



Roj: **STSJ M 14897/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:14897**

Id Cendoj: **28079340022021101052**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **15/12/2021**

Nº de Recurso: **875/2021**

Nº de Resolución: **1070/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm 11, 09-06-2021 (proc. 494/2021),
STSJ M 14897/2021**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG: 28.079.00.4-2021/0038197

Procedimiento Recurso de Suplicación 875/2021 - LO

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid Dchos. de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente 494/2021

Materia: Materias laborales individuales

Sentencia número: 1070/2021

Ilmos/a. Srs./a.

DON FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

DOÑA M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

DOÑA M. LUISA GIL MEANA

En Madrid, a 15 de diciembre de 2021, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Segunda de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos/a. Sres/a. citados/a, 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 de Suplicación número 875/2021 formalizado por el letrado DON JORGE GARRIDO LAGUNA, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE MADRID, contra la sentencia número 198/2021 de fecha 9 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de los de Madrid, en sus autos número 494/2021, seguidos a

instancia de DOÑA Elsa frente al recurrente, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, en reclamación por derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y tutela de derechos fundamentales, siendo magistrada-ponente la Ilma. Sra. Dña. M. Virginia García Alarcón y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- D^a Elsa , con DNI n^o NUM000 , nacida el NUM001 -1.983, presta servicios para el demandado AYUNTAMIENTO DE MADRID, desde el 12-6-2005, habiendo suscrito desde dicha fecha, trece contratos de trabajo temporales, el último de ellos, suscrito el 21-10-2020, de interinidad por vacante, respecto del puesto n^o NUM002 , a tiempo completo, con categoría profesional de Monitora Deportiva (Técnico Superior), y salario en Marzo de 2021, ascendente a 2.581,75 euros, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- La demandante desarrolla sus funciones en el Centro Deportivo Municipal " DIRECCION000 ", también denominada " DIRECCION001 " (Distrito DIRECCION002), con jornada de 35 h. de trabajo semanales, prestadas de lunes a sábado, en turno de tarde, con horario de 15 h. a 21 h., con una hora de flexibilidad por cuidado de hijo menor de 13 años (folio 284 de los autos).

En el Distrito de DIRECCION002 , existen otros cuatro Centros Deportivos Municipales.

TERCERO.- La actora está casada con D. Arcadio , y, tiene dos hijas, Milagros y Modesta , nacidas respectivamente, el NUM003 -2013 y el NUM004 -2016 (folios 94-95 de los autos).

CUARTO.- D. Arcadio presta servicios en la empresa DIRECCION003 ., desde el 18-3-2010, a tiempo completo, con horario de martes a sábado, de 12 h. a 15 h. y de 16:16 h. a 21 h. (folios 99-100 de los autos).

Las niñas Milagros y Modesta , están matriculadas en el Colegio Diocesano DIRECCION004 , realizando un horario de 9 h. a 13 h. y de 15 h. a 16:30 h (folios 97-98 de los autos).

QUINTO.- Mediante escrito de 14-2-2021, la demandante solicitó la adaptación de su horario de trabajo, al amparo de lo establecido en el art. 34.8) del Estatuto de los Trabajadores , y su integración en el turno de mañana, a partir del 1-4-2021, con el horario correspondiente a dicho turno, en los términos expuestos en el citado escrito, cuyo contenido se da aquí por reproducido, con la finalidad de poder atender a sus hijas menores de 12 años, que finalizan su jornada escolar, a las 16:30 h. de la tarde (folios 92-93 de los autos).

SEXTO.- Ante la falta de respuesta del Ayuntamiento, con fecha 21-4-2021, la actora presentó demanda ante la Delegación del Decanato de los Juzgados de lo social de Madrid, siendo la misma repartida a este Juzgado de lo Social n^o 11 de Madrid, el 22-4-2021.

SÉPTIMO.- Con fecha 18-5-2021, el Ayuntamiento demandado comunicó a la actora que en el Informe emitido por el Director del Centro Deportivo, consta que en la RPT del centro en el que presta servicios, no existe vacante de su categoría (folio 283 de los autos)."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"Estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a Elsa , contra, AYUNTAMIENTO DE MADRID, en reclamación de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, debo declarar y declaro el derecho de la demandante, a realizar la jornada de trabajo, en turno de mañana, declarando así mismo la existencia de vulneración del derecho de la actora a no ser discriminada por razón de sexo, derivada de la asunción de obligaciones familiares, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por la citada declaración, con todas las consecuencias legales inherentes a la misma, así como a abonar a la actora, en concepto de indemnización por daños morales, la cantidad de 2.000 euros."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada, formalizándolo posteriormente, y siendo impugnado de contrario por el letrado DON PEDRO FECED MARTÍNEZ, en nombre y representación de la demandante.



QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 6 de octubre de 2021, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 15 de diciembre de 2021 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social alega el demandado que es de aplicación el Convenio colectivo único para el personal laboral del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos y las disposiciones del acuerdo sobre condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Madrid y de sus organismos autónomos para el periodo 2019-2022, si bien, según su Disposición Derogatoria, se mantienen vigentes las previsiones convencionales y/o acuerdos de interpretación o desarrollo que regulen materias no reguladas por este Texto en los términos establecidos en los mismos. Del mismo modo, también es de aplicación el Acuerdo de 30 de septiembre de 2020, de la mesa de negociación del Personal Laboral del Ayuntamiento de Madrid, por el que se regulan los sistemas de clasificación y ordenación del Personal Laboral del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos.

Pone de manifiesto que el cambio de turno se encuentra regulado en el Acuerdo de 19 de mayo de 2011 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, por el que se aprueba el Acuerdo del personal laboral de las Instalaciones deportivas municipales, que establece un procedimiento de cambio de turno voluntario exclusivamente para el personal fijo, teniéndose que iniciar mediante solicitud dirigida, a través de Registro, al Coordinador General de Recursos Humanos, según establece el BOAM nº 6439 de 25 de mayo de 2011 (Anexo II del Acuerdo de 19 de mayo de 2011), por lo que entiende que no siendo la recurrente trabajadora fija no puede solicitar el cambio voluntario de turno.

Además considera que conforme al artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores el derecho solicitado no es un derecho absoluto del trabajador sino que puede ser rechazado en base a circunstancias objetivas del empleador y en este caso aduce que se producirían dificultades organizativas en cualquier instalación deportiva si se concedieran todos los cambios de turno que se solicitan, por lo que se establece un procedimiento para personal fijo en el que se respeta un riguroso orden de antigüedad según se van produciendo las vacantes.

Alega también que corresponde a la parte actora probar la existencia de vacantes que hiciesen posible acceder al cambio de turno, máxime cuando las relaciones de puestos de trabajo en el Ayuntamiento se publican cada tres meses y considera que no le corresponde al empleador acreditar un hecho negativo y resalta que hay una lista de espera para el cambio al turno de mañana de 41 candidatos, todos ellos monitores deportivos de jornada completa fijos, mientras que no hay candidatos para el turno de tarde, afirmando que no puede hacer frente a todas las peticiones de cambio de turno a la mañana, porque las propias características del servicio público hacen indispensable la prestación de servicios en turno de tarde.

Señala el recurrente que dada la reciente entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2019 que modificó el citado precepto estatutario, no existe aún una doctrina jurisprudencial al respecto, remitiéndose a las sentencias de TSJ y de juzgados que cita, y destaca que en el Centro deportivo municipal DIRECCION000 hay doce puestos de trabajo de monitor deportivo, dos de jornada completa en turno de mañana, siete de jornada completa de turno de tarde, dos puestos de jornada 0,4 y uno de jornada completa sin turno específico y en el informe de 18 de mayo de 2021 del director de dicho centro se pone de manifiesto que acceder al cambio de turno solicitado por la actora supondría la imposibilidad de prestar los servicios de forma adecuada, al no haber vacante de la categoría en turno de mañana.

Se refiere el demandado al I Plan de Igualdad mujeres y hombres del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos autónomos publicado como Anexo III del Acuerdo-Convenio sobre condiciones de Trabajo Comunes al Personal Funcionario y Laboral del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos para el periodo 2019-2022, alegando, en relación con las comisiones de participación sindical, que se han constituido en cada Área de Gobierno, organismos autónomos y en coordinación de distritos, si bien su competencia se limita a ser informadas, analizar las denegaciones de permisos, hacer seguimiento y elaborar informes sobre los permisos y emprender campañas de sensibilización, por lo que no influyen en la resolución o denegación de las solicitudes presentadas, ni emite informe previo alguno.



En cuanto al Acuerdo- Convenio sobre Condiciones de Trabajo Comunes al Personal Funcionario y Laboral del Ayuntamiento de Madrid y de sus Organismos Autónomos para el periodo 2019-2022 regula en su artículo 12 la flexibilidad horaria, en su artículo 15 establece diversos permisos para la conciliación de la vida laboral y familiar y el artículo 16 la reducción de jornada, remitiendo al articulado texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, aunque no el cambio de turno, remitiéndose su artículo 48.h) al convenio y también el artículo 37 apartados 5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores regula la reducción de jornada dentro de la ordinaria, por lo que considera que no contempla el establecimiento de una jornada distinta, remitiéndose a la jurisprudencia que cita.

Finalmente considera que la sentencia impugnada vulnera el derecho a la negociación colectiva reconocido en el artículo 37 de la Constitución, al estar regulado el procedimiento de cambio de turno por el acuerdo citado de 19 de mayo de 2011, por lo que, a su juicio, la pretensión de la demanda equivale a una solicitud tácita de modificación de tales acuerdos y la sentencia estimatoria supone una trasgresión del ámbito competencial de la administración municipal y de la negociación colectiva y niega que por su parte se vulneren derechos fundamentales afirmando la ausencia de toda discriminación proscrita en el artículo 14 de la Constitución, no habiendo hechos probados al respecto, como tampoco de que se hayan producido daños morales.

