



Roj: **STSJ ICAN 2/2019 - ECLI: ES:TSJICAN:2019:2**

Id Cendoj: **35016340012019100001**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **12/03/2019**

Nº de Recurso: **1596/2018**

Nº de Resolución: **252/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **GLORIA POYATOS MATAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: REY

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín N°6 Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente Nº proc. origen: 0000574/2018-00 Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria

Rollo: Recursos de Suplicación Nº Rollo: 0001596/2018

NIG: 3501644420180005885

Materia: Vacaciones/ permisos/ licencias Resolución: Sentencia 000252/2019

Recurrente: Paula

Abogado: MOHAMED EL HAJOU EL HAJOU

Recurrido: DIRECCION000 .

Abogado: ENRIQUE SANTIAGO QUINTANA HERNANDEZ

En Las Palmas de Gran Canaria, a 12 de marzo de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0001596/2018, interpuesto por Dña. Paula , frente a **Sentencia** 000255/2018 del Juzgado de lo Social Nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000574/2018-00 en reclamación de Vacaciones/ permisos/ licencias siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por Paula frente a DIRECCION000 .



SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- La parte actora presta servicios para la empresa demandada desde el 10/08/04, categoría profesional de dependienta, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial (38 horas semanales).

La actora presta servicios de lunes a sábado con horario de trabajo en turno de mañana y tarde (3 días en cada turno).

SEGUNDO.- La actora es madre de un menor de edad, nacido el NUM000 /17.

TERCERO.- La actora en fecha 7 de mayo de 2018, solicitó reducción de jornada y concreción horaria de 10:00 a 15:30 de lunes a sábados.

CUARTO.- En fecha 15 de mayo la empresa remite contestación con el siguiente tenor literal: "Muy señora Nuestra En referencia a su petición del pasado 7 mayo donde solicita una reducción de 38 h a 33 h de su jornada laboral por cuidado de una menor a partir del próximo 26 de mayo, le damos por aceptada a partir de dicho día, faltando por indicar por qué plazo lo solicita en dicho escrito.

Por otro lado, y por la petición de sus horarios, lamentamos comunicarle que no podemos validar dicha petición al 100% (de 10:00 a 15:30 de lunes a sábados), por la organización actual de la tienda. Ruego póngase en contacto con su responsable de tienda o su responsable de RRHH para llegar a un acuerdo lo antes posible entre ambas partes."

QUINTO.- Mediante escrito de fecha 23 de mayo de 2018 la actora reiteró su solicitud de concreción horaria.

SEXTO.- La empresa remite contestación el 6 de junio de 2018 con el siguiente tenor: "Muy señora Nuestra

En referencia a su carta del pasado 23 mayo donde solicitaba de nuevo una concreción horaria de lunes a sábados de 10:00 h a 15:30h volvemos a comunicarle que la reducción solicitada queda aceptada y así se tramitará, pero lamentamos volver a comunicarle que no podemos validar dicha petición al 100%(de 10:00 h a 15:30 de lunes a sábados) por la organización actual de tienda. Como se comentó en la última conversación, tendremos que acordar trabajar un mínimo de tardes (1 0 2 según semana) por el buen funcionamiento de la tienda y concreciones actuales. En este sentido estamos dispuestos a seguir trabajando con usted y sus responsables de tienda para cerrarlo a la mayor brevedad posible".

Y el 7 de junio: "Muy señora nuestra

Como hemos visto en estas últimas conversaciones, y tras ver muy complicado el llegar a un acuerdo entre ambas partes ya que usted propone como mucho hacer 4 tardes al mes, le pasamos por escrito una propuesta aproximada y general a la espera de su aprobación y poder sentarnos para ir al detalle de días si es necesario.

Realización de al menos 6 tardes al mes (8 si el mes es de 5 semanas, diciembre y enero) Garantía de libranza de un sábado al mes"

SEPTIMO.- El padre de la menor, D. Leon , en el ejercicio de su profesión viaja en ocasiones a la isla de Fuerteventura.

