



Roj: **STSJ GAL 150/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:150**

Id Cendoj: **15030340012017100082**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **16/01/2017**

Nº de Recurso: **3940/2016**

Nº de Resolución: **282/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA - SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO

-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2016 0000629

Equipo/usuario: MM

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003940 /2016- RMR

Procedimiento origen: DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 0000223 /2016

Sobre: OTROS DCHOS. LABORALES

RECURRENTE/S D/ña Delia

ABOGADO/A: BRAIS GONZALEZ PEREZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL, CORPORACION RADIO E TELEVISION DE GALICIA SA

ABOGADO/A: ANTIA CELEIRO MUÑOZ

PROCURADOR: MARIA DOLORES LUISA VILLAR PISPIEIRO

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO. SR. D. JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO

ILMO. SR. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA

ILMO. SR. D. MANUEL CARLOS GARCÍA CARBALLO

EN A CORUÑA, A DIECISÉIS DE ENERO DE DOS MIL DIECISIETE.

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 0003940 /2016, formalizado por D/D^a Delia , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL 0000223 /2016, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Delia presentó demanda contra CORPORACION RADIO E TELEVISION DE GALICIA SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia, de fecha veintisiete de mayo de dos mil dieciséis.

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

"PRIMERO: La actora presta servicios por cuenta de la demandada con la categoría profesional de redactora como personal laboral indefinido no fijo y con una antigüedad de 4 de enero de 1995. (Acreditado por el documento numero 1 aportado por la parte actora). SEGUNDO: La demandante presentó las siguientes solicitudes a la **CRTVG**: en fecha 1 de abril de 2015 interesando hacer sustituciones del personal por vacaciones en la delegación de Lugo y que se convoque un concurso de traslados. El 29 de mayo de 2015 presenta escrito interesando nuevamente sustituir en Lugo y la convocatoria de concursos de traslado. En la misma fecha presentó un segundo escrito interesando el cambio para el turno de fin de semana por motivo de **conciliación**. El 15 de julio de 2015 interesa nuevamente el traslado a la delegación de Lugo, sustituir a trabajadores en la misma y el cambio de turno para el fin de semana. Alega que tiene una hija de 15 meses, una madre dependiente con minusvalía y que padece de migrañas, considerando que el cambio de turno le ayudaría a mitigar dicha dolencia. Reitera dicha petición de cambio para fin de semana el 22 de julio de 2015. El 5 de agosto de 2015 la demandada deniega la solicitud de cambio al turno de fin de semana alegando que no hay disponibilidad para hacer el cambio, estando ocupados todos los turnos de fin de semana, aduce que el redactor nombrado miembro del Consejo de Administración aún no se había incorporado al mismo por lo que continuaba en su puesto, anuncia la posibilidad de estudiar dicha cuestión una vez se produzca la incorporación al Consejo de administración y alega que quedaría desatendida el turno de mañana en que presta servicios la actora con una desestabilización de la programación matutina y perjudicaría a terceros, pues obligaría a cambiarle el turno a terceros trabajadores que tienen asignado el turno de fin de semana. El 18 de agosto de 2015 la actora interesa poder efectuar sustituciones en Lugo. El 23 de septiembre de 2015 reitera la petición de realizar sustituciones en Lugo. El 25 de septiembre de 2015 la demandada concede a la actora la adscripción temporal a la delegación de Lugo por el período desde el 28 de septiembre al 11 de octubre de 2015 ambos incluidos en horario intensivo de fin de semana. El 13 de enero de 2016 presenta nuevo escrito interesando el cambio al turno de fin de semana por razones de **conciliación** y de salud, al entender que al tener que madrugar menos días y efectuar el desplazamiento menos días contribuiría a una mayor higiene del sueño y a la reducción del número y frecuencia de las migrañas. (Acreditado por el documento número 4 de la parte demandada y documento de igual número de la parte actora). TERCERO: El 28 de enero de 2016 la demandante petitiona nuevamente a la empresa la atribución del turno de fin de semana ante la existencia de la vacante dejada por el redactor nombrado para el Consejo de administración. La empresa deniega dicha petición el 23 de febrero de 2016 por las razones que obran el documento acompañado a la demanda que se da por reproducido. (Acreditado por los documentos acompañados a la demanda). CUARTO: La demandante tiene una hija menor, nacida el NUM000 de 2014. Esta matriculada en la escuela infantil municipal "Gregorio Sanz" desde el 11 de septiembre de 2014 en horario de 8 a 15.30 horas. El padre de la hija menor y pareja de hecho de la actora cursa estudios en el ciclo formativo de grado superior de eficiencia energética y energía solar térmica en el horario lectivo de 8.30 a 14.45 horas con sesiones complementarias en ocasiones por la tarde (documentos número 9 a 15 del ramo de prueba de la parte actora y hechos no discutidos). QUINTO: La madre de la actora tiene reconocida una discapacidad del 65% y es atendida de forma preferente por la demandante (Hecho no controvertido y acreditado por la prueba documental de la parte actora). SEXTO: La demandante estuvo incurso en un proceso de incapacidad temporal desde el 20 de enero de 2016 al 26 de abril de 2016. Dicho proceso de IT no fue por su patología de migrañas. Fue reconocida por el servicio de vigilancia de la salud, Mugatra Sociedad de Prevención SLU, el cual en fecha 9 de mayo de 2016 califica a la actora apta para su trabajo con restricciones y no considera adecuado que la actora realice turno en fin de semana, porque al ser un horario prolongado no contribuirá a una mejor higiene del sueño y empeorará la patología



