



Roj: **STSJ ICAN 260/2017 - ECLI:ES:Tsjican:2017:260**

Id Cendoj: **35016340012017100191**

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

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

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2017**

Nº de Recurso: **1090/2016**

Nº de Resolución: **205/2017**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **HUMBERTO GUADALUPE HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

Sección: ARM

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 32 50 06

Fax.: 928 32 50 36

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0001090/2016

NIG: 3501644420160002710

Materia: Derechos-cantidad

Resolución: Sentencia 000205/2017

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000271/2016-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado:

Fiscal MINISTERIO FISCAL

Recurrente María Dolores ISAIAS GONZALEZ GORDILLO

Recurrido OYSHO ESPAÑA S.A. ENRIQUE SANTIAGO QUINTANA HERNANDEZ

FOGASA FOGASA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 27 de febrero de 2017.

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA



En el Recurso de Suplicación núm. 0001090/2016, interpuesto por Dña. María Dolores , frente a Sentencia 000479/2016 del Juzgado de lo Social Nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000271/2016 en reclamación de Derechos-cantidad siendo Ponente el ILTMO. SR. D. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por Dña. María Dolores , en reclamación de Derechos-cantidad siendo demandado OYSHO ESPAÑA S.A. y FOGASA .

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

PRIMERO.- La demandante viene prestando servicios para la demandada con una antigüedad de 05/07/2002, con categoría profesional de Dependienta y salario base de 560,74 euros/mes prorrateados, siendo su jornada laboral de 24 horas semanales.

SEGUNDO.- La actora tiene reconocida reducción de jornada para el cuidado de hijo menor.

TERCERO.- En fecha 2 de febrero de 2015 la actora remite un escrito a la Dirección de RRHH de Oysho indicando que "los próximos días 3 y 4 de febrero, tal y como se informó oportunamente a la encargada de mi centro, debo acompañar a mi hijo de diez años a consulta de especialista del SCS, y a mi hija de tres años a analítica en el Hospital Materno Infantil. De conformidad con el apartado d) del artículo 37 del vigente Estatuto de los Trabajadores , y del apartado g) del artículo 22 del Convenio Colectivo de aplicación en la empresa, he de ausentarme por cumplimiento de un deber público e inexcusable, de carácter personal, derivado de las obligaciones de patria potestad, durante el tiempo indispensable para dichas consultas."

Mediante escrito de 4 de febrero de 2015 la empresa comunicó a la actora que "podrá disponer del tiempo necesario para acompañar a sus hijos al médico con la consiguiente justificación. Si bien, tal **permiso** tendrá la consideración de **permiso** no retribuido o recuperable en los términos establecidos en el 6.8 del Plan de Igualdad de la empresa Oysho España S.A."

CUARTO.- En fecha 10 de marzo de 2015 la parte actora comunica a la empresa que los días 9, 16 y 20 de marzo acompañará a su hijo de 10 años a consulta de especialista del SCS.

El 10 de abril de 2015 la actora comunica a la empresa que los días 10, 13, 15 y 17 de abril acompañará a su hijo de 10 años a consulta de rehabilitación del SCS.

El 20 de abril de 2015 la actora comunica a la empresa que el día 20 de abril acompañará a su hijo de 10 años a consulta de rehabilitación del SCS.

El 27 de abril de 2015 la actora comunica a la empresa que el día 27 de abril acompañará a su hijo de 10 años a consulta de especialista del SCS.

El 29 de abril de 2015 la actora comunica a la empresa que el día 29 de abril acompañará a su hijo de 10 años a consulta de especialista de rehabilitación del SCS.

El 29 de abril de 2015 la actora comunica a la empresa que el día 4 de Mayo acompañará a su hija de tres años a consulta de especialista del SCS.

El 6 de mayo de 2015 la actora comunica a la empresa que el día 6 de Mayo acompañará a su hijo de 10 años a consulta de especialista de rehabilitación del SCS.

El 12 de mayo de 2015 la actora comunica a la empresa que el día 13 de Mayo acompañará a su hijo de 10 años a consulta de especialista de rehabilitación del SCS.

El 20 de mayo de 2015 la actora comunica a la empresa que el día 20 de Mayo acompañará a su hijo de 10 años a consulta de especialista de rehabilitación del SCS.

El 27 de mayo de 2015 la actora comunica a la empresa que el día 27 de Mayo acompañará a su hijo de 10 años a consulta de especialista de rehabilitación del SCS.

El 3 de Junio de 2015 la actora comunica a la empresa que el día 3 de Junio acompañará a su hijo de 10 años a consulta de especialista de rehabilitación del SCS.

El 10 de Junio de 2015 la actora comunica a la empresa que el día 10 de Junio acompañará a su hijo de 10 años a consulta de especialista de rehabilitación del SCS.

El 17 de Junio de 2015 la actora comunica a la empresa que el día 17 de Junio acompañará a su hijo de 10 años a consulta de especialista de rehabilitación del SCS.



