

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (Sede en Las Palmas)

Sentencia 1501/2017, de 15 de diciembre de 2017

Sala de lo Social

Rec. n.º 1249/2017

SUMARIO:

Conciliación de la vida laboral y familiar. Trabajadora embarazada que tras solicitar una reducción de jornada por no disponer de ayuda familiar para cuidar al futuro hijo, suscribe tiempo después con la empresa documento de novación contractual (con el vástago ya nacido), pasando a 20 horas semanales por un periodo de dos años, sin que ninguna referencia se haga al art. 37.6 del ET ni al horario de la actora. Solicitud, 7 meses después del nacimiento de su hijo, de concreción horaria y turno de mañana. Denegación por la empresa al no ir acompañada de reducción de jornada. Improcedencia. En el caso analizado, se simuló la realización de un pacto privado de novación contractual con desvinculación de las razones familiares que lo causaron. En realidad, lo que debió llevarse a cabo fue una reducción de jornada por cuidado de hijo, ya que cuando se suscribió el pacto de novación, este ya había nacido, quedando privada la trabajadora del acceso a las prestaciones familiares en su modalidad contributiva previstas en el artículo 237.3 de la LGSS, que prevé que las cotizaciones durante los dos primeros años de reducción de jornada por cuidado de un menor se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada de trabajo sin dicha reducción, a efectos del cálculo de las prestaciones de Seguridad Social por incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, jubilación y desempleo. A criterio de la Sala sí existen probadas razones familiares que justifican la petición de concreción horaria (turno mañana) solicitada por la actora, ya que cuando esta hizo su primera petición se hallaba en estado de gravidez, por lo que carecía de conocimiento directo y realista de las necesidades requeridas por un bebé, pues cada menor es único e irrepetible y tiene sus propias peculiaridades, padecimientos o enfermedades. El hecho de haber suscrito el acuerdo de novación contractual tiempo después (pero derivado de la primera petición), no es obstáculo al cambio de condiciones familiares producidas por motivo del nacimiento del menor y que no fueron constatadas por la trabajadora hasta la llegada al mundo de este, pues los cambios que se producen durante los primeros meses son los más relevantes en la vida de un pequeño y también los más difíciles hasta que se produce la adaptación del lactante y su nueva realidad familiar. Por tanto, es evidente que el nacimiento supuso un importante cambio familiar en la vida de la trabajadora. Cuando la actora solicita la modificación de turno de trabajo, el menor ya contaba con 7 meses de edad, por lo que no solo tenía un conocimiento más realista de sus necesidades familiares, sino que además jurídicamente se daban las condiciones para poder ejercer su derecho a la previsión del art. 37.6 del ET (que exige reducción de jornada). Por tanto, con ponderación de la dimensión constitucional del derecho ejercitado y la libertad organizativa de la empresa, debe darse prevalencia al derecho de la trabajadora, máxime cuando la reducción de jornada se efectuó irregularmente y sin adecuarse a la normativa legal. Procede, además, el abono de una indemnización por daño moral de 3.500 euros, al cometer la empleadora una infracción grave en materia de relaciones laborales.

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 34.8 y 37.5, 6 y 7.

Constitución Española, art. 14.

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), arts. 237.3 y 270.6.

RDLeg. 5/2000 (TRLISOS), arts. 7.5 y 40.1 b).

PONENTE:

Doña Gloria Poyatos Matas.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 15 de diciembre de 2017.

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 Iltmos. 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. 0001249/2017, interpuesto por Dña. Guadalupe, frente a Sentencia 000128/2017 del Juzgado de lo Social Nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000079/2017-00 en reclamación de Sin especificar siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en Autos, se presentó demanda por Dña. Guadalupe contra la entidad EMERGIA CANARIAS CUSTOMER CARE SA.

Segundo.

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

"PRIMERO. Dña. Guadalupe presta servicios por cuenta de la entidad EMERGIA CANARIAS CUSTOMER CARE SL con la antigüedad de 2 de septiembre de 2013, como teleoperadora.

SEGUNDO. Prestando servicios en turno de tarde, a razón de 35 horas semanales, el día 14 de marzo de 2016 solicitó la reducción de jornada a 20 horas semanales ofreciendo dos horarios alternativos: horario de mañana de 08:00 a 16:00 horas; horario de tarde de 15:00 a 19:00 horas, "...no pudiendo salir más tarde de las 19:00 horas por los horarios de las ludotecas. Estos horarios se establecerán de lunes a domingo, con dos días de descanso. Fecha de inicio: 15 de octubre de 2016. El motivo de la presente solicitud es por no disponer de ayuda familiar para cuidar a mi futuro hijo, pero sí guardarías y ludotecas".