que refiere la trabajadora en el reconocimiento médico practicado (Acreditado por el documento número 2 del ramo de prueba de la parte demandada y el interrogatorio de la demandante). SÉPTIMO: La actora presenta crisis frecuentes de migraña con aura que en ocasiones precisa analgesia intravenosa. Está a seguimiento por dicha dolencia por el servicio de neurología del CHUS. El 4 de mayo de 2015 es atendida en urgencias por cefalea. En agosto de 2015 es diagnosticada de taquicardias de estrés. (Acreditado por la documentación médica acompañada por la parte demandante). OCTAVO: D. Diego es nombrado desde el 1 de enero de 2016 conselleiro del órgano de administración de la TVG SAU. Con fecha de inicio el 11 de enero de 2016 la demandada suscribe un contrato de interinidad con D.^a Sonsoles para sustituir al Sr. Diego mientras dure la excedencia especial por su nombramiento como miembro del Consejo de administración de la **CRTVG SA**. (Acreditado por los documentos número 7 y 8 del ramo de la prueba de la parte demandada. NOVENO: En la entidad demandada disfrutaban de concreción horaria en el turno intensivo de fin de semana cuatro trabajadores, los cuales tienen una reducción de jornada y tenían su jornada ya en fin de semana cuando se aplica el horario reducido (Acreditado por el documento aportado por la TVG a petición de la parte actora). DÉCIMO: En los años 2011 y 2012 hubo varios trabajadores que pasaron a realizar jornada intensiva de fin de semana, pese a estar realizando jornada de mañana o por turnos rotatorios. En un caso por razón de estudios. En tres casos por razón de **conciliación** de la vida familiar se concedió por la empresa y en otros dos casos fue acordado por sentencia judicial. (Acreditado por la testigo miembro del comité de empresa). DÉCIMO PRIMERO: La actora abonó por la guardería de su hija 147,85 euros mensuales por los meses de mayo, junio y julio de 2015 y en curso académico actual abona 59,10 euros mensuales (Acreditado por la prueba documental de la parte demandante).

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

"FALLO: Que debo desestimar y DESESTIMO la demanda presentada por D^a Delia contra la Corporación de Radio e Televisión de Galicia SA y en consecuencia absuelvo a la misma de los pedimentos contenidos en la demanda".

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La trabajadora demandante, vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra a) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, al amparo de su letra b), la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas. Opuesta a los expuestos motivos de suplicación, la parte demandada, ahora recurrida, solicita, en su impugnación del recurso de suplicación, su desestimación y la confirmación de la sentencia de instancia.

El Ministerio Fiscal, aunque no recurrió ni se adhirió al recurso, solicitó en instancia la estimación de la demanda con una indemnización de 2.000 euros.

SEGUNDO. Respecto a la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, se alega (1) la violación de la inversión de la carga de la prueba de la discriminación por razón de sexo recogida en el artículo 13 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de enero, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en el artículo 118.2 (sic, la recurrente debe querer referirse al 181.2) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, y (2) la violación del principio de contradicción por incorporación de prueba sorpresiva contraria al artículo 24, apartados 1 y 2, de la Constitución Española.