El Sr. Leon es colaborador externo de la mercantil DIRECCION001 y en el ejercicio de su actividad requiere disponibilidad geográfica en las islas canarias, horarios de 24 horas en días laborales, festivos y nocturnidad.

OCTAVO.- La actora ha solicitado plaza en el centro de educación infantil DIRECCION002 para el curso 2018/2019 con horario de 9.30 h a 15.30 h.

NOVENO.- En la tienda de DIRECCION003 , donde la actora presta sus servicios, hay 12 trabajadores, 8 indefinidos y 4 temporales.

4 de las trabajadoras tiene concreción horaria pero sin reducción conforme al plan de igualdad de la empresa, esas trabajadoras prestan servicios 3-4 tardes a la semana.

DECIMO.- En la tienda donde la actora presta sus servicios el mayor numero de ventas se produce por las tardes y los sábados."

TERCERO.- En el fallo de la sentencia de la instancia, literalmente se recoge:

"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Paula contra DIRECCION000 , declarando el derecho de la actora a realizar una jornada reducida de lunes a sabado, en horario de 10.00 a 15.30 horas; condenando a DIRECCION000 a estar y pasar por esta declaración, con todas las consecuencias legales inherentes a este pronunciamiento; absolviendo del resto de pedimentos efectuados en su contra."



CUARTO.- Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por Doña Paula , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante Doña Paula , interpone recurso de suplicación parcial frente a la sentencia 255/18, dictada el 25/09/18 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos Nº 574/18 seguidos en procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral con indemnización paralela por daños materiales y morales (de 3.352'80 euros).

La sentencia estimó parcialmente la demanda declarando el derecho de la actora a realizar una jornada reducida de lunes a sábado en horario de 10.00 a 15:30 horas, condenando a la demanda a estar y pasar por tal declaración. No obstante, se desestimó la petición de paralela de indemnización derivada de los daños materiales y morales que fue cuantificada por la actora en la cantidad de 3352'80 euros, sustancialmente porque: *"...la reducción de jornada fue concedida a la actora, a la que incluso se le ofertó una concreción horaria en la que tan solo tendría que trabajar 6 tardes al mes, y procediendo finalmente a denegar la concreción horaria solicitada, en base a la estricta aplicación del art. 37.6º del ET , dentro de su jornada ordinaria, mismo turno de trabajo, criterio que es seguido por diversas Salas de lo Social"* (FJ 5º)

El recurso ha sido impugnado por la empresa demandada.

SEGUNDO.- Al amparo del art.193 c) de la LRJS , la recurrente denuncia en el único motivo del recurso la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia , específicamente por infracción del art. 14 y 39 de la CE en consonancia con el art. 7.5 º y 40 b) de la Ley 5/2000 de sanciones e Infracciones del orden social , así como el art. 1101 del Código civil .

La recurrente pone de relieve que la magistrada de la instancia estimó la demanda en parte, por lo que respecta a la petición de reducción y concreción horaria reclamada pero no se acogió la petición paralela de indemnización reparadora reclamada por la actora. Tales daños son de dos tipos y se cuantifican de forma independiente. De un lado el daño material a tenor del detrimento patrimonial sufrido por la actora que al no haberse reconocido por la empresa la concreción horaria reclamada por la demandante le supuso un perjuicio evidente que se cuantifica en la disminución económica aplicada por la reducción de jornada solicitada, esto es, la cantidad de 227'80 euros .

De otro lado, también se reclama otra cantidad a sumar a la anterior en concepto de daño moral (el precio del dolor), cuya cuantificación se efectúa tomando como referencia el art. 7.5º (infracciones graves) en relación con el art. 40. b) (cuantía de sanciones) de la Ley de Infracciones y sanciones del Orden Social aprobada por RD leg. 5/2000 de 4 de agosto (LISOS), esto es, la cantidad de 3.125 euros .

Por tanto, la cantidad total que se reclama en la demanda **asciende a 3.352'80 euros**.