SEGUNDO.- Por la demandante se alega en su escrito de impugnación que el Ayuntamiento no aportó al acto del juicio la prueba que le fue requerida, consistente en su expediente personal, el informe de la Mesa y comisiones del Plan de Igualdad del Ayuntamiento de Madrid sobre su solicitud y el expediente realizado para tramitar la solicitud de conciliación de vida personal, familiar y laboral de la actora el 14-2-21, remitiéndose al EBEP al I plan de igualdad del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos.

Considera que no es de aplicación lo dispuesto en el Acuerdo de 19 de mayo de 2011 porque se refiere a los cambios voluntarios de turno del personal fijo para la cobertura de puestos vacantes, siendo muy anterior al Real Decreto 6/2019 que modificó el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, en el que basa su derechos, no pudiéndose equiparar la conciliación de vida personal, familiar y laboral con derechos laborales generales, remitiéndose en cuanto a la cláusula de discriminación por razón de sexo del artículo 14 de la Constitución, a la doctrina constitucional que cita, conforme a la cual han de valorarse las circunstancias concurrentes y aquí la administración demandada no ha acreditado que se hubiera dado cumplimiento a las previsiones del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, ni que la negativa descansara en un motivo objetivo y razonable ajeno a tal propósito discriminatorio.

TERCERO.- Cita la parte actora la sentencia de este TSJ Madrid (Social), sec. 1ª, S 05-12-2019, nº 1200/2019, rec. 584/2019 que dice así:

"QUINTO.- En sede del Derecho aplicado denuncia en dos censuras jurídicas, con correcto amparo en el apartado c) del art. 193 LRJS, infracción de lo dispuesto, y de una parte, en los artículos 39.1 del Convenio Colectivo Único del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos, 37.6, párrafo primero y 34.8 del ET, 14 y 39 de la CE, así como doctrina judicial y constitucional asociada, y de otra de los artículos 183.1 y 139.1.1 LRJS, sosteniendo, en síntesis, la demandante convive con su hija menor, no conviviendo con ellas el padre de la menor; que la actora cumple un horario de 15 a 21,30 horas de lunes a viernes; que su hija está escolarizada con horario de 9,30 a 13 horas y de 15 a 16,30 horas; que el padre de la menor es correturnos y puede prestar sus servicios en horario de mañana o tarde, siendo el horario de mañana correspondiente a la jornada comprendida de 08:00 h. a 15,30 horas, y el horario de tarde corresponde a la jornada comprendida entre las 15:00 h. a 23:30 horas; que el centro de trabajo en que presta servicios la actora tiene horario de 8 a 20.30 horas, de lunes a viernes y de 9 a 14 horas los fines de semana y festivos, trabajando un total de 14 técnicos deportivos; que el Ayuntamiento no contestó a la solicitud de la actora de reducir la jornada 1 hora diaria para trabajar en turno de mañana de 10 a 15 horas; que no fue aportada por la parte demandada la prueba solicitada en demanda y que fue admitida, en concreto el informe de la Mesa y Comisiones del plan de Igualdad del Ayuntamiento y expediente realizado a partir de la solicitud de la demandante de reducción de jornada y cambio de turno por derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, prueba pertinente y directamente relacionada con las obligaciones de la demandada en materia de conciliación, sin que, por ello, se haya acreditado el más mínimo problema de funcionamiento empresarial o de organización de servicios que justifique la denegación del derecho solicitado, no habiéndose tenido en cuenta la dimensión constitucional de los derechos en litigio, pidiéndose la indemnización por daño moral de 6.251 euros por aplicación analógica del art. 40.1.c) y 8.12 de la LISOS.

SEXO.- Al recurso se ha opuesto el Ayuntamiento que aduce, en resumen, razones de orden legal que impiden prospere la pretensión formulada al no existir una concreta previsión legal o convencional que establezca el cambio de turno como medida de conciliación, además de concurrir razones organizativas que impedirían acceder a lo solicitado, negando la vulneración de derechos fundamentales y derecho a la indemnización.



SEPTIMO.- La sentencia de instancia considera, después de examinar el contenido de los artículos 37.5 y 37.6 ET que:

(..) "lo pretendido por la demandante excede del ámbito de aplicación de dicho precepto, pues lo que se solicita, para aplicar la reducción de jornada, es una modificación unilateral de la jornada ordinaria de trabajo. En efecto, consta en el hecho probado tercero que su jornada de trabajo era de lunes a viernes en horario de 15,00 a 21,30 horas pretendiendo con esta demanda se le conceda un cambio de turno puesto que solicita prestar sus servicios en horario de 10,00 a 15,00 horas, petición que carece de amparo legal, en la medida en que el derecho de fijar la concreción horaria está vinculado con la existencia de una reducción de la jornada ordinaria de trabajo, no con la distribución de la jornada de trabajo, para lo que existe una regulación específica, en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores , en el que se establece el derecho del trabajador a adaptar la duración y la distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, si bien condicionado a los términos que se establecerán en la negociación colectiva o en el acuerdo en el que se llegue con el empresario.

