



Roj: **STSJ GAL 3939/2023 - ECLI:ES:TSJGAL:2023:3939**

Id Cendoj: **15030340012023102747**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **29/05/2023**

Nº de Recurso: **853/2023**

Nº de Resolución: **2672/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ISABEL OLMOS PARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

A CORUÑA

SENTENCIA: 02672/2023

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax:

Correo electrónico:

NIG: 15030 44 4 2022 0001660

Equipo/usuario: JG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000853 /2023DD

Procedimiento origen: DFU DERECHOS FUNDAMENTALES 0000228 /2022

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

RECURRENTE/S D/ña DIRECCION000

ABOGADO/A: ESTHER VICENTE RODRIGUEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Esther

ABOGADO/A: LIDIA VAZQUEZ MENDEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO. SR. D. MANUEL DOMINGUEZ LOPEZ

PRESIDENTE

ILMA. SRA. Dª MARIA ANTONIA REY EIBE

ILMA. SRA. Dª ISABEL OLMOS PARES

En A CORUÑA, a veintinueve 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

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0000853 /2023, formalizado por el/la D/Dª LETRADA Dª ESTHER VICENTE RODRIGUEZ, en nombre y representación de DIRECCION000 , contra la sentencia número 548 /2022 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de A CORUÑA en el procedimiento DERECHOS FUNDAMENTALES 0000228 /2022, seguidos a instancia de Esther frente a DIRECCION000 , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/ Dª ISABEL OLMOS PARES.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Esther presentó demanda contra DIRECCION000 , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 548 /2022, de fecha veintiocho de noviembre de dos mil veintidós.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: PRIMERO: La demandante presta servicios para DIRECCION000 con una antigüedad de 19 de diciembre de 2018 con la categoría de auxiliar de ayuda a domicilio. (Hecho acreditado por la prueba documental y no discutido). SEGUNDO: La actora solicitó a comienzo del año 2022 a la empresa poder disfrutar dicho año de las vacaciones fraccionadas de forma distinta a dos quincenas. El 3 de febrero de 2022 remite el correo electrónico que consta aportado en el ramo de prueba de la parte demandada, remitido a Dª Lina , supervisora, el cual es contestado el 4 de febrero de 2022 en el sentido de indicarle que tiene que ceñirse a lo dispuesto en el convenio, admitiendo solo fraccionar las vacaciones en dos períodos de 15 días. La actora contesta a dicho correo en virtud de otro enviado el propio día 4 de febrero de 2022 en el que protesta por no poder fraccionar las vacaciones, en el cual le indica que su necesidad es "por problemas personales". El 15 de febrero de 2022 la empresa le concede las vacaciones en las siguientes dos quincenas: del 29 de julio al 12 de agosto y del 16 de agosto al 30 de agosto, firmando la actora "non de acordo". (Acreditado por la prueba documental de la parte demandada). TERCERO: El 22 de marzo la actora presenta el escrito que figura al documento 8 de la parte demandada que se da por reproducido el cual remite por correo electrónico a Dª Lina . (Acreditado por la prueba documental de ambas partes). CUARTO: En la empresa, con carácter general, las auxiliares de ayuda a domicilio si fraccionan las vacaciones lo hacen en períodos de 15 días y la empresa contrata a personas para dicho período temporal para cubrir las vacaciones (Acreditado por la prueba testifical de la jefa de servicio, Dª Margarita). QUINTO: La trabajadora Dª Marina , auxiliar de ayuda a domicilio, en el año 2021 y 2022 cubrió el control horario que consta aportado por la empresa y se da por reproducido. En el año 2021 disfrutó de vacaciones desde el 8 al 18 de septiembre y desde el 20 al 26 de diciembre. En el año 2022 desde el 11 al 16 de enero, desde el 31 de enero al 6 de febrero y desde el 14 al 20 de febrero, así como desde el 30 de mayo al 13 de junio de 2022 (Hecho acreditado por la prueba documental de la parte demandada). SEXTO: A la coordinadora y ayudante de coordinación la empresa le permite fraccionar sus vacaciones en más de dos períodos porque se sustituyen entre ellas (Acreditado por la prueba testifical). SÉPTIMO: La actora estuvo incurso en un proceso de IT por accidente de trabajo desde el 21 de febrero de 2022 hasta el 25 de marzo de 2022, alta que impugnó. Causó nueva baja desde el 26 de abril al 5 de mayo de 2022. Disfrutó de vacaciones desde el 6 de mayo al 20 de mayo de 2022 y del 29 de julio de 2022 al 12 de agosto de 2022 (Acreditado por la prueba documental de la parte demandada). OCTAVO: El hijo de la demandante está diagnosticado de DIRECCION001 , DIRECCION002 . El menor tenía una cita médica programada para el 15 de septiembre de 2022 a las 10.05 en Oviedo. El 22 de septiembre de 2022 el menor es sometido a cirugía ambulatoria. Se pauta reposo en domicilio con control parental durante 4-5 días. El 22 y 23 de septiembre de 2022 la actora disfrutó de un permiso que la empresa le concedió (Acreditado por la prueba documental de la parte actora).

