



Roj: **STSJ GAL 3230/2023 - ECLI:ES:TSJGAL:2023:3230**

Id Cendoj: **15030340012023102190**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **16/05/2023**

Nº de Recurso: **931/2023**

Nº de Resolución: **2434/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL Nº 1 A CORUÑA

SENTENCIA: 02434/2023

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

NIG: 36057 44 4 2022 0001902 Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000931 /2023 PM

Procedimiento origen: PEF DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 0000269 /2022

Sobre: MODIFICACION CONDIC.LABORALES

RECURRENTE/S D/ña CONSELLERIA DO MEDIO RURAL

ABOGADO/A: LETRADO DE LA COMUNIDAD

RECURRIDO/S D/ña: Baltasar

ABOGADO/A: MARIA MERCEDES FERNANDEZ PEREIRA

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

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

ILMO. SR. D. RICARDO RON LATAS

En A CORUÑA, a dieciséis de **mayo** de dos mil veintitrés.

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 931/2023, formalizado por CONSELLERIA DO MEDIO RURAL, contra la sentencia número 468/22 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 7 de VIGO en el procedimiento DCHO CONCILIA VIDA



PERSONAL,FAM Y LABORAL 269/2022, seguidos a instancia de Baltasar frente a CONSELLERIA DO MEDIO RURAL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Baltasar presentó demanda contra CONSELLERIA DO MEDIO RURAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha diecinueve de diciembre de dos mil veintidós.

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

PRIMERO.-Dº Baltasar , presta sus servicios como personal fijo para la Consellería de Medio Rural de la Xunta de Galicia, con categoría profesional de "peón forestal", Grupo V, prestando sus servicios en el Servicio de Protección y Defensa contra Incendios Forestales en el distrito XVII,O condado-Paradanta. SEGUNDO.-Dº Baltasar solicita en fecha 27 de agosto de 2021 por escrito a la Xunta de Galicia la adaptación de su horario de trabajo con jornada fija de 8 a 15 horas de octubre a junio , volviendo a su jornada ordinaria a turnos los meses de julio, agosto y septiembre, resolviendo al Xunta de Galicia en fecha 8 de septiembre de 2021 denegando la solicitud .Ante ello Dº Baltasar presenta demanda y por Sentencia dictada por el Juzgado de los social nº 1 de Vigo de fecha 1 de diciembre de 2021, se desestima la demanda presentada por entender que el derecho que prevé el art. 34.8 del ET "no es absoluta y debe compaginarse con las exigencias y posibilidades del puesto de trabajo, que en el acaso del demandantes son especiales y de gran exigencia." TERCERO.-Dº Baltasar solicita nuevamente por escrito de fecha 1 de marzo de 2022 a la Xunta de Galicia que sea adscrito a una brigada en su mismo distrito cuyas funciones sean de prevención de incendios y se conceda el horario de mañana fijas solicitado igualmente. CUARTO.-Dº Baltasar es padre de una niña menor de edad, Fermina pesquero, que en virtud de Sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia provincial de PONTEVEDRA se le atribuyó su guarda y custodia exclusiva a Dº Baltasar . Gozado la otra progenitora, la cual reside fuera d el Comunidad Autónoma de Galicia, un régimen de visitas, fijándose un régimen de visitas fines de semana alternos . La menor se encuentra actualmente escolarizada en el CEIP DIRECCION000 de DIRECCION001 , en horario de 9:20 h a 15:35 h incluyendo el servicio de comedor escolar. QUINTO.-La Conselleria del medio Rural no responde a la solicitud.

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

FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta de "conciliación vida familiar y laboral" porDº Baltasar , frente a la Conselleria del Medio Rural de la Xunta de Galicia y por ello, debo declarar y declaro, el derecho de Dº Baltasar a la adaptación de la jornada y a la concreción horaria interesada por el trabajador, prestando sus servicios en la Brigada destinada a tareas de prevención y a realizar el trabajo en turno de mañana fijo de 08:00 horas a 15:00 o en horario de 07:30 h a 14:30 h, siendo excluido de realizar las guardias de disponibilidad durante los meses de octubre a junio (ambos incluidos), volviendo a reincorporarse a la brigada de origen y en sus mismas funciones durante los meses de julio, agosto y septiembre, y en consecuencia debo condenar y condeno a la Conselleria del Medio Rural de la Xunta de Galicia a estar y pasar por tal declaración, dándole cumplimiento e igualmente a abonar a Dº Baltasar una indemnización por daños y perjuicios a razón de 6.000 €.