Es cierto que el Tribunal Constitucional, Sentencia 3/2007 , en la que se analizaba un supuesto de una trabajadora que pretendía, mediante el ejercicio de una reducción de jornada, la adscripción a un turno fijo, declaró que el hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del art. 14 de la CE de la cuestión que se planteaba, de suerte que el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la sentencia recurrida en amparo "no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podría quedar afectado". Y, desde esta perspectiva concluye que no había sido tutelado por el órgano judicial el derecho fundamental de la trabajadora, añadiendo que "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 a 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 y, en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con nuestra doctrina".

Ahora bien, la reforma del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo por la Leyes Orgánicas 1/2004 y 3/2007, no permiten llegar a la conclusión de que, en los supuestos de los apartados 5 y 6 del artículo 37 del ET , el derecho de reducción de jornada y de concreción horario conlleve también la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación horaria, a diferencia de los situaciones contempladas en el apartado 7 de dicho precepto - supuestos de violencia de género-, incorporado por la Disposición Adicional Séptima de la Ley Orgánica 1/2004 . La Ley Orgánica 3/2007 introdujo la nueva redacción del artículo 34.8 del ET (modificado posteriormente por la Ley 3/2012, de 6 de julio), en el que se regula el derecho de adaptación de la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, si bien dicho derecho no aparece reconocido como un derecho unilateral de reordenación del tiempo de trabajo, sí previsto para las situaciones de violencia de género. Dicho artículo reconoce dicho derecho de adaptar la duración y la distribución de la jornada de trabajo, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla. En tal sentido, el Tribunal Supremo declaró que "no cabe tampoco (...) elaborar a partir de la Ley 39/1999 de 5 de noviembre sobre Conciliación de la Vida Familiar y Laboral un nuevo catálogo de derechos, al arbitrio de una de las partes, pues como bien ha tenido oportunidad el legislador con el transcurso del tiempo desde la entrada en vigor de la citada Ley, al promulgar la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de Marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres, ha configurado una nueva expectativa que no coincide exactamente con la pretensión configurada por la demandante" (STS de 18 de junio de 2008, rcud nº 1625/2007 , y en el mismo sentido de 13 de junio de 2.008, rcud nº 897/2007 , para analizar un supuesto de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada); en dichas sentencias se razonaba que la Sala no podía entrar, al no estar comprendido en el art. 37 del E.T, pues ello "sería tanto como asumir los Órganos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando las artículos necesarios del E.T, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el art. 34 del E.T. en la reciente Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ".

Por todo ello sin dudar de que la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares porque de lo contrario no hubiera solicitado el cambio de horario, considera la que suscribe que no puede estimarse su petición sin violar el principio de legalidad a que debe someter su resolución por imposición expresa del art. 117 de la Constitución y por ello, aun conociendo la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en un supuesto muy semejante, ha de atenerse a los principios legales a los



que está vinculada, con lo que no cabe más que la desestimación de la demanda puesto que como se ha dicho la concreción horaria que se pretende excede del derecho a la reducción de jornada, al imponer también una modificación de su jornada preexistente."

OCTAVO.- El debate planteado debe solucionarse siguiendo los criterios interpretativos fijados por la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, 3/2007, de 15 de enero, recurso de amparo 6715/2003 .

La citada Sentencia establece 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".

NOVENO. - En definitiva, y abundando en lo anterior, tal como señala la STC nº 26/2011, de 14 de marzo , "la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas 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 o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) 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 en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas ulteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares."

DÉCIMO. - Como afirma la Sentencia de esta misma Sección de Sala del TSJ de Madrid de 6-3-2009 -rec. 4779/2008 -:

