



Roj: **STSJ M 1310/2024 - ECLI:ES:TSJM:2024:1310**

Id Cendoj: **28079340012024100129**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2024**

Nº de Recurso: **994/2023**

Nº de Resolución: **121/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

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

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG: 28.079.00.4-2023/0050205

Recurso número: **994/2023**

Sentencia número: **121/2024**

CE

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER

Ilmo. Sr. D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA

Ilmo. Sr. D. EMILIO PALOMO BALDA

Ilma. Sra. D^a ÁNGELA MOSTAJO VEIGA

En la Villa de Madrid, a nueve de febrero de dos mil veinticuatro, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

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 **994/2023**, formalizado por D^a. Marí Trini contra la sentencia de fecha 4 de septiembre de 2023, dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de MADRID, en sus autos número 478/2023, seguidos a instancia de la recurrente frente a ESTABLECIMIENTO PLAZA S.A., habiendo sido parte el Ministerio Fiscal sobre CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER, 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 probados:

PRIMERO.- La demandante, Marí Trini , mayor de edad, ha venido prestando sus servicios para Establecimientos Plaza, S.A desde el 6.10.2008 como cajera polivalente en el centro de trabajo de la CALLE000 NUM000 de Madrid con jornada semanal de 30 horas (hecho no controvertido)

SEGUNDO.-La actora es madre de una niña nacida el NUM001 .2019 (f. 26), matriculada en el año académico 2022-2023 con un horario lectivo de lunes a viernes de 9:00 a 14:00 horas (f. 28)

TERCERO.-El padre de la menor tiene un horario de lunes a domingo de 8:30 a 14.30 horas y de 15:30 a 17.30 horas (f. 34)

CUARTO.-Por carta de 13.03.2023 la actora solicitó adaptación de jornada concretando la misma en dos opciones:

De lunes a viernes de 9.30 a 15.30 horas en el centro de trabajo de la CALLE001 NUM002 de DIRECCION000 o De lunes a sábado de 10:00 a 15:00 horas en el centro de trabajo de la CALLE000 NUM000 de Madrid (f. 45)

QUINTO.-La empresa contestó el 23.03.2023 concediendo a la trabajador la concreción horaria en el horario solicitado de lunes a sábados de 10:00 a 15:00 horas en el centro de trabajo de la CALLE000 NUM000 de Madrid y con efectos de 27.03.2023 (f. 46)

SEXTO.-Por burofax de 4.04.2023 la empresa solicitó a la empresa una nueva concreción de jornada de lunes a viernes de 9:00 a 15:00 horas (f. 35 a 37)

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

"Desestimo la demanda interpuesta por Marí Trini contra Establecimientos Plaza, S.A, y absuelvo a la demandada de los pedimentos formulados en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

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 de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha veinticuatro de noviembre de dos mil veintitrés dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día siete de febrero de dos mil veinticuatro para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones suscitadas en esta sede consisten en determinar, y por una parte, si es o no ajustada a Derecho la decisión de la empresa demandada de no atender a la petición de la actora de 4-4-23, tendente a declarar su derecho a la concreción horaria de lunes a viernes de 9,00 a 15,00 horas en el centro de trabajo sito en la CALLE000 NUM000 , en Madrid, excluyendo expresamente la prestación de servicios en domingos y festivos, cuando previamente y poco antes la empleadora, el 23-3-23, ya había atendiendo a una primera petición de la demandante accediendo a su reclamación de concretar su horario de lunes a sábados de 10.00 a 15 horas en el mismo centro de trabajo y con efectos del 27-3-23, al tener una hija nacida el NUM001 .2019 (f. 26), matriculada en el curso académico 2022-2023 con un horario lectivo de lunes a viernes de 9:00 a 14:00 horas (f. 28), y tener el padre de la menor un horario de lunes a domingo de 8:30 a 14.30 horas y de 15:30 a 17.30 horas. Mientras que, por otro lado, hemos de resolver si tal decisión empresarial ha vulnerado el derecho de la trabajadora a no ser discriminada por razón de sexo (artículos 10, 14 y 39 de la CE) que merezca ser indemnizada en razón a los daños y perjuicios producidos.