TERCERO. En fecha 8 de noviembre de 2016 la actora suscribió documento de novación de contrato, pactando temporalmente un cambio de jornada, pasando a 20 horas semanales, desde la fecha 8 de noviembre de 2016 hasta la fecha fin 07/11/2016, volviendo a la jornada parcial inicial de 35 horas automáticamente agotado dicho plazo.

CUARTO. La actora forma con D. Carlos Ramón pareja de hecho inscrita registralmente, siendo los padres de Anton nacido el día NUM000 de 2016.

QUINTO. En fecha 23 de enero de 2017 la trabajadora solicitó modificación de turno y concreción de turno, pasando de lunes a viernes, de 09:00 a 13:00 horas, por el cuidado directo de un hijo menor de edad, alegando imposibilidad familiar para su atención.

SEXTO. En fecha 25 de enero de 2017 la entidad empresarial respondió a la solicitud, denegando la misma, aduciendo la existencia de reducción de jornada por novación contractual, de tal forma que la concreción solicitada lo fue sin reducción. Y no solicitada reducción no podría concretar jornada.

SÉPTIMO. En el centro de trabajo prestan servicios 408 operadores distribuidos en tres turnos: 180 de mañana, 40 turno partido y 188 de tarde.

Hay 31 reducciones de jornada, 26 de ellas en turno de mañana. Y al menos 3 de lunes a viernes en turno de mañana.

El turno de mañana se encuentra sobredimensionado y los fines de semana no se alcanza el nivel de atención fijado por contrato mercantil."

Tercero.

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

"DESESTIMAR la demanda interpuesta por Dña. Guadalupe contra la entidad EMERGIA CANARIAS CUSTOMER CARE SA en materia de concreción horaria ABSOLVIENDO a la entidad empresarial de todas las pretensiones deducidas en su contra."

Cuarto.

Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por D^a Guadalupe, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La demandante D^a Guadalupe, interpone recurso de suplicación frente a la sentencia 128/17, dictada el 20 de abril de 2017 por el Juzgado de lo Social nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos Nº 79/17, seguidos en procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral con indemnización paralela por daño moral (de 3.500 euros) que vincula la actora en su demanda, a la vulneración de derechos constitucionales protegidos en los artículos 14 y 39 de la CE

La sentencia desestima la demanda porque habiéndose aplicado ya una reducción de jornada (de 35 a 20 horas semanales) con anterioridad (8/11/16), no fue probada nueva variación de la situación personal o familiar que justificó el ejercicio de la reducción de jornada ejercitada en 2016. Además la demandada, en la franja matinal que pretendía trabajar la actora se hallaba sobredimensionada, y consta que los fines de semana no se alcanza el nivel de atención al público fijado en contrato mercantil, por lo que se agravaría la situación organizativa de la empresa.

El recurso ha sido impugnado por la empresa demandada.

Segundo.

Al amparo del art.193 c) de la LRJS, la recurrente denuncia la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, aunque no señala en concreto precepto alguno infringido. No obstante a lo largo de su recurso hace referencia a distintas sentencias del Tribunal Supremo (TS) de 10/10/12; sentencia del TS 16/6/95 y sobre todo la sentencia del TS nº745/2016 de 15 de septiembre (RJ 2016/5042), y la STC nº3/2007, en la que se hace referencia al artículo 37.5 º y 6 º y 34.8º del ET (reducción de jornada y concreción horaria).

La recurrente denuncia que por el juzgador de la instancia no se ha valorado de correctamente, que cuando la actora solicitó la reducción de jornada en marzo de 2016, se hallaba embarazada, y su petición de concreción horaria lo era en base a una previsión futura ("para la atención del hijo que esperaba"). Por ello, cuando el hijo nació y pudo comprobar directamente cuales eran los requerimientos de esa nueva situación vital, se vio necesitada de una nueva concreción horaria más ajustada a su nueva realidad. En base a ello entiende que sí se ha producido un cambio de circunstancias familiares, el nacimiento del bebé, que era una situación inexistente cuando solicitó la reducción horaria en marzo de 2016. Se destaca el alcance constitucional del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, al enlazar directamente con el art. 14 de la CE, tanto desde su perspectiva a la no discriminación por razón de sexo, como desde la perspectiva del derecho a la protección de la familia y la infancia (art. 39 CE), debiendo prevalecer esta dimensión en la solución de cualquier duda interpretativa de legalidad ordinaria. De igual modo subraya que no supondría un grave desequilibrio para la empresa la asignación de la actora al turno de mañana, pues partiendo de lo contenido en el hecho probado séptimo, en el centro de trabajo hay una distribución del personal bastante similar: 180 trabajadores de mañana y 188 de tarde.

La empresa impugnante se opuso frontalmente al recurso, en primer lugar por defectos formales, destacando que a pesar de ampararse el recurso (como único motivo), en el art. 193 c) de la LRJS, no se señala infracción concreta de norma sustantiva alguna. También se opone, subsidiariamente, en base a que a pesar de que la solicitud de reducción de jornada efectuada por la actora se efectuó en marzo 2016, cuando se hallaba embarazada, es lo cierto que no fue hasta el 8 de noviembre de 2016, cuando se suscribió el documento de "novación contractual" entre las partes en el que se reduce la jornada de la trabajadora a 20 horas semanales, y en esta fecha ya había nacido el hijo de la trabajadora, por lo que tenía un conocimiento directo de la nueva situación, remitiéndose a la propia argumentación jurídica de la sentencia.

A)-Procede resolver en primer lugar sobre el defecto formal del recurso que se alega por la impugnante.

La recurrente no especifica expresamente en su recurso las concretas infracciones sustantivas en las que incurre la sentencia pero sí señala claramente la infracción de jurisprudencia, mediante el detalle de las sentencias referidas en las que expresamente se aplican e interpretan los artículos 37.6º y art. 34.8º del ET, que también se refieren en la sentencia recurrida. Por ello debe darse prevalencia al principio "pro actione", frente a los errores formales que en este caso, quedan subsanados atendiendo a la intención de la recurrente visibilizada a través de lo contenido en el redactado del recurso, del que se desprende claramente cuales son los preceptos sustantivos que se denuncian como infringidos mediante la propia jurisprudencia señala por la recurrente.

B)- 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 una jornada laboral de 35 horas semanales.

-En fecha 14 de marzo de 2016 solicitó una reducción de jornada a razón de 20 horas semanales, con dos propuestas de concreción horaria (de mañana y de tarde) siendo el motivo de la petición: " por no disponer de ayuda familiar para cuidar a mi futuro hijo, pero si guarderías y ludotecas".

El 8 de noviembre de 2016 la actora suscribió con la demandada documento de " novación contractual " (folios 142 y 180), pactándose temporalmente una reducción de jornada pasando a 20 horas semanales, desde el 8 de noviembre de 2016 y hasta el 7 de noviembre de 2018 (2 años).Ninguna referencia se hace en el mismo al art. 37.6º del ET, ni al horario de la actora. Se establece una disminución retributiva proporcional a la reducción de jornada y se prevé en la clausula tercera: "Podrá prorrogarse el presente acuerdo por iguales/mayores/inferiores lapsos de tiempo, volviendo a la jornada de 35 horas en cualquier momento una vez comunicada la intención de reducción de jornada, por cualquiera de las partes, debido al carácter temporal de esta ampliación"

-El hijo de la actora, Anton, nació el NUM000 de 2016.

La actora en fecha 23 de enero de 2017 solicitó concreción horaria y concreción de turno (de mañana), pasando de 9 a 13 horas por motivo del cuidado de su hijo.

-En fecha 25 de enero de 2017, la empresa responde negativamente a la petición de la actora (folio 140 y 183 de autos) recordando a la actora que: " su situación actual en la que tiene una jornada de 20 horas semanales NO es por motivo de tener a su cargo a un menor de 12 años, sino que es producto de una novación contractual de carácter temporal acordada por Ud. Y por la empresa y cuya finalización tiene fecha de efectos 7/11/18". La denegación por tanto descansa en el hecho de que al no solicitar reducción de jornada (art. 37.6º ET) no procede el derecho a concreción horaria (art. 37.7º ET).

-En el centro de trabajo de la actora, prestan servicios 408 operadores distribuidos en tres turnos: 180 de mañana, 40 turno partido y 188 de tarde.

El turno de mañana se encuentra sobredimensionado y los fines de semana no se alcanza el nivel de atención fijado por contrato mercantil.

C)- Resolución del Recurso.

Debemos partir en primer lugar de los preceptos legales en juego:

C.1)- El artículo 37.6º y 7º del Estatuto de los Trabajadores dispone:

"6. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.(...)

Las reducciones de jornada contempladas en este apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.(...)

La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 6, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada. Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4, 5 y 6 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 el caso que nos ocupa nos hallamos con una irregularidad que no se adecúa a la normativa jurídico laboral ni tampoco de seguridad social al menos a tenor de lo que se deduce de lo contenido del documento suscrito por las partes en fecha 8/11/16 (hecho probado tercero- folio 142 y 179 de autos), pues tal y como se señala en el Fundamento jurídico de la sentencia recurrida:

"la reducción de jornada operada en noviembre de 2016, se documentó como una novación contractual pactada de común acuerdo. Sin embargo, no podemos obviar lo acaecido con anterioridad, pues en marzo de 2016 la trabajadora solicitó la reducción de jornada con efectividad a fecha 15 de octubre de 2016, para la atención del cuidado del hijo que esperaba.

Y a pesar de constar la reducción de jornada como una "nueva" jornada ordinaria temporal, hemos de considerar que la reducción obedeció al cuidado del menor, entroncando con las previsiones contenidas en el art. 37.6º del ET. (...)"

En el documento suscrito por las partes en fecha 8/11/16 (folio 142 y 179 de autos), con el título "Novación del Contrato de trabajo celebrado en las palmas en fecha 2/9/13 entre la empresa ENERGIA CANARIAS CUSTOMER CARE SL y la trabajadora Guadalupe ", se acuerda un "cambio de jornada" pasando de una jornada de 35 a 20 horas semanales con efectos desde el 8/11/16 y hasta el 7/11/18, previéndose la vuelta automática a su jornada inicial de 35 horas semanales a partir de esta fecha. También se pacta una reducción de la retribución de la trabajadora proporcional a la disminución de jornada aplicada. Pero dicho documento contiene condiciones que solo benefician a la empleadora, como la cláusula cuarta que dispone expresamente: "Podrá prorrogarse el presente acuerdo por iguales/mayores/inferiores lapsos de tiempo, volviendo a la jornada de 35 horas en cualquier momento una vez comunicada la intención de reducción de jornada, por cualquiera de las partes, debido al carácter temporal de esta ampliación"

Además no hay referencia alguna al horario a realizar por la actora ni a la causa que motivó su petición de reducción de jornada, que fue el cuidado de su futuro hijo ni tampoco, por supuesto, se refiere al art. 37.6º del ET. Por tanto, se simula la realización de un pacto privado de novación contractual desvinculándose de las razones familiares que lo causaron.

La irregularidad está en la suscripción de un documento de "novación contractual", de carácter temporal (2 años), cuando debió instrumentalizarse por la vía de la reducción de jornada por cuidado de menor de conformidad con lo previsto en el art. 37.6º del ET, con comunicación paralela a la TGSS por parte de la empresa a efectos de que la actora pudiera tener acceso a las prestaciones familiares en su modalidad contributiva previstas en el art. 237.3º de la LGSS que prevé que las cotizaciones durante los dos primeros años de reducción de jornada por cuidado de un menor se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada de trabajo sin dicha reducción, a efectos del cálculo de las prestaciones de Seguridad Social por incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad y jubilación, y también a efectos del cálculo de la indemnización en caso de despido (Disposición Adicional 19º del ET). E igual beneficio se regula en el art. 270.6º de la LGSS, a efectos de cálculo de base reguladora en materia de prestaciones por desempleo.

No obstante lo anterior, tal y como se concluyó por parte del juzgador de la instancia, la citada reducción de jornada suscrita documentalmente en fecha 8 de noviembre de 2016, responde a una reducción de jornada y salario por cuidado de un menor amparada en el art. 37.6º del ET. Y la causa de la misma lo fue, como se expuso por la propia trabajadora en su escrito de fecha 14 de marzo de 2016 (hecho probado segundo- folio 141 de autos): "por no disponer de ayuda familiar para cuidar a mi futuro hijo", aunque ciertamente el citado documento no se suscribió formalmente y por escrito hasta pasados cinco meses del nacimiento del hijo de la actora (NUM000 /16), es decir una vez consumidas las

