 , Lugar DIRECCION005 nº NUM002 de DIRECCION006 . Vía motivo de revisión se acogió la introducción en el relato fáctico de un hecho nuevo referido a los horarios lectivos del hijo de la actora, el cual tiene su entrada en el colegio de lunes a viernes, de 9:30 a 14:30 horas. El menor acude al servicio de madrugadores de lunes a viernes, desde las 7:30 a las 9:30 horas. El menor acude a las siguientes actividades extraescolares: Lunes: de 16:00 a 17:00 horas: Judo. Martes, de 17:00a 18:00 horas: Dibujo. Miércoles, de 16:00a 17:00 horas: gimnasia rítmica".

2ª.- En relación con la medida de conciliación postulada, el tercero de los hechos probados narra que en fecha 7 de enero de 2019 la actora solicitó traslado al puesto de Directora del centro DIRECCION003 de A Coruña que quedó vacante, para poder conciliar su vida familiar y laboral remitiendo mail que no obtuvo respuesta. Posteriormente remitió nuevo mail en fecha 24.4.2019, para interesar que se le ofreciera el puesto de Dirección de la Residencia en Santiago, que tampoco obtuvo respuesta. Y el cuarto de los probados narra que en fecha 23 de agosto de 2019 la actora envió burofax a la empresa solicitando acogerse a la modalidad de trabajo a distancia por el 60% de la jornada y el 40% restante de la jornada completa, mediante asistencia al centro de trabajo dos días a la semana durante 8 horas hasta que el menor tenga 12 años, sin que la demandada contestase ni hiciese propuesta alguna en ese instante, hasta que en fecha 6 de diciembre de 2019, se remitió el primer mail entre abogadas de las partes en que tratan de llegar a un acuerdo haciendo varias propuestas y que figuran en los folios 184 a 198, que se dan por íntegramente reproducidas

3ª.- Las razones por las que la Magistrada de instancia estimó la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que la trabajadora solicitó, constan en el tercero de los fundamentos de su sentencia. Son fundamentalmente la existencia de razones organizativas y de producción relacionadas con las funciones habitualmente desempeñadas por la demandante, amparándose básicamente en el art. 34.8 y 37.6.y 7 del ET, razonando que "(...) *a la hora de llevar a cabo la ponderación de derechos, debe recordarse que no es el trabajador el que debe probar su necesidad doméstica, ni su ausencia de otros resortes para atender la conciliación familiar, ni la disponibilidad de la empresa para acceder a su petición. La dimensión constitucional del derecho del actor a conciliar su vida laboral y familiar obliga a que sea la empleadora la que demuestre de forma clara e indubitada la causa que permite excepcionar la concreción horaria consecuencia de la flexibilización propuesta por el trabajador. Pero es más, nunca la empresa ha puesto en duda que sea monoparental, ni que tenga un hijo de 7 años, por lo que no corresponde entrar a valorar si se ha probado o no o la forma en que conciliará su vida familiar porque no tiene obligación de hacerlo*".

4ª.- Lo que preceptúan dichos preceptos legales es lo siguiente: Art. 34.8 del 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. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.*

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

*En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, **ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.***



La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.

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

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

Por su parte el art. 37. 6 y 7 del ET, disponen: " 6. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella....."

7. La concreción horaria y la determinación de los permisos y reducciones de jornada, previstos en los apartados 4, 5 y 6, corresponderán a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la persona trabajadora y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. La persona trabajadora, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de cuidado del lactante o la reducción de jornada....."