La impugnante se opuso destacando que no puede reconocerse el derecho a indemnización automática por el hecho de haberse estimado el derecho reclamado, dejando solo a salvo los casos en los que hay vulneración de derechos fundamentales (art. 183 LRJS). En el caso que nos ocupa nos hallamos ante un procedimiento ordinario sobre concreción horaria derivada de una reducción horaria por cuidado de un menor de 12 años, en el que no se han vulnerado derechos fundamentales. Ello exige, a criterio de la impugnante un mayor rigor en el tratamiento de la indemnización reclamada. Específicamente respecto de los daños materiales reclamados, se opone porque la reducción económica salarial aplicada a la trabajadora deriva de la reducción de jornada y por tanto disminución de trabajo, de tal modo que de no ser así se generaría un enriquecimiento injustificado a favor de la actora. Y respecto al daño moral también se opuso porque no se probó por la actora, reiterándose la fundamentación jurídica contenida en la sentencia recurrida, ya que la empresa ofreció a la actora propuesta de concreción horaria en la que solo debía trabajar 6 tardes al mes, evidenciándose el esfuerzo empresarial por llegar a un entendimiento con la actora. Por todo ello entiende que no ha existido daño moral ni patrimonial que justifique la imposición de indemnización alguna.

A)- Hechos relevantes.

Entrando a analizar el fondo del recurso planteado, debe partirse del inalterado relato fáctico de hechos probados, de donde podemos concluir como hechos sustanciales para la resolución del recurso, los siguientes:

-La actora venía prestando servicios laborales para la empresa demandada con la categoría profesional de dependiente y una antigüedad de **10 de agosto de 2004. Prestaba servicios de lunes a sábado en horario de turno de mañana y tarde (3 días en cada turno).**

-En fecha **7 de mayo de 2018** solicitó una **reducción de jornada** por cuidado de su hijo, nacido el NUM000 /17, **con una concreción horaria de 10:00 a 15:30 horas de lunes a sábado**.

-La empresa respondió a la petición en fecha **15 de mayo de 2018** aceptando su petición de reducción pero no la concreción propuesta, por lo que se invitaba a la actora a contactar con el responsable de su tienda a los efectos de llegar a algún acuerdo al respecto.

-La actora reiteró su petición inicial en fecha **23 de mayo de 2018**.

-Mediante contestación de fecha **6 de junio de 2018** (hecho probado sexto) la empresa insiste en negociar la concreción horaria propuesta y ofrece a la actora:

" realización de al menos 6 tardes al mes (8 si el mes es de 5 semanas, diciembre y enero) y garantía de libranza de un sábado al mes..."

-El padre del menor es colaborador externo de la mercantil DIRECCION001 y en el ejercicio de su actividad requiere disponibilidad geográfica en las islas canarias, horarios de 24 horas en días laborales, festivos y nocturnidad.

-La actora solicitó plaza para su hijo en centro infantil para el curso 2018/19 con horario de 9:30 a 15:30 horas.

-La actora presta servicios en la Tienda sita en la DIRECCION003 donde el mayor número de ventas se produce por las tardes y los sábados. Hay 12 trabajadoras/es, 8 indefinidas/os y 4 temporales. Y **hay 4 trabajadoras con concreción horaria reconocida pero sin reducción horaria conforme al plan de igualdad de la empresa** y estas trabajadoras prestan servicios 3-4 tardes a la semana.

B)-Resolución del Recurso.

B.1º)- Ejercicio derecho e indemnización acumulada

Habiéndose reconocido en la sentencia el derecho a la reducción y concreción horaria que solicitaba en su demanda, el presente recurso recae exclusivamente en el análisis del derecho a la indemnización paralela reclamada en la demanda que se cuantifica a tenor de los daños materiales y morales referidos anteriormente.

Por lo que respecta al derecho a solicitar una indemnización paralela junto a la reducción horaria por cuidado de un menor prevista en el art. 37.6 º y 7º ET , es incuestionable en términos procesales, a la luz de lo previsto en el art. 139 de la LRJS (procedimiento especial de conciliación de la vida personal, familiar y laboral) que estipula lo siguiente:

" Artículo 139 Tramitación

1. El procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por las siguientes reglas:

El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador.