"Desde un prisma de legalidad ordinaria, la generalidad de los términos en que está redactado el párrafo primero del artículo 37.6 del Estatuto Laboral al referirse a la concreción horaria de la reducción de jornada por motivos familiares, como aquí sucede, en modo alguno autoriza a excluir cualquier posibilidad de que tal especificación o, en otras palabras, el ajuste del horario a la nueva duración de la jornada reducida, pueda comportar un cambio en el régimen de trabajo a turnos, llegando, incluso, a establecerse un único turno fijo, al tratarse, como se dijo, de un derecho cuya titularidad viene atribuida por mandato legal al trabajador o trabajadora que se acoge a la reducción en cuestión, siempre, por supuesto, que cumpla los requisitos que exige el artículo 37.5 del mismo texto legal, y sin que, como expusimos, el legislador haya determinado la forma en que debe efectuarse tal concreción, ni tampoco cuál de entre los intereses enfrentados goza de preferencia. Ahora bien, si la empresa se opone a la concreción horaria propuesta, será entonces cuando habrá que ponderar casuísticamente todas las circunstancias concurrentes, debiendo decantarse el conflicto entre el derecho de la persona afectada a compatibilizar su vida familiar y laboral, de un lado, y la necesidad de respetar el poder de organización del empleador, de otro, a favor de aquél cuyo interés resulte prevalente por favorecer la efectividad de los derechos constitucionales en juego, y no irrogar ningún perjuicio trascendente a la marcha de la actividad productiva de la empresa. Será menester, pues, valorar la situación sobrevenida en su dimensión constitucional, que, como nos recuerdan las sentencias antes transcritas, tanto de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional, usando para ello expresiones idénticas, "ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa".

DÉCIMO-PRIMERO.- El trabajo a turnos, definido en el art. 36.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) como una forma de organización del trabajo en equipo en la que los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando la necesidad de prestar servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas, es contemplado como una vicisitud de la relación laboral, cuya modificación unilateral por decisión del empresario, en el ejercicio de su poder de organización, es calificada en el art. 41.1 c) ET de esencial, sometida a la motivación de concurrencia de circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción y, en cuanto a su eficacia, a que sea



aceptada por el trabajador, puesto que éste, si resulta perjudicado por la modificación sustancial operada, tiene derecho a rescindir su contrato de trabajo percibiendo la indemnización de 20 días de salario por año trabajado.

La reducción de jornada por cuidado de un menor o persona discapacitada, con disminución proporcional de salario, es un derecho de titularidad individual de los trabajadores, hombres o mujeres, cuya concreción horaria corresponde a éstos "dentro de su jornada ordinaria", conforme regula el art. 37.5 y 6 ET, y puede comportar en algunos casos un cambio en el régimen de trabajo a turnos e, incluso, llegar a establecerse un único turno fijo, aun cuando el legislador, posiblemente de manera intencionada, y no por un lapsus, ha preferido no determinar la forma en que debe efectuarse esa concreción cuando se produce colisión entre el poder directivo empresarial, por razones productivas u organizativas, y la conciliación de la vida laboral y familiar del trabajador. La polémica se centra, a veces, en la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada, pues, aunque tras la Ley 39/1999 corresponde incuestionablemente "al trabajador, dentro de su jornada ordinaria", según el art. 37.6 ET, ello no lo es de modo absoluto y sin límite alguno, sino que este derecho debe ejercitarse de acuerdo con las exigencias de la buena fe y la interdicción del abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, de modo que se compatibilicen los intereses del menor -y, consiguientemente, del trabajador que tenga encomendada su guarda legal- con las facultades empresariales de organización del trabajo. Así pues, aunque la concreción horaria de la reducción es, en principio, un derecho individual del trabajador, puede decaer. La forma de ejercicio del derecho por ambas partes puede ser determinante de que, en cada caso, prevalezca el criterio o las necesidades concretas del trabajador o, en supuestos excepcionales -fundamentalmente por mala fe, menoscabo excesivo para la empresa o abuso de derecho- las organizativas de la empresa.

DÉCIMO-SEGUNDO.- Pero lo que no está previsto es que, sin reducción de la jornada de trabajo y del horario, el trabajador peticione un cambio de turnos, posibilidad inviable atendiendo a la reciente doctrina unificada del TS por carecer de apoyo legal, al no estar comprendida en el art. 37 ET, pues se entiende que ello sería tanto como convertir a los órganos judiciales en una tercera cámara legislativa, aunque, a juicio de autorizada doctrina, esta interpretación jurisprudencial parece pugnar con el nuevo apdo. 8 adicionado al art. 34 ET por el apartado Tres de la Disposición Adicional Decimoprimera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIMH). En este sentido, es chocante y sorprendente que se reconozca un derecho preferente al trabajador para elegir turno de trabajo por razones de estudio - art. 23.1 a) ET - y, sin embargo, no se haga lo mismo de manera abierta respecto a la mujer u hombre trabajador para conciliar su vida laboral y familiar, adaptando el trabajo a la persona, si no es a cambio de reducir su jornada y horario, con la consecuente pérdida proporcional de salario.

En España son pocos los convenios colectivos que contienen previsiones dirigidas a cumplir con el mandato contenido en el art. 36.5 ET, relativo al principio de adaptación del trabajo a la persona en el trabajo a turnos, y en concreto de quienes tienen menores o incapacitados a su cargo, muestra palpable de que la conciliación de la vida laboral y familiar no ha trascendido como debiera a la negociación colectiva.