TERCERO. En cuanto a la violación de la inversión de la carga de la prueba de la discriminación por razón de sexo recogida en el artículo 13 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de enero, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en el artículo 181.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, se argumenta, dicho en apretada esencia, en que, a pesar de que, al entender de la recurrente, la falta de contestación y, en caso de contestar, la contestación a destiempo y por motivos diferentes de las numerosas peticiones de la trabajadora recurrente en relación con el ejercicio de sus derechos de **conciliación** de la vida personal, familiar y laboral constituyen indicios o principios de prueba de la vulneración del principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres, la juzgadora de instancia ni ha invertidos los roles procesales en el acto del juicio oral ni ha utilizado el razonamiento propio de la inversión de la carga de la prueba de la discriminación por razón de sexo en la fundamentación jurídica de su sentencia. Tal impugnación no se acoge (1) porque no canaliza, como sería lo propio, una pretensión de nulidad de las actuaciones, bien del juicio por no inversión de los roles procesales que, al entender de la recurrente, exige la inversión de la carga de la prueba de la discriminación por razón de



sexo, bien de la sentencia por defectos en su motivación, pues lo único pretendido en el suplico del escrito de interposición del recurso de suplicación es, con revocación de la sentencia de instancia, la estimación de la demanda rectora de las actuaciones, lo que sin ser decisivo -pues se trataría de un eventual defecto subsanable si de la argumentación del motivo se derivase tácitamente la pretensión de nulidad- sí resulta ser demostrativo de la verdadera voluntad de la trabajadora recurrente y traslaticiamente de la real naturaleza sustantiva de este motivo de suplicación, (2) porque la trabajadora en ningún momento ha realizado protesta formal en relación con los supuestos defectos procesales ahora alegados, y si bien ello no resulta exigible cuando no hay oportunidad procesal de realizarla -como ocurre si el defecto se imputa a la sentencia-, la trabajadora ha argumentado que la inversión de la carga de la prueba de la discriminación por razón de sexo conduce a una inversión de los roles procesales, con lo cual -en lógica coherencia con esa argumentación- debería haber formulado una protesta, (3) porque la mal denominada doctrina de la inversión de la carga de la prueba de la discriminación o vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas no implica una inversión de roles procesales como la que se puede apreciar en el juicio de despido -donde el empresario es el primero que realiza alegaciones, el primero que propone y practica prueba, y el primero que concluye-, sino que solo se proyecta sobre la distribución de las cargas probatorias de las partes litigantes para facilitar la acreditación de conductas anticonstitucionales normalmente ocultas bajo apariencias de legalidad -de ahí, dicho sea de paso, la mayor corrección de denominarla como doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba, y no de inversión de la carga de la prueba-, y (4) porque el eventual incumplimiento en la motivación de la sentencia de instancia de la doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación por razón de sexo no constituye una auténtica impugnación procesal, sino, puesta en relación con las normas sustantivas o de la jurisprudencia relativas a la vulneración del principio de igualdad de mujeres y hombres, una verdadera denuncia jurídica dirigida a acreditar una discriminación por razón de sexo en la conducta de la empleadora para con la trabajadora, de ahí que lo propio será desplazar el conocimiento de este aspecto de este motivo al análisis de las denuncias jurídicas que se realizará más adelante dentro de nuestra Sentencia.

CUARTO. En cuanto a la violación del principio de contradicción por incorporación de prueba sorpresiva contraria al artículo 24, apartados 1 y 2, de la Constitución Española, se argumenta, dicho en apretada esencia, en que la empleadora demandada ha presentado las conclusiones de un reconocimiento médico en el acto del juicio oral para justificar la denegación de las solicitudes de ejercicio de los derechos de **conciliación** de la trabajadora demandante sin que, con anterioridad, hubiera alegado esos motivos de denegación, lo cual supone una actuación sorpresiva causante de indefensión. Tal impugnación no se acoge (1) porque, como ocurría con el anterior motivo de impugnación procesal, no se acompaña de la correspondiente pretensión de nulidad de actuaciones, que en este caso afectaría al propio juicio oral, y (2) porque, como asimismo ocurría en este caso con uno de los aspectos del anterior motivo de impugnación procesal, no se ha formulado protesta en tiempo y forma, con lo cual en modo alguno se puede considerar haya habido una efectiva indefensión. Desestimación del motivo de impugnación procesal que no nos impedirá verificar, en sede jurídica, si en la realización del reconocimiento médico o en su utilización como causa de denegación se han respetado los derechos constitucionales implicados, y, en particular, el derecho a la intimidad personal.

