ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N
15071 A CORUÑA
Tfno: 981-184 845/959/939
Fax:881-881133/981184853
Equipo/usuario: MB
NIG: 27028 44 4 2016 0001826
Modelo: 084000

PASCUAL GANTES DE BOADO GLEZ
PROCURADOR
Alcalde Francisco Vázquez
Teléf./Fax 981 229 812
15009 A CORUÑA

NOTIFICADO
06 OCT. 2017

TIPO Y N° DE RECURSO:RSU RECURSO SUPLICACION 0001594 /2017-CON
JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 0000591/2016 JDO. DE LO SOCIAL n° 003 de LUGO
Recurrente/s: CONSELLERIA DE POLITICA SOCIAL
Abogado/a: LETRADO DE LA COMUNIDAD
Procurador/a:
Graduado/a Social:

Recurrido/s:
Abogado/a: SANDRA SABINA REGUEIRA GAY
Procurador/a: PASCUAL DE GANTES BOADO GONZALEZ MORATO
Graduado/a Social:

M. SOCORRO BAZARRA VARELA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA, DOY FE Y TESTIMONIO:

Que en los citados autos se ha dictado resolución que literalmente dice:

ILMA SRA Dª BEATRIZ RAMA INSUA

ILMA SRA.Dª TERESA CONDE-PUMPIDO TOURON

ILMO. SR.D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a veintinueve de septiembre de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPLICACION 0001594/2017, formalizado por el/la D/Dª Letrada de la Xunta de Galicia, en nombre y representación de CONSELLERIA DE POLITICA SOCIAL, contra la sentencia número 1/2017 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de LUGO en el procedimiento DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y

LABORAL 0000591/2016, seguidos a instancia de frente a CONSELLERIA DE POLITICA SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª CARLOS VILLARINO MOURE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª presentó demanda contra CONSELLERIA DE POLITICA SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 1/2017, de fecha tres de febrero de dos mil diecisiete.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

Primeiro.- , maior de idade, presta servizos para o Departamento de Traballo e Benestar da Consellería de Política Social, con centro de traballo no centro (provincia de Lugo), coa categoría profesional de coidadora (grupo II, categoría 6 do V Convenio colectivo único para o persoal laboral da Xunta de Galiza), como persoal laboral fixo. A traballadora prestaba servizos anteriormente a medio de adscrición aos Servizo de Protección de Menores./**Segundo.-** contraeu matrimonio con o sendo ambos proxenitores de nacido o . Mediante a sentenza do 9 de novembro de 2015 ditada polo Xulgado de Primeira Instancia núm. 4 de Lugo (autos 1338/2014) acordouse o divorcio de mutuo acordo de ambos os cónxuxes. A garda e custodia de atribuíuselle á o menor está matriculado no curso de educación primaria do de Lugo, cun horario de horas no curso 2015/2016./**Terceiro.-**

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

é filla de e de A foi declarada en situación de incapacidade permanente total para a súa profesión habitual mediante a Resolución do INSS do 18 de agosto de 2005./**Cuarto.-** gozaba dunha flexibilización horaria cando prestaba servizos no Servizo de Protección de Menores./**Quinto.-** realiza no centro de menores un traballo a quendas alternas de mañá e tarde, en xornada continua, de 08:00 a 16:00 horas e de 15:30 a 23:30 horas. As quendas concretas sonlle comunicadas polo Subdirector do centro cunha antelación variable./**Sexto.-** Mediante o escrito do 27 de novembro de 2015, solicito a concesión da flexibilización horaria por conciliación familiar para coidado de menor tal e como viña desfrutando no Servizo de Protección de Menores formulando varias propostas. Tras a solicitude, a traballadora e o Director do centro estableceron varias posibilidades de flexibilización horaria nos acordos do 13 de xaneiro de 2016 e do 27 de xaneiro de 2016./**Sétimo.-** Mediante o escrito do 26 d abril de 2016 a traballadora indicou que ante o silencio da Administración que entendía positivo, aceptaba a proposta do acordo do 27 de xaneiro de 2016. Dende entón a pasou a flexibilizar o seu horario nos días nos que realizase quenda de tarde pasando neses días a prestar servizos de 12:00 a 20:00 horas, sen que tal flexibilización se estendese nin a fins de semana nin a festivos, e naqueles venres que segundo a carteleira (un venres ao mes) lle correspondese traballar en quenda de tarde e non se puidese cubrir a ratio educador-menores./**Oitavo.-** 0 10 de maio de 2016 o Xefe territorial da Consellería de Traballo e Benestar emitiu unha proposta de cesamento da flexibilización que desfrutaba /**Noveno.-** Mediante a Resolución do 9 de xuño de 2016 deixouse se efecto a flexibilización horaria de Contra esta resolución formulouse reclamación previa.