SEGUNDO.- El conocimiento del asunto recayó por turno de reparto al Juzgado de lo Social nº 4 de los de Madrid que, mediante sentencia de 4 de septiembre de 2023, en sus autos nº 478/2023, desestimó la demanda arguyendo que:



"(.....) debe haber una necesidad que justifique la adaptación solicitada, y en este caso no existe esa necesidad. Y no existe porque el 23.03.2023 la empresa concedió a la trabajadora una adaptación de jornada en la segunda de las dos opciones que la actora había solicitado: prestar servicios en el centro de la CALLE000 NUM000 de lunes a sábado de 10:00 a 15:00 horas, sin que se haya probado que con posterioridad a ese acuerdo hayan devenido nuevas circunstancias que exterioricen una nueva necesidad que permita cambiar la adaptación pactada. Si no se ha probado que las circunstancias han cambiado desde el pacto de 23.03.2023, es evidente que no existe la necesidad de la adaptación, y la demanda se debe desestimar.

Alega la trabajadora que desde que se le concedió la adaptación solicitada ha tenido que trabajar domingos y festivos pero de los cuadrantes aportados nada se acredita porque la medida concedida tenía efectos de 27.03.2023 y no se aportan los cuadrantes desde el 27.03.2023, por lo que la alegación se debe rechazar".

TERCERO.- Disconforme interpone recurso de suplicación la trabajadora destinando el motivo inicial, por el cauce del apartado b) del artículo 193 LRJS, a modificar el hecho probado sexto, proponiéndose la siguiente redacción, señalando en negrita y subrayado la modificación propuesta:

"SEXTO.- Por burofax de 4.04.2023 la trabajadora solicitó a la empresa una nueva concreción de jornada de lunes a viernes de 9:00 a 15:00 horas (f. 35 a 37). **La empresa no contestó a la solicitud de concreción de jornada solicitada por la trabajadora ni abrió ningún período de negociación con la misma**".

Aduce que no ha existido ningún proceso de negociación con la empresa a la medida de conciliación laboral y familiar solicitada por la trabajadora; que no se encuentra ningún documento en la prueba documental obrante en autos en el que se demuestre que la empresa ha cumplido con el deber de negociar impuesto por el art. 34. 8 ET, y ello no consta en los hechos probados, razón por la cual se interpone el primer motivo de suplicación pues entiende que podría suponer una modificación sustancial del fallo de la sentencia de la juzgadora de instancia.

No puede aceptarse, y por dos causas, principalmente. A saber:

A tal efecto, y es la primera, el relato fáctico ha de limitarse a los hechos en positivo, sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) de 30-9-2010, rec. 186/2009. Y de pretender incluirse aquellos que sean negativos, esa misma resolución subraya su excepcionalidad, limitándolos a: "cuando la "ausencia del hecho" pueda trascender -al menos teóricamente- a la parte dispositiva". Siendo también interesante a estos últimos efectos la resolución de 6-2-1991, de ese mismo Tribunal, cuando recuerda que: "... respecto a la parte a la que incumbe probarlo, resulta de difícil justificación, por lo que, inevitablemente, se impone una inversión en la carga de la prueba, haciendo recaer sobre la parte contraria la demostración del hecho positivo contrario...".

La segunda estriba en que no se cita el documento o documentos de los unidos a los autos del que deducir el error in facto denunciado, y en cualquier caso no deviene relevante, por cuanto, y aun admitiendo a los meros efectos dialécticos que la empresa no contestara a la solicitud de concreción de jornada solicitada por la trabajadora ni abriera ningún período de negociación con la misma, ello trae causa en no haberse acreditado por la solicitante un cambio de circunstancias que provocasen una renegociación de su horario de trabajo, careciendo por ello de trascendencia para alterar el signo del fallo.

CUARTO.- En el segundo y último motivo, por el cauce del apartado c) del artículo 193 LRJS, denuncia infracción de lo preceptuado en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, arts. 45, apartados 1 y 2, y 47 de la LO 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en relación con los artículos 14, 39 y 9.2 de la Constitución Española, así como la "Jurisprudencia" contenida en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 25 de mayo de 2021, recurso de suplicación núm. 335/2021.