5ª.- Partiendo de los hechos probados, que no resultan controvertidos, dado que hay conformidad sobre la existencia de familia monoparental, con un hijo de 7 años, con los horarios de trabajo de la actora, y del colegio y actividades extraescolares de su hijo, y vista la normativa legal que se deja expuesta, no ofrece duda que la actora tiene derecho a conciliar la vida personal y familiar en los términos solicitados, pues dentro de las funciones del director/a de una Residencia de mayores, que se reflejan en el Convenio Colectivo Estatal de Residencias de 11 de septiembre de 2018, que aunque no sea de aplicación directa, dada la existencia de Convenio Colectivo de Residencias de Galicia, sirve para darnos un criterio orientativo de cuales son las funciones de un director/a de Residencia de mayores, entre ellas se mencionan: *Planificar, organizar, dirigir y coordinar las diversas actividades propias del desenvolvimiento de la empresa o centro. Realiza tareas técnicas complejas y heterogéneas, con objetivos globales definidos y alto grado de exigencia en autonomía, iniciativa y responsabilidad. Sus funciones suponen la integración, coordinación y supervisión de funciones realizadas por un conjunto de colaboradores/as en una misma unidad funcional.* Por lo tanto, visto el cometido que tiene que desarrollar, fácilmente se colige, que con la propuesta formulada por la trabajadora, no se ocasionan graves perjuicios o menoscabos tangibles de carácter organizativo o de producción a la demandada, pudiendo realizar muchas de esas funciones a través del teletrabajo, y cuando sea precisa su presencia, v.g. para entrevistarse con familiares de los internos, se pueden coordinar para que esas visitas se produzcan los días que debe asistir presencialmente al centro de trabajo, siendo así que la petición de la actora, no puede calificarse de caprichosa o arbitraria, toda vez que el mantenimiento del horario actual, dificulta de manera notoria la organización familiar de la demandante, habida cuenta los hechos que han resultado probados, y resulta contrario a la efectividad del derecho ejercitado por la misma, al amparo de lo establecido en el art. 34.8 del ET. Se alega por la empresa en su recurso, que el hecho de que el hijo de la actora pase toda la mañana en el colegio, no justifica que la actora quiera permanecer en su domicilio tres días a la semana. Pero esta argumentación se desvanece a la vista de los horarios que se han declarado probados, pues siendo cierto que el hijo de la actora pasa la mañana en el Centro lectivo, no lo es menos que la hora de salida del menor es a las 14.30 horas, y a esa hora su madre no goza de disponibilidad horaria para recogerlo, porque el horario de la trabajadora es de 9:00 a 17:00 horas, más una hora que invierte en el trayecto hasta su domicilio; y lo mismo cabría aplicar al horario de salida de alguna de las actividades extraescolares, por otra parte debe precisarse que la actora no quiere permanecer en su casa como se afirma de contrario, lo que quiere es teletrabajar desde su casa, pudiendo utilizar los medios telemáticos que tiene a su disposición en el despacho como directora, usarlos desde su casa, haciendo el mismo trabajo que hace en su despacho.

6ª.- La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2.000 (RJ 2000, 7209) ofrece criterios que avalan la postura de la Sala, y que resultan de utilidad para el examen de la controversia suscitada, y ello aunque no llegara a sentar doctrina al no concurrir el imprescindible requisito de la contradicción. Así, en ella se proclama que: (...) en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores (y que sirve también para casos como el de la conciliación del art. 34.8 del ET) , ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y



servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Por otra parte nada establece el precepto legal en orden a la concreción horaria de la reducción de jornada, ni si en tal actuación debe prevalecer el criterio o las necesidades concretas del trabajador o las organizativas de la empresa. Aparente laguna legal, posiblemente dejada de propósito, con el fin de que se compatibilicen los intereses del menor (y por tanto del padre o madre trabajadores), con las facultades empresariales de organización del trabajo. Es evidente que la forma de ejercicio del derecho por ambas partes puede ser determinante de que, en cada caso, proceda una u otra solución, según las circunstancias concurrentes. (...) Ante estos datos complementarios concluye la Sala que corresponde a la trabajadora la elección de turno y concreción horaria del modo más favorable a la protección de los dos hijos menores".

La doctrina constitucional sí se ha enfrentado abiertamente a la cuestión material que es objeto de enjuiciamiento, mas, como es natural, desde la perspectiva que le es propia, haciendo hincapié, sobre todo, en la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, mas también con base en los principios constitucionales de protección a la familia y a los hijos a que hacen méritos los apartados 1 y 2 del artículo 39 de nuestra Carta Magna, lo que no impide que los criterios sentados resulten igualmente útiles para abordar la pretensión que nos ocupa. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2.007, de 15 de enero (RTC 2007, 3), pone de relieve que "(...) *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. Dado que esta valoración de las circunstancias concretas no se ha realizado, debemos concluir que no ha sido debidamente tutelado por el órgano judicial el derecho fundamental de la trabajadora. La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención de los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar*".

En consecuencia, de conformidad con las normas y jurisprudencia citada, es por lo que procede desestimar el recurso de la empresa, procediendo mantener el derecho de la trabajadora a conciliar la vida personal, familiar y laboral, en los términos solicitados y reconocidos por la sentencia de instancia, pues vista la doctrina constitucional que se deja expuesta, ninguna razón permite acoger la tesis empresarial: **1.-** de un lado, en aplicación del canon reforzado de enjuiciamiento que exige la consideración de los derechos constitucionales en conflicto; y **2.-** de otro, porque el esfuerzo probatorio de la empresa en lo que se refiere a las dificultades organizativas que invoca para denegar la conciliación solicitada, de la necesidad imprescindible de contar con la directora en el Centro de trabajo, fue ciertamente insuficiente, pues no existe una probanza que permita extraer una conclusión distinta a la manifestada por la Sentencia recurrida, máxime teniendo en cuenta las funciones que convencionalmente se exigen a un director/a de Residencia de maiores. Por todo ello, se desestima este motivo de recurso.