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

Acollo a demanda formulada por contra a Consellería de Política Social de tal xeito que:

- Declaro o dereito de Mediante á flexibilización horaria por conciliación familiar para coidado de menor nos termos establecidos no escrito do 26 de abril de 2016.
- Condeno á Consellería de Política Social ao pago a da cantidade de 14108,16 euros.

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente, procediéndose a dictar la presente sentencia tras la deliberación correspondiente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aproximación general al objeto del recurso

La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró el derecho de la parte actora a la "flexibilización horaria por conciliación familiar para coidado de menor nos termos establecidos no escrito de 26 de abril de 2016", y con condena a la demandada a abonar la cantidad de 14.108,16 euros en concepto de indemnización.

La administración empleadora demandada recurre en suplicación al amparo del art. 193 b) y c) LRJS, solicitando se revoque la sentencia de instancia, dictando nueva resolución que desestime la demanda en su día presentada.

La trabajadora impugnó el recurso, solicitando la confirmación de la sentencia de instancia.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

SEGUNDO.- Motivo de recurso al amparo art. 193 b) LRJS

La administración empleadora discute el relato fáctico de la sentencia de instancia, al amparo del art. 193 b) LRJS –"Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas"–.

La jurisprudencia y la doctrina de los Tribunales Superiores han venido exigiendo para acoger una revisión de hechos en aplicación del art. 193 b) LRJS:

–Que tal revisión se funde en una prueba hábil. Estando restringida la misma con el art. 193. b) LRJS a la documental y la pericial. No incluyendo dentro de tal clase los informes de investigadores privados, STS 24 febrero 1992; ni los medios de reproducción de la palabra, de la imagen o del sonido, STS 16 junio 2011. Tampoco se ha admitido la alegación de prueba negativa, es decir, la consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido suficientemente, salvo en el caso de que se haya infringido la regla constitucional de mínima actividad probatoria, es decir, exista una total y absoluta falta de prueba al respecto, STS 18-3-1991 y STS 3-4-1998. Y sin que, a tal efecto, quepa una valoración ex novo de toda la prueba practicada, STC 294/1993.

–Que la prueba alegada revele un error del juzgador, debiendo advertirse tal error de modo palmario o evidente, sin necesidad de conjeturas, ni hipótesis o razonamientos. En tal sentido, fuera del supuesto referido, ha de prevalecer la apreciación fáctica del órgano de instancia, y en especial en el caso de que la prueba invocada resulte contradicha por otros medios de prueba (SSTC nº 44/1989 de 20-2-89; y 24/1990, de fecha 15-2-1990; y SSTS 30-10-91; 22-5-93; 16-12-93 y 10-3-94). Y así, con la excepción indicada, no es posible sustituir la percepción de la prueba del juzgador de instancia por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (SSTS 6-5-85 y 5-6-95).

–Ha de tener tal revisión trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS de 28-5-2003; 02/06/92; SG 16/04/14 -rco 261/13 -; y 25/05/14 -rco 276/13)

—Y se exigen determinados requisitos formales en la interposición del recurso de acuerdo con el art. 196.2 y 3 LRJS. Y así: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, proponiendo en su caso una redacción alternativa de los hechos probados; y b), que se precise a través de qué concreto medio de prueba hábil a efectos de suplicación se pretende esa revisión —por todas, SSTSJ Galicia 16/09/15 R. 1353/14, 12/06/15 R. 4364/13, 14/05/15 R. 4385/13, 09/03/15 R. 3395/13, 11/02/15 R. 970/13, 20/01/15 R. 3950/14—.