La conciliación de la vida laboral no se consigue únicamente trabajando menos horas, sino permitiendo que las horas que se trabajen se puedan articular adecuadamente para hacerlas compatibles con la atención del menor, sin especiales gravámenes o perjuicios directos o indirectos.

DÉCIMO-TERCERO.- El análisis de la problemática que aquí nos ocupa no debe ceñirse exclusivamente a las cuestiones de mera legalidad ordinaria sino que entra de lleno en la vertiente constitucional, habida cuenta de que las responsabilidades familiares suponen un factor de discriminación o trato desigual en el acceso y promoción profesional en el trabajo. Ha existido tradicionalmente, producto de pautas culturales, hábitos, inercias y estereotipos, una asignación desigual de responsabilidades y roles sociales entre mujeres y hombres. Para lograr romper con esta inercia el art. 42 LOIMH traza como uno de los objetivos prioritarios de la política de empleo aumentar la participación de la mano de obra femenina en el mercado de trabajo, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado.

En este injusto y desigual escenario tradicional de asignación de roles entre hombres y mujeres éstas son las que han llevado la peor parte al encontrarse esclavizadas por la doble jornada, la de la empresa y la del hogar, pues son las féminas las que en la mayoría de los casos concilian el trabajo con la asunción de las responsabilidades familiares. La mujer es objeto de una doble discriminación: por su condición femenina y por su posición en la familia, lo cual supone una competencia desigual entre hombres y féminas en el acceso al mercado de trabajo y en la promoción dentro del mismo. La doble jornada a que frecuentemente viene abocada la mujer, con una vida desgarrada, descompensada y compulsiva, es el escenario propicio para la violencia de género y, por ello, la erradicación de esta lastimosa realidad habrá de afrontarse no solamente en el ámbito privado sino también mediante mecanismos de intervención pública, creando una corriente de opinión favorable a la solución de estos problemas. Por otra parte, de nada sirve innovar legislativamente si la propia sociedad no cambia sus pautas de comportamiento, concienciándose, aún más, de que a los padres corresponde asumir, al menos, el mismo grado



de compromiso y dedicación en la realización de las tareas domésticas y atención a los hijos que a las mujeres. Es necesario, pues, armonizar la condición de progenitor con la de trabajador bajo una óptica de paridad.

En ocasiones, lo que se pide por las mujeres y hombres trabajadores es pasar directamente de un turno rotatorio al fijo, por ser más adecuado a los intereses y obligaciones familiares, sin reducción alguna de jornada y horario, existiendo algunos pronunciamientos favorables de los tribunales del orden jurisdiccional social, incluso antes de la entrada en vigor de la LOIMH, partiendo de una interpretación teleológica y finalista de los apdos. 5 y 6 del art. 37 ET, y siempre que no se perjudique gravemente a la empresa.

DÉCIMO-CUARTO.- La Sala de lo Social del TSJ de Madrid no se sustrajo a estas interpretaciones teleológicas para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, destacando la de 19 de diciembre de 2007 (rec. 4598/2007), y la de 19 de mayo de 2008 (rec. 479/2008), esta última examinando el caso de un trabajador que precisaba cambiar de turno de trabajo para poder atender a su hijo con un grave DIRECCION005. Pero tuvo que cambiar de criterio en su Sentencia de 27 de febrero de 2009 (rec. 4739/2008), analizando el supuesto de una trabajadora con dos hijos nacidos el NUM002 de 2003 y NUM003 de 2005, que prestaba sus servicios para el Organismo Autónomo 112 como operadora de Emergencias, realizando su trabajo en turno rotativo de mañana, tarde y noche, estando previsto también un turno de retén. Solicitó un turno fijo de mañana, de 7:00 a 15:00 horas para poder atender al cuidado de sus hijos, sin reducción de jornada, que le fue denegado por la empresa atendiendo a que ese turno no está previsto en el Convenio y existir mecanismos para la conciliación de la vida laboral y familiar tales como reducción de jornada y excedencia por cuidado de hijos. Razona la Sentencia que, en principio, una interpretación de los arts. 37.5 y 6 y 34.8 ET -precepto este último en vigor cuando la actora solicitó el cambio de turno- acorde a la nueva realidad social derivada de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, así como a la necesidad de remover los obstáculos que impidan a las féminas acceder al mismo en condiciones de igualdad con los hombres, sin olvidar la dimensión constitucional de la problemática, que exige atender a la protección jurídica, económica y social de la familia, ex art. 39 de la Constitución de 1978, permitiría, en línea con el valor al alza de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar en las Leyes 39/1999 y LOIMH, aceptar la interpretación de la sentencia de instancia reconociendo el derecho de la actora a un turno fijo de mañana cuando, como en el supuesto debatido sucedía, la empresa no parecía haber dado razón convincente de las causas reales organizativas que impedían la asignación del turno fijo de mañana para que la actora pueda atender al cuidado y educación de sus dos hijos. Ahora bien, continuaba razonando, es necesario converger con el criterio de mayor autoridad sentado en unificación de doctrina por el TS en Sentencias de 13 y de 18 de junio de 2008 (recs. 897/2007 y 1625/2007, respectivamente), las cuales exigen solicitar previamente la reducción de jornada, y siendo que la demandante no lo hizo así, sino que directamente pidió la asignación de un nuevo turno de trabajo de mañana, en lugar del rotatorio de mañana, tarde y noche asignados a los servicios del 112, terminó por estimar el recurso desestimando la demanda.