En fecha 12/01/23 se dictó Auto de aclaración cuya parte dispositiva decía: Procede aclarar el fundamento de derecho cuarto y fallo de la sentencia dictada en el procedimiento PEF 269/2022 de fecha 19 de diciembre de 2022, manteniéndose el resto de la resolución y donde dice: "CUARTO.-Según lo dispuesto por el artículo 139.1 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, contra esta resolución no puede interponerse recurso alguno. Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con lo establecido por el artículo 117 de la Constitución, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español, FALLO Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta de "conciliación vida familiar y laboral" por Dº Baltasar , frente a la Conselleria del Medio Rural de la Xunta de Galicia y por ello, debo declarar y declaro, el derecho deDº Baltasar a laadaptación de la jornada y a la concreción horaria interesada por el trabajador, prestando sus servicios en la Brigada destinada a tareas de prevención y a realizar el trabajo en turno de mañana fijo de 08:00 horas a 15:00 o en horario de 07:30 h a 14:30 h, siendo excluido de realizar las guardias de disponibilidad durante los meses de octubre a junio (ambos incluidos), volviendo a reincorporarse a la brigada de origen y en sus mismas funciones durante los meses de julio, agosto y septiembre , y en consecuencia debo condenar y condeno a la Conselleria del Medio Rural de la Xunta de Galicia a estar y pasar por tal declaración, dándole cumplimiento e igualmente a abonar a Dº Baltasar una indemnización por daños y perjuicios a razón de 6.000 €.Frente a esta resolución no cabe recurso. Notifíquese a todas las partes y al ministerio Fiscal. Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo." Debe decir: "CUARTO.-Pese a lo



dispuesto por el artículo 139.1 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, frente a esta resolución puede interponerse recurso de suplicación, al interesar a la parte demandante una indemnización de daños y perjuicios que supera el límite previsto en la norma. Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con lo establecido por el artículo 117 de la Constitución, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español, FALLO Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta de "conciliación vida familiar y laboral" por D^o Baltasar, frente a la Consellería del Medio Rural de la Xunta de Galicia y por ello, debo declarar y declaro, el derecho de D^o Baltasar a la adaptación de la jornada y a la concreción horaria interesada por el trabajador, prestando sus servicios en la Brigada destinada a tareas de prevención y a realizar el trabajo en turno de mañana fijo de 08:00 horas a 15:00 o en horario de 07:30 h a 14:30 h, siendo excluido de realizar las guardias de disponibilidad durante los meses de octubre a junio (ambos incluidos), volviendo a reincorporarse a la brigada de origen y en sus mismas funciones durante los meses de julio, agosto y septiembre, y en consecuencia debo condenar y condeno a la Consellería del Medio Rural de la Xunta de Galicia a estar y pasar por tal declaración, dándole cumplimiento e igualmente a abonar a D^o Baltasar una indemnización por daños y perjuicios a razón de 6.000 €. Se hace saber a las partes de su derecho para interponer contra esta sentencia RECURSO DE SUPPLICACIÓN ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, que podrán anunciar ante este Juzgado en el plazo de cinco días a partir de la notificación, por comparecencia o por escrito. Notifíquese a todas las partes y al ministerio Fiscal. Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la XG la estimación de la demanda, instando -por el cauce del artículo 193.b) LJS- la modificación del relato histórico, y denunciando -por la vía artículo 193.c) LJS- la infracción por aplicación indebida del artículo 34.8 ET y de distintas SSTS que cita.

SEGUNDO.- Ninguna de las revisiones puede acogerse:

(a) La primera, porque ya consta en el relato histórico que ha habido una Sentencia anterior desestimatoria y recoger lo que se declaró probado en aquella Sentencia, salvo que se pretenda atribuirle un efecto de cosa juzgada positiva, que ni se ha hecho ni se produciría al tratarse de un proceso de cognición limitada, esto es, nos hallamos ante meras cuestiones de redacción o estilo, ajenas a la finalidad de la Suplicación (valgan por todas, SSTSJ Galicia 22/11/22 R. 5197/22, 15/02/23 R. 2639/22, 17/10/22 R. 2000/22, 20/09/22 R. 1968/22, 29/09/22 R. 3159/22, 19/05/22 R. 5530/21, etc.), que carecen de trascendencia, ya que en la Sentencia se describe sucintamente lo que intenta desgranarse por el recurrente. Además de que el hecho de que se hubiese tramitado una reclamación anterior no es patente para no justificar la presente, sobre todo cuando una y otra son distintas (en esta se solicita una movilidad funcional, aparte de una adaptación). Y,

(b) La segunda, porque lo decisivo no es que se haya informado con posterioridad, sino si se le ha contestado motivadamente en su momento y de si se le han ofrecido alternativas, si se ha negociado, etc. Por lo tanto, dar por reproducidos dos informes de la Jefa del distrito y del Jefe de servicio resulta en todo punto intrascendente. Tal como se ha indicado en muchas ocasiones (valgan por todas, SSTS 28/04/23 R. 2192/22, 12/12/06 -rco 21/06-; 13/02/07 -rco 168/05-; 11/10/07 -rco 22/07-; 15/10/07 -rco 26/07-; 20/07/07 -rco 76/06-; 24/06/08 -rco 128/07-; 30/06/08 -rco 138/07-; 08/07/08 -rco 126/07-; y 14/06/18 -rco 189/17-; y SSTSJ Galicia 07/03/23 R. 6957/22, 13/02/23 R. 6120/21, 06/02/23 R. 6767/22, 12/12/22 R. 5607/22, 15/11/22 R. 5544/21, etc.), en el relato de hechos han de hacerse constar exclusivamente los puntos de hecho no admitidos -controvertidos- que sean necesarios para la debida solución del tema objeto del litigio y en el grado mínimo requerido para que los litigantes puedan proceder a su impugnación en todos los aspectos relevantes del proceso, y para que los órganos jurisdiccionales de suplicación o de casación puedan comprender cabalmente el debate procesal y resolver sobre el mismo en los términos previstos en la ley (STS 22/01/98 Ar. 7), sin que ello quiera decir que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente que centre el debate en modo tal que también el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico, admitiéndose -incluso- la forma irregular de remisión, a los efectos de determinación de hechos probados, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los hechos base de la decisión (SSTS 11/12/97 Ar. 9313, 01/07/97 Ar. 6568, etc.).

TERCERO.- 1.- Tampoco la censura jurídica puede llegar a mejor puerto, el hecho de que la doctrina recogida por la Magistrada se refiera a mujeres no es óbice para poder predicarla a los hombres que tratan de conciliar su vida familiar, salvo que se sostenga por la Xunta de Galicia que se trata de un derecho meramente femenino,



algo que no es de recibo. Se reproduce una STSJ Galicia 11/03/22 R. 6050/21, de esta misma Sección -y Ponente- en la que se resuelve un supuesto equiparable, proyectable y perfectamente predicable del presente: trabajadora con hija menor a cargo que solicita y no obtiene ninguna respuesta de la Administración Pública, que es su empleadora. Por lo tanto, el actor, hombre con una hija menor a su cargo (tiene la guarda y custodia de la niña) y empleado de la Administración Pública pide adaptar su jornada y un cambio en sus condiciones laborales para conciliar su vida laboral (derecho fundamental), y su empleadora no le contesta.

Parafraseando nuestra propia Sentencia: «Tal y como ya hemos expresado en asuntos relativos a la conciliación de la vida familiar (SSTSJ Galicia 08/06/21 R. 1986/21 y 25/05/21 R. 335/21), se hace necesario acudir a la evolución del propio artículo 34.8 ET, que fue modificado por el artículo 2 RD-Ley 6/2019 y le otorga un nuevo redactado, que, según su Exposición de Motivos, tiene su fundamento en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y la necesidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular, mediante la eliminación de toda discriminación, directa e indirecta, de las mujeres, habida cuenta que el Legislador entiende que «persisten unas desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres, al menos si una sociedad aspira a ser plenamente democrática», situación de desigualdad visible, sobre todo, en la existencia de una brecha salarial y que, por ello, resulta necesaria la elaboración de un nuevo texto articulado integral y transversal en materia de empleo y ocupación, que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo tal principio, con base en los artículos 9.2 y 14 CE.

Porque no podemos olvidar de que tratamos de la operatividad de un Derecho Fundamental; de hecho, lo dice la propia Exposición de Motivos citada y lo podemos averiguar de la configuración de los derechos de conciliación en el ET. Como advertíamos en otras decisiones anteriores, la primera pista se hallaba en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que se publicó para trasponer las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, donde se recoge: "La Ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres". Se incardinaba en el principio de igualdad de trato de hombres y mujeres contenido en el artículo 3.2 del por aquel entonces Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, modificado por el Tratado de Ámsterdam, que ligaba a ese principio el de igualdad de oportunidades de unos y otros en el mercado (artículo 137.1), lo que se asevera como otra pista, y la adopción de acciones positivas para "compensar sus desventajas en sus carreras profesionales" (artículo 141.4), entre las que se citaba la asunción de las cargas familiares por las mujeres, cuya reversión ha constituido el bastión de la metamorfosis de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el concepto de corresponsabilidad. Los preceptos citados coinciden exactamente con los artículos 153.1 y 157.3 del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y el tema de la conciliación está desarrollado en el marco europeo por la reciente Directiva (UE) 2019/1158, continuidad de la que deroga, y ulterior pista, la Directiva 1996/34, y en esa medida conformadora del desarrollo del principio de igualdad de trato por razón de sexo (vertiente positiva) o de la interdicción de la discriminación (vertiente negativa) a través de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral que lima los impedimentos de la sociedad para el logro de la igualdad de oportunidad de mujeres y hombres en el mercado de trabajo. En definitiva, desde una perspectiva constitucional los derechos de conciliación son Derechos Fundamentales, dada su vinculación con la prohibición de discriminación sexista y con el derecho a la intimidad familiar (artículos 14 y 18 CE), la citada Directiva (UE) 2019/1158 lo expresa con claridad en su Preámbulo: «a fin de animar a los trabajadores que sean progenitores y cuidadores a permanecer en el mercado laboral, estos deben poder adaptar su calendario de trabajo a sus necesidades y preferencias personales». Con lo cual, el artículo 34.8 ET se integra en el Derecho Fundamental a la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Desde esta perspectiva, se ubica la conciliación en el artículo 14 CE, lo que le da una trascendencia esencial. En todo caso, como hemos recordado en otras ocasiones (SSTSJ Galicia 25/05/21 R. 335/21 y 30/01/17 R. 4025/16) los Derechos fundamentales no son absolutos, "pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentarse revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho" (SSTC 57/1994, de 28/Febrero, y 143/1994, de 09/Mayo, por todas). Por ello y a pesar de que la nueva dicción del artículo 34.8 ET pretende reformar el derecho a la adaptación, sobre la base del derecho a la igualdad, no es tampoco un derecho absoluto, sino condicionado en su ejercicio: por un lado, se tiene "derecho a solicitar las adaptaciones", no un derecho a la adaptación; lo que es un matiz muy importante, pues su operatividad dependerá del cumplimiento de las condiciones que se establezcan en la regulación convencional, en su defecto, del resultado del proceso de negociación entre empleador y empleado solicitante; y, en caso de desacuerdo, de la decisión judicial. Y, por otro lado, se trata de un derecho subordinado a la consecución o efectividad de la conciliación de la vida familiar y laboral. Esto es, el trabajador debe acreditar que la adaptación



es necesaria para hacer efectiva la conciliación, exigiéndose, adicionalmente, que las adaptaciones solicitadas "deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa". Un juicio de razonabilidad y proporcionalidad que, en última instancia, deberá realizar el Juzgador a la luz de las alegaciones realizadas por las partes durante el previo proceso de negociación.

[...] Pues bien, en este asunto se han incumplido por la empresa las condiciones exigidas por el artículo 6.3 O 20/12/13 (DOGA 31/12/13): no se ha abierto una negociación con la Sra. [...], simplemente (y después de presentada la solicitud), se le deniega por causa genérica. Es decir, se ha adoptado una actitud empresarial no solamente no proactiva, sino obstaculizadora de un Derecho Fundamental, bajo el palio de una causa no probada organizativa.

Y en este punto es pertinente recordar lo que decíamos en la STSJ Galicia 25/05/21 R. 335/21 -de esta misma sección y ponente-, "es al empresario al que le incumbe demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente organizativas, que le impiden su disfrute en los términos propuestos por la trabajadora; y tan solo cuando dichas razones se hayan probado, en caso de colisionar ambos derechos, será la trabajadora quien deba probar las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario" (STSJ/Andalucía 03/05/18 R. 979/18). Pero, a tal efecto, no son suficientes razones organizativas de carácter genérico, sino que debe indicar, de forma concreta, la imposibilidad o la importante dificultad de aceptar el nuevo horario propuesto por la trabajadora. Y así, la STSJ Galicia 20/11/17 R. 3626/17, nos da pautas interpretativas cuando dice: "El relato fáctico no consigna las razones de tipo organizativo, técnicas o productivas (p.ej. turnos de mayor/menor actividad, existencia de turnos fijos o no de otras trabajadoras, modalidad o modalidades de horario laboral vigentes, adscripción de trabajadoras a uno u otro horario, existencia de trabajadora/s con o sin reducción de jornada, cambios en los medios o métodos de trabajo, aumento o disminución de clientela) en base a las que, únicamente, la empresa puede oponerse al ejercicio del derecho de conciliación de la demandante a la adaptación de jornada (TSJ Galicia s. 27-6-2017 /r. 30-2017, TSJ Madrid s. 19-7-2017 /r. 1182- 2016), y que, por tanto, pudieran justificar su negativa a su reconocimiento que, por el contrario ahora resulta amparado por los artículos 14, 39 CE y 37 ET, en cuanto fija la prestación laboral de la actora esencialmente mientras su hijo asiste a clase y sin que tal conciliación pueda recaer en el otro progenitor de acuerdo con su circunstancialidad ya indicada. La demandada, en lugar de explicar de modo razonable su postura, se limitó a alegar un interés simple y particular (la dificultad de cubrir el turno de noche) que la trabajadora no aceptó, en cuanto, objetivamente y a simple vista, haría más gravosa su prestación laboral, pues se vería abocada a trabajar de forma única y permanente de 22 a 8 horas, con la consecuencia inevitable de quedar su descendiente menor al cuidado de sus padres/abuelos maternos, también de modo uniforme y durante el tiempo indicado, particular éste que por sí mismo no resulta admisible dado el nivel constitucional de protección del derecho interesado y, por tanto, preferente en aplicación de la doctrina transcrita en el fundamento jurídico anterior. Entendemos que la negativa de la empresa tampoco puede ampararse en el incremento de turnos de las compañeras de la demandante con igual categoría, pues tal efecto es normalmente consustancial a la reducción de jornada debatida y, de apreciarse, la impediría de forma sistemática, sin perjuicio -como indicamos- de oportuna y justificada negativa empresarial, ahora inexistente"».

2.- Y en este supuesto venimos a constatar la existencia de las mismas circunstancias:

Uno, hay un derecho fundamental a la igualdad (artículo 14 CE), que se manifiesta en el derecho a conciliar, por lo tanto, postular que no hay vulneración que resarcir, una vez constatada, no resulta de recibo.

Dos, dicho derecho a conciliar implica no ser discriminado en relación a los que no han solicitado -por no necesitarla o no cumplir los requisitos- la adaptación postulada.