—Además, no puede olvidarse, como señalamos en nuestra sentencia de 13 de noviembre de 2015 (rec: 5035/2014) que "nuestro o sistema procesal, atribuye al Juzgador de instancia la apreciación de los elementos de convicción- concepto más amplio que el de medios de prueba- para fijar una verdad procesal que sea lo más próxima posible a la real, para lo que ha de valorar, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LRJS Laboral; así lo ha declarado de forma reiterada el Tribunal Supremo (entre otras sentencia de 17 de diciembre de 1990) y en la misma medida se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia 81/88 de 28 de abril señalando que el Juez de lo Social incardina unos hechos en las previsiones legales, reiterando que la carga de la prueba de los hechos corresponde a las partes, mientras que al Juez corresponde la determinación de los hechos probados, decidiendo "en conciencia y mediante una valoración conjunta". Ello implica, atendiendo a la especial naturaleza del Recurso de Suplicación, que el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba sino realizar un control de la legalidad de la Sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas con base en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error de aquel juzgador cuya facultad de apreciación no puede ser desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada."

Pues bien, solicita la recurrente que se adicione un hecho probado con el siguiente tenor literal: "Los trabajadores de idéntica categoría profesional de la demandante manifiestan su oposición a la flexibilización de la jornada de la demandante, ya que les ocasionaría un aumento de trabajo".

Se invoca a tal efecto el documento a los folios 19, 20 y 21 de autos.

Se argumenta en relación a tal revisión fáctica que la misma fundaría el primer motivo articulado por la vía del art. 193 c) LRJS.

La parte impugnante se opone a tal revisión fáctica, señala que la revisión interesada no reúne los requisitos exigibles; y, además, que es de fecha posterior a la resolución administrativa impugnada y no contiene los extremos explicitados por la recurrente. También indica que no ha sido probado que se haya producido un aumento de trabajo al resto de compañeros de la parte actora, y además existía una postura favorable por parte de la dirección del centro de trabajo a tal flexibilización.

No se admite la revisión fáctica, y ello dado que: (1) La redacción fáctica propuesta recoge consideraciones y valoraciones que no se derivan con claridad del citado hecho probado, como que los trabajadores firmantes son de la misma categoría profesional que la demandante. Además, en el citado documento no se identifica suficientemente a qué trabajadora se está refiriendo el mismo. (2) Tal adición resulta intrascendente en tanto que, como luego veremos, no nos encontramos ante una situación de litisconsorcio pasivo necesario, según pretende la recurrente, por lo que la

revisión fáctica pretendida no tendría virtualidad para la estimación del recurso. (3) Además, en último término tal documento invocado por la recurrente acreditaría, en su caso, que existió una oposición a la concesión o al mantenimiento de una flexibilización horaria, pero no la realidad de los hechos recogidos en tal escrito, esto es, que tal flexibilización horaria haya de comportar necesariamente un aumento de trabajo para otros trabajadores, o una denegación del ejercicio de sus derechos por los restantes trabajadores.

TERCERO.- Motivos de recurso al amparo del art. 193 c) LRJS

La administración empleadora recurrente alega también como motivo de recurso, al amparo del art. 193 c) LRJS –"Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia"–,

Articula al amparo de tal precepto los siguientes motivos de recurso:

1°.-) En primer lugar, alega la infracción del art. 14 LEC y de los arts. 416 y 420 LEC.

Se argumenta que existiría una defectuosa constitución de la relación jurídico procesal ante la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, pues habría sido preciso llamar al proceso a los restantes trabajadores de idéntica categoría profesional que la demandante y que manifestaron su oposición a la estimación de sus pretensiones, y que se verían directamente afectados por ellas. Se indica que, en otro caso, se les estaría ocasionando indefensión a tales trabajadores (Art. 24.1 CE). Y se invoca, asimismo, la jurisprudencia recogida en la STS de 16 de julio de 2004.

La parte impugnante se opone a la estimación de tal motivo de recurso, pues entiende que el derecho a la flexibilización horaria es un derecho individual no sometido a parámetros de comparación o baremación con otros trabajadores. Además, se señala que la oposición a la flexibilización habría sido

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

manifestada por tales trabajadores con posterioridad al dictamen propuesta de la resolución impugnada en los presentes autos.

