



Roj: **STSJ M 1853/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:1853**

Id Cendoj: **28079340022022100165**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **09/02/2022**

Nº de Recurso: **933/2021**

Nº de Resolución: **130/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 14, 06-09-2021 (proc. 882/2021),
STSJ M 1853/2022**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG: 28.079.00.4-2021/0081159

Procedimiento Recurso de Suplicación 933/2021-C

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid Dchos. de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente 882/2021

Materia: Materias laborales individuales

Sentencia número: **130/2022**

Ilmos. Sres

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

D./Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D./Dña. Mª LUISA GIL MEANA

En Madrid a nueve de febrero de dos mil veintidós habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 933/2021, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. NOELIA OLMOS DIAZ en nombre y representación de DIRECCION000 , contra la sentencia de fecha 6 de septiembre de 2021 dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid en sus autos número Dchos. de conciliación de la vida personal,



familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente y derechos fundamentales 882/2021, seguidos a instancia de D./Dña. Elisa frente a DIRECCION000, en reclamación por Materias laborales individuales, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- La demandante presta servicios con relación iniciada el 27 de febrero de 2009, condición de indefinida, categoría profesional de teleoperadora especialista y retribución conforme a recibos de salarios.

SEGUNDO.- La jornada de la actora es de treinta y cinco horas, de lunes a viernes, adscrita a turno de tarde, con horario de 13.30 a 20.30 horas.

TERCERO.- Reside en la localidad de DIRECCION001, Guadalajara y su centro de trabajo de adscripción se ubica en Madrid. Se encontraba adscrita a la campaña de DIRECCION002.

CUARTO.- Con fecha 27 de marzo de 2020 las partes suscribieron acuerdo para efectuar el desempeño laboral mediante modalidad de teletrabajo. Se asocia la situación a las circunstancias COVID 19. (Documento seis de la demandada).

QUINTO.- La demandante se ha encontrado en situación de Incapacidad Temporal desde el 31 de marzo de 2020 a 15 de mayo de 2021 y en excedencia voluntaria desde 16 de agosto de 2021 a 6 de septiembre de 2021, con incorporación próximo 6 de septiembre.

SEXTO.- La actora es madre de un menor de siete años de edad. Al hijo de la actora le ha sido reconocida discapacidad en grado del 37% y situación de dependencia en grado II. Precisa atención especializada y apoyo pedagógico y del lenguaje.

SÉPTIMO.- Con fecha 30 de junio de 2021 la actora solicitó la adaptación de jornada laboral por guarda legal de hij@ menor de doce años. Solicitando, con efectos de 12 de julio de 2021, concreción horaria de 10.00 a 17.00 horas de lunes a viernes y modalidad de teletrabajo. (Documento nueve de la actora).

OCTAVO.- En la misma fecha 30 de junio de 2021 la demandada contestó la solicitud aceptando la concreción horaria condicionado a las condiciones de la campaña a la que la actora se encuentra adscrita (DIRECCION002) y desestimando la modalidad de teletrabajo sin indicación de las circunstancias que lo imposibilitan. (Documento al folio treinta y siete del ramo de la actora).

NOVENO.- Por correo electrónico de 12 de julio de 2021 representantes de la demandada comunicaron a la actora la necesidad de incorporación presencial. Señalaron ponerlo en su conocimiento cuando hubiera posibilidad de teletrabajo. Particularmente le indicaron: Buenas tardes Elisa, en el momento que haya posibilidad de teletrabajo te lo comunicaremos tal y como te comentamos. De momento necesitamos que te sigas adaptando al puesto como estás haciendo ahora mismo. Cualquier cosa que necesites me dices. Mil gracias. (Documento once de la actora).

DÉCIMO.- La demandada remitió burofax a la actora el 23 de julio de 2021 señalando, entre otros, la falta de medios informáticos que proporcionar a la actora para acometer modalidad de teletrabajo en situación COVID. (Documento al folio cuarenta y cuatro de la actora).

UNDÉCIMO.- La actividad desarrollada por la demandada es contact-center contando con una plantilla en ámbito nacional de unas seis mil personas con más de cien campañas que a su vez de subdividen.

DÉCIMO SEGUNDO.- La campaña a la que se encontraba adscrita la actora finalizó el 31 de agosto de 2021. Mayoritariamente se adscribían personas en modalidad de teletrabajo.