QUINTO. Respecto a la revisión de los hechos probados, la parte recurrente pretende la supresión del último párrafo del hecho probado sexto, donde se dice que "(la demandante) fue reconocida por el servicio de vigilancia de la salud, Mugatra Sociedad de Prevención SLU, el cual en fecha 9 de mayo de 2016 califica a la actora apta para su trabajo con restricciones y no considera adecuado que la actora realice turno en fin de semana porque al ser un horario prolongado no contribuiría a una mejor higiene del sueño y empeorará la patología que refiere la trabajadora en el reconocimiento médico practicado", justificando la supresión en consideraciones de índole procesal -se alega que se presentó el documento donde se recogen las conclusiones del reconocimiento médico realizado el mismo día del juicio oral sin conocimiento previo de la trabajadora demandante-, probatorio -se alega que el reconocimiento médico no tiene valor probatorio como informe de aptitud en atención a diversas argumentaciones- y sustantivo -se alega el carácter inconstitucional del reconocimiento médico y/o de su utilización-. Tal entremezclamiento de razonamientos obliga a precisar, en cuanto a las consideraciones de índole procesal, que ya se han examinado en anteriores fundamentos de derecho, y en cuanto a las consideraciones de índole sustantivo, que se examinarán en posteriores fundamentos de derecho. Con respecto a las consideraciones de índole probatorio, que son las únicas que afectan al aspecto de revisión fáctica suplicacional, y que, por consiguiente, son las únicas a examinar en el presente fundamento de derecho, debemos rechazarlas pues pretenden realizar una valoración de una prueba documental / pericial que ya ha sido valorada por la juzgadora de instancia, sin que en esa valoración se aprecie un error valorativo notorio, con lo cual la verdadera pretensión de la recurrente es sustituir el criterio judicial, por definición imparcial, por el suyo de parte, por definición parcial. Además, la Sala no acaba de entender muy bien esta pretensión de supresión pues precisamente en el análisis de las denuncias jurídicas es trascendental conocer el alcance del reconocimiento médico, y de cómo sus conclusiones han sido utilizadas, para verificar



si efectivamente en su realización o en su utilización se han respetado los diversos derechos constitucionales implicados, y, en particular, el derecho a la intimidad personal.

SEXTO. Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se denuncia (1) la infracción del artículo 22, apartados 1, 3, 4 y 6, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, argumentando, dicho en apretada esencia, que los resultados del reconocimiento médico realizado a la trabajadora demandante no se le comunicaron hasta después de la vista, que el reconocimiento médico no se utilizó con la finalidad preventiva para la cual se encuentra legalmente previsto, que la comunicación a la empresa de la actividad de vigilancia de la salud se realizó de una manera amplia sin limitarse a las conclusiones, que la facultativa que lo realizó no era especialista en neurología, y que los datos relativos a la vigilancia de la salud han sido utilizados en perjuicio de la trabajadora, y (2) la infracción de los artículos 10.1 y 18.1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y de los artículos 14 y 39 de la Constitución Española en cuanto sustento de los derechos de **conciliación** de la vida personal, familiar y laboral, argumentando, dicho en apretada esencia, que, a los efectos de respetar la autodeterminación de las personas y evitar una actuación empresarial paternalista, la salud de la trabajadora solo en circunstancias excepcionales puede convertirse en motivo para denegar un derecho de **conciliación** cuando es que esta clase de derecho encuentra una directa vinculación con el derecho a la igualdad de ambos sexos.

A la vista de las argumentaciones desplegadas en estos dos motivos contruidos como de denuncia jurídica, y en el motivo contruido como de impugnación procesal por violación del artículo 13 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de enero, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y del artículo 181.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en su concreto aspecto relativo a la existencia de eventual defecto en la motivación de la sentencia, son aspectos de un mismo hilo argumental cuya pretensión última es el reconocimiento del derecho a **conciliación** que en la demanda se pretende, siendo esta en consecuencia la pretensión dentro de la que se contextualizan todos los anteriores motivos, así como los argumentos en los que se construyen, de manera que esos motivos y sus argumentaciones no se analizarán más allá de lo que sería conducente para la estimación o desestimación de dicha pretensión.

Tal pretensión última se construye sobre el sustento del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual "el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la **conciliación** de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella (y) a tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la **conciliación** de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas", en relación ese artículo con el artículo 33.4.2 del Convenio Colectivo de la Compañía de Radiotelevisión de Galicia y sus sociedades, según el cual "a empresa facilitara# a aqueles/as traballadores/as con fillos/as menores de doce anos ou con conviventes dependentes, na medida que o permita a organización da actividade, a elección de horario dentro das franxas horarias que se utilicen en cada departamento ou unidade", agregándose al efecto en el artículo 34.2.3 que "o dereito preferente a elixir horario regulado aplicárase cando se produza unha vacante nun posto de traballo ou se xere unha nova necesidade, e non cando implique modificar horarios doutros traballadores/as".

Sobre el sustento de estas normas jurídicas y a la vista de los hechos declarados probados, la juzgadora de instancia argumenta, rechazando los alegatos de la empleadora, que la pretensión de la trabajadora no puede ser desestimada por suponer un cambio de jornada continuada a jornada intensiva, ni tampoco por existir razones empresariales insuperables, como lo corrobora además la existencia de una vacante en el turno de jornada intensiva.

Dado que estos razonamientos no han sido objeto de impugnación por la trabajadora recurrente en cuanto que obviamente le benefician, es conveniente ratificarlos antes de entrar a analizar los motivos del recurso de suplicación.