No se admite la excepción articulada y ello dado que:

(1.1) Se articula indebidamente por la vía del art. 193 c) LRJS, a pesar de que, en su caso, no nos encontraríamos ante la infracción de una norma sustantiva sino procesal. No obstante ello, abordamos el motivo alegado, en tanto que podría resultar afectado el orden público procesal.

(1.2) No se aprecia infracción de los preceptos invocados. En tal sentido, se citan los arts. 14, 416 y 420 LEC; respecto de lo que entendemos que la invocación, en realidad, debería referirse al art. 12, que es el que recoge el litisconsorcio y no al art. 14 LEC, que se refiere a la intervención provocada, aquí no discutida, y que además exige una previsión legal para su virtualidad.

En todo caso, el art. 12.2 LEC establece que: "Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa"

En el caso de autos, tal circunstancia no concurre, pues la tutela judicial solicitada ha de hacerse efectiva por la empleadora, que es la demandada; y, como señala la sentencia de instancia, el efecto sobre otros trabajadores sería, a lo sumo, meramente indirecto o reflejo –a lo que añadimos que ni siquiera necesario, pues en su caso existirían otras alternativas por parte de la empleadora–. Y en supuestos de tal efecto indirecto o reflejo de la sentencia, se ha venido excluyendo el litisconsorcio pasivo necesario, tal y como lo señalan, por ejemplo, las SSTS de 30 de enero de 2012 (rec: 2720/2010) o 16 de julio de 2014 (rec: 4165/2003).

Por otro lado, la decisión sobre la flexibilización corresponde sólo a la empleadora, que es frente a quien ha de hacerse efectiva, en su caso, la tutela jurisdiccional solicitada en estos autos.

(1.3) Tal criterio de no apreciar en supuestos similares al presente la citada excepción de *litisconsorcio* pasivo necesario, ha sido seguido por otros Tribunales Superiores, y así cabe citar la STSJ del País Vasco de 25 de octubre de 2016 (rec: 1934/2016), donde se señala:

"Sostiene la empresa que ha de ser necesariamente llamada a juicio una compañera de la demandante en la misma tienda y que ha pedido también reducción de jornada por la misma causa, entendiendo que la sentencia que se dicta en este proceso "condena" al turno de tardes a tal persona.

El artículo 12, número 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice: "Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa ".

Pues bien, suele ser la exigencia de salvaguardar el derecho fundamental de ser oído en los procesos que conciernen directamente a los sujetos de derecho lo que determina este instituto, considerando, de otro lado, el efecto de cosa juzgada que producen las sentencias, según el artículo 222 de la misma Ley , que es de subsidiaria aplicación al proceso laboral, tal y como dispone su artículo 4 y la propia disposición final cuarta de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social .

Al respecto, la jurisprudencia - sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2004 (recursos 4165/2003)- dice: a).- "El litisconsorcio pasivo necesario, figura que tiene ya hoy configuración legal (art. 12.2 y 116.1.3° LEC) de creación jurisprudencial (sentencias, entre otras muchas, de 26-9-84, 3-6-86, 1-12-86, 15-12-87, 17-2-00,

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

31-1-01 y 29-7-01 de esta Sala IV y de 3-7-01 y 1-12-01 de la Sala I) obedece a la necesidad de integrar en el proceso a cuantos sean titulares de la relación jurídico-material controvertida, bien porque su llamamiento venga impuesto por una norma legal, bien porque dicha necesidad se desprenda de la propia relación jurídica material que da soporte al litigio"; b).- "La necesidad de esa actuación judicial de oficio encuentra su razón de ser en que el litisconsorcio pasivo necesario o, en otro términos, la correcta configuración de la relación jurídico-procesal, es una cuestión que por afectar al orden público (STC 165/1999) queda bajo la vigilancia de los tribunales y obliga al juzgador a preservar el principio de contradicción y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de quienes deben ser llamados al proceso como parte"; c).- "El Tribunal Constitucional recuerda en sus sentencias 335/94 y 22/4/97 que "la jurisprudencia social viene sosteniendo, en general, que el juzgador, de oficio y a través de este cauce, debe velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en las situaciones de litisconsorcio pasivo, a fin de conseguir, salvaguardando el principio de audiencia bilateral, que la cosa juzgada material despliegue sus efectos y de evitar que se dicten eventuales fallos contradictorios sobre un mismo asunto(SSTS de 15 de diciembre de 1987; 14 de marzo, 19 de septiembre y 22 de diciembre de 1988; 24 de febrero, 17 de julio y 1 y 11 de diciembre de 1989 y 19 de mayo de 1992)". Y también que "no se trata de una mera facultad, sino de una autentica obligación legal del órgano judicial"(SSTC 118/1987, 11/1988, 232/1988, 335/1994, 84/1997, 165/1999 y 87/2003)."