Sostiene, en esencia, no ha existido ningún proceso de negociación con la empresa a la medida de conciliación laboral y familiar solicitada; que cuando el derecho del trabajador de concreción de jornada entra en colisión con el derecho de dirección y organización empresarial hay que acudir a las circunstancias concretas de cada caso teniendo en cuenta que es una facultad del trabajador que no se supedita a razones organizativas de la empresa, salvo en supuestos en que se considere que el horario elegido afecta desproporcionadamente a la organización del trabajo, y sin perjuicio del trabajador de ejercitar el derecho conforme a la buena fe; que es al empresario al que incumbe demostrar razones más poderosas, normalmente organizativas, que impiden el turno fijo, y si entran en colisión ambos derechos es la trabajadora quien debe probar las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario; que la actora es madre de una niña nacida el NUM001 .2019 (f. 26), matriculada en el año académico 2022-2023 con un horario lectivo de lunes a viernes de 9:00 a 14:00 horas (f. 28), y el padre de la menor tiene un horario de lunes a domingo de 8:30 a 14.30 horas y de 15:30 a 17.30 horas (f. 34); que conforme a la doctrina judicial que cita correspondiente al TSJ de Canarias (las Palmas) una interpretación restrictiva de los derechos sobre conciliación familiar supone una discriminación indirecta



de las mujeres trabajadoras, lo que requiere acometer este tipo de asuntos realizando un análisis judicial con perspectiva de género; que la negativa de la empresa supone un incumplimiento contractual por parte de la misma del derecho a la concreción horaria que ostenta la trabajadora, incumplimiento que se entiende injustificado e irrazonable, entre otras razones, por desconocer las razones que han motivado tal denegación al no cumplir con las exigencias del art. 34.8 ET.

QUINTO.- Al recurso se ha opuesto la empresa en su escrito de impugnación haciendo valer que si después de pactarse un horario entre las partes dicho horario deviene en perjudicial para su conciliación familiar tiene que existir un cambio de circunstancias que en ningún caso ha conseguido acreditar la trabajadora. No tiene sentido proponer dos alternativas horarias a la empresa que eran perjudiciales para sus propios intereses y, con posterioridad, y una vez aceptada una de las alternativas, proponer una tercera opción obligando a la empresa a estar en un permanente estado de organización de horarios en función de los "caprichos" del trabajador. De hecho, sigue diciendo, la recurrente manifestaba que desde que había suscrito el pacto con el nuevo horario se había visto obligada a prestar servicios en domingos y festivos, no acreditando en ningún momento dicho extremo, como no podía ser de otra manera, puesto que no era cierto.

SEXTO.- Conforme dispone el artículo 34.8 del ET:

"Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

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

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

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

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

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

En su versión vigente (de 2019), el art. 34.8 ET reconoce el trabajador, para conciliar su vida familiar con la prestación de trabajo, un derecho a la adaptación de jornada de contenido mucho más amplio que el que albergaba su versión original. Más amplio porque el trabajador puede adaptar su jornada de maneras muy variadas; más amplio, también, porque el derecho de adaptación - aunque ubicado como integrante del régimen jurídico de la jornada- desborda la jornada para alcanzar el modo en que la prestación se lleva a cabo (trabajo a distancia); y más amplio, en fin, porque la nueva dicción -más garantista que la anterior- compele a la empresa a acoger el régimen de ejercicio propuesto por el trabajador o, en su defecto, a ofrecer alternativas que permitan el disfrute del derecho, admitiendo la negativa de la empresa sólo en última instancia y sólo cuando pueda legitimar su oposición en la existencia de una "razón objetiva".

Por su parte el art. 9 de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, dispone:

"Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible a que hace referencia el apartado 1 en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Los empleadores deberán justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas".

A ponderar también estos preceptos:



Art. 38 CE: " Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

Art. 39 CE: " 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Art. 14 CE: "*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*".

Lo primero que cabe destacar es que nos encontramos ante el ejercicio de un derecho de conciliación que, tal y como el TC ha considerado (STC 3/2007, de 15 de enero), tiene una dimensión constitucional que implica que tanto el derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como el mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE) deben prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. De este modo, los órganos jurisdiccionales cuando entren a resolver conflictos relacionados con el ejercicio de estos derechos, no pueden situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad ordinaria, sino que han de ponderar los derechos fundamentales en juego; lo que les obliga a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que la persona trabajadora alegue y la organización del tiempo de trabajo en la empresa, a fin de ponderar ambos elementos para determinar si existe o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional (STC 26/2011, de 14 de marzo).

La solicitud de la adaptación se circunscribe así hoy desde una perspectiva subjetiva a la necesidad de los trabajadores, hombres y mujeres, de conciliar la vida laboral con la vida familiar. En relación con ello el art. 34.8 ET incluye ahora una referencia que no aparecía anteriormente cual es la de la limitación de edad cuando el sujeto causante del ejercicio del derecho sea un hijo/a .

El límite que se establece es el de los doce años; concretamente se indica que "*en el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años*". Con esta referencia se está incorporando al derecho de adaptación la misma limitación por edad de los hijos aplicable a los supuestos de reducción de jornada por guarda legal de menores (art. 37.6 ET). Y así habrá que interpretar que solo podrá ejercerse el derecho de solicitud de adaptación para conciliación relacionada con hijos/as dentro de ese período de tiempo y no posteriormente.

El derecho regulado en el art. 34.8 alcanza objetivamente, tras la reforma de 2019, a presentar en la empresa una solicitud que puede consistir en: a) adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo b) adaptaciones en la ordenación del tiempo de trabajo c) adaptaciones en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia.

En relación con la adaptación de la duración y distribución (a), el alcance del precepto no presenta novedad alguna en la literalidad de la norma, dado que anteriormente ya se reconocía en estos términos. Son nuevas sin embargo las referencias a la ordenación del tiempo de trabajo (b) y también a la forma de prestación del servicio con particular mención del trabajo a distancia (c).

En primer lugar, el art. 34.8 ET alude, en relación con el ámbito objetivo del derecho que regula, al relativo a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo. Antes de la reforma de 2019 por la doctrina judicial y por la jurisprudencia el derecho que se reconocía al trabajador era el de modificar su jornada, pero sin reducción de la misma, poniendo así en relación el alcance de este derecho con el del derecho regulado en el art. 37.6 ET [Por ejemplo: STSJ de Andalucía de 23 de diciembre de 2008, Rec. 2059/08; STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 2008, Rec. 7922/06; STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 2007, Rec. 3653/08; STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 2017, Rec. 7164/2016].

El derecho a solicitar la adaptación de la jornada debe ejercitarse pues cuando la medida de conciliación en materia de tiempo de trabajo que requiera el trabajador consista en una adaptación de la jornada que se ajuste a sus necesidades de atención familiar y que puede consistir por ejemplo en: - una modificación de su horario de trabajo, un cambio de turno, el cambio a un horario exclusivo de mañanas, la aplicación de un horario flexible a la entrada y la salida del trabajo, la conversión en jornada continuada de la que no lo era, [STS de 24 de julio de 2017, Rec. 245/2016], el cambio a otro centro de trabajo [STSJ de Galicia de 21 de mayo de 2021, recurso 335/2021]. Pero no es un derecho absoluto y automático.



SÉPTIMO.- A tenor de la firme relación de probanzas tenemos, y en lo que aquí interesa, la actora es madre de una niña nacida el NUM001 .2019 (f. 26), matriculada en el año académico 2022- 2023 con un horario lectivo de lunes a viernes de 9:00 a 14:00 horas (f. 28). El padre de la menor tiene un horario de lunes a domingo de 8:30 a 14.30 horas y de 15:30 a 17.30 horas (f. 34)

Por carta de 13.03.2023 la actora solicitó adaptación de jornada concretando la misma en dos opciones:

De lunes a viernes de 9.30 a 15.30 horas en el centro de trabajo de la CALLE001 NUM002 de DIRECCION000

De lunes a sábado de 10:00 a 15:00 horas en el centro de trabajo de la CALLE000 NUM000 de Madrid (f. 45)

La empresa contestó el 23.03.2023 concediendo a la trabajadora la concreción horaria en el horario solicitado de lunes a sábados de 10:00 a 15:00 horas en el centro de trabajo de la CALLE000 NUM000 de Madrid y con efectos de 27.03.2023 (f. 46). Por burofax de 4.04.2023 la actora solicitó a la empresa una nueva concreción de jornada de lunes a viernes de 9:00 a 15:00 horas.

OCTAVO.- Las razones que justifican el rechazo del motivo dirigido a la censura jurídica son las siguientes:

En primer lugar, solo de una resolución del Tribunal Supremo es predicable su condición de jurisprudencia y de acuerdo a lo establecido en el art. 1.6, del Código Civil. Citaremos, en ese sentido, las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS), de 11-10-2001, rec. 344/2001 y 24-11-2015, rec. 298/2014, y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, también del TS, las de 18-7-2013, rec. 2235/10, 5-12-2013, rec 4825/10 y 26-12-2013, rec. 2315/2012. Lo cual, no obstante y matizamos, es extensible y asimilable a las sentencias del Tribunal Constitucional (TCO), de acuerdo a los números 1 y 4, del art. 5, de la Ley Orgánica del Poder Judicial-resolución 300/2006, por ejemplo-; y a las del TJUE, en consonancia a la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del mentado TCO. Por tanto, no puede ser invocada con esa finalidad la doctrina elaborada por los diversos Tribunales Superiores de Justicia, en este caso de lo Social - TS 2-4-2018, rec. 27/2017 y 9-12-2021, rec. 3340/2019-.

En segundo lugar, la empresa ha justificado en este caso su decisión tácita de no proceder a negociar ni atender la nueva concreción horaria de la trabajadora de trabajar de lunes a viernes, de 9,00 a 15,00 horas, dado que pocos días antes ya había atendido una de las opciones comunicada por la actora de trabajar de lunes a sábado de 10:00 a 15:00 horas, en el centro de trabajo de la CALLE000 NUM000 de Madrid, sin que, como cabalmente razona la Juez de instancia, hayan existido en tan corto espacio de tiempo, y una vez alcanzado el acuerdo con la demandante, nuevas circunstancias que exterioricen una necesidad que permita cambiar la adaptación pactada. Si no se ha probado que sus condiciones personales hayan cambiado desde el pacto de 23.03.2023 es porque no existe la necesidad de la adaptación.

En tercer lugar, la nueva adaptación de jornada solicitada por la actora, apenas una semana después a que le fuera concedida una previa adaptación de jornada, no resulta razonable ni proporcionada, dado que no ha cambiado el horario escolar de su hija ni tampoco el horario laboral del padre, y ni tan siquiera se ha acreditado la empresa haya incumplido lo pactado asignando a la trabajadora jornadas de trabajo en domingos y festivos, en lugar de las consensuadas de lunes a sábados de 10 a 15 horas en el mismo centro de trabajo.

En cuarto lugar, en estas condiciones, y como aduce la empresa, carece de sentido se le hayan propuesto dos alternativas horarias que eran perjudiciales para sus propios intereses y, con posterioridad, y una vez aceptada una de las alternativas, proponer la actora una tercera opción obligando a la empleadora estar en un permanente estado de organización de horarios en función de la conveniencia de la trabajadora.

Significar este derecho a la adaptación de la jornada no es un derecho absoluto e incondicionado debiéndose valorar las necesidades del trabajador (que habrá de acreditar y no lo hizo en el presente caso), y las de la empresa basadas en causas organizativas o productivas. El derecho de adaptación se encuentra sometido a un doble límite: que las medidas propuestas por el trabajador sean "*razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa*" y que sólo la concurrencia de "*razones objetivas*" resulte ser válida para legitimar la negativa de la empresa a aceptar esa adaptación "*razonable y proporcionada*" propuesta por el trabajador.

En quinto lugar, si bien la reforma de 2019 amplió de manera sustancial el alcance del derecho a la adaptación de la jornada para la conciliación de la vida familiar y laboral, evidenciando así el legislador la voluntad de fortalecer las herramientas que permitan la conciliación, ello no obstante, y como es lógico, el derecho de adaptación está sometido a ciertas limitaciones en las que el legislador demuestra que es también consciente de la necesidad de sujetar el ejercicio del derecho a la ponderación de los intereses en conflicto (los del titular del derecho de adaptación, las necesidades organizativas de la empresa y los derechos del resto de trabajadores). Por eso, y como ha quedado dicho, las medidas propuestas por el trabajador han de ser "*razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las*



necesidades organizativas o productivas de la empresa" y por eso sólo la concurrencia de "razones objetivas", aquí concurrentes, puede legitimar la negativa de la empresa.

En sexto lugar, no tiene sentido la invocación de la perspectiva de género cuando carece de cualquier incidencia en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades (STS, 4ª, de 27 de febrero de 2023, rec. 3225/2021).

NOVENO.- Habiendo quedado justificada la decisión de la empresa, no apreciamos indicios consistentes y sólidos de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, ni por tanto ha lugar a fijar indemnización.

La inversión de la carga de la prueba se establece a partir de la STCO 38/1981 y se construye en torno a la libertad sindical.

Como proclama la STCO 34/1984 la presunción del carácter discriminatorio opera sólo cuando nos movemos en el ámbito de actuación del principio de igualdad. Al trabajador corresponde probar que está en juego el factor que determina la igualdad y que el principio que la consagrara ha sido vulnerado, y en tal supuesto - porque existe, por ejemplo, una diferencia vinculada al sexo, afiliación sindical, etc.- es cuando el empresario deberá destruir la presunción probando que existe una causa justificadora suficiente. En los casos en que se alegue que el despido es discriminatorio o lesivo de algún derecho fundamental del trabajador, y tal alegación tenga reflejo en hechos de los que resulte un principio de prueba, una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión, el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión extintiva [STCO 21/1992, f. j. 3º, con cita de las SSTCO 38/1981, 104/1987, 114/1989, 135/1990 y 197/1990]. Esta doctrina responde no solamente a la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, sino a la dificultad que el trabajador encuentra a la hora de probar la existencia de una causa de despido discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales.

La finalidad de la prueba indiciaria es evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STCO 38/1986), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, es preciso algo más, permitiendo deducir que aquélla se ha producido (SSTCO 114/89, 21/92, 266/93, 180/94 y 85/95).

El doble elemento de la prueba indiciaria se articula en dos planos:

- a) El primero es la existencia de un fondo o panorama discriminatorio vulnerador de un derecho fundamental a partir de un indicio razonable.
- b) El segundo es la traslación de la carga de la prueba, recayendo sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación es absolutamente extraña a la vulneración de ese derecho fundamental.

No puede decirse, a la vista de este marco normativo, que exista una total exoneración de actividad probatoria de la parte actora, ni que se invierta por completo la atribución de la obligación de probar impuesta en el art. 217.2 y 3 LEC (STCO 90/1997). La prueba de la conducta impugnada corresponde al actor; lo que se produce es una atenuación de esa regla en atención a la dificultad que el trabajador encuentra a la hora de probar el móvil de la misma (STS 23-5-00, rec. 948/1999).

Se exige al demandante que aporte indicios de que la conducta impugnada tenía por finalidad la violación del derecho fundamental que alega se ha producido, alcanzando a cualquier derecho fundamental, incluso la garantía de indemnidad (STCo 183/2015). El demandante debe aportar un principio de prueba revelador de un panorama discriminatorio, sin que sea suficiente la mera afirmación (STS 22-1-08 rec. 1092/2007). Por indicios se entienden las señales o acciones que manifiesten de forma inequívoca algo oculto y se diferencian de las meras sospechas o conjeturas. Pero ha de tratarse de indicios concretos, serios, sólidos y consistentes que permitan poder llevar a cabo de modo inequívoco una deducción.

No puede exigirse al actor la aportación de prueba plena respecto de la relación entre la conducta impugnada y la circunstancia amparada en el derecho fundamental. Pero, quien invoca la vulneración del derecho fundamental, tiene la obligación de aportar un principio de prueba reveladora de la existencia de hechos de los que surja el indicio vehemente de la quiebra de ese derecho. No basta, por tanto, con la mera alegación del hecho tildado de antisindical o vulnerador de un derecho fundamental, sino que se han de acreditar aquellos indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato (SSTCO 148/1999; 29/2000; 214/2001; 14/2002; 29/2002; 30/2002; 66/2002; 84/2002; 114/2002, entre otras).

La actividad probatoria del demandante ha de versar sobre los hechos que generan sospecha de un móvil anticonstitucional y que provocan una presunción de vulneración. La prueba indiciaria se articula en un doble plano. El primero consiste en el deber de aportación de un indicio razonable de que el acto empresarial



lesiona el derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto lo que se denuncia y que, como es obvio, incumbe al trabajador denunciante. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, ni tampoco en la invocación retórica del factor protegido, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido.

Una vez se han aportado esos indicios por parte del demandante, el demandado tiene que llevar a cabo la prueba de la justificación y razonabilidad de su conducta (STEDH 13-4-06, Asunto Kosteski). Ha de acreditar que el acto perjudicial para el derecho fundamental tutelado estaba justificado. Al demandado se le impone la prueba de que su acto se debió únicamente a una causa legítima. Pero esta exigencia al empleador de acreditar que los criterios seguidos son ajenos a todo móvil de trato discriminatorio, por descansar en razones objetivas, sólo es procedente en aquellos casos en que la parte demandante aporte al proceso un mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia (SSTCO 41/1999; 183/2007).

La carga de la prueba resulta más gravosa para el demandado, puesto que, mientras que al actor le es suficiente con crear la duda en el juzgador sobre la motivación ilegítima, al demandado se le exige despejar totalmente esa duda. En lo que atañe a la carga probatoria del empresario, una vez aportado por el trabajador demandante un panorama indiciario, el TCo ha sentado una serie de criterios coincidentes en casos de muy diversa naturaleza, disciplinaria o de otro carácter (SSTCO 183/2015; 140/2014; 30/2002; 98/2003).

Sobre la parte demandada recae la carga de poner de manifiesto la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable la decisión adoptada.

Lo que se debe probar es que los hechos son ajenos a un móvil atentatorio de los derechos fundamentales invocados y que, por consiguiente, había causas reales y con entidad suficiente para adoptar la conducta impugnada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTCO 73/1998; 42/2002; 125/2008).

No se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales, sino de buscar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente extraño a todo propósito lesivo (STCO 49/2003).

El órgano judicial debe estar especialmente atento al cumplimiento de la carga probatoria. En un proceso de tutela caracterizado por sus dificultades probatorias, el juez o tribunal viene obligado a velar por que las pruebas admitidas sean aportadas al proceso en los términos requeridos con la finalidad de que el demandante pueda acreditar unos indicios suficientes para invertir el "onus probandi" (STC 41/1999).

Lo hasta aquí señalado, se ha de completar con las siguientes indicaciones, al hilo de la doctrina acuñada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 25 de mayo de 2023 (Rec. 1602/2020):

1º) No toda decisión empresarial denegatoria de la concreción horaria de la jornada de trabajo por razones de guarda legal solicitada por una mujer trabajadora implica necesariamente una discriminación por razón de sexo.

2º).- En los litigios que se sustancian en esta materia, la denuncia por la mujer trabajadora de la infracción del art. 14 de la Constitución debe ir acompañada, al margen de los hechos que hayan de valorarse a la hora de ponderar los derechos e intereses en conflicto en el ámbito de la legalidad ordinaria, de la aportación de indicios que pongan de manifiesto que la decisión empresarial pretendió desconocer y conculcar el derecho fundamental indicado, supuesto en el que corresponderá a la parte demandada demostrar que la adoptada fue ajena a ese propósito.

3º) La falta de justificación en el proceso de las causas organizativas alegadas por la empresa para no acceder a la concreción horaria pedida por la interesada no constituye en sí misma un indicio de la existencia de una discriminación por razón de sexo que permita aplicar la regla de la inversión de la carga probatoria. Para ello, será preciso que medien indicios de que la denegación está conectada con un móvil discriminatorio por razón de sexo.

Cuanto antecede conduce a desestimar el recurso confirmando la sentencia recurrida al no haberse infringido la normativa denunciada.

Sin costas, dada la condición con que litiga la recurrente (art. 235 LRJS).



Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación nº **994/2023** interpuesto por Doña Marí Trini contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Madrid de 4 de septiembre de 2023, en sus autos nº 478/2023, seguidos por la recurrente frente a ESTABLECIMIENTOS PLAZA S.A, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, confirmando lo resuelto en la misma.

Sin costas

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 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

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 número 2826000000099423.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, 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.