El razonamiento de que la pretensión de la trabajadora no puede ser desestimada por suponer un cambio de jornada continuada a jornada intensiva debe ser ratificado, en primer lugar, porque -como correctamente apunta la juzgadora de instancia- en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores no se establece -a diferencia de lo establecido para la reducción de jornada por motivos de **conciliación** en el artículo 37.5-6 del Estatuto de los Trabajadores- que el derecho que contempla haya de constreñirse a la jornada ordinaria de trabajo, y así lo viene a ratificar el propio artículo 34.8 cuando contempla como fórmulas a promover la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos, y, en segundo lugar, porque el artículo 33.4.2-3 del Convenio Colectivo de la Compañía de Radiotelevisión de Galicia y sus sociedades viene a desarrollar la norma estatutaria en esa misma línea de



no constreñir el derecho a la adaptación de la jornada de trabajo al régimen de jornada, condicionamiento no contemplado en la norma convencional que solamente condiciona el derecho a que lo permita la organización de la actividad y a que se ejercite dentro de la franja horaria que se utilice en cada departamento o unidad, de ahí precisamente que cuando exista una vacante en un puesto de trabajo o una nueva necesidad empresarial -que vendría a demostrar que la organización de la actividad permite el ejercicio del derecho y que este se realiza dentro de la franja horaria que se utiliza dentro de cada departamento o unidad- el derecho se considerará como ejercitable sin poderse denegar por razones empresariales.

El razonamiento de que la pretensión de la trabajadora no puede ser desestimada por existir razones empresariales insuperables, como lo corrobora además la existencia de una vacante en el turno de jornada intensiva, debe ser ratificado a la vista de las argumentaciones anteriores proyectadas sobre los incombustibles hechos declarados probados, según los cuales la empleadora ha acudido a la contratación de personal laboral para cubrir la excedencia de un trabajador adscrito al turno de fin de semana -según se detalla en el hecho probado octavo-, y más aún si consideramos -como con valor de hecho probado se afirma en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia- que la trabajadora contratada interinamente para cubrir la excedencia hubiera preferido cubrir la vacante que dejaría la propia trabajadora demandante si se la hubiera adscrito como pretendía a la jornada intensiva del fin de semana.

Hechas estas precisiones, analizaremos seguidamente las dos denuncias jurídicas instrumentadas en el escrito de interposición del recurso de suplicación, en relación con las reglas sobre flexibilización de la prueba de la discriminación o vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas.

SÉPTIMO. En cuanto a la infracción del artículo 22, apartados 1, 3, 4 y 6, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, se argumenta, dicho en apretada esencia, en que los resultados del reconocimiento médico realizado a la trabajadora demandante no se le comunicaron hasta después de la vista, en que el reconocimiento médico no se utilizó con la finalidad preventiva para la cual se encuentra legalmente previsto, en que la comunicación a la empresa de la actividad de vigilancia de la salud se realizó de una manera amplia sin limitarse a las conclusiones, en que la facultativa que lo realizó no era especialista en neurología, y en que los datos relativos a la vigilancia de la salud han sido utilizados en perjuicio de la trabajadora, argumentaciones que se conectan en el escrito de interposición del recurso de suplicación con las precisiones del artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales según las cuales "los resultados de la vigilancia a que se refiere el apartado anterior serán comunicados a los trabajadores afectados" -apartado 3-, "el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva" -apartado 4-, y "las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada" -apartado 6-, infracciones todas las cuales - según razona la recurrente- confluyen en la infracción de la norma más genérica según la cual "los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador" -apartado 4-.

Todas estas normas deben ponerse en relación con la contenida en el apartado 1 del mismo artículo 22 -que, por cierto, se alega en la invocación del motivo de denuncia jurídica, pero sobre la cual nada se dice en su desarrollo-, según la cual "el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo". Como hemos dicho en nuestra Sentencia de 18 de junio de 2012, Procedimiento 7/2012, "el párrafo primero del artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece un auténtico deber del empresario al erigirlo en garante, frente a los trabajadores, de la vigilancia periódica de su estado de salud, sirviendo de cimiento al principio último de la vigilancia de la salud: el principio de la máxima eficacia preventiva, que obliga al empresario a su realización hasta el tope de ese ámbito y se concreta en exámenes médicos e incluso psicosociales, efectuados por personal sanitario competente, en colaboración con el Sistema Nacional de Salud". Se produce así una cierta tensión dialéctica entre el principio de máxima eficacia preventiva, que obliga al empresario a posibilitar la vigilancia de la salud, y las demás normas establecidas en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales -y en concreto las denunciadas en el motivo como infringidas-, que limitan o restringen el deber del empresario en conexión con derechos constitucionales -y en particular la indemnidad física y psíquica del artículo 15 de la Constitución Española, y la intimidad personal del artículo 18 de la Constitución Española-.