Entendemos que no se da esa necesaria intervención de tal trabajadora en este proceso, pues en realidad lo que la demandada pretende es hacer pasar por tal consideración de necesaria lo que es una decisión empresarial que afirma es corolario forzosamente necesario de tal sentencia, cuando no es así, pues, incluso de ser cierta esa concurrencia de otra

persona en la misma tienda que pide tal reducción de jornada, caben soluciones distintas a la indicada por la empresa, como son movilidades funcionales o traslados a otras tiendas o incluso, en el caso de considerar que no proceden las mismas y que lo más adecuado es repartir el turno de tarde entre las dos (que parece es la idea que preside su gestión) acordar una modificación sustancial de condiciones de la demandante, usando los procedimientos legales y justificarla en causa legalmente admisible…"

Por todo ello, se desestima el primer motivo de recurso.

2°.-) El segundo motivo de recurso, también al amparo del art. 193 c) LRJS, se funda en que se habría infringido el art. 34.8 ET.

Se argumenta que se denegó la flexibilización horaria por circunstancias suficientemente acreditadas; refiriendo así que supondría la alteración de la distribución horaria entre el personal existente para modificar el horario de la demandante, y también la merma de la calidad de los servicios prestados, afectándose al buen funcionamiento del centro.

La parte impugnante se opone, indicando que las afirmaciones de la parte no tienen sustento fáctico, y que ni siquiera se practicó prueba en orden a acreditar el perjuicio que se está a manifestar; todo ello habiendo sido informada favorablemente la flexibilización solicitada.

Pues bien, expuesto en tales términos el motivo de recurso, no se admite la censura jurídica propuesta, y ello dado que:

(2.1) No nos encontramos ante un supuesto en que se proceda a conceder por primera vez la flexibilización horaria, sino que, como señala la sentencia de instancia y la resolución administrativa controvertida en los presentes autos, la flexibilización fue concedida por silencio administrativo positivo. Todo ello de acuerdo con la Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y de la

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

Consellería de Hacienda (DOG 31-12-2013), y con la Resolución conjunta de 8 de agosto de 2014 de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública de la Xunta de Galicia (DOG 18-8-14). Esta última en su instrucción cuarta prevé, en consonancia con el art. 43 Ley 30/1992 –vigente al tiempo de los hechos que nos ocupan–, que "si transcurre el plazo máximo sin que se dicte resolución expresa, las personas interesadas podrán entender estimadas sus solicitudes por silencio administrativo", recogiendo, por lo demás, un plazo máximo de tres meses para la resolución, cuyo transcurso no ha sido discutido.

(2.2) No discute, por lo demás, la recurrente que la resolución sobre la revocación de la flexibilización horaria debe fundarse en la valoración y ponderación de los intereses en conflicto de la empleadora y la trabajadora. Lo que, en realidad, no se fundaría ya en el art. 34.8 ET, sino en la concreta previsión al respecto que recogía la Ley 7/2004, gallega para la igualdad de mujeres y hombres, en su art. 44.1. Tal precepto, en vigor al tiempo de la solicitud de flexibilización, no obstante fue derogado por el Decreto Legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, que refunde, entre otras, la citada Ley 7/2004, y que entró en vigor el 18 de febrero de 2016. En todo caso, esta nueva norma recoge también el citado derecho a la flexibilización, ahora en el art. 92.1, que prevé: "El personal al servicio de la Administración pública gallega con hijos o personas acogidas menores de 12 años a su cargo o con familiares convivientes que, por enfermedad o avanzada edad, necesiten la asistencia de otras personas tiene derecho a la flexibilización de la jornada de trabajo dentro de un horario diario de referencia en los términos que reglamentariamente se determinen."