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

FALLO: Se tiene a la parte actora por DESISTIDA de la acción de fijación de los concretos períodos de disfrute de las vacaciones correspondientes al año 2022. Se declara que el no reconocimiento en el año 2022 por parte de la empresa del derecho a fraccionar las vacaciones por la parte actora de forma distinta a dos quincenas



vulneró su derecho fundamental a la conciliación de la vida familiar en relación con el artículo 14 y 39 de la CE y se condena a la empresa a abonar a la actora 3000 euros como indemnización por daño moral

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia tiene a la parte actora doña Esther por DESISTIDA de la acción de fijación de los concretos períodos de disfrute de las vacaciones correspondientes al año 2022 y respecto al resto declara que el no reconocimiento en el año 2022 por parte de la empresa del derecho a fraccionar las vacaciones por la parte actora de forma distinta a dos quincenas vulneró su derecho fundamental a la conciliación de la vida familiar en relación con el artículo 14 y 39 de la CE y se condenó a la empresa DIRECCION000 , (Antes denominada DIRECCION003), a abonar a la actora 3000 euros como indemnización por daño moral.

Frente a la referida sentencia se alza la representación letrada de la parte demandada e interpone recurso de suplicación construyendo su recurso en base a tres motivos de recurso, al amparo del apartado a), b) y c), respectivamente, del art. 193 de la LRJS. El recurso ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso, con fundamento procesal en lo previsto en el apartado a) del art. 193 de la LRJS, se solicita la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar Sentencia por cuanto se ha infringido el art. 80 de la LRJS, en relación con el art. 125 y art. 184 del mismo texto legal, en relación con el art. 24 de la Constitución Española, dado que se ha producido una variación total de la demanda que ha causado indefensión a esta parte.

Sostiene la parte recurrente que el presente procedimiento se debió de tramitar inexcusablemente bajo el cauce procesal del art. 125 de la LRJS, a pesar de que se acumulara la petición de tutela de derechos fundamentales y que esta cuestión es palmaria porque así se solicitó tanto en la propia demanda rectora de los autos, como en el propio escrito de aclaración en los cuales la petición del SUPlico literalmente fue: "... que se declare el derecho de la trabajadora al fraccionamiento de sus vacaciones anuales en tres periodos, se ratifiquen los periodos de vacaciones de la actora para el año 2022 en las fechas del 16.8/.2022 al 22/08/2022 del 19/09/2022 al 26/09/2022y del 19/12/2022 al 2/1/2023 y se declare la vulneración del derecho fundamental de la actor a la conciliación de la vida familiar".

En efecto, el art. 125 de la LRJS regula la modalidad procesal que debe seguirse en el caso de que la pretensión de la demanda verse sobre fijación del período de disfrute de las vacaciones, señalando que " *El procedimiento para la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones se regirá por las reglas siguientes...* ".