DÉCIMO TERCERO.- Al menos en las campañas de DIRECCION003, DIRECCION004, DIRECCION005 y sus subcampañas, la demandada ha realizado ofertas en modalidad de teletrabajo. El período de la campaña se fijaba en noviembre de 2020; enero, febrero, mayo y septiembre de 2021 y las ofertas se publicitaron en noviembre



de 2020; febrero, abril de 2021. No consta referencia a teletrabajo por situación COVID. (Documento trece de la actora).

DÉCIMO CUARTO.- La demandada ha ofertado vacantes internas con puestos de trabajo en modalidad teletrabajo en jornada de mañana de lunes a viernes. Constan ofertas para meses de septiembre a noviembre de 2021 con los siguientes ítems:

- Propuesta para campaña DIRECCION006 ofertada el 11 de agosto de 2021 con duración hasta el 8 de noviembre de 2021 (folio sesenta y uno de la actora).
- Propuesta para campaña DIRECCION007 , realizada el 12 de agosto de 2021, con duración hasta el 10 de noviembre de 2021 (folio sesenta y tres de la actora).
- Propuesta para campaña DIRECCION008 , realizada el 10 de junio de 2021, con duración hasta el 1 de septiembre de 2021 (folio sesenta y cuatro de la actora; documento catorce de la actora).

DÉCIMO QUINTO.- El 10 de agosto de 2021 un proveedor de la demandada informa de la entrega de ciento veinticinco equipos informáticos (portátiles). Se aproxima como fecha de entrega la semana del 23 de agosto de 2021. (Documento siete de la demanda, folio ciento veintiséis).

DÉCIMO SEXTO.- Tras la declaración del estado de alarma por situación COVID-19, un porcentaje aproximado entre el 90 y el 95% se encuentra trabajando en modalidad a distancia "teletrabajo".

DÉCIMO SÉPTIMO.- Con fecha 10 de noviembre de 2017 se dictó Oficio por la Inspección Provincial de Trabajo y SS de Madrid, con alusión a resoluciones judiciales (entre otras, Sentencia de la AN de 1 de junio de 2015 , Conflicto Colectivo, confirmada por STS de 15 de septiembre de 2016) efectuando requerimiento a la demandada por utilizar modelos tipo en las denegaciones de solicitud de concreción horaria a fin de que respete el derecho de los trabajadores a la reducción de jornada y concreción y en aquellos supuestos en los que entienda la incompatibilidad con la exigencia organizativa de contestación razonada sobre la afectación desproporcionada de la medida.

(Documento veintidós de la parte actora).

DÉCIMO OCTAVO.- Con fecha 13 de septiembre de 2018, se dictó Sentencia por el TS, Recurso de Casación 213/2017 , confirmando la Sentencia de 7 de junio de 2017 de la Audiencia Nacional que declaró la nulidad del Plan de Igualdad de la demandada por confección unilateral del mismo.

DÉCIMO NOVENO.- En la actualidad continúa la negociación para implementación de Plan de Igualdad.

VIGÉSIMO.- Resulta de aplicación el Convenio Colectivo de Contact Center.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En la Encuesta de Población Activa (EPA), Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y la familiar del año 2018 se constatan que el porcentaje de mujeres que cuidó de familiares dependientes fue del 6,55%, frente al 3,64% de los hombres. El porcentaje de mujeres que cuidó de hij@s menores de 15 años también fue mayor que el de los hombres (28,97% frente a 27,48%)."

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

"Se estima la demanda interpuesta por D^a Elisa con DNI NUM000 frente a DIRECCION000 con CIF NUM001 reconociendo el derecho de la demandante con efectos desde la notificación de esta resolución, a adaptar por conciliación familiar, su jornada de trabajo en turno de mañana, con horario de 10.00 a 17.00 horas de lunes a viernes y con modalidad de trabajo a distancia (teletrabajo) para cuidado de hijo menor de doce años.

Se declara la vulneración del Derecho Fundamental a la Igualdad, artículo 14 de la CE , condenando a la demandada a satisfacer a la actora el importe de seis mil doscientos cincuenta y un euros por daños morales.

Se condena a la demanda a acatar y cumplir de forma inmediata, este pronunciamiento."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por DIRECCION000 , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 12 de enero de 2022 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Disconforme la parte demandada con la sentencia de instancia, formula recurso de suplicación con la doble finalidad de revisar la declaración fáctica y examinar el derecho aplicado en dicha resolución.

Al recurso se opone la demandante en su escrito de impugnación por las razones alegadas en el mismo.