DÉCIMO-QUINTO.- Al art. 34 del Estatuto de los Trabajadores, versión dada por la LOIMH, se le añade un nuevo apartado, del tenor literal siguiente: "El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla".

Es dudoso que actualmente, al decir de autorizada doctrina, con la interpretación que parece habrá de darse al nuevo apdo. 8 del art. 34 del Estatuto Laboral, pueda mantenerse la tesis de las SSTs de 13 y de 18 de junio de 2008, denegando la modificación del horario y turno de trabajo, sin reducción de jornada, cuando no se perjudique en alguna medida la organización de la empresa, dado que el nuevo precepto habla no solamente del derecho a adaptar la duración sino también de la distribución de la jornada de trabajo. Verdad es que el precepto se remite al acuerdo a que se llegue con el empresario o a los términos reflejados en la negociación colectiva, pero en última instancia, a falta de acuerdo o de previsión convencional, será el órgano judicial social el que decidirá la justeza de la decisión denegatoria empresarial en función de los derechos constitucionales en juego cuando el empleador pueda asumirlo sin especial coste y se aprecie la necesidad de distribución de la jornada por el trabajador.

DECIMO-SEXTO.- Significar a este respecto, la doctrina de los ajustes razonables es una buena técnica para solventar el conflicto libertad organizativa empresarial y el derecho de los trabajadores a cambiar de turno de trabajo por necesidades de formación y promoción profesional.

Esta doctrina de la acomodación razonable nace en los EEUU en la década de los años sesenta del pasado siglo para hacer cumplir las leyes contra discriminaciones en los centros de trabajo por motivos raciales y ha tenido su plasmación específica en el ámbito de la discapacidad en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, según el que "los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el



mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades".

También ha tenido su aceptación en el artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España (BOE 21-4- 2008), entendiéndose por ajustes "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

DÉCIMO-SÉPTIMO.- En suma, se trataría de encontrar un punto de equilibrio entre quienes postulan ha de darse primacía a las exigencias organizativas y productivas de las empresas sobre la formación y promoción profesional y la de quienes, por el contrario, preconizan los intereses empresariales han de ceder ante los legítimos intereses de los trabajadores. Debe con ello impulsarse la conducta del empresario hacia la acción positiva, amoldando la organización empresarial a las circunstancias personales del trabajador, siempre que sea razonable exigir a la empresa tal conducta desde la perspectiva de los costes y riesgos que han de ser asumibles.

DÉCIMO-OCTAVO.- La Sala comparte el discurso argumentativo de la recurrente.

Debemos partir del hecho de que la demandante convive con su hija menor, no conviviendo con ellas el padre de la menor. La actora cumple un horario de 15 a 21,30 horas de lunes a viernes, siendo que su hija menor está escolarizada con horario de 9,30 a 13 horas y de 15 a 16,30 horas, por lo que es humanamente comprensible desde el punto de vista de los deberes de la patria potestad, atención y cuidado de su hija, quiera cambiar la actora su horario de trabajo, reduciendo además la jornada, para poder adaptarlo con los horarios de su hija escolarizada. Nótese el padre de la menor es correturnos y puede prestar sus servicios en horario de mañana o tarde, siendo el horario de mañana correspondiente a la jornada comprendida de 08:00 h. a 15,30 horas, y el horario de tarde corresponde a la jornada comprendida entre las 15:00 h. a 23:30 horas. Por otra parte la solicitud de la demandante es viable, y en teoría asumible, atendiendo a que el centro de trabajo en que presta servicios tiene horario de 8 a 20.30 horas, de lunes a viernes y de 9 a 14 horas los fines de semana y festivos, trabajando un total de 14 técnicos deportivos. Llama poderosamente la atención que el Ayuntamiento no contestara a la solicitud de la actora de reducir la jornada 1 hora diaria para trabajar en turno de mañana de 10 a 15 horas, y que no se aportara por la parte demandada la prueba solicitada en demanda y que fue admitida, en concreto el informe de la Mesa y Comisiones del plan de Igualdad del Ayuntamiento y expediente realizado a partir de la solicitud de la demandante de reducción de jornada y cambio de turno por derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, prueba pertinente y directamente relacionada con las obligaciones de la demandada en materia de conciliación, sin que, a nuestro modo de ver, se hayan acreditado los problemas de funcionamiento empresarial o de organización de servicios que justifique la denegación del derecho solicitado, haciendo el Ayuntamiento en su escrito de impugnación supuesto de hecho de esta cuestión fundando su oposición en unos hechos que no son los declarados probados y cuya rectificación no pide ni siquiera por la vía del art. 197 LRJS, no habiéndose tenido en cuenta la resolución judicial de instancia dimensión constitucional de los derechos en litigio.