QUINTO.- Como consecuencia de los **permisos** referidos en los hechos anteriores, se descontó a la trabajadora las cantidades siguientes:

Nómina Marzo 2015: 35,14 euros

Nómina Abril 2015: 27,33 euros

Nómina Mayo 2015: 97,62 euros

Nómina Junio 2015: 63,65 euros

Nómina Julio 2015: 101,53 euros

SEXTO.- La relación entre las partes se rige por lo previsto en el Convenio Colectivo para la pequeña y mediana empresa de Las Palmas(comercio Pyme).

SÉPTIMO.- En fecha 22 de Octubre de 2013 se acordó la firma del Plan de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de Oyso España S.A, cuyo apartado 6, relativo a los objetivos y medidas del plan, refleja en el subapartado 6.2 una serie de medidas para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la plantilla, entre las que se encuentra, como nº 8 la siguiente: "Establecer un **permiso** no retribuido o recuperable para los trabajadores/as con descendientes menores para atender situaciones que exijan su presencia. Tales como requerimientos de colegio, trámites oficiales u otras similares debidamente justificadas. En función de la operativa diaria. En caso de ser recuperable deberá ser previamente consensuada con la empresa dicha recuperación."

OCTAVO.- La parte actora ostenta la condición de representante de los trabajadores

NOVENO.- Se intentó conciliación ante el SEMAC con el resultado sin avenencia

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: DESESTIMAR la demanda interpuesta por María Dolores contra Oyso España S.A y FOGASA, absolviendo a la demandada de los pedimentos efectuados en su contra.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Dña. María Dolores , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de la actora, que había solicitado el abono de los salarios descontados como consecuencia de haber acompañado en varias ocasiones a su hijo menor a consulta al especialista de rehabilitación del Servicio Canario de Salud.

Contra la misma se alza la parte recurrente, formulando el presente recurso, con base en un único motivo de censura jurídica.

Así, con amparo en el artículo 193 c) LRJS alega infracción del artículo 37.3 d) del Estatuto de los Trabajadores , al entender que el acompañamiento de un hijo al médico entra dentro del deber público y personal que refiere el artículo 37.3 citado.

Inalterado el relato fáctico, y claros los hechos la cuestión sometida a debate es puramente jurídica, y se concreta en sí dentro del concepto de deber inexcusable del carácter público y personal, entra la conducta llevada a cabo por la actora.

Invoca en su apoyo la parte recurrente la L.O. 1/1996, el artículo 39 de la Constitución Española y la Ley 41/2003.

Para dar solución a la cuestión así planteada hay que partir de la propia regulación legal que establece: "...Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica.

Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el artículo 46.1.

En el supuesto de que el trabajador, por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, perciba una indemnización, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa..."



Habla el legislador de deber inexcusable público, y remite para el caso de que el cumplimiento de tal deber impida la prestación de trabajo en más de un 20%, al artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores que regula las excedencias.

La doctrina, con fundamento en las normas legales correspondientes, incluye en este supuesto:

- a) el ejercicio del sufragio activo, que cita el propio artículo 37.
- b) la participación en una mesa electoral. En este supuesto se incluyen los presidentes y vocales de las mesas electorales, los interventores y los apoderados de cada mesa (L.O. 3/1985).
- c) la intervención como miembro de un Jurado (L.O. 5/1985).
- d) la intervención como testigo en un juicio, tanto en el proceso civil (artículo 292 LEC), como en el proceso penal (artículo 410 y 707 LE Criminal) y en el laboral (Disposición Final 4 LRJS).
- e) la asistencia a juicio como demandante.
- f) el desempeño de un cargo político para el que haya sido elegido, designado o nombrado.

A partir de todo lo expuesto estima la Sala que el recurso no puede prosperar, pues no estamos a presencia de lo que la ley califica como deber público inexcusable, sino de una obligación legal impuesta a los padres por el Código Civil, que se desenvuelve en el ámbito de los relaciones privadas.

Las normas que se invocan no determinan que la obligación del cuidado de los hijos sea pública.

Lo que hacen es establecer reglas de protección de los hijos que tienen rango constitucional y que se desarrollan en el ámbito del Código Civil donde se regula el ejercicio de la patria potestad, con un régimen de derechos y obligaciones.

De ahí que sea en el ámbito de la empresa, donde se regule, en el marco del Plan de Igualdad, para conciliar la vida laboral y familiar, un régimen de **permisos** no retribuido para que el padre o la madre puedan atender a situaciones que exijan su presencia.

Se trata de facilitar la conciliación, partiendo de la idea de que, en principio, no había cobertura legal para esas faltas al trabajo, porque no constituye legalmente un deber público, aquella atención a los hijos.

La regulación legal de la patria potestad se encuentra en el Código Civil (artículo 154), concebida como una función (deber) de los padres para con los hijos, o como dice el propio artículo 154, como una responsabilidad parental, que se ejercerá siempre en interés de los hijos.

Pero ello no altera su carácter privado, a pesar de estar sometido al control judicial como señalan los artículos 156 y 158 del mismo cuerpo legal .

Comparte, por ello, la Sala la conclusión de la juzgadora de instancia, lo que obliga a la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dña. María Dolores contra la Sentencia 000479/2016 de 11 de agosto de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria sobre Derechos-cantidad, la cual confirmamos íntegramente. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

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

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos



de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/1090/16, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

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

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