El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia.

El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días.

Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

(...) ."

Por tanto, la solicitud de indemnización paralela es procedente procesalmente junto a la acción de reducción horaria, y se podría decir que tal indemnización, cuando se solicita, tiene un carácter indisoluble con el incumplimiento empresarial del derecho reclamado (en este caso la concreción horaria).



El derecho a una indemnización resarcitoria se engarza al ejercicio del propio derecho de reducción de jornada (art. 37.6 ° y 7° ET), lo que exige que su interpretación y aplicación se realice con perspectiva de género de conformidad con el art. 4 , 14 y 44 de la LOIEMH 3/2007 en relación con la Ley 39/1999 , dado su impacto desproporcionado de género.

Debe recordarse aquí que este derecho tiene una dimensión constitucional evidente (art. 14 y 39 CE) , lo que lo convierte en un derecho humano de índole laboral reforzado que debe ser analizado en cada caso, con la máxima cautela judicial de acuerdo con la "debida diligencia" en materia de reparación integral (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujeres, arts. 1 , 2 , 3 ,11.1° y 2° c) en relación con el Convenio 156 de la OIT, la Directiva 2010/18 del Consejo de 8 de marzo de 2010 relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental y el art. 16 de la Carta Social Europea)

El Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la dimensión constitucional del ejercicio de los permisos previstos en el art. 37.6° del ET en la **Sentencias 3/2007 de 15 de enero de 2007** en cuya fundamentación jurídica se recoge:

" (...) reconocida la incidencia que la denegación del ejercicio de uno de los permisos parentales establecidos en la ley puede tener en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, es lo cierto que el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego(...), los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE , si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde.(...)"

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.(...)"

E igualmente reitera dicho impacto constitucional del derecho a la conciliación laboral y familiar en su **Sentencia 26/2011 de 14 de marzo de 2011** , en cuya fundamentación se insiste en la interpretación de la norma de manera más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales en juego (arts. 14 y 39 CE) y no de forma mecánica o formalista. Y así se recoge en la fundamentación jurídica:

" (...) Debemos comenzar recordando que la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (...) De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres(...), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE (...).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 (...)"

Y la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadora reitera tal dimensión constitucional así como la necesidad de remoción de obstáculos para lograr la igualdad real (art. 9.2º de la CE):

" La Constitución Española recoge en su artículo 14 el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición. **En el artículo 39.1, el texto constitucional establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el artículo 9.2, atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas;** y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo.(...) La necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. Ello plantea una compleja y difícil problemática que debe abordarse, no sólo con importantes reformas legislativas, como la presente, sino con la necesidad de promover adicionalmente servicios de atención a las personas, en un marco más amplio de política de familia..(...)"

En base a lo expuesto, tal y como decíamos en **nuestra Sentencia de 15 de diciembre de 2017 (Rec 1249/2017)**):

" la limitación de un derecho ligado a la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral, que garantiza el derecho al empleo de las trabajadoras con responsabilidades familiares y el respeto al principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, puede discriminar por razón de sexo.

Una interpretación restrictiva del ejercicio de este derecho, sin valorarse adecuadamente en clave constitucional, supone una discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras, por ser ellas las que mayoritariamente los ejercitan.

La propia Ley 39/1999 en su exposición de motivos, refleja expresamente que constituye "un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres", paso que se ve truncado por interpretaciones y aplicaciones jurídicas formalistas o automáticas que contravienen la impartición de justicia con perspectiva de género como metodología judicial que debe primar en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas , y especialmente en materias como la maternidad, embarazo o la conciliación familiar y laboral, en las que se sostienen gran parte de las discriminaciones laborales por razón de sexo . (...) Por tanto, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado, tal y como ha venido reiterando el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias (por todas, la sentencia 17/2003 de 30 de enero de 2003) "

B.2º)- Indemnización paralela por daño Material y Moral.