Ahora bien, esta denuncia jurídica no puede pretender una revisión general de la constitucionalidad o de la legalidad del reconocimiento médico pues eso estaría descontextualizado con respecto a la pretensión formalizada en la demanda rectora de las actuaciones, de ahí que nuestro análisis se limitará a verificar si el reconocimiento médico en sí mismo o por su utilización se puede considerar como instrumentalmente



buscado para construir una causa denegatoria válida de la pretensión de la demanda rectora de las actuaciones.

Contextualizada así la denuncia jurídica, los argumentos en los cuales la misma se sustenta deben ser en parte acogidos porque no hay datos fácticos que permitan considerar que el reconocimiento médico en sí mismo considerado se ha realizado con la finalidad de crear una causa de denegación del ejercicio del derecho de **conciliación** de la trabajadora, pero sí los hay para considerar que se han utilizado a conveniencia para justificar la denegación de dicho derecho.

No hay datos fácticos que permitan considerar que el reconocimiento médico en sí mismo considerado se ha realizado con la finalidad de crear una causa de denegación del ejercicio del derecho de **conciliación** de la trabajadora, porque el reconocimiento, respetando lo establecido en orden al principio de voluntariedad en el artículo 22.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, ha sido voluntariamente aceptado por la trabajadora -hecho no cuestionado-, porque fue realizado por el servicio de prevención por facultativa especialista en medicina del trabajo -hecho probado sexto-, con lo cual se cumple lo exigido al efecto en el artículo 37 del Reglamento de los Servicios de Prevención, y porque no resulta acreditada una realización del reconocimiento médico fuera de los parámetros temporales considerados en el artículo 22.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el artículo 37 del Reglamento de los Servicios de Prevención -que exigen el reconocimiento a causa de la movilidad del puesto de trabajo, después de una baja prolongada o a intervalos periódicos-.

Pero sí hay datos fácticos que permiten considerar que las conclusiones emanadas del reconocimiento se han utilizado a conveniencia para justificar la denegación del ejercicio del derecho de **conciliación** de la trabajadora, pues, aunque es verdad que, como conclusión del reconocimiento médico, se considera inadecuada la realización de una jornada intensiva de fin de semana "porque al ser un horario prolongado no contribuiría a una mejor higiene del sueño y empeorará la patología que refiere la trabajadora en el reconocimiento médico" -según se recoge en el hecho probado sexto-, estamos -a la vista de sus términos literales- ante una mera recomendación -no ante una declaración de no aptitud- que pugna cuando menos con otras dos circunstancias que la empleadora debió tomar en consideración para decidir y sin embargo no lo hizo:

- La primera es la de que la única eventual perjudicada por el incumplimiento de la recomendación es la propia trabajadora demandante, que, a pesar de ello, insiste en su pretensión de **conciliación**, circunstancia que la empleadora debió tomar en consideración para decidir y sin embargo no lo hizo, pues a ello le obligaba el respeto a los derechos fundamentales de la propia trabajadora demandante. Resulta oportuno recordar que el artículo 22, apartado 1, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales excluye de la voluntariedad de los reconocimientos médicos aquellos que sean imprescindibles para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, y que, interpretando esta posibilidad, la STC 196/2004, de 15 de noviembre, ha establecido que "la obligatoriedad no puede imponerse ... si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquel ... es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometándose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión". Pues bien, si proyectamos mutatis mutandis esta argumentación sobre la utilización de los datos de la vigilancia de la salud, debemos concluir que solo si hay un riesgo o peligro cierto objetivable en la realización de la jornada intensiva de fin de semana se podría justificar la restricción de su realización por la demandante, pero no si solamente está en juego la salud de la propia trabajadora, que es el caso pues eso es precisamente lo único que se puede deducir del reconocimiento médico.

- La segunda es la de que el derecho en conflicto entre las recomendaciones derivadas del reconocimiento médico y las pretensiones de la trabajadora son los derechos de **conciliación**, circunstancia que la empleadora también debió tomar en consideración para decidir y sin embargo tampoco hizo, pues, aunque en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no hay una referencia específica a la igualdad de género, no debemos olvidar que, el principio igualdad de trato y oportunidades es informador de todo el ordenamiento jurídico - artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres-, y se proyecta en especie sobre la salud laboral - artículo 5.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales-, de ahí que en la elaboración y en la aplicación de los protocolos médicos se deba considerar, para evitar una desventaja particular de las mujeres, que estas habitualmente dedican más tiempo que los hombres a las tareas domésticas a pesar de asumir también tareas laborales como los hombres, padeciendo así una doble jornada. No consta en autos si esa variable se ha tomado en consideración o no a la hora de elaborar el protocolo médico que se le aplicó a la trabajadora, o, dicho de manera más general, si se incluía un cuestionario de riesgos psicosociales con extremos relativos a la **conciliación** de la vida personal, familiar y laboral. Pero lo que sí está fuera de toda duda es que ni eso se ha considerado a la hora de realizar las conclusiones, ni a la hora de aplicarlas, es decir no se ha valorado en ningún momento en qué medida la opción pretendida por la