DÉCIMO-NOVENO .- Por otra parte, a la vista de las circunstancias concurrentes y que ya han sido expuestas, existe un panorama sólido y consistente de haberse violentado el derecho constitucional a la igualdad, discriminándose a la demandante por razón de sexo, dado que resulta evidente, a nuestro entender, y en línea con la STSJ del País Vasco de 17-7-201818, rec. 1333/2018, una restricción injustificada de derecho a la concreción del horario de la reducción de jornada supone una merma del derecho de la trabajadora a la no discriminación, y un obstáculo impertinente para la adecuada conciliación de su vida familiar y profesional.

Tratándose de la tutela frente a actos de discriminación, el Tribunal Constitucional ha subrayado reiteradamente la importancia que en relación con la misma tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en los arts. 96 y 179.2 LPL, ya que la finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre), finalidad en orden a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del



trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de dicho Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

En corolario, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, por el demandante el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Habiéndose aportado los indicios de discriminación por la demandante correspondía por la parte actora al Ayuntamiento correspondía justificar objetivamente su comportamiento, lo que no ha hecho.

VIGÉSIMO. -Como señala la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 3/2007 (Sala Primera), de 15 enero, Recurso de Amparo núm. 6715/2003 :

"A diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya en la propia Constitución, que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (STC 126/1997, de 3 de julio , F. 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, F. 4 ; 75/1983, de 3 de agosto], FF. 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre , F. 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE , al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo (STC 81/1982, de 21 de diciembre [F. 2).

Por lo que se refiere específicamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo, que tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero , hemos dicho que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

Por lo demás, conviene también recordar que tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994, de 7 de junio , F. 2; 136/1996, de 23 de julio , F. 5; 20/2001, de 29 de enero , F. 4; 41/2002, de 25 de febrero, F. 3 ; o 17/2003, de 30 de enero F. 3)".

VIGÉSIMO-PRIMERO.- Por último, la indemnización por daño moral de 6.251 euros es razonable y adecuada por aplicación analógica del art. 40.1.c) y 8.12 de la LISOS , equivalente a la sanción por falta muy grave en su grado mínimo (STS de 29-11-17, rec. 7/2017)."



Razonamientos que hemos de reiterar ya que el supuesto examinado en nuestra anterior sentencia es muy similar al que ahora nos ocupa, teniendo esta trabajadora dos hijas de 8 y 5 años, y el padre de las niñas un horario de mañana y tarde que finaliza a las 21 horas, tal y como consta en el hecho probado cuarto, saliendo aquellas del colegio a las 16,30 horas, por lo que no pueden ser recogidas por ninguno de los progenitores, sin que por el Ayuntamiento se hayan acreditado sus afirmaciones de no haber vacante que ofrecer a la actora en el mismo centro de trabajo o en otro cercano, habida cuenta de que son muchos los centros deportivos de esta ciudad.

Además hemos de tener en cuenta que no ha cumplido el Ayuntamiento con la obligación establecida en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, ya que no consta que ante la solicitud de adaptación de jornada, abriera un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días, ni que finalizado el mismo, por escrito, le planteará una propuesta alternativa que posibilitara las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien le manifestará la negativa a su ejercicio indicando las razones objetivas de tal decisión, ya que omitió contestar a la solicitud de la actora, sin que en el acto del juicio se haya justificado la desatención de la medida propuesta, por lo que, en definitiva, el recurso no puede merecer favorable acogida, debiéndose confirmar la resolución impugnada no solo en cuanto a la medida de conciliación interesada sino también respecto de la indemnización establecida ya que habiendo indicios de discriminación por razón de sexo, no se ha justificado por el Ayuntamiento la negativa a la adopción de la medida conciliatoria, siendo además evidente que el no poder atender personalmente a sus hijas por no haberse modificado su horario, conlleva un daño moral en tanto la madre ha de ser sustituida por un tercero, privándole de dicha atención.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación número 875/2021 formalizado por el letrado DON JORGE GARRIDO LAGUNA, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE MADRID, contra la sentencia número 198/2021 de fecha 9 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de los de Madrid, en sus autos número 494/2021, seguidos a instancia de DOÑA Elsa frente al recurrente, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, en reclamación por derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y tutela de derechos fundamentales, confirmamos la resolución impugnada y condenamos al recurrente al pago de los honorarios de letrado de la parte recurrida en cuantía de 500 euros.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827- 0000-00-0875-21 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000- 00-0875-21.



Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