CUARTO.- El cuarto y último de los motivos del recurso de la empresa demandada, amparado correctamente en el art. 193. c) de la LRJS, tiene por objeto examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, concretamente, el art. 1101 del Código Civil en relación con el art. 1106 del mismo cuerpo legal. Se alega que para el supuesto de que se desestime el tercer motivo de este recurso, entiende esta parte que la aplicación automática de la indemnización por daño moral es improcedente, ya que hay una ausencia total de datos objetivos para sustentar dicha pretensión indemnizatoria.

La Magistrada de instancia fundamenta la indemnización de daños y perjuicios a la que accedió en la cuantía de 3.500 euros, aunque se diga que son por daño moral, en base a las SSTSJGalicia de 20 de noviembre de 2017, y 8 de noviembre de 2018, razonando que " *la actora no obtuvo respuesta por parte de la demandada hasta que se acudió directamente a la vía judicial, pero se entiende razonable la imposición de la cantidad que el TSJ marca en la sentencia mentada, porque pese a la relativa tardanza en obtener una decisión acorde con sus pretensiones, ha sido real el intento de la demandada de tratar de evitar el proceso, aunque hubiera sido más tarde cío lo esperado...*"

La regla general para que prospere la reparación de daños y perjuicios causados es que quien lo alega tiene que acreditar dichos perjuicios, cuantificar o concretar los mismo o al menos fijar las bases o las medidas



que puedan contribuir a dicha reparación así como la proporcionalidad y el ajuste de la media solicitada para conseguir la efectividad de dicha tutela resarcitoria. En el presente caso la trabajadora funda su pretensión en el hecho, cierto y acreditado, de la falta de contestación por la empresa a la propuesta de la trabajadora, lo que le obligó a plantear la reclamación vía judicial

Ciertamente la regla general de justificación del daño tiene una excepción, primero de configuración jurisprudencial y posteriormente positivizada por el legislador en el art. 183 LRJS, y es que según la doctrina jurisprudencial (STS 5 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3368), 17 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8473), 5 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4619)) cuando quede acreditada la existencia de vulneración de un derecho fundamental, los daños morales son implícitos a tal vulneración. En el presente caso, se podía argüir lo que se ventila es una pretensión que tiene por objeto 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).

En consecuencia ninguna duda existe al derecho indemnizatorio reclamado, ya sea por el concepto de daños y perjuicios, ya lo sea por daño moral, como establece la sentencia recurrida, al estar en juego un derecho fundamental sustantivo. Por otra parte, el art. 34.8 del ET es claro en cuanto impone a la empresa un deber de negociación [*ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días*], y la empresa, tal como se declara probado, omitió este trámite deliberada y caprichosamente. Ya lo había hecho antes en dos ocasiones, cuando la trabajadora había solicitado traslado a puestos vacantes de director de otras Residencias para conciliar la vida familiar y laboral, y la empresa ni siquiera tuvo la diferencia de contestar a sus propuestas. Y lo mismo hizo en este caso, declarándose probado que *la demandada no contestó ni hizo propuesta alguna en ese instante*. Sin que pueda servir de amparo a este incumplimiento empresarial el hecho de que la actora estuviera en situación de I.T., pues pese a tal situación, remitió escrito a la empresa mostrando su disponibilidad a negociar. De manera que la trabajadora, ante esa falta de negociación, se vio imperativamente obligada a tener que acudir a la Jurisdicción Social, para obtener respuesta a su petición, con los consiguientes gastos y el consiguiente retraso en la aplicación de la medida conciliatoria formulada.

Por todo lo expuesto, al no haber incurrido la resolución impugnada en las infracciones legales denunciadas, procede la desestimación del recurso de suplicación interpuesto y la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

QUINTO.- Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida, incluyéndose en las mismas la cantidad de 650 euros en concepto de honorarios del la Sra. Letrada que actúa en representación de la parte impugnante (art. 235 de la LRJS). Por todo ello:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la mercantil DIRECCION000 ., contra la sentencia del Juzgado de lo Social Número U **NO** de los de LUGO, de fecha 30 de diciembre de 2019, recaída en autos 774/2019 , seguidos a instancia de la trabajadora DOÑA Piedad , frente a la referida empresa recurrente, sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

Se decreta la pérdida del depósito necesario constituido por la empresa para recurrir, al que se dará el destino legal, una vez haya adquirido firmeza la presente resolución; manteniéndose el aseguramiento prestado, y la imposición de costas a la citada recurrente que incluirá los honorarios de la Sra. Letrada de la trabajadora demandante, impugnante del recurso, en la cantidad de SEISCIENTOS CINCUENTA EUROS [650 euros].

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