trabajadora hubiera repercutido cuando menos en una mejor sensación de **conciliación** por la trabajadora, y cómo ello podría incluso mejorar su salud -según la propia trabajadora ha alegado en alguna de sus solicitudes, véase en concreto la de 13.1.2016 a que se hace alusión en el hecho probado segundo-.

Resumiendo, la utilización por la empleadora demandada de los datos de la vigilancia de la salud de la trabajadora demandante para justificar la denegación de su pretensión de ejercitar un derecho de **conciliación** de la vida personal, familiar y laboral se ha realizado a conveniencia, y no dentro de los parámetros legales y constitucionales dentro de los cuales se pueden utilizar esos datos con una estricta finalidad preventiva, pues se ha tomado como circunstancia decisiva para la decisión denegatoria una recomendación contenida en las conclusiones médicas que, en sus propios términos literales, es una mera recomendación y no una declaración de no aptitud para el trabajo, obviando tomar en consideración tanto la decisión de autodeterminación de la trabajadora demandante como el carácter constitucional del derecho de **conciliación** cuyo ejercicio pretende, lo que tropieza con el ámbito de libre desarrollo de la personalidad fundado en la dignidad, indemnidad, libertad e intimidad de la persona - artículos 10, 15, 17 y 18 de la Constitución Española-, y, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, constituyendo un incumplimiento del artículo 22.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en cuanto en el mismo se dice que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados en perjuicio de la persona trabajadora.

OCTAVO. En cuanto a la infracción de los artículos 10.1 y 18.1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y de los artículos 14 y 39 de la Constitución Española en cuanto sustento de los derechos de **conciliación** de la vida personal, familiar y laboral, se argumenta, dicho en apretada esencia, en que, a los efectos de respetar la autodeterminación de las personas y evitar una actuación empresarial paternalista, la salud de la trabajadora solo en circunstancias excepcionales puede convertirse en motivo para denegar un derecho de **conciliación** cuando es que esta clase de derecho encuentra una directa vinculación con el derecho a la igualdad de ambos sexos. Tal denuncia se acoge una vez se pone en relación con la exitosa denuncia jurídica anterior y con el motivo construido como de impugnación procesal por violación del artículo 13 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de enero, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y del artículo 181.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. Y es que existen, en efecto, razonables indicios o principios de prueba de vulneración del derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la medida en que el principal motivo denegatorio alegado -el de que el redactor destinado en el turno de fin de semana no se había incorporado como miembro del consejo de administración, llegándose a afirmar en la respuesta dada a 5.8.2015 que, cuando se incorporase, se estudiaría de nuevo la pretensión conciliatoria, lo que, como se verá de seguido, o no se hizo o si se hizo fue para desconocer los derechos de la trabajadora demandante- a las numerosas solicitudes -algunas ni siquiera contestadas expresamente- dirigidas a lo largo de 2015 por la trabajadora a la empleadora -se detallan en el hecho probado segundo- pierde vigencia desde el 1.1.2006 -en cuanto el redactor de que se trata se incorpora entonces como miembro del consejo de administración, hecho probado octavo-, pasándose desde entonces a denegaciones de tipo genérico - como la de afectación de derechos de terceros sin concretar quienes son los terceros que verían afectados sus derechos, siendo verosímil concluir que ningún tercero vería afectado sus derechos dada la existencia de una vacante en el turno intensivo de fin de semana, sin que altere esta conclusión el que la vacante hubiera sido cubierta a través de la contratación de personal temporal, pues tal actuar supone un más frontal incumplimiento de los derechos de **conciliación** de la trabajadora al preterirla en su derecho-, y ya en última instancia alegando en el acto del juicio oral un sobrevenido impedimento médico -sobrevenido porque el reconocimiento médico es posterior a la fecha de las solicitudes, compárense al efecto las fechas reflejadas en los hechos probados tercero y octavo- que -como se ha razonado en el anterior fundamento de derecho- supone una inapropiada actitud paternalista desconocedora tanto de la decisión de autodeterminación de la trabajadora demandante como del carácter constitucional del derecho de **conciliación** cuyo ejercicio pretende, acabando así de configurar desde el 1 de enero de 2016 un panorama indiciario o principio de prueba de una conducta empresarial de incumplimiento injustificado del derecho a la **conciliación** que a la trabajadora demandante se le reconoce en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 33.4.2-3 del Convenio Colectivo de la Compañía de Radiotelevisión de Galicia y sus sociedades, sin que -según asimismo hemos razonado en detalle en anteriores fundamentos jurídicos de nuestra Sentencia- las alegaciones de la empleadora demandada en orden a denegar el derecho de la trabajadora demandante reconocido en esas normas sean de recibo porque no es causa suficiente -de acuerdo con las mismas- que la pretensión de la trabajadora suponga un cambio de jornada continuada a jornada intensiva, y porque no existen razones empresariales insuperables para -de acuerdo con las mismas- negar el derecho, como lo corrobora la existencia de una vacante en el turno de jornada intensiva.