Así, en el motivo Primero del recurso la demandada solicita, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS, la revisión de los hechos declarados probados, en los términos que propone.

Ahora bien, a la vista de las alegaciones realizadas, se ha de significar que, según tiene declarado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Sentencias de 28 de septiembre de 2004, recurso de suplicación 878/2004 y de 26 de junio de 2007, recurso de suplicación 1225/05 y esta misma Sala del T.S.J. de Madrid en la de 13-5-2009 (Rec. 1472/09), entre otras, con doctrina enteramente aplicable tras la entrada en vigor de la LRJS, se vienen considerando como requisitos a tener en cuenta para la procedencia de la revisión fáctica:

- 1.-Imposibilidad de aducir cuestiones fácticas nuevas no discutidas en el procedimiento.
- 2.-Precisión y claridad en la concreción del hecho o hechos a revisar.
- 3.-Determinación explícita y concreta de las pruebas documentales o periciales que sirvan de sustento a su pretensión, no siendo viables las interpretaciones distintas de las mismas pruebas ya valoradas por el Juez "a quo".
- 4.-No pueden servir para la revisión la referencia genérica a las pruebas practicadas, ni la alegación de inexistencia de prueba de hechos declarados como acreditados, ni la mención de determinados medios probatorios desvirtuados o contradichos por otros también incorporados a las actuaciones.
- 5.-El error del Juzgador debe inferirse directamente de las específicas pruebas documentales o periciales aducidas, y no de hipótesis, conjeturas o razonamientos efectuados a partir de las mismas.
- 6.-Debe ofrecerse el correspondiente texto alternativo que se pretende vaya a sustituir al llamado a ser suprimido.
- 7.-Por último, es necesario que la revisión propuesta, ya sea a través de la modificación, supresión o adición instada, resulte trascendente o relevante en orden al enjuiciamiento y resolución del tema litigioso objeto de debate.

Pues bien, en el supuesto ahora analizado la representación de la demandada solicita en este primer motivo la revisión de los hechos probados en los términos propuestos. Sin embargo, en cuanto a la revisión de los Hechos Probados Tercero, Sexto y Décimo Tercero, se observa que las adiciones solicitadas por la recurrente son por completo intrascendentes al fallo, no existiendo por lo demás razón alguna para suprimir el último párrafo del Hecho Probado Décimo Tercero. Y en cuanto a la modificación de los Hechos Probados Décimo Segundo y Décimo Cuarto tampoco existe apoyo suficiente para la revisión pedida, siendo así que dichos hechos han sido obtenidos no sólo de la documental, sino también de la testifical indicada en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia.

A su vez, en lo referente a la solicitud de que se modifique el Hecho Probado Décimo Séptimo, se observa que la recurrente pretende introducir aquí un hecho negativo que tampoco tendría relevancia alguna a los efectos que nos ocupan.

Finalmente, en lo que respecta a la revisión del Hecho Probado Décimo Noveno, la recurrente trata de apoyarla en la prueba testifical, lo que resulta inadmisibile, habida cuenta de que la testifical, sola o en conjunción con otras, no es prueba hábil para sustentar la revisión del relato fáctico conforme al apartado b) del artículo 193 de la LRJS.

En definitiva, ninguna de las revisiones pedidas resulta posible, en el bien entendido de que, al no ser la suplicación una segunda instancia y configurarse como un recurso de naturaleza extraordinaria, lo que implica el objeto limitado del mismo, el Tribunal "ad quem" no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada, como si de una apelación se tratara, como no puede revisar "in totum" el Derecho aplicable, y ello aun cuando las pruebas estuvieran mal interpretadas y aunque el Derecho estuviera mal aplicado. Y ha de insistirse asimismo en que el criterio del juzgador para establecer la datación fáctica no puede ser sustituido por el interesado y particular del recurrente sino en virtud de causa objetiva, contundente y suficientemente acreditada que evidencie de manera patente e incuestionable un error en la narración histórica con trascendencia al recurso, y nunca en virtud de otras pruebas de similar valor a las que el juez considere preeminentes o que ya fueron tenidas en cuenta por él para la conformación de su juicio.



SEGUNDO.- Al examen del derecho aplicado dedica la demandada los siguientes motivos, denunciando, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, la infracción de los artículos 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y 34.8 ET y de la sentencia que cita, así como del artículo 4.2 c) ET en relación con su artículo 34.8 y de los artículos 14 CE y 1101 del Código Civil y las sentencias que cita y de los artículos 182 y 183 de la LRJS y 8.12 de la LISOS; denunciando de nuevo la recurrente en el último motivo la infracción del artículo 34.8 ET.