De acuerdo con lo expuesto el reconocimiento judicial del derecho de reducción y concreción horaria reclamado, que parcialmente se le había negado por la empresa a la actora exige , entrar a analizar la procedencia de la indemnización reclamada y su cuantificación , vertebrada en la demanda mediante el daño material y daño moral, que merecen una resolución individualizada.

Respecto a la procedencia de la indemnización paralela, ya se ha dicho que la misma es procesalmente procedente, en virtud del art. 139 de la LRJS , sin necesidad de utilizar formalmente el procedimiento especial de derechos fundamentales. A partir de aquí debe analizarse el nexo causal del daño ya concretizado con el incumplimiento empresarial y posteriormente si es ajustada su cuantificación.

En el presente caso, la negativa empresarial a avenirse a la concreción horaria solicitada por la trabajadora junto a la reducción de jornada por cuidado de su hijo (de 5 meses de edad al momento de solicitarla), es un incumplimiento legal (art. 37.7º ET) compatible con la generación un daño pues de otro modo la actora no



habría planteado una acción judicial reclamando poder desempeñar su jornada en un horario compatible con el centro de educación infantil en el que había matriculado a su hijo.

Por tanto la negativa o limitación empresarial al disfrute del derecho a la conciliación laboral y familiar bien en cuanto a la reducción o bien en su concreción horaria, cuando no existen razones justificadas como sucede en el caso que nos ocupa puede generar daños de conformidad con el art. 1101 del Código civil en relación con el art. 37.7º del ET y arts. 14 y 39 CE (dimensión constitucional).

Se analiza a continuación los conceptos reclamados por la actora, el nexo causal con el incumplimiento empresarial y su correcta cuantificación

- **Daño Material** . En primer lugar se reclama la cantidad de 227'80 euros en concepto de daño material, calculado sobre la disminución retributiva aplicada por la empresa a tenor de la reducción de jornada solicitada por la actora.

El daño material o patrimonial es el que produce un menoscabo valorable en dinero sobre los intereses patrimoniales de la persona perjudicada que viene conectado al lucro cesante (ganancia que deja dejado de obtenerse) y al daño emergente (pérdida patrimonial efectiva).

En el presente caso la petición de la actora se corresponde con la reducción retributiva por la parte de jornada laboral no realizada por motivo del ejercicio de su derecho (art. 37.6º ET), pero es lo cierto que tal y como se recoge en la sentencia, la reducción horaria le fue reconocida a la trabajadora y anudada a la misma se procedió al descuento salarial correspondiente a la disminución de jornada. Por tanto no puede calificarse de daño emergente tal cantidad porque responde a una causa y se ajusta al principio de proporcionalidad retributiva a tenor de la jornada laboral realmente realizada por la operaria.

Por ello debe desestimarse esta concreta partida porque no se prueba el nexo causal con el incumplimiento del derecho en el que pretende traer su causa.

- **Daño Moral** . Bajo este concepto, la demandante reclama la cantidad de 3.125 euros que calcula de conformidad con el art. 7.5 º y 40 b) de la LISOS .

La Doctrina ha definido el daño moral como el menoscabo o lesión no patrimonial provocado por el acto antijurídico. Por tanto , la noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado a este respecto reiteradamente, en casos derivados de incumplimientos de normativa de Seguridad y salud laboral pero que también sería aplicable en el caso que nos ocupa, por incumplimiento del derecho de la actora a la concreción horaria (art. 37.7º ET). Así se recoge en la fundamentación jurídica de **la sentencia del Tribunal supremo de 18 de julio de 2008 (recurso 2277/07)**:

" Denuncia el recurrente la infracción de los art. 1101 y 1902 del Código civil (LEG 1889, 27), 3 y 19 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995 , 997) y y 14 de la Ley 31/1995 (RCL 1995, 3053) de Prevención de Riesgos Laborales.