Conviene precisar, en todo caso, que -según hemos razonado en Sentencias anteriores a la presente que arrancan a lo menos desde la de 16 de octubre de 2012, RS 2802/2012- la vulneración de un derecho de **conciliación** constituye una vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo y del derecho



fundamental a la intimidad personal y familiar - artículos 14 y 18 de la Constitución Española- en la medida en que son el fundamento de los derechos de **conciliación** de la vida personal, familiar y laboral - Sentencia de 7 octubre 2010, Caso Markin vs. Rusia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, confirmada en Sentencia de 22 de marzo de 2010 de la Gran Sala-. En la misma línea de afectación del derecho a la igualdad de género, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ya estableció, en su artículo 44.1, que "los derechos de **conciliación** de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio", discriminación que, a la vista de la ley orgánica en la cual esta norma se encuentra, no puede ser otra más que una discriminación por razón de sexo.

NOVENO. No se formaliza en el escrito de interposición del recurso de suplicación ningún motivo expreso dirigido a la justificación de la cuantía indemnizatoria solicitada en la demanda rectora de actuaciones -a saber, 10.708,40 euros-, pero ello no nos puede llevar ni a desestimar sin más esa pretensión, ni tampoco a estimarla en su totalidad, si bien hemos de operar con especial prudencia dado que, a la vista de la ausencia de argumentos al respecto en el escrito de interposición del recurso de suplicación, la parte recurrida no ha tenido posibilidad de contestarlos. Desde esta perspectiva ciertamente limitada, únicamente se concederá la cuantía de los daños materiales expresamente declarados probados, que -según se deriva del hecho probado undécimo- ascienden a 236,40 euros correspondientes a los gastos de guardería de la hija de la trabajadora demandante correspondientes a los meses de enero de 2016 -que se corresponde con la fecha a partir de la cual apreciamos la existencia de denegación injustificada del derecho de **conciliación**- a mayo de 2016 -que se corresponde con la fecha de la sentencia de instancia-, y, en cuanto a los daños morales, nos situaremos en la cuantía de 2.000 euros al ser la cuantía que el Ministerio Fiscal, actuando con imparcialidad y en defensa de la legalidad constitucional, consideró más adecuada en el trámite de conclusiones después de haber apreciado en intermediación las alegaciones y las pruebas de las partes. Hemos de tener presente que la empleadora no vulneró de inicio los derechos de **conciliación** de la trabajadora demandante, sino solo desde el 1.1.2016 -como se ha razonado en los anteriores fundamentos de derecho-, que ha posibilitado la movilidad de la trabajadora a Lugo -circunstancia no cuestionada-, y que no realiza una conducta ilegítima generalizada, sino puntual -como lo demuestra el que se le hubieran reconocido derechos similares a los pretendidos por la trabajadora a otros trabajadores y trabajadoras, hecho probado décimo-, con lo cual no resulta prudente exasperar la finalidad preventiva de la indemnización a que se alude en el artículo 183 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

DÉCIMO. Por todo lo anteriormente expuesto, el recurso de suplicación será parcialmente estimado y, con la revocación consiguiente de la sentencia de instancia, se estimará parcialmente la demanda rectora de estas actuaciones.

FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por Doña Delia contra la Sentencia de 27 de mayo de 2016 del Juzgado de lo Social número 3 de Santiago de Compostela, dictada en juicio seguido a instancia de la recurrente contra la Corporación de Radio Televisión de Galicia Sociedad Anónima, con intervención del Ministerio Fiscal, la Sala la revoca y, con estimación parcial de la demanda rectora de actuaciones, declaramos el derecho de la parte demandante a la concreción horaria concretada en la jornada de sábados y domingos de 8 a 23 horas (turno de fin de semana), con condena a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración de derecho y a indemnizar a aquella en cuantía de 2.236,40 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 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