(2.3) Pues bien, tanto el art. 6.3.1 de la Orden de 20 de diciembre de 2013, como la instrucción cuarta de la Orden de 8

de agosto de 2014, antes citadas, prevén que la flexibilización horaria concedida pueda dejarse sin efecto, entre otros motivos, "por necesidades de servicio". Siendo lo cierto que, en el caso de autos, tales necesidades de servicio –que es lo que alega la recurrente para dejar sin efecto la resolución administrativa de flexibilización horaria por silencio positivo– no tienen base fáctica en los hechos probados de la sentencia recurrida, por lo que no puede estimarse la censura jurídica esgrimida en tal sentido.

3°.-) En tercer lugar, la parte recurrente articula un último motivo al amparo del art. 193 c) LRJS, en virtud del cual entiende se ha infringido el art. 1101 Cc, en relación con los arts. 179.3 y 183.3 LRJS, todo ello en cuanto a la indemnización por daños morales fijada en la cantidad de 14.108,16 euros.

Se argumenta que no está motivado ni justificado el importe de indemnización concedido, y además que no concurre un daño efectivo.

La parte impugnante se opone a la estimación de tal motivo, señalando que el daño es palmario y obvio, consistiendo en la imposibilidad de disfrute de la flexibilización horaria hasta la sentencia, habiéndose cuantificado en seis mensualidades de salario, correspondientes al tiempo en que se vio privada del ejercicio de su derecho desde la solicitud en noviembre de 2015 hasta abril de 2016.

Pues bien, el motivo de recurso ha de ser desestimado. La sentencia reconoció la indemnización por el daño moral derivado de la infracción de un derecho de la trabajadora vinculado con la prohibición de discriminación (arts. 14 CE) y con el art. 39 CE, tal y como se recoge en el sexto fundamento jurídico. A ello se suma que la propia sentencia recurrida, en su fundamento jurídico quinto, señala que el horario de la actora sin flexibilización horaria "dificulta el cuidado del menor en especial por las tardes", por lo que el daño moral

derivado de la dificultad que tuvo que asumir la trabajadora –al no poder disfrutar del derecho a la flexibilización horaria– para el cuidado de su hijo parece claro.

En este sentido, la STS de 13 de julio de 2015, que también cita la sentencia recurrida, señala:

"Evolución de la jurisprudencia en este punto.- Hemos de reconocer, como hicimos en muy recientes resoluciones que «la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos -indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable, pasando de una inicial fase de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume (así, SSTS 09/06/93 -rcud 3856/92-; y 08/05/95 -rco 1319/94-), a una posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena [SSTS 22/07/96 -rco 7880/95-; ... 11/06/12 -rcud 3336/11-; y 15/04/13 -rcud 1114/12-]» (SSTS 02/02/15 -rco 279/13-; y 05/02/15 -rco 77/14-).

3.- Posición actual.- Pero en los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada, en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral [incluso se recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT: STS I 15/06/10 -rec. 804/06-], y por la consideración acerca de la «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos

o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica" [SSTS/Iª 27/07/06 Ar. 6548; y 28/02/08 -rec. 110/01-]» (SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08-; y 11/06/12 -rcud 3336/11-]. Y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS, pues de un lado su art. 179.3 dispone que la exigible identificación de «circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada» ha de excepcionarse -éste es el supuesto de autos- «en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada»; y de otro, al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, su art. 183.3 señala que «[e]l 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 [...], así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño». Con ello es claro que el precepto viene a atribuir a la indemnización -por atentar contra derechos fundamentales- no sólo una función resarcitoria [la utópica restitutio in integrum], sino también la de prevención general.

Es más, «... la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional [STC 247/2006, de 24/Julio], a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS 15/02/12 -rco. 67011-; 08/07/14 -rco 282/13-; y 02/02/15 -rco 279/13-). De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- de 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.