Así las cosas, vistas las alegaciones efectuadas, se ha de significar que para la resolución de las cuestiones planteadas en estos motivos deben hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) Para que pueda estimarse la demanda ha de quedar acreditado el hecho constitutivo de la acción que ejercita el demandante, recayendo sobre éste la carga de la prueba de dicho hecho, según declararon, aplicando la norma del art. 1214 del Código Civil, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1980, 21 de diciembre de 1981, 15 de abril de 1982 y 31 de octubre de 1983, entre otras, habiendo sido esta norma recogida en el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Dicha norma rige, por lo demás, también en los procesos sobre tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas que la vigente LRJS regula en sus arts. 177 y siguientes, y así, debiendo probar la actora los hechos en que basa su demanda, sólo después de que haya conseguido aportar al proceso indicios racionales de la realidad de dichos hechos, vendrá obligado el empresario demandado a "la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad" (art. 181.2 de la LRJS).

En definitiva, como ha puesto asimismo de relieve el Tribunal Constitucional, "el demandante es el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando se alega la existencia de una discriminación" (Sª T.C. de 21 de marzo de 1986), y es por ello que sólo ante la sospecha vehemente o la evidencia de verosimilitud de que la lesión se ha producido (Sª T.C. 114/1989, de 22 de junio), corresponderá al empresario demandado esa justificación de las medidas adoptadas a que hace referencia el mencionado art. 181.2 de la LRJS.

Así, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar que en los casos en que se alegue que la decisión empresarial es discriminatoria o lesiva de algún derecho fundamental del trabajador, y tal alegación tenga reflejo en hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión, el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes reales y serias para calificar de razonable dicha decisión (STC 21/1992 [RTC 1992/21] E 3º, con cita de las SSTC 38/1981 [RTC 1981/38], 104/1987 [RTC 1987/1041], 114/1989 [RTC 1989/1143], 135/1990 [RTC 1990/135] y 197/1990 [RTC 1990/1971]. Esta doctrina responde no solamente a la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, sino a la dificultad que el trabajador encuentra a la hora de probar la existencia de una conducta discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales.

La misma doctrina ha precisado que no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales, sino de acreditar que la conducta empresarial obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión. Al propio tiempo, para imponer la carga probatoria expresada, no es suficiente la mera afirmación de la existencia de una causa atentatoria contra derechos fundamentales, sino que ha de comprobarse la existencia de indicios de que se ha producido una violación de un derecho de tal naturaleza (STC 21/1992, F. 3º).

2ª) El artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que la jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 23-09-1993, AS 7032) exige distinguir:

La primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos.

La segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado.

Esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia 34/1984 (AS 34), la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación.

Ello es así porque, según la citada sentencia del Tribunal Constitucional, el principio de autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en el ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales, salvo cuando la diferencia de trato en materia salarial tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o por el Estatuto de los Trabajadores.



Se diferencia claramente, de este modo, el ámbito del principio de igualdad y el de la prohibición discriminatoria, vinculándose el primero a la Ley y, en general, a las actuaciones de los poderes públicos (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 161/1991), mientras que el segundo extiende también su obligatoriedad en el ámbito de determinadas relaciones privadas.

Y así, por esa razón, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 52/1987, 136/1987 y 177/1993) como el Tribunal Supremo (sentencias de 13 de mayo de 1991, AS 3909, 22 de mayo de 1991, AS 6826, 27 de noviembre de 1991, AS 8240, 14 de octubre de 1993, AS 8051, y 7 de julio de 1995, AS 5483) consideran que es contrario al principio de igualdad el trato diferente no justificado establecido por un convenio colectivo para una parte de los trabajadores, y es que dicho principio encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales (S^a T.C. de 10 de Julio de 1981) . Pero ello no quiere decir que el principio de igualdad implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de forma que la igualdad sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable (SS. T.S. de 2 de Julio de 1981 y 22 de Noviembre de 1982), y así existirá trato discriminatorio cuando la diferencia derive de la aplicación por el legislador o la Administración de criterios de diferenciación no objetivos ni generales (SS. T.C. 50/86, 57/90, 293/93 y 91/95), pero no puede apreciarse discriminación cuando no se trata de situaciones iguales, bien entendido que no cabe considerar que existe una desigualdad de trato no razonable cuando no es factible entablar la comparación exigible a fin de apreciar la posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad sin discriminaciones injustificadas o arbitrarias (S^a T.C. 131/89, entre otras muchas).