A la vista de lo que establece el anterior precepto, el mismo solo tiene por objeto la fijación de las fechas concretas de disfrute del permiso de vacaciones. De este modo, observamos que en la demanda inicial seguida por la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales se habían acumulado dos acciones: una referida a la tutela de derechos fundamentales basada en la negativa de la empresa a fraccionar los períodos de vacaciones en tres tramos y dos, la concreción de esos tres períodos. Que esa acumulación de acciones hubiera obligado a acudir al trámite del art. 125 de la LRJS, pero al haber desistido la parte actora de la pretensión de fijar la fecha de disfrute de esos tres períodos, la demanda quedó ceñida al procedimiento de tutela, subsanando la errónea acumulación inicial, de modo que la modalidad procesal de tutela se adecuó a la pretensión que se mantuvo, pues la negativa de la empresa al fraccionamiento de las vacaciones en tres períodos es la conducta que la parte considera que vulnera sus derechos fundamentales y dicho fraccionamiento es cosa distinta a la fijación de los períodos de disfrute que inicialmente se pidió. En suma, no es lo mismo la fijación de los períodos de disfrute que la pretensión de fraccionamiento de los períodos de vacaciones y esta última queda fuera de la modalidad procesal del art. 125 de la LRJS.

Convenimos con la juzgadora de instancia en que habiendo desistido la parte actora de la acción de fijación de los días de disfrute de vacaciones, el objeto del procedimiento ha quedado ceñido a determinar si la actuación de la empresa respecto a las vacaciones del año 2022, en concreto, el no concederle la posibilidad de fraccionar de forma distinta a dos períodos de 15 días y en concreto en los tres períodos interesados, con independencia de las fechas concretas pedidas, vulneró el derecho fundamental a la conciliación de la vida familiar y si por ello tiene derecho a una indemnización por daño moral de 3000 euros. Y dicha modificación de sus pretensiones para adecuarla a la modalidad procesal de tutela no se considera que constituya una modificación sustancial de la demanda, pues en definitiva lo que impugna la parte actora y considera que vulnera su derecho fundamental es la negativa al fraccionamiento en tres tramos de las vacaciones y esa pretensión queda fuera del art. 125 de la LRJS. Además, el desistimiento respecto de la fijación de los días



concretos de su disfrute no fue impugnado por la empresa, de manera que ahora no puede pretender la nulidad de lo actuado, pues con aquel desistimiento la parte se limitó a adecuar sus pretensiones al procedimiento de tutela y si no estuvo conforme la demandada, según ahora se deduce de su recurso, debió hacer valer su oposición en ese momento.

Tal como tenemos señalado en precedentes ocasiones, la excepcional medida de la nulidad de actuaciones, es únicamente actuable en los graves supuestos de que la sentencia sea incongruente (art. 359 LEC) o de que concurra alguno de los supuestos contemplados por el art. 238 de la LOPJ, singularmente la infracción de norma esencial de procedimiento, con resultado de indefensión para la parte (SSTSJ Galicia 20 febrero 1993, Rec. 4733/1991 y 12 noviembre 1999, Rec. 4095/1997), porque la nulidad de actuaciones por violación de disposición adjetiva requiere inexcusablemente -así, SSTSJ Galicia 12 mayo 2000, Rec. 1192/1997, 16 mayo 2000, Rec. 2018/1997 y 15 junio 2000, Rec. 1117/1997- (1º) que se indique la concreta norma que se considere infringida (2º) que efectivamente se haya vulnerado (3º) que la misma tenga carácter esencial (4º) que con la infracción se haya determinado indefensión a la parte, y (5º) **que se hubiese formulado oportuna protesta, en los supuestos en que la misma sea factible.**

TERCERO.- Con amparo en el art. 193 b) de la LRJS se insta la introducción de un nuevo párrafo al hecho probado cuarto , de la sentencia recurrida a fin de que, en el mismo, se recoja con exactitud lo establecido en el art. 39 del convenio colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia de aplicación en la empresa.