4.- Fiscalización del importe en trámite de recurso.- Ciertamente ha de admitirse que si bien la fijación del

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

importe de la indemnización por daños morales es misión del órgano de instancia, ello no obsta para que sea fiscalizable en vía de recurso extraordinario y que quepa su corrección o supresión cuando -como ahora- se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable (recientemente, SSTS 11/06/12 -rcud 3336/11-; 05/02/13 -rcud 89/12-; 08/07/14 -rco 282/13-; y 02/02/15 -rco 279/13-). Y en esa labor de fiscalización ha de tenerse en cuenta que como norma el daño moral difícilmente puede llegar a ser verdaderamente «resarcido», sino que simplemente sólo puede «compensarse» en cierta medida, y que esa dificultades se acrecientan cuando tal daño se produce por la reiterada vulneración de un derecho fundamental de tanta trascendencia como el de la libertad sindical en su faceta de derecho a la negociación colectiva, por lo que -aún sin atender a la faceta preventiva que el art. 183.3 LRJS atribuye a la indemnización- puede afirmarse que la cifra fijada por la sentencia recurrida [1.500 €] en manera alguna puede entenderse desproporcionada; y de serlo, sería por ser escasa y en consecuencia no cumplir la función preventiva que la Ley le atribuye. Sin que, finalmente, sea admisible como argumento -utilizado en la recurrida para disminuir el montante indemnizatorio y en el recurso para excluirlo- que pese a todo el sindicato accionante incrementó su presencia en el CE; porque, ni se sabe cuántos representantes hubiera obtenido sin el deterioro de su imagen producido por la conducta que enjuiciamos, ni el daño moral puede identificarse -limitadamente- con los resultados electorales..."

Y en consonancia con tal jurisprudencia, la indemnización ha sido fijada en la instancia por daños morales, y, asimismo, en atención a la afectación de los derechos reconocidos en el art. 39 CE en relación con el art. 14 CE (prohibición de discriminación); y de acuerdo también con el art. 183.1 LRJS -"daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental"-. Todo ello con una determinación prudencial de la indemnización

al resultar difícil, por no decir imposible, determinar el importe exacto del daño moral (art. 183.2 LRJS) con la finalidad de restablecer a la víctima; y debiendo entenderse incluida en tal indemnización también "la finalidad de prevenir el daño". (art. 183.2 LRJS.

En este sentido, la magistrada entiende ponderada la cuantía solicitada en la demanda –que toma como criterio seis mensualidades de salario, si bien la privación de la flexibilización se habría prolongado por más mensualidades desde la resolución administrativa de junio de 2016 y al menos hasta que fue de nuevo reconocida por la sentencia de instancia en febrero de 2017–. Y fija así un importe de 14.108,16 euros, el cual, por lo demás, se encuentra dentro de la horquilla prevista en la LISOS para infracciones muy graves –como las que afectan a la no discriminación recogida en el art. 14 CE (art. 8.12 LISOS)– en su grado mínimo, que se mueven entre 6.251 a 25.000 euros (art. 40.1 c) LISOS).

Por tanto, estando motivada la resolución de instancia en cuanto a la indemnización, y no siendo desorbitada, injusta, desproporcionada o irrazonable, entendemos que no procede corregir el ejercicio de la mencionada facultad de fijar la indemnización por daños morales que corresponde a la magistrada de instancia.

CUARTO.- Costas del recurso

Procede condenar en costas a la recurrente, pues la misma ha visto desestimado su recurso –art. 235.1 LRJS–.
Tal condena comprenderá los honorarios del abogado o graduado social colegiado de la parte contraria que haya actuado en el recurso en defensa o representación técnica de la parte en el importe de 601 euros, fijándose en tal prudencial cuantía intermedia –arts. 235.1 LRJS–

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

F A L L A M O S

1°.- **DESESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia frente a la sentencia de 3 de febrero de 2017 del Juzgado de lo Social n° 3 de Lugo, dictada en los autos n° 591/2016 seguidos a instancia de . Todo ello confirmando lo resuelto en la instancia.

2°.- Y con condena en costas a la recurrente, condena que comprenderá los honorarios del abogado o graduado social colegiado de la parte contraria que haya actuado en el recurso en defensa o representación técnica de la parte contraria en el importe de 601 euros.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el n° **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al n° del recurso y dos dígitos del año del mismo.**
- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.
- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó

Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37** **** ++).

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

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que surta los efectos oportunos, expido el presente que firmo en A CORUÑA, a veintinueve de septiembre de dos mil diecisiete. Doy fe.

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA