

**LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS SOBRE
CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR E
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES***

*Sentencia del Tribunal Supremo núm. 427/2023, de 14 de junio
ECLI:ES:TS:2023:2729*

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ**

SUPUESTO DE HECHO: El litigio se inicia por demanda de un trabajador que solicita una reducción de jornada por guarda legal de hijo menor de 8 años, con una concreción horaria consistente en un turno de 8:00 a 15:00 horas, de lunes a viernes, que supone su exclusión del sistema de rotación mañana/tarde, así como que se condene a las empresas a que le abonen una cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios. El actor venía trabajando a tiempo completo para las demandadas desde 2013, con horario de trabajo de 6 a 14 horas, de lunes a viernes, y los sábados correspondientes de acuerdo con la rotación prevista. El 24 de enero de 2018 se le comunica su traslado a otro centro de trabajo, aceptado por el trabajador, que se hizo efectivo el 5 de marzo de 2018. También el 24 de enero de 2018 la empresa le notifica un cambio de horario a turnos de 6:00 a 14:00, 14:00 a 22:00 y de 22:00 a 06:00 horas, siendo los turnos diurnos rotatorios quincenalmente, pudiéndose acordarse turnos intermedios en función de los nuevos clientes o cambios organizativos. El 29 de enero de 2018 el trabajador solicitó la citada reducción en un octavo de su jornada, pasando a ser de 35 horas semanales y la concreción horaria citada, denegándolo la empresa con base en la petición del actor a su adscripción desde el 05-03-18 al sistema de turno rotatorio de mañana/tarde. El convenio colectivo aplicable permite que la jornada reducida “se desarrolle incluso fuera de su horario habitual, siempre dentro de los horarios de su área funcional”¹. La esposa del actor trabaja a tiempo completo, siendo su jornada de trabajo de 40 horas semanales, de lunes a viernes, a razón de 8 horas, distribuidas según las necesidades de la empresa.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial” (PID2021-122537NB-I00), Plan Estatal 2021-2023, Ministerio de Ciencia e Innovación.

** Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Art. 57.4 del Convenio Colectivo de Transporte por Carretera de Barcelona (DOGC 16/10/2007, referencia Convenio 0804295).

RESUMEN: La demanda frente a las empresas Carreras Grupo Logística, S.A., y Carreras Servicios Integrales, S.A. fue desestimada íntegramente por el Juzgado de lo Social en la instancia, formalizándose recurso de suplicación frente a la misma tanto por el actor como por las empresas, los cuales fueron resueltos por la STSJ de Cataluña 5985/2019, de 12 diciembre², en la que se estima íntegramente el recurso del trabajador. Planteado por las empresas recurso de casación, el Tribunal Supremo dicta sentencia de 14 de junio de 2023, que lo desestima, confirmando la sentencia recurrida. Ha sido ponente de la misma el Ilmo. Magistrado D. Ignacio García-Perrote Escartín.

ÍNDICE

1. LAS REFORMAS NORMATIVAS DE LA MATERIA EN EL ITER PROCESAL
2. LA CONCRECIÓN HORARIA DE LA JORNADA REDUCIDA POR GUARDA LEGAL DE HIJO MENOR
3. EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y SU CUANTÍA
4. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN RELACIÓN A LA INDEMNIZACIÓN

1. LAS REFORMAS NORMATIVAS DE LA MATERIA EN EL ITER PROCESAL

Desde que se aprobara el actual Texto Refundido de la Ley que aprueba el Estatuto de los Trabajadores (ET) de 2015³, hasta junio de 2023, fecha en que dicta la STS que ahora comentamos, la materia relativa a la reducción de jornada por razones de guarda legal y cuidado directo de hijos menores e hijos con discapacidad que no desarrollen una actividad retribuida, y su concreción horaria, con la disminución proporcional del salario, prácticamente no ha experimentado reforma legal alguna (art. 37.6 y 37.7 ET), dejando al margen las reformas relativas a otro tipo de hijos con enfermedad grave, y el cuidado de otro tipo de familiares, así como de las víctimas de violencia de género y terrorismo.

Las reformas normativas de esta concreta medida de conciliación laboral y familiar se producen sobre todo con anterioridad a 2015, dirigidas principalmente a ampliar el límite máximo de edad del hijo menor que, por razones de guarda legal y por su cuidado directo, dan derecho a la reducción de jornada con reducción proporcional del salario: prevista inicialmente para menores de seis años⁴, después

² ECLI:ES:TSJCAT:2019:11577.

³ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre).

⁴ Art. 37.5 Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

para menores de ocho años⁵ y posteriormente ampliada al cuidado directo de menores de 12 años⁶, edad que se mantiene en la actualidad. También se ha modificado la terminología utilizada para referirse hijos, sin límite de edad y siempre dentro del contexto de cuidado directo y por razones de guarda legal, afectados por alguna discapacidad, siempre que no desempeñen actividad retribuida: “disminuido físico o psíquico”⁷, “ minusválido físico, psíquico o sensorial”⁸, “personas con discapacidad física, psíquica o sensorial”⁹, o simplemente y de forma más acertada “persona con discapacidad”¹⁰, denominación con la que llega al actual texto 2023 del art. 37.6 ET.

Ha sido también objeto de modificación la cantidad mínima de jornada que puede ser objeto de reducción por esta causa, pasando de un mínimo de un tercio de la jornada del trabajador o trabajadora solicitante (1980) a un mínimo de un octavo de la jornada (2007), tope mínimo que permanece en la actualidad. Por su parte, la cuantía máxima que puede ser objeto de reducción ha estado siempre fijada en la mitad de la duración de la jornada de la persona trabajadora.

Y, por último y más novedosa es la reforma operada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que reconoce la medida como un derecho individual de los trabajadores y trabajadoras, con el contrapeso de su posible limitación por parte de la empresa en caso de que dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante (art. 37.5 ET).

Esta Ley incorpora un nuevo apartado 6 al art. 37 ET mediante el que atribuye a la parte trabajadora la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de la jornada, dentro de su jornada ordinaria, debiendo preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria; y remite el conocimiento de las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos, a la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, estando actualmente regulado en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS).

⁵ Disposición adicional 11.4 y 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁶ Artículo 1.4 del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

⁷ Art. 37.5 Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

⁸ Art. Segundo, apdo. 2, de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

⁹ Disposición adicional 11.4 y 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

¹⁰ Texto original del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Mediante la reforma laboral de 2012¹¹, aunque se sigue manteniendo el mandato de que la concreción horaria y determinación del periodo de disfrute de la reducción de jornada por cuidado de hijo “corresponderá al trabajador”, se introduce la posibilidad de que los convenios colectivos puedan “establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5 (por cuidado de hijos menores y de hijos con discapacidad), 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”. Esta llamada al convenio colectivo se ha manteniendo en los mismos términos hasta el momento actual, si bien desde la aprobación del nuevo texto refundido de la Ley que aprueba el Estatuto de los Trabajadores de 2015, la medida ha pasado a estar en el apartado 6, y la concreción horaria en el apartado 7, ambos del art. 37 ET. En el caso analizado avanzamos que el convenio colectivo aplicable contiene una previsión respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada por cuidado de hijos, que abordaremos enseguida.

Centrada la medida de conciliación laboral y familiar en la reducción de jornada con la reducción proporcional del salario, por razones de guarda legal de quienes tengan a su cuidado directo un menor de 12 años o persona con discapacidad, y no en otros supuestos que dan derecho a permisos y reducciones de jornada, podemos afirmar que si bien las reformas más importante en esta materia se han llevado a cabo antes de 2015, no obstante las numerosas y sucesivas reformas que a partir de entonces se han ido produciendo, desde una perspectiva más amplia en materia de conciliación, llevan a que en numerosas ocasiones los juzgados y tribunales del orden social tengan que resolver casos en los que la legislación aplicable, por ser la vigente en el momento de ejercicio de la medida de conciliación litigiosa, ha sido reformada al tiempo de dictarse la sentencia de instancia y, más aún lo ha podido ser en la fecha de dictarse la sentencia que resuelva el posible recurso, en su caso. En estos casos, y ante la duda interpretativa que pueda ocasionar la norma anterior aplicable, juega un importante papel para la resolución del caso la función interpretativa que se puede derivar de las nuevas normas en la materia, pese a no ser directamente aplicables al caso en cuestión. Así por ejemplo ocurre en el presente caso, en el que la sentencia recurrida (STSJ de Cataluña, de 12 de diciembre de 2019) indica que pese a que no resulta aplicable al caso la reforma operada en la materia por el Real Decreto-ley 6/2019¹², “alguna doctrina judicial sostiene que tiene ya un gran contenido interpretativo”¹³.

¹¹ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

¹² Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y en la ocupación, que fue publicado en el BOE de 7 de marzo.

¹³ Con cita de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede Sevilla, núm. 1082/19.

Téngase en cuenta, desde esta perspectiva, que los hechos objeto de la demanda se remontan a enero de 2018, y que la sentencia que resuelve el recurso de suplicación se dicta una vez vigente el RDL 6/2019, si bien no aplicable a casos anteriores a su entrada en vigor. Por otro lado, en el periodo comprendido entre la citada reforma a la actualidad (2019-2023), las medidas de conciliación de la vida profesional y familiar previstas en el art. 37 ET han experimentado ocho reformas, que han ido ampliando los derechos de conciliación en la relación laboral, contemplando nuevos supuestos de conciliación, nuevos titulares de los derechos, así como mayores garantías para su ejercicio efectivo¹⁴. A título ilustrativo, la reforma más reciente en la materia, operada por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio¹⁵, entre las numerosas novedades que contiene, incorpora el mandato de que en el ejercicio del derecho de reducción de jornada se tenga en cuenta *el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género*” (art. 37.6 ET), transponiendo a nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. También introduce como causa de discriminación el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral (art. 4.2.c ET).

¹⁴ Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, incluye el supuesto previsto en el art. 37.5 ET (nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados tras el parto) en el derecho a la concreción horaria prevista en el art. 37.7 ET. Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre los derechos relativos a la jornada para víctimas de violencia de género o de terrorismo. Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que reconoce el derecho a las víctimas de violencia de género a la adaptación de su jornada al trabajo a distancia. Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, modifica el art. 37.6 ET en lo relativo a la edad de hijos con cáncer a los efectos de su cuidado. Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que incluye en el art. 37.8 ET a las víctimas de violencias sexuales. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, quita del apartado 8 a las víctimas de violencias sexuales. Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, que amplía el supuesto del art. 37.6 ET para el cuidado de hijos con cáncer. Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, de transposición de la Directiva UE 2019/1158, de 20 de junio 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

¹⁵ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE 29 junio).

La nueva Directiva avanza en el sentido de considerar la conciliación profesional y familiar, junto con la corresponsabilidad, instrumentos imprescindibles para alcanzar la igualdad entre los hombres y las mujeres, principio fundamental de la UE¹⁶, siendo su objetivo eliminar cualquier desventaja o merma en términos de mejora y progreso que pueda afectar a las carreras profesionales de las personas que se ocupan de manera informal de las tareas de cuidado de familiares o dependientes¹⁷.

Esta nueva realidad normativa se acompasa con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que ya reconoció mediante su STC 3/2007 “la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar”. En los mismos términos, se pronuncia en su STC 26/2011, en base al derecho a la no discriminación por circunstancias personales (art. 14 CE), que fundamenta el pronunciamiento tanto de la sentencia recurrida como en la STS ahora comentada, como tendremos ocasión de ver.

2. LA CONCRECIÓN HORARIA DE LA JORNADA REDUCIDA POR GUARDA LEGAL DE HIJO MENOR

La primera cuestión que plantean las empresas recurrentes en casación para la unificación de doctrina, invocando de contraste la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Cataluña 9 de diciembre de 2014, es la de si el trabajador tiene el derecho a la concreción horaria por reducción de jornada por guarda legal, que le ha reconocido la sentencia recurrida. Cabe recordar que la empresa denegó la concreción horaria solicitada, fundando su negativa en la adscripción del trabajador desde el 5 de marzo de 2018 al sistema de turno rotatorio de mañana/tarde. La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda del trabajador, en tanto que la sentencia de suplicación declaró el derecho del trabajador a que la reducción

¹⁶ Art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364/1, 18/12/2000.

¹⁷ El objeto de la Directiva 2019/1158 UE es establecer requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional. Para ello, la presente Directiva establece derechos individuales relacionados con lo siguiente: a) el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores; b) fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores (art. 1).

de jornada, que le ha sido reconocida por las empresas, se concrete en un horario de mañana de 8:00 a 15:00 horas, así como a que se le indemnice con la cantidad de 6.251 euros por los daños morales irrogados, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social.

Por su parte, la STS comentada rechaza este primer motivo del recurso en base a que no existe contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste, ya que en la primera la estimación del recurso del trabajador obedece a una cuestión de fondo, en tanto que la segunda se pronuncia únicamente sobre infracción de garantías del procedimiento, sin entrar en el fondo del asunto.

No obstante, pese al rechazo del motivo, interesa hacer alguna matización sobre la facultad de concreción horaria que el art. 37.7 ET atribuye al trabajador o trabajadora, al menos inicialmente. Se puede afirmar que es un derecho, si bien con ciertos condicionantes, como es la precisión legal de que dicha concreción horaria sea “dentro de su jornada ordinaria”. Es una precisión que ha dado lugar en sede judicial a una amplia casuística que atiende a las circunstancias concurrentes en cada caso, despejando las dudas interpretativas que suscita la citada precisión legal y, en otros casos, interpretando los criterios establecidos convencionalmente para ejercer la concreción horaria, como ocurre en el caso presente. La concreción horaria propuesta por el trabajador supone el cambio de una jornada a turno rotatorio quincenalmente de mañana y tarde, a uno fijo de 8:00 a 15:00 h., de lunes a viernes, con jornada reducida a 35 horas semanales.

La sentencia recurrida confirma el derecho del trabajador a este horario en base a que el convenio colectivo aplicable permite que la nueva jornada reducida se desarrolle “incluso fuera de su horario habitual, siempre dentro de los horarios de su área funcional”¹⁸. Se observa pues, que el convenio establece este criterio atendiendo por un lado al derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la persona trabajadora, y por otro lado a las necesidades productivas y organizativas de las empresas, tal como establece el art. 37.7 ET. De manera que la condición establecida convencionalmente para que el trabajador pueda concretar el horario de su jornada reducida fuera de su horario habitual es que se haga dentro de los horarios del área funcional en que presta sus servicios que, en este caso y según la sentencia recurrida, es en turnos rotatorios de mañana y tarde de 6.00 a 14:00 y de 14:00 a 22:00, y un turno fijo de noche, quedando amparada la petición del trabajador en el contenido del convenio colectivo que la permite, según el parecer de la Sala del TSJ de Cataluña. Se argumenta, además, que no existe imposibilidad alguna de tipo organizativo que impida que el trabajador demandante trabaje exclusivamente en turno único de mañana de 8:00 a 15:00 h., y que este horario no va en contra de la jornada y horario general de la empresa.

¹⁸ art. 57.4 del Convenio Colectivo de Transporte por Carretera de Barcelona 2007-2010.

Téngase en cuenta que, a diferencia de lo establecido en el art. 34.8 ET sobre adaptación de la jornada y horario de trabajo (sin reducción de jornada), en la medida de conciliación establecida en el art. 37.6 ET (con reducción de jornada y salario) no se contempla la negociación entre el trabajador y la empresa respecto de la medida. Ni tampoco está condicionada a que la medida (reducción de la jornada) deba ser razonable y proporcionada en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa, como sí se condiciona por el art. 34.8 ET a las adaptaciones de la jornada¹⁹. Se trata de derechos diferentes, aunque ambos constituyan medidas para favorecer la conciliación profesional y familiar. Por ello no se entiende que la sentencia recurrida argumente que no existe imposibilidad alguna de tipo organizativo que impida esa concreción horaria, a la par que se argumenta que los horarios de trabajo de la esposa del trabajador justifican la concreción horaria pedida por el trabajador para el cuidado del menor. Consideramos que lo único que se debe tener en cuenta en el caso analizado es la previsión legal prevista para la medida en cuestión (art. 37.6 y 7 ET), junto con los criterios establecidos en el convenio colectivo, por lo que el reconocimiento del derecho no puede descansar en posibles razones organizativas de la empresa (salvo que el convenio aplicable sí lo especifique), así como tampoco hacer depender este derecho a la situación laboral de la pareja del trabajador, ya que constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. Entendemos que mezclar las reglas que rigen las adaptaciones de jornada y las reducciones de jornada puede provocar inseguridad jurídica.

Entendemos que en la reducción de jornada por cuidado de hijo (art. 37.6 ET) y su concreción horaria (art. 37.7 ET) la negativa del derecho por parte de la empresa o su demora en la efectividad de la medida, en los supuestos en los que la norma legal y la convencional la amparan, supone ya el presupuesto necesario para entender que estamos ante un trato desfavorable por motivos de conciliación (la necesidad de conciliar, manifestada en la solicitud de la medida de conciliación, frente a quienes no la solicitan por no serle necesaria) desplegándose en ese momento la dimensión constitucional de las medidas de conciliación y su tutela al amparo del art. 14 CE, conforme a la doctrina del TC, a la que nos referiremos en el siguiente apartado. Y ello sin necesidad de valorar las circunstancias personales y familiares concretas del caso, ni de la situación organizativa de la empresa más allá de los posibles criterios establecidos convencionalmente. Además, dicha negativa o demora puede dar lugar a la reclamación de la reparación de los daños y perjuicios (sean económicos o morales) por parte del trabajador, derivados de tal comportamiento, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador, tal como establece el art. 139 LRJS.

¹⁹ En su redacción dada al art. 34.8 ET por el RDL 6/2019, no aplicable al caso, tal como indica la propia sentencia recurrida.

Cuestión diferente será que en el caso de que se trate existan dudas acerca de si concurren o no los presupuestos legales y/o convencionales para que proceda el derecho a obtener la medida de conciliación, en cuyo caso sí sería necesario la acreditación de las circunstancias personales, familiares y las organizativas de la empresa, como ocurre en el supuesto analizado por la STC 26/2011, y si esas circunstancias acreditan la necesidad de conciliación, la negativa puede suponer una discriminación por razón de las circunstancias personales del trabajador o trabajadora (art. 14 CE), que se traducen en circunstancias familiares.

3. EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y SU CUANTÍA

La sentencia recurrida se pronuncia sobre el motivo de impugnación alegado por el trabajador en su recurso de suplicación, quien denuncia la infracción del art. 1101 del Código Civil, dado que para esta parte resultaba incuestionable la existencia de daños morales al haberse inaplicado unilateralmente por la empresa los arts. 57.4 del Convenio y 37.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores (en la actualidad art. 37.6 y 7 ET), daños que cuantificó en 6.250 euros. La citada sentencia estima la procedencia de la indemnización y su cuantía, una vez dejado sentado que la actuación de la empresa ha impedido indebidamente la conciliación de la vida familiar y laboral del trabajador, al considerar que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la STC 26/2011, la negativa de la empresa puede suponer un supuesto de discriminación por razón de las circunstancias personales del trabajador (art. 14 CE).

Partiendo de esa declaración, y en cumplimiento del mandato procesal sobre la necesidad de que el tribunal se pronuncie 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 (art. 183.2 de la LRJS), considera la sentencia recurrida aceptable como criterio orientador en la determinación del daño moral las sanciones contenidas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)²⁰. Según la Sala, la negativa de la empresa puede encajar en la falta muy grave tipificada en el art. 8.12 LISOS²¹, siendo la

²⁰ Por tratarse de un criterio aceptado por múltiple doctrina jurisprudencial, con cita de las STS de 15 de febrero de 2012, rcud 67/2011, así como las posteriores de 8 de julio de 2014, rcud 282/2013, y la de 2 de febrero de 2015, rec. 279/2013.

²¹ El texto vigente en la fecha de dictarse la sentencia recurrida, establecía en su art. 8.12 LISOS como infracción muy grave: Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables

sanción prevista en su grado mínimo y máximo la que va desde 6.251 euros a 25.000 euros, de manera que aplicando criterios de razonabilidad, considera ajustada a derecho la petición del trabajador de resarcimiento de los daños morales sufridos en cuantía de 6.251 euros.

La empresa recurrente en casación cuestiona el derecho a una indemnización porque entiende que no se ha acreditado la vulneración de un derecho fundamental, y propone de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2018 (rec. 971/18). Esta sentencia estima parcialmente el recurso de la trabajadora frente a la sentencia de instancia, que había desestimado su demanda en materia de concreción de jornada por guarda legal, estimación parcial que implicó el no reconocimiento de la indemnización solicitada por vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 14 y 39 CE, por entender la Sala que en los hechos probados no obraba dato fáctico alguno que pusiera de manifiesto represalia de la empresa, de manera que a falta dichos indicios, no entra en juego la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 181.2 LRJS.

La STS que comentamos, entra a conocer este motivo por entender que sí existe contradicción de doctrina, por lo que analiza cuál de ellas es la correcta. En síntesis, entiende el TS que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia recurrida que analiza (STSJ Cataluña, de 12/12/2019, rec. 4739/2019), en base a dos argumentos, y partiendo del hecho imbatido de que la empresa ha impedido indebidamente la conciliación de la vida familiar y laboral: el primero, porque entiende que no es correcta la afirmación de la parte recurrente de que no ha existido vulneración de un derecho fundamental. En efecto, la sentencia recurrida razona que tanto el art. 37.6 y 7 ET, como especialmente el art. 57.4 del convenio colectivo aplicable, ampara la concreción horaria solicitada por el trabajador para su reducción de jornada por guarda legal, entendiendo el TSJ que no existe imposibilidad alguna de tipo organizativo para denegar esa concreción horaria, y en el contexto de este razonamiento, “resulta aplicable al efecto el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, en el sentido de que ‘la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de

o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar”²².

El segundo argumento que sostiene la STS es que, adicionalmente, no se puede olvidar que el artículo 139.1 a) LRJS prevé que “en la demanda del derecho a la medida de conciliación puede 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”. Entiende la Sala del TS que así lo hizo el trabajador en el presente supuesto, solicitando concretamente una indemnización de 6.250 euros, además de que la sentencia recurrida razona ampliamente sobre el criterio orientador que puede tener la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social a la hora de fijar una concreta cuantía indemnizatoria.

La doctrina contenida en la citada STC 26/2011 considera que la perspectiva desde la que se debe analizar la negativa a reconocer al trabajador la medida de conciliación laboral y familiar es la del derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias personales o sociales (art. 14 CE), pues lo que se plantea es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a la medida de conciliación (acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante) pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral. Según esta doctrina, “la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres (art. 14 CE), que postula como fin y generalmente como medio la parificación, impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...)”. Para el TC, 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 y la LO 3/2007, de manera que la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto.

Según esta doctrina constitucional, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra las resoluciones judiciales recurridas 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”²².

²² Con cita de sus SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; 92/2005, de 18 de abril, FJ 5; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 6.

La discriminación por razón de circunstancias personales (en este caso, familiares), según esta doctrina constitucional obliga tanto a las empresas como a los órganos judiciales que conozcan de la controversia, a valorar las circunstancias personales y familiares del trabajador solicitante de la medida, para averiguar hasta qué punto resulta necesaria esa medida para lograr la efectiva participación del trabajador en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares; obliga también a analizar cuáles son las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo en el que presta servicios.

Esta valoración de las circunstancias concretas del trabajador y de la empresas entendemos que resulta necesaria en los casos en los que existen dudas acerca de la interpretación de la norma legal o convencional aplicable y, por tanto, acerca de la existencia del derecho mismo a la medida de conciliación, como ocurre en el caso analizado por la STC 26/2011, en el que no existía norma legal o convencional que amparara expresamente el derecho del trabajador a que se le asignara el turno de noche fijo solicitado, de manera que esto justifica en que se deba tener en cuenta las circunstancias personales-familiares del trabajador y su pareja, la situación de los menores, y la situación organizativa de la empresa. En ese caso, de no hacerse, se estaría lesionando el derecho constitucional a la no discriminación por circunstancias personales/familiares, dada la dimensión constitucional de las normas sobre conciliación laboral y familiar, que constituyen un instrumento imprescindible para la consecución del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

En el caso analizado en este comentario, la STSJ recurrida analiza la situación del trabajador y de su esposa, así como que la medida no va contra la jornada y horarios de la empresa, ni existe por tanto dificultades organizativas que impidan su aplicación. Esto lleva a la STJS a aplicar la doctrina constitucional contenida en la STC 26/2011, confirmada por la STS que comentamos. Como apuntábamos *supra*, valorar la dimensión constitucional de las medidas de conciliación, por el objetivo constitucional de igualdad y corresponsabilidad que persiguen y de atención a la familia, supone un avance necesario en la interpretación de las normas sobre la materia, ahora corroborado por la Directiva UE 2019/1158, y su norma de transposición, RDL 5/2023, que erigen la conciliación profesional y laboral como causa autónoma de discriminación, tutelada al amparo del art. 14 CE.

Por tanto, entendemos plenamente aplicable al caso la doctrina contenida en la STC 26/2011, previamente sentada por la STC 3/2007, en la que también concurría la duda interpretativa sobre la norma legal y, por tanto, sobre la existencia del derecho mismo a la concreción horaria fuera de su jornada ordinaria, y sin embargo “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” (STC 3/2007).

Entendemos que esta fundamentación es aplicable no sólo a los casos en los que existe duda interpretativa sobre la norma legal y el derecho a la medida de conciliación –en cuyo caso es necesario tener en cuenta las circunstancias concurrentes- sino también y con más motivo, en los casos en los que la norma (legal y convencional) no arroja duda alguna acerca del derecho en cuestión – como ocurre en el caso analizado por la STS-, sin que en este caso sea necesario analizar las circunstancias concurrentes, más allá del análisis de concurrencia de los requisitos legales y los convencionales exigidos, que en el caso analizado se cumplen.

4. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN RELACIÓN A LA INDEMNIZACIÓN

Se formula por la empresa recurrente otro motivo de impugnación consistente en la necesidad de acreditar previamente el daño derivado para que surja el derecho a la indemnización, en base a los arts. 179.3, 183 y 184 de la LRJS, aportando como sentencia de contraste la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Madrid de 13 de abril de 2015 (rec. 975/2014). La STS comentada entiende que no existe contradicción, pues en la sentencia de contraste se desestima la indemnización otorgada porque no había sido solicitada por la parte demandante, de manera que se producía una incongruencia *extra petita*, dado que la indemnización no procede de oficio sino a petición de parte, conforme al art. 183 LRJS, por lo que se desestima el motivo del recurso.

Sólo añadiremos unas breves consideraciones procesales sobre la prueba de los daños en relación con la indemnización, por la negativa de la empresa a reconocer la medida de concreción horaria propuesta por la parte trabajadora, en virtud del art. 37.6 y 7 ET y del art. 57.4 del convenio colectivo aplicable, y teniendo en cuenta la dimensión constitucional de la medida de conciliación y su conexión con el art. 14 CE.

La LRJS regula la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 a 184), incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social. Si bien el art. 184 LRJS remite la tramitación de diversos tipos de demandas (entre ellas la de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las

que se refiere el artículo 139) en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, a su tramitación de forma inexcusable con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva.

Por su parte, el citado art. 139 LRJS contempla unas pocas reglas específicas para esta modalidad procesal denominada “Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente”. Entre esas reglas específicas se establece una, que guarda relación con la reparación de los daños y perjuicios a los efectos de admitir en la demanda del derecho a la medida de conciliación la acumulación de 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 (art. 139.1.a LRJS). De acumularse la pretensión de resarcimiento de perjuicios, la sentencia sí sería recurrible si por la cuantía reclamada 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 (art. 139.1.b LRJS).

La aplicación de estas reglas específicas no impide la aplicación de las garantías procesales previstas en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, ya que no son incompatibles en lo que a daños y su reparación se refiere, sino complementarias. De manera que sería aplicable a estos casos la consolidada doctrina jurisprudencial existente sobre la acreditación del daño y su reparación, incluido el daño moral, lo que dicho de forma sintética se traduce en la necesidad de probar los daños económicos que la negativa a la medida de conciliación ha ocasionado al trabajador, en el caso de que existiera algún tipo de perjuicio económico, como pudiera ser, a título de ejemplo, tener que abandonar el trabajo, ya sea el trabajador o su pareja; contratar a una persona cuidadora de los menores; cambiar de centro de trabajo o algunas condiciones de trabajo que le repercuta en el salario, etc. Son daños económicos tangibles, que requieren prueba. En el presente caso no se alega la existencia de este tipo de daños.

Pero un comportamiento que lesione un derecho fundamental, como queda acreditado en el caso analizado (art. 14 CE) no es inocuo, es decir, que la lesión de un derecho fundamental comporta siempre un daño moral a la persona que se ve privada del mismo, de manera que no requiere una prueba específica de ese daño porque es personal, no económico.

El propio legislador, consciente de la dificultad de determinar el daño moral y su cuantificación, exonera de su adecuada especificación en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, (art. 179.3 LRJS). Solicitada la indemnización por daño,

la norma procesal requiere que el órgano judicial se pronuncie sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa (como es el caso del daño moral), 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.

La STSJ recurrida estima la existencia de daño moral y considera razonable la cuantificación de la indemnización solicitada por el trabajador en base a la cuantía de la sanción administrativa que contempla la LISOS, en su cuantía mínima. La estimación del daño moral y la cuantía de la indemnización para su reparación es confirmada por la STS que comentamos, por considerar que resulta razonable, a lo que añade que “esa indebida denegación (de la medida de conciliación) ha durado desde el 5 de febrero de 2018 (fecha de la negativa empresarial) hasta, al menos, la notificación de la sentencia recurrida, que se dictó el 12 de diciembre de 2019. Cabe recordar que, de conformidad con el artículo 139.1 a) LRJS, la empresa se podía haber exonerado de la indemnización si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador”.