Tres, las medidas previstas en el artículo 34.8 ET no se agotan en la adaptación horaria (véase la STSJ Galicia 25/05/21 R. 335/21), ello supone desconocer que nos hallamos ante derecho de tercera generación cuya configuración es muy abierta, al reconocer el «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», esto es, la *forma de prestación*, aparte de incluir la movilidad geográfica, por supuesto que entendemos que puede proyectarse también sobre la movilidad funcional u otras formas que afecten a todos los aspectos de la prestación de servicios. Porque -son palabras de nuestra STSJ Galicia 25/05/21 R. 335/21- «el nuevo artículo 34.8 ET amplía el objeto del derecho, sobrepasando la ordenación de la jornada para referirse ahora, de forma un tanto enigmática, a la "forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia". Como se ha destacado en diversas ocasiones, se ha llevado a cabo con la reforma un redimensionamiento del ámbito material, que cuestiona su ubicación sistemática, lógica en su genética como precepto referido a la adaptación del tiempo de trabajo, pero ahora superada por la nueva redacción que le da un contenido abierto y necesitado de concreción, por ese concepto jurídico indeterminado. Es lo cierto que esa adaptación, como ya lo era antes,



puede referirse a aspectos vinculados con la dimensión cuantitativa o cualitativa de la jornada: por una parte, como cauce alternativo a la reducción de la jornada regulada en el artículo 37 ET (fuera de su encorsetamiento); y, por otra parte, para postular la introducción de fórmulas de jornada continuada, horario flexible u otras de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad.

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

Pues bien, en la aproximación a este concepto jurídico indeterminado hay que partir de la base que proporciona el DRAE, definiendo como forma el «[m]odo o manera en que se hace o en que ocurre algo» -segunda acepción- o el «[m]odo o manera de estar organizado algo» -tercera-, siquiera los contornos difusos de tales descripciones llevan a destacar la imposibilidad de trazar una noción dogmática de «forma de la prestación» y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, pero que se puede concretar en todos los aspectos de la prestación de servicios (no especificada en la lista del artículo 34.8 ET), que vienen a conformar el contenido del contrato de trabajo y cómo se exterioriza, siempre que permita la conciliación de la vida familiar. Lo que nos arrastra a una hermenéutica amplia, por cuanto la dimensión constitucional, en palabras de la STC 03/2007, de 15/Enero, "de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (artículo 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego". Ello supone -es obvio- que en los términos del artículo 34.8 ET se puedan amparar, entre otros, solicitudes de cambio de centro de trabajo, cuando ello fuese razonable y proporcionado "en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa"».

Cuatro, en todo caso las «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» - artículo 34.8 ET-, aquí reside la clave: poner en la balanza los intereses de uno y otra para comprobar la razonabilidad y proporción en relación al daño que se pueda causar o a las molestias que se pudiesen derivar de la adaptación solicitada. Y realmente, en criterio coincidente con la Magistrada de Instancia, se advierte que la Xunta responde con silencio a la petición y se remite -en el informe de la Jefa de distrito- a las razones esgrimidas en la petición anterior, que no es igual que la actual. En otras palabras, no ha llegado ni a justificar cuál es la razón de la denegación y ello implica que -vista la petición nada extravagante del actor, razonable y perfectamente articulable en un organismo con tanto personal- entendamos que le asiste la razón en su petición.

Y, cinco -relacionado con lo anterior-, hay una absoluta falta de contestación por parte de la empleadora a la petición formulada, de manera que el trabajador desconoce por qué se le deniega la adaptación, sin que quepa que ahora, infringiendo la propia normativa de la Xunta, se aleguen motivos para justificarla o eludir la obligada negociación en la que se deberían haber ofrecido -como en la primera de las peticiones (rechazada judicialmente)- se hizo.

En definitiva, la empleadora no ha demostrado la existencia de un motivo organizativo que venga a excepcionar el derecho del actor a conciliar y por lo que debemos rechazar el motivo.

CUARTO.- 1.- Finalmente, se sostiene que no hay derecho fundamental infringido y, por ende, que resarcir, sin embargo, ello no es así. Hay que partir de que «la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado, que queda por ello desprotegido» (STC 247/2006, de 24/Julio), por lo que la infracción de un derecho fundamental conlleva el derecho a su resarcimiento vía indemnización (aquí estaríamos hablando del derecho a la no discriminación del artículo 14 CE, en relación a la conciliación). Y en nuestras SSTSJ Galicia 11/03/22 R. 6050/21, 25/05/21 R. 335/21, 16/04/021 R. 754/21, 20/02/20 R. 3543/19 y 08/11/18 R. 2544/8 ya advertíamos que *el tiempo transcurrido desde la solicitud del derecho ante la empresa hasta su reconocimiento judicial debe tenerse en cuenta en la cuantificación de los daños morales que necesariamente se han producido* (de octubre/19 a mayo/21); entendiéndose actualmente por la jurisprudencia (SSTS 15/02/12 -rco. 67011-; 08/07/14 -rco 282/13-; 02/02/15 -rco 279/13-; y 19/12/17 -rcud 624/16-) que el recurso a las sanciones pecuniarias de la LISOS es idóneo y razonable, por lo que estimamos adecuado acudir a dicha regulación, por



las propias dificultades objetivas para cuantificar la vulneración de un derecho fundamental, sin perjuicio de ponderar todas las circunstancias concurrentes.

En este aspecto, hemos de recordar que las SSTS 24/01/17 -rcud 1092/15-; 19/12/17 -rcud 624/16-; 13/12/18 -rco 3/18-; 09/12/20 -rco 92/19-; 03/02/21 -rco 36/19-; y 09/02/21 -rcud 113/19- apuntalan el criterio de que la propia lesión del derecho comporta daño indemnizable, sin necesidad de que se acredite concreto indicio o base del daño, aparte de que el artículo 183.2 LJS atribuye a la indemnización no sólo una función resarcitoria (la utópica *restitutio in integrum*), sino también la de prevención general. En palabras de la jurisprudencia -que suscribimos-: «Ha de reconocerse que la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos -indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable, pasando de una inicial fase de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume (así, SSTS 09/06/93 -rcud 3856/92-; y 08/05/95 -rco 1319/94-), a una posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena [SSTS 22/07/96 -rco 7880/95-; ... 11/06/12 -rcud 3336/11-; y 15/04/13 -rcud 1114/12-]. Pero en los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada, en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral [incluso se recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT: STS I 15/06/10 -rec. 804/06-], y por la consideración acerca de la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, 'diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio' de la aplicación de parámetros objetivos, pues 'los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados 'no tienen directa o secuencialmente una traducción económica' [SSTS/Iª 27/07/06 Ar. 6548 ; y 28/02/08 -rec. 110/01-] [SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08-; y 11/06/12 -rcud 3336/11-]. Y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS, precepto para el que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse -éste es el caso de autos- "en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada". Criterios a los que ciertamente se adelantaba la Sala al afirmar que "dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales..." (SSTS 12/12/07 -rco 25/07-; y 18/07/12 -rco 126/11-). [...] Añadamos a tales afirmaciones las llevadas a cabo -entre otras- en la STS 13/07/15 [rco 221/14], respecto de que "... al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, su art. 183.3 señala que '[e]l tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima ..., así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño'. Con ello es claro que el precepto viene a atribuir a la indemnización -por atentar contra derechos fundamentales- no sólo una función resarcitoria [la utópica *restitutio in integrum*], sino también la de prevención general". Y que "... la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional [STC 247/2006, de 24/Julio], a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS 15/02/12 -rco. 67011-; 08/07/14 -rco 282/13-; y 02/02/15 -rco 279/13-). De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente».

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



circunstancias concurrentes que explicita la Magistrada, nos llevan a confirmar la cantidad fijada en Instancia y, en consecuencia,

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso interpuesto por la XUNTA DE GALICIA, confirmamos la sentencia que con fecha 19/12/22 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social núm. Siete de los de Vigo, a instancia de don Baltasar y por la que se acogió la demanda formulada.

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.