3^a) Conforme al art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, introducido por la Disposición Adicional 11^a.3 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, "el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla."

De este modo, queda patente que lo que se permite es, dentro de la jornada que venga establecida, la adaptación de la misma a los fines indicados, y siempre igualmente en los términos que puedan establecerse por convenio colectivo o pacto individual con la empresa.

Así, lo cierto resulta ser que, a la fecha, hay que distinguir una doble regulación según que lo que se pretenda sea la reducción de jornada de quien, por razón de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida (artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) en su primer párrafo) o la de 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 (mismo precepto, en su segundo párrafo), regulación que es debida a la Ley 39/1999, de 5-11-99, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras (RCL 1999, 2800). Y otra cosa es lo que se contempla en el artículo 34.8 del propio Estatuto, de poder adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo, para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (situaciones más amplias, en cuanto que se incluye también la vida personal), pero con un condicionante muy importante, al disponerse que es "en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando en su caso lo previsto en aquella" (precepto que fue añadido por la Disposición Adicional 11^a.3 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22-3-07, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (RCL 2007 586), conforme a lo indicado).

Quiere ello decir que estamos ante una diversa regulación, según que lo pretendido sea una reducción de la jornada, o una distribución de la misma en un determinado horario. En este segundo caso, realmente no existe lo que se podría contemplar como un reconocimiento de un derecho efectivo tangible y exigible, en cuanto que la remisión bien a la negociación colectiva o al acuerdo individual para su efectiva implantación, comporta que ha de estarse necesariamente a lo que pueda estipularse al efecto, pues de no existir ningún pacto estaríamos, de una parte, ante un derecho carente de todo contenido eficaz, y de otra, ante un llamamiento, una invocación a los interlocutores sociales, y a empresarios y trabajadores, para que hagan algo que, incluso sin la existencia del precepto, podían ya hacer, como es negociar esa posibilidad de conciliación, que no está sujeta en realidad a mínimos legales de clase alguna.

Y al respecto el Tribunal Constitucional -cuya doctrina se ha de recordar por su valor directo a los efectos resolutorios- llama la atención en su Sentencia 3/2007, de 15 de enero, sobre *"la dimensión constitucional 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 (CE artículo 14) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (CE artículo 39)"*, para



concluir afirmando que esa dimensión constitucional *"ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa"*.

De suerte que, como siempre que se trata de derechos humanos, debe regirse en su interpretación y aplicación por el principio *"pro persona"*, que exige una interpretación garantizadora y favorable en la protección de este derecho en aquellos casos en los que se involucren relaciones asimétricas entre mujeres y hombres, como sucede en el ejercicio del derecho a conciliar familia y trabajo, ejercitado mayoritariamente por trabajadoras, siendo por tanto su impacto de género incuestionable.

Debiendo conjugarse esa prioridad en el criterio orientativo con la ponderación de las circunstancias concretas concurrentes, analizando, como señala la Sentencia de esta Sala del TSJ de Madrid de 8-10-2010 (Rec. 1476/2010), en qué medida la petición del trabajador resulta necesaria para la atención del menor y las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa.

Asimismo el deber internacional de diligencia debida exige del Estado, a través de todos sus poderes (incluido el judicial) respetar, proteger y garantizar el cumplimiento efectivo del derecho para lograr la igualdad de facto (art. 2 f) y 5. a) de la CEDAW, en relación con las Recomendaciones 28 y 33 del Comité Cedaw y arts. 10.2 y 96 de la CE.

De esa forma, el ordenamiento jurídico atiende los conflictos de una sociedad en la que se ha de compaginar la organización empresarial con las responsabilidades familiares, constituyendo una aplicación efectiva del Estado Social de Derecho que proclama el artículo 1.1 de la Constitución.

4ª) En el supuesto ahora enjuiciado, la sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta en los términos a que hemos hecho referencia y ante ello se alza la recurrente, que afirma que se han producido las infracciones denunciadas por las razones que se indican.

Sin embargo, pese a lo manifestado por la recurrente, no es posible ignorar que corresponde al *"iudex a quo"* apreciar todos y cada uno de los elementos de convicción que se hayan aportado al proceso y, partiendo de ellos, declarar expresamente los hechos que estima probados (art. 97.2 de la LRJS), y eso es precisamente lo que se aprecia en la resolución recurrida, en que la Magistrada ha analizado las distintas pruebas aportadas, llegando a las conclusiones que se indican, sin que sean en consecuencia de recibo las alegaciones de la recurrente, en absoluto justificadas, dado que el juzgador de instancia infiere de las pruebas practicadas los hechos de referencia, en el uso de las facultades valorativas que tiene conferidas por la ley, no pudiendo sustituirse su criterio objetivo por la evaluación personal de la parte recurrente.

Así, según indica la sentencia, en el supuesto de autos se evidencia una actitud predeterminada que niega la posibilidad de la actora de acceder al teletrabajo pese a encontrarse en esa situación la inmensa mayoría de los trabajadores, debiendo subrayarse que se argumenta en el acto de la vista que ahora sería posible el acceso a esa modalidad de desempeño tras la recepción de equipos informáticos (siempre que se mantenga ligada a la situación por COVID) a pesar de que esa circunstancia ni fue indicada inicialmente ni resulta evidenciada por el hecho de acreditar la recepción de equipos informáticos en una entidad de las dimensiones de la demandada y con la inmensa parte de la plantilla teletrabajando.

Y aquí hemos de señalar que las partes habían suscrito acuerdo para la modalidad de teletrabajo en marzo de 2020 (si bien relacionado con la situación COVID) y que tiene lugar el proceso de incapacidad temporal que mantiene a la actora con la relación suspendida entre marzo de 2020 y mayo de 2021 con solicitud de adaptación de horario y teletrabajo el 30 de junio de 2021 con efectos de 12 de julio de 2021; pudiendo observarse que la demandada acepta el cambio de adaptación del horario que pasa a realizarse de 10.00 a 17 horas y en la primera respuesta que realiza el 30 de junio de 2021 ninguna justificación señala sobre teletrabajo.

Ahora bien, ante la reiteración de la actora, el 12 de julio de 2021 se le envía el correo electrónico a que hace referencia el Hecho Probado Noveno de la sentencia, en que con toda parquedad sobre las causas se le comunica la necesidad de la incorporación presencial indicándole que será informada cuando surja la posibilidad de teletrabajo, siendo así que en ese momento prácticamente el 95% de la plantilla se encontraba teletrabajando y en el mismo sentido en la campaña a la que se encuentra adscrita la actora (aun cuando ello resulte aquí inocuo dada su condición de fija de plantilla).

Pues bien, en relación con esa primera denegación se ha de tener en cuenta que la trabajadora, madre de un menor al que le ha sido reconocido un grado de discapacidad del 37% y con grado II de dependencia, es dirigida a efectuar el desempeño del trabajo de forma presencial (aunque reside en localidad diferente a la del centro de trabajo) cuando el resto de la plantilla se encuentra teletrabajando y, en ese momento, ni siquiera le fue ofrecida la posibilidad de adscripción temporal por circunstancias COVID. Y es el 23 de julio de 2021 cuando la demandada remite el burofax aludido en el Hecho Probado Décimo indicando la falta de medios informáticos



que proporcionar a la actora para el teletrabajo, de suerte que habían transcurrido más de veinte días desde la solicitud de la demandante.

Lo que contrasta poderosamente con las ofertas de vacantes internas para puestos en modalidad de teletrabajo en jornada de mañana de lunes a viernes, que, según se refiere en el Hecho Probado Décimo Cuarto, se efectuaron el 10 de junio, el 11 de agosto y el 12 de agosto de 2021, siendo una de ellas para la misma campaña de la actora. Siendo así que el documento aportado por la demandada para poner de manifiesto la dificultad técnica consiste en la comunicación de un proveedor que anuncia la entrega de ciento veinticinco ordenadores portátiles la semana del lunes 23 de agosto de 2021, lo que no evidencia la imposibilidad (ya que puede tratarse de un pedido para renovación de equipos) y contradice las ofertas que se están realizando pese a que ya constaba la solicitud de la demandante alegando motivos de conciliación familiar.

A lo que se añade que las ofertas para otras campañas son de fecha previa a la solicitud de la actora y sirven a los efectos de evidenciar la existencia de campañas con modalidad de teletrabajo, que resulta perfectamente acreditada (Hecho Probado Décimo Tercero), mientras que, según señala la sentencia recurrida, la explicación proporcionada por la persona propuesta por la demandada (que era alguien conocedor directo de la campaña a la que se adscribía la actora) de tratarse de un error en relación a la oferta publicitada para la misma campaña a la que ella se encontraba adscrita resulta inverosímil.

Lo anterior determina la estimación de adaptación tanto en la concreción horaria en el turno de mañana como en la modalidad de teletrabajo con carácter permanente mientras se mantengan los requisitos legalmente establecidos respecto a medidas de conciliación familiar, sin que la previsión del artículo 5 de la Ley 10/2021 de 9 de julio pueda enervar la más concreta -y también más amplia- contemplada en el artículo 34.8 del ET, dado que está plenamente acreditada la necesidad de conciliación familiar respecto a un niño que requiere cuidados reforzados y con distancia relevante entre el domicilio de la actora y el lugar de prestación de los servicios.

Asimismo, en cuanto a la afectación a derechos fundamentales por vulneración del artículo 14 de la CE, debe tenerse en cuenta que se ha acreditado la coincidencia cronológica de denegación a la actora de la fórmula de teletrabajo cuando es la inmensamente realizada por el resto de la plantilla y cuando se efectuaban ofertas para esa modalidad en el turno de mañana, siendo así que, según se indica en la sentencia, la demandada ni siquiera ofreció en julio de 2021, ni lo hizo hasta el acto de la vista, la posibilidad de adscripción temporal por situación COVID.

Se evidencia así un comportamiento contrario a las circunstancias de conciliación de vida familiar que afectan mayoritariamente a las mujeres y que tiene trascendencia constitucional, a lo que se añade una situación mantenida de ineficacia del Plan de Igualdad.

Y es que la demandada, empleadora de una plantilla de aproximadamente seis mil personas, desoye los requerimientos de la autoridad laboral y desatiende la obligación que le impone el ordenamiento laboral para el establecimiento del Plan de Igualdad (obligatorio para empresas con más de doscientos cincuenta trabajadores, artículos 85 ET y 45-46 de la Ley de Igualdad y desde el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, ampliación generalizada de la obligación de implantación de PI en empresas de más de cincuenta trabajadores en un período transitorio de tres años desde el 7-3-2019).

Debiendo subrayarse que, partiendo de la definición del artículo 46.1 de la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo, los planes de igualdad pretenden establecer en las organizaciones la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres para lo que resulta preciso definir, englobar, especificar y analizar los objetivos, medidas y acciones, planificadas para alcanzar la igualdad; siendo así que las razones para elaborar el plan coinciden con los principios de actuación en materia de igualdad y, entre ellos, potenciar la conciliación de la vida profesional con la personal y familiar.

Lo que resulta asimismo determinante habida cuenta de la actuación de la empresa y de que ninguna prueba efectúa la demandada sobre las circunstancias que pudieran haber impedido la instauración del Plan de Igualdad al que se encuentra compelida. Debiendo tenerse en cuenta especialmente que en la esfera constitucional, la afectación se produce al suponer discriminación indirecta al constituir el colectivo femenino el que mayoritariamente acoge medidas de conciliación familiar por razones culturales y sociales de atención de los cuidados, de suerte que existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida, aunque formulada de forma neutra, perjudique a un número mayor de mujeres que de hombres (Sentencia de 9 de noviembre de 2017, Espadas Recio, C-98/15, entre otras).

5ª) Una vez expuesto lo que antecede, y habiendo solicitado la actora asimismo la indemnización de daños y perjuicios, hemos de señalar que el artículo el artículo 183 de la LRJS establece literalmente:

"1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u



otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. 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.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales".

De modo que dicha indemnización ha de abarcar tanto los daños patrimoniales como los daños morales y su cuantificación deberá satisfacer, conjuntamente con las demás posibles condenas en cada caso, el criterio de la plena reparación del derecho fundamental vulnerado.

Ahora bien, en cuanto a dicha cuantificación, recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 junio de 2.003 (RJ 253/204) que "en el ámbito laboral y a falta de norma legal expresa que cuantifique las indemnizaciones, la procedente debe ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales), que como derivados, en este caso, del acoso se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social".

Y en este sentido la sentencia de esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 9 de julio de 2008, recurso de suplicación núm. 5444/2007, sentencia núm., 475/2008, declara que:

"Por todo ello, se considera procedente fijar la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios ..., tomando como criterio orientador para su cuantificación la sanción prevista en el artículo 40 de la LISOS para las faltas muy graves en materia de relaciones laborales y empleo".

Y asimismo el Tribunal Supremo ha entendido como parámetro válido el establecido en la LISOS en la Sentencia dictada con fecha de 15 de febrero de 2.012 (RJ 2012/3894):

"Así ocurre con la utilización referencial de la LISOS (RCL 2000, 1804, 2136), sobre cuya utilidad como elemento de delimitación de la pretensión indemnizatoria, fue admitida por la STC 247/2006 (RTC 2006, 247. Tal sucede también en este caso en que la parte recurrente -como ya hiciera en su demanda- cita el indicado texto legal, con una escueta remisión a un criterio al que no sólo ella parece atenerse, sino que fue también utilizado por la empresa en la contestación a la demanda, si bien para oponerse a la cantidad reclamada.

Por ello, sin que con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, estemos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, debemos ceñirnos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental".

Y en el mismo sentido se ha pronunciado más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2.016 (RJ 2016/3258), que literalmente señala:

"Admitiendo además la posibilidad de utilizar como criterio orientador el importe de las sanciones pecuniarias previstas en las LISOS (RCL 2000, 1804 y 2136) , que ha sido incluso avalado por la jurisprudencia constitucional, STC 247/2006, de 24 de julio (RTC 2006, 247) , siendo considerado válido y adecuado en anteriores sentencias de esta Sala (SSTS 15/02/12 -rco. 67011-; 08/07/14 -rco 282/13 - (RJ 2014, 4521) ; y 02/02/15 -rco 279/13), lo que ha supuesto alejarse del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente".

Y aquí hemos de señalar que el artículo 8 del Texto Refundido sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, RD 5/2000, de 4 de agosto de 2.000, establece que son infracciones muy graves, entre otras, las siguientes:

"(...)

12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables 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."

Debiendo tenerse en cuenta asimismo que el artículo 39 de la LISOS dispone que las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios establecidos en los apartados siguientes y que se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor. Y en el artículo 40 se establece que las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 siguiente, en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, excepto las que se refieran a materias de prevención de riesgos laborales, que quedarán encuadradas en el apartado 2 de este artículo, así como las infracciones por obstrucción se sancionarán:

- a) Las leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros.
- b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.
- c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros.

Ahora bien, pese a lo manifestado por la demandada, que viene a afirmar que no debe condenársele al pago de la indemnización adicional por la vulneración de derechos fundamentales alegada, hemos de señalar que en el supuesto de autos la petición de indemnización por daños y perjuicios efectuada por la demandante no carecería de fundamento, por lo que habría de decaer también dicha petición, que parte igualmente de la base -inexistente- de que no hubo una vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora. Debiendo mantenerse la indemnización que se determina en la sentencia por más que la demandada sostenga que debe eliminarse, ya que lo cierto y verdad es que no aparecen para nada razones objetivas que obliguen a revisar el importe de la indemnización fijada por el juzgador de instancia, que ha condenado a la empresa al pago de la suma de 6.251 euros por daños morales, que es la cantidad que solicita la actora en el Suplico de su demanda.

Y es que, en definitiva, el motivo ahora examinado incurre en el rechazable vicio procesal de la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida, desconociendo con ello que en casación, e igualmente en suplicación, no es factible dar por supuestos otros hechos que no sean los declarados probados (SSTS de 15-3-2007, Rec. 44/06, 12-12-2012, Rec. 294/11, 27- 5- 2013, Rec. 78/12, todas ellas citadas en la más reciente de 27-1-2014, Rec. 100/13).

Y en consecuencia, al no haber incurrido la sentencia de instancia en las infracciones denunciadas, se impone, con previa desestimación del recurso, la confirmación de dicha resolución, condenando a la demandada recurrente a que abone al letrado que ha impugnado su recurso la cantidad de 600 euros en concepto de honorarios.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación de DIRECCION000 . contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 14 de los de MADRID de fecha 6 de septiembre de 2021, en los autos número 882/2021 seguidos en virtud de demanda presentada por Dña. Elisa , en reclamación de DERECHOS DE CONCILIACION DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS dicha resolución, condenando a la recurrente a abonar al letrado que ha impugnado su recurso la cantidad de 600 euros en concepto de honorarios.

Dése a los depósitos y consignaciones que se hayan constituido el destino legal.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta



Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827- 0000-00-0933-21 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827- 0000- 00-0933-21.

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 y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.