Así el hecho cuarto declarado probado tiene el siguiente tenor literal: **CUARTO:** *En la empresa, con carácter general, las auxiliares de ayuda a domicilio si fraccionan las vacaciones lo hacen en períodos de 15 días y la empresa contrata a personas para dicho período temporal para cubrir las vacaciones (Acreditado por la prueba testifical de la jefa de servicio, Dª Margarita).*

Lo que se pretende es que se sustituya por el siguiente texto: "**CUARTO:** *El convenio colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia, en su art. 39 establece que; El período de vacaciones anuales será retribuido y su duración será de treinta días naturales. En aquellos casos en los que no se complete el año de trabajo efectivo, los/as trabajadores/as tendrán derecho a la parte proporcional. Las vacaciones se disfrutarán preferentemente durante los meses de junio, julio, agosto y septiembre.*

El período de disfrute se fijará en un período de 30 días o en dos períodos de 15 días, no pudiendo realizarse más fracciones, excepto acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras, respetándose siempre los siguientes criterios:

a) *El régimen de turnos de vacaciones se hará por rigurosa rotación anual del personal entre los distintos meses, iniciándose esta rotación el primer año, por antigüedad en la empresa. A tal efecto se constituirán los correspondientes turnos de vacaciones. Estos turnos se harán de acuerdo con el calendario laboral, según las prestaciones del servicio.*

En la empresa, con carácter general, las auxiliares de ayuda a domicilio si fraccionan las vacaciones lo hacen en períodos de 15 días y la empresa contrata a personas para dicho período temporal para cubrir las vacaciones (Acreditado por la prueba testifical de la jefa de servicio, Dª Margarita)"

Se alega por la recurrente que la introducción del tenor literal del art. 39 del Convenio Colectivo es trascendental para la modificación del fallo, pues es vital importancia que quede acreditado que el propio convenio colectivo establece que no se pueden fraccionar las vacaciones dada la actividad de la empresa y que ésta cumple con dicho precepto. Consta dicho convenio en el ramo de prueba de la empresa como documento nº 5.

No procede acceder a lo que se pide, pues no es un hecho controvertido cuál es el Convenio Colectivo que resulta de aplicación ni el contenido del mismo. De hecho, la juez ya pone de manifiesto en sus razonamientos jurídicos que el convenio colectivo de aplicación no impide dicho fraccionamiento, pues el precepto simplemente lo condiciona a que exista acuerdo de las partes, ya que como la propia parte recurrente reconoce al incorporar el contenido de parte del art. 39 del Convenio, este establece que "*El período de disfrute se fijará en un período de 30 días o en dos períodos de 15 días, no pudiendo realizarse más fracciones, **excepto acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras, respetándose siempre los siguientes criterios...***".

CUARTO.- El motivo destinado a examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, al amparo de lo establecido en el artículo 193. c) de la Ley 36/2011 de la Jurisdicción, alega en primer lugar la infracción del art. 80 de la LRJS en relación con el art. 125 y art. 184 del mismo texto legal, en relación con el art. 24 de la Constitución Española, y también en relación con la Doctrina sentada al efecto.

Se insiste en que para el caso de que la nulidad de actuaciones solicitada en el primer motivo del recurso sea desestimada, se entienda que la modalidad procesal es la del art. 125 del LRJS y que, consecuentemente, la



acción está caducada, y todo ello en cuanto que no puede modificarse la demanda en los términos realizados por la demandante.

Pero, ya hemos dejado escrito, que no estamos ante la modalidad del art. 125 de la LRJS por cuanto la parte no pretende ya la fijación de los períodos de disfrute, ya que con su desistimiento dicha pretensión quedó eliminada de la demanda, de modo que su única pretensión quedó reducida a la tutela de derechos fundamentales basada en la negativa de la demanda a acceder al fraccionamiento de sus vacaciones en tres períodos.

QUINTO.- A continuación, en el mismo motivo se denuncia la infracción en que incurre la Sentencia recurrida con respecto a lo dispuesto en el artículo 39 del Convenio Colectivo de ayuda a domicilio de Galicia, así como la jurisprudencia relativa al mismo, emanada del Tribunal Supremo y de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de distintas Comunidades Autónomas.

La sentencia de la instancia no ha vulnerado el art. 39 del Convenio Colectivo de aplicación y contrariamente a lo que afirma la parte recurrente, la juez sí hace mención de lo dispuesto en el Convenio Colectivo. Concretamente, ya lo hemos dicho, la juez parte del hecho de que del tenor literal de mismo no se desprende esa prohibición de fraccionamiento, pues a continuación de decir: " *El período de disfrute se fijará en un período de 30 días o en dos períodos de 15 días, no pudiendo realizarse más fracciones*", indica " **excepto acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras, respetándose siempre los siguientes criterios...**".

Así que la defensa de la empresa no puede ceñirse a decir que el Convenio Colectivo lo impide, pues expresamente consta la posibilidad de que se excepcione ese régimen general. Además también se ha declarado probado que así ha ocurrido en varias ocasiones; así, el hecho probado quinto afirma que: " *La trabajadora D^a Marina, auxiliar de ayuda a domicilio, en el año 2021 y 2022 cubrió el control horario que consta aportado por la empresa y se da por reproducido. En el año 2021 disfrutó de vacaciones desde el 8 al 18 de septiembre y desde el 20 al 26 de diciembre. En el año 2022 desde el 11 al 16 de enero, desde el 31 de enero al 6 de febrero y desde el 14 al 20 de febrero, así como desde el 30 de mayo al 13 de junio de 2022*" y el hecho probado sexto que: " *A la coordinadora y ayudante de coordinación la empresa le permite fraccionar sus vacaciones en más de dos períodos porque se sustituyen entre ellas*".

SEXTO.- Se denuncia, en tercer lugar, la infracción de la jurisprudencia, emanada del Tribunal Supremo y de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de distintas Comunidades Autónomas. Y dice que la doctrina sentada en estos supuestos, viene a concluir que el éxito de la pretensión de la naturaleza de la ejercitada en el debate, está supeditado a que por quien postula el amparo se haya constatado, al menos la existencia de indicios de que se ha producido una violación de los derechos fundamentales que se invocan, y en el caso litigioso, por la demandante se fundamentaba la acción de tutela que ejercita en una serie de hechos y planteamientos que no sirven, sin más, para constatar la apariencia de concurrencia de indicios de violación del Derecho Fundamental de la actora a la igualdad y no discriminación, en relación con el resto de compañeras de la empresa. Añade que concederle a la demandante el fraccionamiento, supondría discriminar al resto de compañeras de la empresa, que la empresa ha aportado la mayor justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad; cumpliendo con el convenio colectivo de aplicación que prohíbe el fraccionamiento salvo en mutuo acuerdo y siempre con rotación del resto de compañeras.

Pero, la trabajadora ha probado la existencia de una necesidad de conciliar y la empresa se ha limitado a negarle la medida de conciliación pedida no en base a razones organizativas ni en la desproporcionalidad de lo pedido sino en la imposibilidad convencional de concederla lo que no es un argumento lícito porque precisamente el Convenio lo permite, aunque sea de forma excepcional, y la empresa ha concedido lo mismo que pidió la actora a otras trabajadoras.

La conciliación de la vida familiar y laboral se desarrolla en el marco europeo por la reciente Directiva (UE) 2019/1158 que deroga la anteriormente vigente, 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 para permanecer en el mercado laboral, estos deben poder adaptar su calendario de trabajo a sus necesidades y preferencias personales». En ese sentido, el actual 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, y ya dentro de la redacción actual del art. 34.8 del ET cabe el derecho al fraccionamiento que se invoca; de igual modo en el Convenio Colectivo aplicable. El primero establece que: " *las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa*". Esta redacción del art. 34.8 del ET sobrepasa la ordenación de la jornada para referirse 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. Y el art. 39 del Convenio permite, si bien de forma excepcional, el fraccionamiento de las vacaciones más allá de los dos períodos por acuerdo de las partes.

Para que la trabajadora se pueda beneficiar de la aplicación del art. 34.8 o de la posibilidad excepcional que permite el art. 39 del Convenio en tanto en cuanto estamos ante una medida de conciliación, debe probar: (1) que existe una necesidad de cuidado de la persona que la norma contempla como receptora de los cuidados (sea el 34.8 o sea el 37.6, ambos del ET), debiéndose valorar como elementos favorables a las pretensiones de la demanda de la persona trabajadora la existencia de necesidades especiales de cuidado -por ejemplo, si la familia es numerosa o la persona a cuidar tiene discapacidad importante-, o si las necesidades de cuidado recaen sobre la persona trabajadora de manera intensa -por ejemplo, se trata de un progenitor monoparental-; y (2) que esa necesidad de cuidado colisiona con el tiempo de trabajo -en el caso del artículo 37.6- o con el tiempo de trabajo y/o la forma de la prestación -en el caso del artículo 34.8-, sin que baste una mera preferencia, o simplemente no se aporte ningún indicio justificativo de una necesidad de cambio en la jornada.

Una vez que la parte demandante ha satisfecho la carga probatoria que le corresponde, como sucede en este caso, la parte demandada puede adoptar dos estrategias de defensa -que, obviamente, puede ejercitar de manera simultánea ante las pretensiones de la demanda-: (1) la primera sería desmontar las alegaciones y pruebas de la parte demandante - por ejemplo, negando los hechos constitutivos del derecho a la conciliación de la parte demandante, o alegando y probando un ejercicio abusivo del derecho de conciliación-; y (2) la segunda sería alegar y acreditar, bien la imposibilidad de las pretensiones de la parte demandante atendiendo a las circunstancias de la empresa, o bien la desproporción irrazonable de la carga que, de atender a esas pretensiones, asumiría la empresa valorada según razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, sin que valgan a estos efectos alegaciones de mera conveniencia sin acreditar ningún perjuicio en el funcionamiento de la empresa, ni tampoco basta con alegar estas razones en abstracto, sino que se deben probar en el caso concreto; esta segunda opción de defensa empresarial, dirigida a acreditar la razonabilidad de su denegación, exige una especial intensidad alegatoria y probatoria, pues se trata de justificar una decisión limitativa de derechos de conciliación con alcance vinculado a derechos fundamentales, con lo cual debería superar un triple juicio de idoneidad de la denegación, necesidad y proporcionalidad".

SÉPTIMO.- En lo que aquí interesa, ya lo hemos dicho, la parte actora ha demostrado razones o necesidades de conciliación reales, pues cuando solicitó en el año 2022 el período de vacaciones de 30 días fraccionado en tres tramos, uno en agosto, otro en septiembre y otro en diciembre, tenía una necesidad concreta de conciliación, ya que (hecho probado octavo), su hijo menor de edad padece DIRECCION001 , lo que le exige acudir a un mayor número de citas médicas que otro menor sin dicho diagnóstico y, además, precisa especialmente la atención por parte de sus padres en la época en la que no se encuentra en período escolar, lo que justifica una mayor dificultad de estos para conciliar la vida familiar en períodos no lectivos -por la dificultad de delegar dicha supervisión en un tercero-, según pone de manifiesto la juzgadora con indudable valor fáctico con remisión al informe de 15 de septiembre de 2022 del psicólogo de DIRECCION004 . Acredita también la actora que el menor tenía una cita médica el 15 de septiembre de 2022 en Oviedo y que fue sometido a cirugía ambulatoria el 22 de septiembre, con un período de reposo en domicilio con control parental de 4 o 5 días.

La empresa, por el contrario, nada ha probado acerca de las dificultades en conceder el fraccionamiento basadas en sus necesidades productivas u organizativas o por la imposibilidad de cumplir los criterios o requisitos exigidos en el art. 39 del Convenio en orden a permitir ese fraccionamiento excepcional o por razón de la desproporción e irrazonabilidad de lo pedido por la trabajadora.

OCTAVO.- Esta falta de alegación y prueba de la empresa determina que esa mera negativa a los derechos de conciliación de la trabajadora deba ser considerada un indicio o principio de prueba de la vulneración del derecho fundamental a la conciliación de la trabajadora, pues es sabido que los derechos de conciliación tienen una dimensión constitucional.

La sentencia del Tribunal Constitucional nº 3/2007 estableció esa dimensión de los derechos de conciliación como derechos fundamentales, pues afirmó " *La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad*



de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego. Dado que esta valoración de las circunstancias concretas no se ha realizado, debemos concluir que no ha sido debidamente tutelado por el órgano judicial el derecho fundamental de la trabajadora.

La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención 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".

En el mismo sentido, ha de mencionarse también la STC 26/2011, en la que también el demandante de amparo pretendía el reconocimiento de un derecho a la concreción y reducción horaria estableciendo un turno de noche que no existía en la empresa, y que el TC encaja en la prohibición de discriminación no ya por razón de sexo era un varón sino por circunstancias personales o sociales. Dice esta STC: *"... En definitiva, 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".*

En definitiva, los indicios de vulneración se han acreditado, pues la mera negativa de la empresa generan una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato de la trabajadora en orden a la vulneración de sus derechos de conciliación, de modo que el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no vulneración o la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada (la negativa al fraccionamiento), y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (en este sentido STC 120/2006 de 24 de abril de 2006 que asimismo remite a otras muchas por todas, SSTC 66/2002, de 21 de marzo, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; 49/2003, de 17 de marzo, FJ 4; 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 3; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; y 171/2005, de 20 de junio, FJ 3

Pero, invertida la carga de la prueba, esos indicios de vulneración no se han revertido, porque la medida pedida está basada en necesidades reales y por el contrario nada ha acreditado la empresa en relación a que ese fraccionamiento alteraba gravemente su sistema de organización. La empresa negó lo pedido escudándose en el Convenio, pero el Convenio permite el fraccionamiento; entonces, debió negociar y ofrecer la posibilidad de alternativas o debió alegar razones objetivas que justificarán su negativa o, como ya se ha dicho, que lo pedido era desproporcionado, que no estaba basado en necesidades reales o suficientes.

En cuanto a la obligación de negociar, la misma está presente en el art. 39 del Convenio, pues de otro modo no se comprende la posibilidad de alcanzar un acuerdo. Como dijimos en nuestra STSJ de Galicia de 26 de abril de 2021, rec. 305/2021, con cita de anteriores (5 de diciembre de 2019, rec 5209/2019), la importancia de la obligación de negociar de buena fe entre las partes para la obtención de un acuerdo, donde a la vez se consiga la mejor satisfacción posible de los distintos intereses de las partes contractuales, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, obliga a realizar propuestas y contrapropuestas, y que la empresa acredite de forma justificada los motivos organizativos que le impiden la concesión de la concreción en la forma postulada por la persona trabajadora que ejercita su derecho a conciliar, pero, en este caso, insistimos, no se ha intentado



negociar, la empresa no propuso estudiar alternativas de conciliación ni alegó necesidades organizativas que pudieran prevalecer frente a las de la trabajadora. En consecuencia procede la desestimación del recurso, confirmando la sentencia de instancia.

NOVENO.- Conforme al art. 235 de la LRJS procede imponer las costas del recurso a la parte vencida en el mismo que comprenderán los honorarios de la letrada impugnante de su recurso por importe de 300 euros.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por DIRECCION000 , (antes denominada DIRECCION003) contra la Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de A Coruña, en proceso sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES promovido por doña Esther frente a la empresa DIRECCION000 , (Antes denominada DIRECCION003), DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia de instancia. Procede imponer las costas del recurso a la parte vencida en el mismo que comprenderán los honorarios de la letrada impugnante de su recurso por importe de 300 euros.

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

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

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

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

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

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