prestaciones por maternidad y posiblemente acumulado el periodo de vacaciones anual. De este modo, no fue hasta el 8 de noviembre de 2016 cuando se suscribe el documento de reducción de jornada de la actora por cuidado de su hijo, pero no se tramita a través de la vía legal del art. 37.6º del ET, sino mediante una supuesta "novación contractual" que niega a la trabajadora los múltiples beneficios, derechos y prestaciones familiares contributivas anteriormente referidas, actuándose de forma no respetuosa con la normativa legal vigente, lo que redundará negativamente en los derechos laborales y de seguridad social de la actora, y promueve y perpetúa la discriminación de la mujer trabajadora que por razones de conciliación familiar y más específicamente por invertir parte de su tiempo en la práctica de cuidar a su hijo, se ve perjudicada en sus derechos laborales actuales y también futuros, al disminuirse la base de cotización a efectos de futuras prestaciones y pensiones.

La actora en fecha 23 de enero de 2017 presenta nuevo escrito ante la empresa solicitando modificación de turno de trabajo, mostrando su interés por pasar del turno de tarde al turno de mañana (de 9:00 a 13:00 horas), librando sábados y domingos, lo que resulta una jornada de 20 horas, tal y como tenía reconocido tras la "novación contractual" de 8/11/16. En su escrito (folio 139), la operaria expone su motivación que ampara en el cuidado directo de su hijo de 7 meses, no teniendo posibilidad alguna de dejarlo a cargo de familiar, ni con su cónyuge por tener turnos semanales diferentes, según recoge en su escrito la trabajadora.

La empresa responde negativamente a la petición de la actora, mediante comunicación de fecha 25 de enero de 2017 en la que se le indica que al no gozar de la condición de jornada reducida por guarda legal amparada en el art. 37.6º del ET, no puede aprovecharse del derecho a concretar su jornada reconocido en el art. 37.7º del ET. Y se le recuerda que su situación actual deriva de una "novación contractual voluntaria" que nada tiene que ver con el art. 37.6º del ET.

La sentencia desestima la demanda porque habiéndose aplicado ya una reducción de jornada (20 horas semanales) por cuidado de su hijo, con anterioridad (8/11/16), no consta que haya variado su situación personal o familiar existente con anterioridad y que justificó el ejercicio de la reducción de jornada ejercitada en 2016.

Debe recordarse que el concepto de conciliación laboral y familiar se refiere básicamente a la compatibilidad de los tiempos dedicados a la familia y al trabajo. Es decir, el mantenimiento del equilibrio en las diferentes dimensiones de la vida con el fin de mejorar el bienestar, la salud y la capacidad de trabajo personal. Dentro de las medidas de legalidad ordinaria dirigidas a la conciliación de la vida laboral y familiar, introducidas en el ordenamiento jurídico a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombre y mujeres, encontramos las modalidades previstas en el art. 37.6º del ET (con reducción de jornada y retribución) y también el derecho a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo para conciliar el trabajo con la vida familiar y personal, del artículo 34.8 del ET.

C.2)- Pero el derecho de conciliación del tiempo dedicado a familia y trabajo tiene un marcado componente de género que conviene recordar, tal y como se recoge expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999:

"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.

Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada.

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 este sentido, en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995, se consideró como objetivo estratégico fomentar una armonización de

responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres y en la Declaración aprobada por los 189 Estados allí reunidos, se reafirmó este compromiso.(...)"

C.3)-De otro lado, también en la Ley 3/2007, en su Exposición de Motivos recoge:

"El logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares. La regulación del acceso a bienes y servicios es objeto de atención por la Ley, conjugando los principios de libertad y autonomía contractual con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres. También se ha estimado conveniente establecer determinadas medidas de promoción de la igualdad efectiva en las empresas privadas, como las que se recogen en materia de contratación o de subvenciones públicas o en referencia a los consejos de administración.

Especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa. (...)"

El artículo 14 establece que los poderes públicos deben garantizar:

"(...) 7. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia.

El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia. (...)"

Y el Artículo 44.1º: " Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. 1. 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."

C.4)- La Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES recoge en sus consideraciones generales:

" (...)Considerando que la Resolución del Consejo, de 6 de diciembre de 1994, reconoce que una verdadera política de igualdad de oportunidades presupone una estrategia global e integrada que permita organizar mejor los horarios de trabajo, una mayor flexibilidad, así como una vuelta más fácil a la vida profesional, y toma nota del importante papel de los interlocutores sociales en este ámbito y en la oferta a hombres y mujeres de una posibilidad de conciliar responsabilidades profesionales y obligaciones familiares; 6. Considerando que las medidas para conciliar la vida profesional y familiar deben fomentar la introducción de nuevos modos flexibles de organización del trabajo y del tiempo, más adaptados a las necesidades cambiantes de la sociedad y que deben tener en cuenta a la vez las necesidades de las empresas y de los trabajadores; 7. Considerando que la política familiar debe contemplarse en el contexto de los cambios demográficos, los efectos del envejecimiento de la población, el acercamiento entre generaciones y la promoción de la participación de las mujeres en la vida activa (...)"

C.5)-La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres (CEDAW) es uno de los tratados internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas más operativo en la conquista de la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, también llamado "la carta internacional de los derechos humanos de las mujeres". Fue aprobada por la Asamblea General en 1979 y entró en vigor en 1981, siendo ratificada por España en 1.984. La propia Convención creó "el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la mujer" que examina los progresos realizados por los diferentes Estados Parte.

La Convención, en su artículo 11.1º y 2º c) dispone lo siguiente:

" 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: (...)"

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:
(...)

c)-Alejar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños (...)"

C.6)- De otro lado nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la dimensión constitucional del ejercicio de los permisos previstos en el art. 37.6º y 34.8º 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. (...)

El órgano judicial ha denegado la reducción de jornada solicitada por la trabajadora, convalidando la previa decisión denegatoria de la empresa, con base a consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que efectúa de la expresión "dentro de su jornada ordinaria" utilizada por el apartado 6 del art. 37 LET al referirse a la decisión de la trabajadora respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada.(...)

Esta fundamentación de la resolución judicial prescinde de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma.

El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo "no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado"(...)

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 (...)"

En base a lo expuesto, puede concluirse que 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. La justicia con perspectiva de género no es más que la transversalización (real) del principio de igualdad (gender mainstreaming), tal y como preceptúa el art. 4 de la Ley 3/2007, en relación con la previsión contenida en el art. 9, 1 y 14 de la CE, debiendo recordar el juego del art. 10 y 96 de la CE en la interpretación de los derechos fundamentales, de conformidad con los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España (entre ellos la CEDAW).

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)

En el caso que nos ocupa, a criterio de esta Sala sí existen probadas razones familiares, que justifican la petición de concreción horaria (turno mañana) solicitada por la actora, por los motivos que se exponen a continuación.

-Cuando la actora hizo su primera petición (14/3/16), se hallaba en estado de gravidez, por lo que carecía de conocimiento directo y realista de las necesidades requeridas por un bebé (en general), ni tampoco las específicas necesidades de su bebé, pues cada menor es único e irrepetible y tiene sus propias peculiaridades, padecimientos o enfermedades. A ello debe añadirse que el permiso previsto en el art. 37.6º del ET queda condicionado a tener a cargo efectivo un menor, es decir no tiene efecto jurídico durante la gestación.

-El hecho de haber suscrito el acuerdo de "novación contractual" en fecha 8/11/16 (pero derivado de la petición de la actora en fecha 14/3/16), no es obstáculo al cambio de condiciones familiares producidas por motivo del nacimiento del menor y que no fueron constatadas por la trabajadora hasta la llegada al mundo del bebé, pues los cambios que se producen durante los primeros meses son los más relevantes en la vida del menor y también los más difíciles hasta que se produce la adaptación del lactante y su nueva realidad familiar. Por tanto es evidente que entre enero 2016 y enero de 2017 hubo un importante cambio familiar en la vida de la trabajadora, motivado por el nacimiento de su hijo, Anton.

-Cuando la actora solicita la modificación de turno de trabajo el 23 de enero de 2017, el menor ya contaba con 7 meses de edad, por lo que no solo tenía un conocimiento más realista de sus necesidades familiares, sino que además jurídicamente se daban las condiciones para poder ejercer tanto su derecho a la previsión del art. 37.6º del ET (que exige reducción de jornada).

-La demandada en su misiva de 25/1/17 se opuso a la petición de la actora alegando que " no procedía la concreción horaria sin la reducción de jornada" pero es lo cierto que la reducción de jornada ya la había solicitado, aunque en fecha 14/3/16, cuando todavía no había nacido su hijo y es por ello por lo que entiende que su concreción horaria debe ser la solicitada tras el nacimiento de su hijo y no antes. Respecto del concepto de la jornada ordinaria al que refiere el art. 37.7º del ET, debe recordarse que la Sala Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de septiembre de 2016 (RJ 2016/5042) vino a interpretar tal concepto de forma amplia refiriendo expresamente a: hay que señalar que, si bien es cierto que el vocablo "jornada" en la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa "tiempo de duración del trabajo diario", en su acepción técnico-jurídica resulta más compleja. En efecto, si acudimos al artículo 37 del ET (RCL 1995, 997), bajo el epígrafe "Jornada" regula la jornada anual, la jornada semanal y la jornada diaria de trabajo, por lo que habrá de estarse al contexto en el que aparece dicha palabra para determinar a cuál de las tres modalidades de jornada se refiere.(...)"

Ponderando la dimensión constitucional del derecho ejercitado y la libertad organizativa de la empresa, en el presente caso debe darse prevalencia al derecho de la trabajadora, máxime cuando la reducción de jornada se efectuó irregularmente y sin adecuarse a la normativa legal, generando a la trabajadora el espejismo jurídico de que lo suscrito el 8/11/16 no tenía nada que ver con una reducción de jornada por cuidado de su hijo, con un perjuicio evidente para la actora al no poder beneficiarse de prestaciones familiares y otros derechos previstos en situaciones de reducción de jornada por cuidado de un menor. Por tanto, y ante la propia literalidad del documento suscrito ("novación contractual"), no puede estimarse como alegato jurídico de oposición que hubo una especie de "consentimiento tácito" de la operaria al no reivindicar el 8 noviembre de 2016 (con su hijo ya nacido) su preferencia por el turno de mañana, pues la irregularidad cometida no puede ahora beneficiar a quien la promovió. Además, tampoco se hizo referencia a horario específico de la trabajadora, por lo que difícilmente puede presumirse tal consentimiento a favor del horario de tarde o de mañana.

En relación al "sobredimensionamiento" del turno de mañana al que hace referencia el hecho probado séptimo, se establece que la distribución entre los tres turnos de trabajo instaurados en la empresa es de 40 operadores en turno partido, 180 operadores en turno de mañana y 188 en turno de tarde lo que no evidencia un gran desequilibrio. Por tanto la sobredimensión de mañana es de 8 personas más en relación al turno de tarde. La demandada en su escrito de impugnación hace referencia a que el número de llamadas en horario de mañana es muy superior al de otras franjas horarias pero este dato no consta en el relato fáctico ni tampoco en la fundamentación jurídica de la sentencia. De igual modo ha quedado probado (hecho séptimo) que los fines de semana no se alcanza el nivel de atención fijado por el contrato mercantil, pero en su escrito de impugnación de recurso la propia empresa alude a que la actora viene trabajando solo dos fines de semana al mes (y no cuatro), por lo que la repercusión en la organización de la demandada es menor, y ello debiendo destacar que estamos ante un contrato a tiempo parcial reducido a 20 horas semanales, cuestión esta que también debe tenerse en cuenta a los efectos que nos ocupan.

Por lo expuesto, la petición de concreción horaria de la actora, en turno de trabajo de mañana (de 9:00 a 13:00 horas) de lunes a viernes (20 horas semanales) queda justificada por la razón familiar del nacimiento de su hijo, debiendo recordarse que la literalidad del art. 37.7º del ET establece que

corresponde a la persona trabajadora que solicita la reducción la concreción horaria dentro de su jornada ordinaria.

D)- Indemnización paralela por daño Moral.

La actora también solicita en su recurso y en su demanda, una indemnización paralela ascendente a 3.500 euros, por el daño moral producido, vinculándolo a la vulneración de derechos fundamentales (arts. 14 y 39 CE).

De acuerdo con lo expuesto la negativa o limitación empresarial al disfrute del derecho a la conciliación laboral y familiar, cuando existen razones justificadas para su ejercicio, redundan claramente en el derecho a la no discriminación (indirecta) por razón de sexo, al ser mayoritariamente las mujeres quienes siguen, aún en este siglo, solicitando y ejerciendo tales derechos (Ley 39/1999 y la ley 3/2007).

El art. 139 de la LRJS que regula la tramitación del procedimiento de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se establece, en su párrafo segundo:

" 2. El procedimiento anterior será aplicable igualmente al ejercicio de los derechos de la trabajadora víctima de violencia de género establecidos en la ley, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

Podrá acumularse a la referida demanda la acción de daños y perjuicios directamente causados a la trabajadora por la negativa o demora del derecho. Podrá instarse, en su caso, la adopción de las medidas cautelares reguladas en el apartado 4 del artículo 180."

También el artículo 178 de la LRJS establece que cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el art. 184, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal, determinando este último precepto que "no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 178, las demandas de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el art. 139, se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente".

Esto es, el hecho de que no se siguiera el procedimiento de tutela de derechos fundamentales fue simple adecuación a las exigencias legales pero además no es necesaria la vulneración de un derecho fundamental para que nazca el derecho a indemnización, tal y como se establece en el transcrito art. 139 de la LRJS, sino que basta con que se produzcan daños y perjuicios de cualquier tipo, y los daños morales, lo son.

En la sentencia dictada por esta misma Sala de fecha 15 de febrero de 2016 (Recurso 1251/2015) decíamos, 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. En la fundamentación jurídica de esta sentencia decíamos:

" (...)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 reparatorios 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 jurídicocuarta 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 es incuestionable el daño moral producido a la actora en su legítima reivindicación de conciliar su vida laboral y familiar al amparo del art. 37.6º del ET. En primer lugar porque se le niega el acceso a las prestaciones familiares y otros beneficios laborales, vinculados a la reducción de jornada por cuidado de un menor, mediante la utilización irregular de una supuesta "novación contractual ". En segundo lugar, porque se le niega su derecho a concretar el horario laboral bajo el argumento de no reducir su jornada (a pesar de que ya se le había aplicado la reducción irregularmente). Y en tercer lugar porque se obliga a la actora a judicializar su legítimo derecho a conciliar.

La demandante cuantifica el daño moral producido en 3.500 euros y dicha cantidad se halla dentro del 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. Procede la aplicación del grado máximo en atención a las especiales circunstancias del caso analizado, que parten de una actuación irregular a lo que debe añadirse la dimensión de la empresa, con una plantilla de 408 operadores (hecho probado séptimo). Y por último, la negativa empresarial, gravita sobre la negación de reducción de jornada por cuidado de un menor, amparándose en la "novación contractual", que realmente no lo era:

" (...) su situación actual en la que tiene una jornada de 20 horas semanales no es por motivo de tener a su cargo a un menor de 12 años, sino que es producto de una novación contractual de carácter temporal acordada por Ud. Y por la empresa y cuya finalización tiene fecha de efectos 7/11/18" (folio 140 y 183 de autos)

Por todo ello, se considera razonable la cuantificación del daño moral producido a la actora en la cantidad de 3.500 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 el recurso de suplicación y la demanda planteada, reconociéndose el derecho de la actora a concretar su jornada laboral reducida a 20 horas semanales, como sigue: de lunes a viernes, de 09:00 a 13:00 horas; condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración así como a abonar a la demandante una indemnización reparadora del daño moral producido, en la cantidad de 3.500 euros.

Tercero.

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

Cuarto.

Ante las irregularidades detectadas, en perjuicio de los legítimos derechos laborales y de Seguridad Social de la actora, al no instrumentarse la reducción de jornada aplicada por cuidado de un menor con efectos del 8/11/16 por el cauce del art. 37.6º del ET sino a través de una aparente "novación contractual", se da traslado a la Delegación Provincial de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social de Las Palmas a los efectos de que, si procede, inicien las actuaciones que correspondan frente a la empresa EMERGIA CANARIA CUSTOMER CARE SL., con amparo en lo previsto en el art.16.9º de la Ley Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el art. 9 c) del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

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

FALLAMOS

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por D^a Guadalupe frente a la sentencia nº 128/17 dictada por el juzgado de lo Social nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos nº 79/17, que revocamos y estimando la demanda planteada se reconoce el derecho de la actora a concretar su jornada como sigue: de lunes a viernes de 09:00 a 13:00 horas librando sábados y domingos; condenando a la empresa Emergencias Canarias Customer Care SL a pasar y estar por tal reconocimiento así como a abonar a la actora la cantidad de 3.500 euros en concepto de daños y perjuicios (daño moral). 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 9 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 3537/0000/66/1249/17 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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.

RTSS. CEF