La responsabilidad de la empresa deriva en el presente supuesto de culpa contractual. La obligación de seguridad es una de las obligaciones del empresario en el contrato de trabajo apareciendo especialmente impuesta en los art. 5.d y 19 del Estatuto de los Trabajadores , y mas genérica e intensamente en el art. 14 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y esta obligación general de diligencia es evidente que se incumplió en el presente supuesto en el que no se adoptaron las medidas que el propio plan de prevención de riesgos se recomendaba. Entra así el juego del art. 1101 del Código civil que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incumplieran de cualquier modo el tenor de las mismas. No se trata en el presente supuesto de un caso de responsabilidad objetiva, sino específico de responsabilidad derivada de un acto culposo del empresario que incumplió los deberes de protección inherentes al contrato.(...)"

Ahora bien, debiendo cuantificarse el daño moral, surge el arduo problema de su ponderación económica. Y es que ya se indica en las sentencias del **Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 y 29 de enero de 2013 (recursos 95/2014 y 89/2012)** que el sujeto, con el daño moral, *"sufre un daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, seda en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole"*.

La sentencia del **Tribunal Constitucional nº 246/2006 de 24 de julio** abrió el camino en la difícil tarea de fijar indemnización reparadora del daño moral (*pretium doloris*), ante dificultad de objetivar económicamente lo incuantificable (el dolor). No obstante en la citada sentencia se convalida como parámetro objetivo adecuado,



la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social 5/2000 (LISOS). Este mismo parámetro de cálculo ha sido ya utilizado por esta misma sala en la **Sentencia de 15 de diciembre de 2017 (Recurso nº1249/2017)**.

Por último, la sentencia dictada por esta misma Sala de fecha 15 de febrero de 2016 (Recurso 1251/2015) decíamos también ya más concretamente, en relación a **la fijación de una indemnización paralela por el daño moral** producido en el caso de la negativa empresarial a reconocer la concreción horaria solicitada por trabajadora en el caso de una reducción de jornada por cuidado de menor discapacitado:

" (...) Para cuantificar dichos daños y perjuicios se puede acudir con carácter orientativo a lo dispuesto en el artículo 183 del mismo texto legal, según el cual el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. Siendo especialmente revelador el precepto cuando dice que "el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño". (...) En el caso que nos ocupa, no se solicitan daños materiales por al parte actora, sino que se limita a los daños morales, que cuantifica en 30 Euros diarios. Es obvio que la cuantificación de los daños morales es un asunto que difícilmente se puede reconducir a un baremo estandarizado aplicable a cada caso particular, pero lo cierto es que es norma cada vez más habitual en la jurisdicción social recurrir a la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) en orden a fijar, ya sea como aproximación, una indemnización en concordancia con las sanciones que fija la citada Ley. Si seguimos esa orientación, vemos que en el caso más favorable a la empresa, la negativa a reducir la jornada sería asimilable a la falta grave establecida en el artículo 7.5 de la LISOS, " transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12 , 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores ", siendo la sanción prevista en el artículo 40 b) la multa 626 a 6.250 euros.

(...)En este caso, esta Sala tiene en cuenta que para graduar la infracción ha de tenerse en cuenta una serie de aspectos fundamentales, que son acogidos igualmente por la sentencia de instancia con valor de resultancia fáctica en sus fundamentos segundo y tercero: se trata de una empresa de considerable volumen, que emplea a más de 100 trabajadores, siendo por ello relativamente más fácil adaptarse a las peticiones de reducción de jornada de los empleados, cuestión mucho más dificultosa en pequeñas o medianas empresas; la denegación de la reducción de jornada carecía absolutamente de la más mínima y seria motivación, no haciendo un análisis detallado de la imposibilidad de acceder a lo solicitado, máxime cuando existían compañeros que tenían concedida reducción de jornada, y ni siquiera se produjo contestación de Agosto de 2014 a Febrero de 2015 a la petición de concreción horaria, actitud que no puede calificarse sino como al menos irregular, por más que no tuviera soporte legal, como hemos señalado, no entendiendo qué dificultad existía en al menos contestar a la petición denegándola, ya que no ha de presumirse que todos los trabajadores son expertos en Derecho laboral. (...)

Y es que, como dijimos en nuestra reciente sentencia de 30-9-15, " **nunca los efectos restitutivos anudados a la declaración de nulidad de la decisión podrán devolver a la actora el tiempo que no pudo dedicar a la atención de su progenitora. Es una cuestión de afectos, cercanía y dedicación inconmensurables. Junto a ello la angustia ante la situación de incertidumbre que origina la decisión empresarial que obliga a un replanteamiento de la vida familiar y laboral, el desasosiego por litigar contra la empresa, y de ver desconocidos los que son sus derechos fundamentales. Todas estas circunstancias evidenciadoras de un daño real se exponen en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia en el que además se reproduce la doctrina jurisprudencial sentada en torno al sistema indemnizatorio en caso de violación de derechos fundamentales contenida en S.T.S. 17 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8473), que no reproducimos huyendo de reiteraciones innecesarias.**"

En el caso que nos ocupa la demandada es también una empresa de grandes dimensiones que forma parte de un Grupo de carácter nacional, lo que le permite mayor capacidad organizativa. Además se trata de una empresa que dispone, tal y como refiere la sentencia recurrida (hecho probado noveno), de un plan de igualdad interno, que evidencia un mayor conocimiento de las dificultades laborales de sus trabajadoras en materia de conciliación laboral y familiar.

Es cierto, como se recoge acertadamente en el Fundamento jurídico quinto de la sentencia, que no se negó a la actora la reducción de jornada solicitada pero ello no generó ningún sacrificio a la empleadora porque también disminuyó proporcionalmente el salario de la trabajadora. No obstante, se le negó su derecho a concretar la jornada de acuerdo con un horario compatible con sus necesidades familiares, a tenor del horario probado de centro infantil en el que había matriculado a su bebé (de 9:30 a 15:30h), lo que evidencia sus dificultades para atender al menor durante las tardes en un contexto familiar en el que el padre del menor carece de un horario fijo y debe viajar entre islas por razón de su profesión. Tal negativa empresarial fue injustificada e irrazonable,



tal y como se recoge en la sentencia de instancia, obligando a la actora a judicializar su derecho a conciliar, sin poder compatibilizar de forma adecuada y óptima trabajo y familia.

Por todo ello, debemos estimar la petición de indemnización por daño moral solicitada por la parte actora en la cantidad de 3.125 euros que se halla en el tramo económico establecido en el art. 7.5º en relación con el art. 40 b) del Real Decreto Legislativo 5/2000 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), que dispone una sanción para infracciones graves en materia de relaciones laborales y empleo desde 3.126 a 6.250 euros.

Por todo ello, se considera razonable la cuantificación del daño moral producido a la actora en la cantidad de 3.125 euros, en conexión con la LISOS, que es un referente objetivo y razonable convalidado por el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia nº 247/2006 de 24 de julio .

En base a lo expuesto se estima parcialmente el recurso de suplicación y con revocación parcial de la sentencia (en relación a la indemnización reclamada) se estima en parte la petición indemnizatoria contenida en demanda planteada, condenando a la demandada a abonar a la demandante una indemnización reparadora del daño moral producido, en la cantidad de 3.125 euros.

TERCERO.- En relación a las costas, conforme al art. 235 de la LRJS , no procede la imposición de las mismas.

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

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Paula frente a la sentencia nº 255/18 dictada por el juzgado de lo Social nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos nº 574/18, que revocamos parcialmente y estimando parcialmente la demanda planteada condenamos a la empresa DIRECCION000 a abonar a la actora la cantidad de **3.125 euros en concepto de daños moral**, confirmando la sentencia en todos los restantes pronunciamientos. Sin costas

Notifíquese la Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **Recurso de Casación para Unificación de doctrina** , que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el **depósito de 600 €** previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el **importe de la condena** , dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/1596/18 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

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

DILIGENCIA.- En Las Palmas de Gran Canaria, a .