

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (Sede en Las Palmas)**

Sentencia 255/2019, de 12 de marzo de 2019

Sala de lo Social

Rec. n.º 19/2019

**SUMARIO:**

**Conciliación de la vida laboral y familiar. Derecho a una nueva concreción horaria por cuidado de menor en febrero 2018 cuando la trabajadora ya ha ejercido tal derecho junto a la reducción horaria en 2016.** La dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia, ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento. En el caso analizado, la trabajadora ha probado suficientemente la existencia de nuevas circunstancias familiares que han modificado sustancialmente las existentes con anterioridad a febrero de 2018, ya que su hijo está siendo atendido diariamente en un centro infantil público durante la franja horaria que va desde las 6:00 de la mañana hasta las 17 horas, no pudiendo la pareja de la actora asumir el cuidado del menor por las tardes. De otro lado, la empresa no ha acreditado que no pueda organizar el personal adscrito al departamento de la trabajadora para permitir que dos días a la semana (martes y viernes) esta pueda trabajar en horario matinal, pues los restantes días ya venía trabajando por la mañana de forma permanente desde 2016. Respecto a la falta de conocimiento de idiomas, contabilidad y caja de la actora, no puede ser utilizado como una causa justificativa para la denegación de la concreción horaria, pues la formación en tales especialidades (que se presumen propias de la categoría profesional de auxiliar administrativa), no le ha sido ofrecida a la actora a efectos de poder subsanar este problema organizativo, optando directamente la empresa por denegar incondicionalmente su propuesta de concreción horaria, lo que supone un incumplimiento del talante abierto y negociador que deben tener las partes en esta materia. Debe estimarse el derecho de la trabajadora a la concreción horaria que reclama en la demanda, así como a percibir una indemnización por los daños morales producidos en la cantidad de 3.125 euros.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 34.8 y 37. 6 y 7.  
Constitución Española, arts. 14 y 39.

**PONENTE:**

*Doña Gloria Poyatos Matas.*

**Sección: REY**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín N°6 Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: [socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org](mailto:socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org)

Proc. origen: Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente N° proc. origen: 0000276/2018-00 Órgano origen: Juzgado de lo Social N° 10 de Las Palmas de Gran Canaria

Rollo: Recursos de Suplicación N° Rollo: 0000019/2019

NIG: 3501644420180002769

Materia: Derechos

Resolución: Sentencia 000255/2019

Recurrente Susana

Abogado: MARIA DEL MAR SANCHEZ REYES

Recurrido: CLINICA000 ."

Abogado: RAFAEL CORTEZO MASSIEU

Recurrido: CLINICA001 ,

Abogado: SERGIO QUINTANA PEREZ

En Las Palmas de Gran Canaria, a 12 de marzo de 2019.

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 lltmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000019/2019, interpuesto por Dña. Susana , frente a Sentencia 000382/2018 del Juzgado de lo Social N° 10 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos N° 0000276/2018-00 en reclamación de Derechos siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

Según consta en Autos, se presentó demanda por Dña. Susana , frente a CLINICA000 y CLINICA001 .

#### Segundo.

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

"PRIMERO.- La parte actora viene prestando servicios para la empresa demandada, en la actividad de clínica privada, con la siguiente antigüedad, categoría, salario y centro de trabajo:

18.08.14/ auxiliar administrativa/ 25,82 euros brutos diarios

SEGUNDO- La actora es madre de un menor, nacido el NUM000 .16

Tercero.

La actora siempre ha prestado servicios en horario rotativo, una semana de mañana (de 08.30 a 16.30) tres semanas partido (de 09.00 a 14.00 y de 16.00 a 20.00 horas). La pareja de la actora presta servicios en turnos de mañana (06:30 a 14:30), tarde (14:30 a 22:30) y noche (22:30 a 06:30), sin horario fijo al trabajar en el Aeropuerto, en empresa auxiliar de DIRECCION000 , con lo que sus horarios dependen del tráfico aéreo.

Cuarto.

Al incorporarse de la maternidad, solicitó reducción de jornada en fecha 16 de Agosto de 2016, a 30 horas semanales, con concreción horaria, por cuidado de su hijo menor, quedando la misma:

De lunes, miércoles y jueves, de 09.00 a 14.00 horas, martes de 09.00 a 14.00 horas y de 15.00 a 20.00 horas, y viernes, de 15.00 a 20.00 horas.

Quinto.

El menor, desde el 01 de Febrero de 2018, acude a la Escuela Infantil " DIRECCION001 " ubicada en el municipio de DIRECCION002 , localidad DIRECCION003 en la CALLE000 NUM001

-b. Está abierto al público todo el año, excepto 15 días hábiles en el mes de Agosto por vacaciones del personal. Dispone de un horario de servicio al público desde las 06:00 de la mañana hasta las 17:00 de la tarde.

Sexto.

La actora solicitó nueva concreción horaria mediante escrito de 20.02.18, en los siguientes términos:

"de lunes a viernes, de 09.00 a 15.00 horas, librando dos días a la semana, y manteniendo la reducción de jornada de 30 horas semanales, en turno solo de mañana"

Séptimo.

La empresa, mediante carta de fecha 08.03.18, comunicó a la actora lo siguiente:

"1.- está contratada por cuenta y cargo de CLINICA000 desde el 18.08.14, contrato de trabajo indefinido, jornada completa (40) horas semanales, categoría de profesional auxiliar administrativo, desempeñando las tareas de recepción de llamadas, confirmación de citas médicas y caja. En jornada de trabajo de 40 horas, prestadas de lunes a jueves, distribuidas en horario de mañana de 09.00 a 14.00 horas, y de tarde de 16.00 a 20.00 horas, y los viernes solo de mañana de 09.00 a 13.00 horas, así durante tres semanas al mes. Y de lunes a viernes, distribuidas en horario corrido de 08.30 a 16.30 horas durante una semana al mes.

2.- tras su reincorporación al trabajo, después de un periodo de IT que comprendió desde el 02.10.15 a 21.06.16, solicitó reducción de jornada (10) horas semanales, y la concreción horaria en los siguientes términos: en jornada de trabajo de 30 horas semanales, prestadas de lunes a jueves, distribuidas en horario de mañana de 09.00 a 14.00 horas, y martes y viernes de tarde en horario de 15.00 a 20.00 horas. La dirección de la CLINICA000 aprueba y accede a la reducción y concreción horaria solicitada.

3.- CLINICA000 , se constituye el 16.11.01, como la primera CLINICA000 , especializada en el estudio, diagnóstico , tratamiento y cirugía de las enfermedades de los ojos. Con un único centro de trabajo, sito en la CALLE001 no NUM002 , en Las Palmas de Gran Canaria

4.- la actividad de CLINICA000 se realiza de lunes a viernes, en horario de 08.30 a 20.00 horas, de forma ininterrumpida, prestando los servicios propios de la actividad de oftalmología , incluyendo actividad quirúrgica (quirófanos propios) desde el año2001. Dentro de la distribución habitual de trabajo, el horario de mañana concentra la mayor actividad en pruebas diagnósticas e intervenciones quirúrgicas, y en horario de tarde, es donde se concentra la mayor parte de la actividad de atención al paciente y consultas médicas.

5.- la empresa tiene una plantilla promedio de 18 trabajadores durante los últimos cuatro años, contando actualmente con 6 trabajadores que disfrutan reducción de jornada

6.- el pasado día 6 de marzo se celebra una reunión con la trabajadora a fin de lograr un consenso en cuanto a la nueva concreción horaria solicitada, manteniéndose en que la única opción que le interesa es trabajar solo en el turno de mañana, negándose rotundamente a cualquier otra posibilidad.

A la vista de los anteriores antecedentes, su solicitud es denegada porque no cumple con los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico ( art. 37.5 y 37.6 del ET ), al tiempo que señalamos que su aceptación (trabajar solo en el turno de mañana), supondría un grave problema organizativo no solo para la CLINICA000 sino también para el personal que viene disfrutando de reducción de jornada dado que obligaría a modificar el horario de trabajo del personal que trabaja en el turno de tarde, incluyendo aquel que ya viene disfrutando de concreción horaria.

Para que su petición fuera aceptada, la reducción de jornada y concreción horaria habría de sr en ambos turnos.

En estos términos, la Dirección Gerencia de la CLINICA000 , considera que no tiene derecho a concretar el horario de la reducción de jornada por cuidado de hijo menor solo en turno de mañana, cuando viene prestado servicios en turno de mañana y tarde, y no existe precepto convencional ni acuerdo entre las partes, por lo que la concreción horaria debe realizarse dentro de la jornada ordinaria."

Octavo.

La actividad de CLINICA000 se realiza de lunes a viernes, en horario de 08.30 a 20.00 horas, de forma ininterrumpida. El horario de consultas es de lunes a jueves de 09:00 a 14:00 y de 15:00 a 20:00, y los viernes de 09:00 a 14:00.

Noveno.

En el Departamento de Administración trabajan 5 personas, en tres especialidades distintas. Tres personas en atención al cliente, donde se encuentra la actora. Una en caja. Una en Presupuestos. En la especialidad de Atención al cliente, una de las trabajadoras maneja dos idiomas y la otra un idioma. La actora no habla otros idiomas."

**Tercero.**

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

"Que desestimando la demanda deducida por Dña. Susana , contra CLINICA000 y CLINICA001 debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las pretensiones en su contra formuladas, las cuales son expresamente desestimadas."

**Cuarto.**

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**

La demandante Dña. Susana , interpone recurso de suplicación parcial frente a la sentencia 382/18, dictada el 24/10/18 por el Juzgado de lo Social nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos Nº 276/18 seguidos en procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral con indemnización paralela por daños morales (de 6.251 euros).

La sentencia desestima la demanda en base a la ausencia razones justificativas para proceder a una nueva concreción horaria, cuando la actora ya había ejercido tal derecho junto a la reducción horaria en el año 2016, no habiéndose producido una modificación de las circunstancias existentes en 2016. Además, se añade también como segundo motivo en el que descansa la desestimación, que la empresa probó la existencia de razones organizativas a las que alude la misiva empresarial de 8/3/18 en la que se deniega a la actora la concreción solicitada.

El recurso ha sido impugnado por la empresa demandada, CLINICA001 .

**Segundo.**

En el primer motivo del recurso, al amparo de lo previsto en el art. 193 b de la LRJS , solicita la parte revisión de hechos probados, a tenor de la prueba documental y pericial practicada. Específicamente se pide la revisión del hecho probado noveno de la sentencia, para añadir el siguiente párrafo:

" dentro del departamento de administración, no existe ninguna trabajadora con reducción de jornada y concreción horaria. No consta el porcentaje de clientes que requieran uso de otras lenguas"

Se ampara la recurrente en prueba documental (folios 99 a 140 de autos).

La demandada se opuso destacando que este primer motivo destacando que la actora planea cuestiones nuevas no debatidas en la instancia en relación al número de empleados del departamento de administración con jornada reducida y a los porcentajes de clientes extranjeros. También destaca que no se cita con concreción el documento o pericia en el que se ampara, sino que se hace referencia en abstracto a un elevado número de folios (cuadrantes de trabajo). Por último, también se puso de relieve por la impugnante que la nueva propuesta de redacción carece de relevancia para cambiar el fallo pues lo determinante es que no se han producido nuevas circunstancias que justifique la nueva concreción horaria solicitada por la trabajadora. De este modo el hipotético caso de que no existan trabajadores/as con reducción de jornada en el departamento de la actora (administración), tampoco cambiaría el sentido de la sentencia, como tampoco lo haría la constancia del porcentaje de clientes que requieren el uso de otras lenguas.

Como viene señalando esta Sala en reiteradas sentencias de fechas 23 de julio de 2015 (rec. 148/15 ), 15 de diciembre de 2015 (rec. 1014/2015 , o 30 de marzo de 2015 (rec. 1265/14 ), entre otras:

" A) En cuanto a los motivos de revisión fáctica con fundamento en el apartado b) del artículo 193 LRJS (Ley 36/11), que constituye reproducción literal del Art. 191.b LPL , la Jurisprudencia relativa a los requisitos que han de darse para la procedencia de la reforma de los hechos probados en el recurso de casación ( SSTS 23/04/12, Rec. 52/11 y 26/09/11, Rec. 217/10 ),cuya doctrina resulta aplicable al de suplicación, dado su carácter extraordinario y casi casacional ( STC 105/08 , 218/06 , 230/00 ), subordina su prosperabilidad al cumplimiento de los siguientes requisitos:

Indicar el hecho expresado u omitido que el recurrente estime equivocado, siendo posible atacar la convicción judicial alcanzada mediante presunciones, si bien para ello resulta obligado impugnar no solo el hecho indiciario de la presunción judicial sino también el razonamiento de inferencia o enlace lógico entre el mismo y el hecho presunto ( STS 16/04/04 , RJ 2004\3694 y 23/12/10, Rec. 4.380/09 )

Debe tratarse de hechos probados en cuanto tales no teniendo tal consideración las simples valoraciones o apreciaciones jurídicas contenidas en el factum predeterminantes del fallo, las cuales han de tenerse por no puestas ( STS 30/06/08 , RJ 138/07), ni tampoco las normas jurídicas, condición de la que participan los convenios colectivos, cuyo contenido no debe formar parte del relato fáctico ( SSTS 22/12/11, Rec. 216/10 )

Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera evidente, manifiesta y clara, sin que sean admisibles a tal fin, las meras hipótesis, disquisiciones o razonamientos jurídicos.

Al estar concebido el procedimiento laboral como un proceso de instancia única, la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud únicamente al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica, de ahí que la revisión de sus conclusiones únicamente resulte viable cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de medios de prueba hábiles a tal fin que obren en autos, no siendo posible que el Tribunal ad quem pueda realizar una nueva valoración de la prueba, por lo que, debe rechazarse la existencia de error de hecho, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes.

Como consecuencia de ello, ante la existencia de dictámenes periciales contradictorios, ha de aceptarse normalmente el que haya servido de base a la resolución que se recurre, pues el órgano de instancia podía optar conforme al artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el que estimara más conveniente y le ofreciera mayor credibilidad, sin que contra la apreciación conjunta de la prueba quepa la consideración aislada de alguno de sus elementos y solo pudiendo rectificarse aquel criterio por vía de recurso si el dictamen que se opone tiene mayor fuerza de convicción o rigor científico que el que ha servido de base a la resolución recurrida.

El contenido del documento a través del que se pretende evidenciar el error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador de instancia no puede ser contradicho por otros medios de prueba y ha de ser litesuficiente o poner de manifiesto el error de forma directa, clara y concluyente.

Además, ha de ser identificado de forma precisa concretando la parte del mismo que evidencie el error de hecho que se pretende revisar, requisito este último que se menciona de manera expresa en el Art. 196.3 LRJS al exigir que en el escrito de formalización del recurso habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados el concreto documento o pericia en que se base el motivo

Fijar de modo preciso el sentido o forma en el que el error debe ser rectificado requiriendo expresamente el apartado 3 del Art. 196 LRJS que se indique la formulación alternativa que se pretende.

Que la rectificación, adición o supresión sean trascendentes al fallo es decir que tengan influencia en la variación del signo del pronunciamiento de la sentencia recurrida.

La mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho".

Debe desestimarse la adición propuesta por la parte actora, en base a los requisitos anteriormente referidos. Ello es así porque de la extensa documental señalada por la recurrente (folios 99 a 140) no puede extraerse la propuesta modificativa de la actora, que no concretiza los folios específicos en los que ampara la modificación limitándose la demandante a referir en bloque a un total de 41 folios (cuadrantes de trabajo). En base a lo anterior debe desestimarse este primer motivo del recurso.

### Tercero.

En el segundo motivo del recurso, al amparo del art.193 c) de la LRJS , se denuncia la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, y se invoca la STC 3/2007 , que refiere al art. 14 y 39 de la CE en cuanto al alcance constitucional del derecho a la conciliación laboral y familiar. También se invoca la sentencia de esta Sala de fecha 15 de diciembre de 2017 (Rec. 1249/2017 ).

Entiende la recurrente que ha acreditado un cambio efectivo de circunstancias que justifican la nueva concreción horaria solicitada en escrito de 20/2/18, en base al horario del centro infantil al que acude su hijo, con un horario matinal que acaba a las 17:00 horas, no teniendo la demandante familiares que puedan ocuparse del menor. Además, se añade los razonamientos jurídicos de la sentencia en relación a la ausencia de conocimientos de idiomas por parte de la actora o a que la misma "no sabe hacer caja", no se incluyeron en la misiva empresarial denegatoria del derecho de concreción horaria debatido, y se añade que no consta la imposibilidad de la empresa para atender el horario interesado por la actora.

La impugnante se opuso, en primer lugar por incumplirse los requisitos formales al no hacerse cita expresa de la normativa y /o jurisprudencia que se entiende infringida. Subsidiariamente también en cuanto al fondo de este motivo del recurso, se muestra oposición en base a la propia fundamentación jurídica de la sentencia

recurrida, destacando que no se ha probado por la parte demandante un cambio de circunstancias que puedan amparar la nueva concreción horaria que se pretende y además, la empresa se han probado razones organizativas para negar a la trabajadora su pretendido nuevo horario, al carecer de conocimientos de otros idiomas para poder atender a los clientes extranjeros que acuden a la clínica durante las mañanas y por carecer de conocimientos de contabilidad. Por ello se reitera que tanto las limitaciones profesionales de la actora como las dificultades empresariales para mover trabajadores/as dentro de las especialidades del departamento hacen inviable la concreción horaria que reclama la actora.

Con carácter previo, debe desestimarse el alegato de defectos formales que alza la impugnante en relación a la ausencia de concreción de norma sustantiva o de jurisprudencia infringida. Ello es así por los siguientes motivos.

-En primer lugar porque a lo largo de este segundo motivo del recurso sí se invoca jurisprudencia, específicamente la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 3/2007 de 15 de enero, en la que se analiza expresamente un supuesto de reducción con concreción horaria ( art. 37.6º ET ) desde la perspectiva constitucional, por lo que tal jurisprudencia constitucional conecta directamente con el ejercicio del derecho laboral previsto en el art. 37.6º y 7º del ET en relación con los arts. 14 y 39 de la CE . Además también se hace expresa referencia a nuestra Sentencia de 15 de diciembre de 2017 (Rec. 1249/2017 ), que aunque ciertamente no tiene la consideración de jurisprudencia, su fundamentación jurídica descansa también en los arts. 37.6º y 7º y 34.8º del ET . Ello evidencia que no se incurre en el defecto de forma denunciado al concretarse la jurisprudencia y las normas sustantivas que a criterio de la actora se entienden infringidas por la sentencia recurrida.

- Y en segundo lugar, porque debe darse preferencia al "principio pro actione" frente a los defectos formales sin transcendencia o que se subsanan a través del desarrollo del propio motivo del recurso. Ello es así porque no hacerlo así puede comprometer la vulneración de un derecho fundamental ( art. 24 CE y acceso a la justicia), debiéndose evitar en estos casos una interpretación excesivamente rigorista. Así lo ha venido diciendo con nitidez el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia nº112/1997 de 3 de junio de 1.997, en cuya fundamentación jurídica se recoge:

"Constituye un criterio reiteradamente mantenido por la jurisprudencia constitucional el de que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface también con una respuesta de inadmisión, si bien ésta ha de estar fundada en una causa legal apreciada razonablemente por el órgano judicial. Doctrina con la que este Tribunal ha controlado especialmente las respuestas de inadmisión que determinan el cierre del acceso al proceso ( SSTC 87/1986, 118/1987, 216/1987, 154/1992, 55/1995 ), ya que la tutela judicial efectiva conlleva, como primera y esencial característica, el derecho de libre acceso de los ciudadanos a los Juzgados y Tribunales ( SSTC 13/1981, 26/1983, 115/1984 ). El principio "pro actione" opera en este caso sobre los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso, impidiendo que determinadas aplicaciones o interpretaciones relativas a ellos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida.

Este especial rigor en el momento de valorar, desde la perspectiva constitucional, las decisiones judiciales que imposibilitan el conocimiento procesal de la cuestión de fondo ha sido aplicado, específicamente, en relación a algunas irregularidades formales de las demandas, que determinaron, en su día, su archivo. Supuestos éstos sobre los que, además, se proyecta otro consolidado criterio mantenido por este Tribunal que, con carácter general, ha rechazado que los requisitos formales tengan sustantividad propia y resaltado que constituyen medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, de modo que sus eventuales anomalías no pueden ser convertidas sin más en meros obstáculos formales impeditivos de la continuación de aquél, sino que resulta obligada una interpretación de tales defectos guiada por un criterio de proporcionalidad entre la finalidad que cumple la exigencia formal y la entidad real del defecto observado en ella, atendiendo a las consecuencias que se siguen para la efectividad del derecho a la tutela judicial (entre la reiterada jurisprudencia constitucional, SSTC 17/1985, 29/1985, 110/1985, 49/1987, 174/1988, 2/1989, 240/1991 ).

Estos criterios han sustentado, en primer lugar, el respaldo de este Tribunal a la posibilidad de subsanar algunos de tales defectos en la demanda. En relación, concretamente, a la materia laboral, la STC 118/1987 (después reiterada, entre otras, en las SSTC 11/1988, 25/1991, 70/1992, 120/1993 y 335/1994 ) ya manifestó que el trámite de subsanación previsto en la Ley de Procedimiento Laboral "(...) se propone garantizar que los importantes derechos de fondo deducidos en una demanda laboral no resulten ineficaces por el juego riguroso y

formalista de la falta o defecto de los requisitos formales que pudiera imputársele a aquélla, y si bien es claro que una demanda que olvide los requisitos esenciales no puede ser admitida a trámite, pues viciaría el propio debate de la litis, que ha de quedar delimitada en su aspecto nuclear claramente, también lo es que una interpretación del art. 72 ha de pasar por unos moldes espiritualistas y antiformalistas ínsitos en la propia legislación y exigidos por el mandato constitucional (...)" (fundamento jurídico 3º).(..."

## RESOLUCIÓN DEL RECURSO

Entrando ya a analizar el Fondo de este segundo motivo del recurso, debemos partir del alegato de la actora de infracción del derecho a la concreción horaria anudada a la reducción de jornada por cuidado de un menor de 12 años ( arts. 37.6 ° y 7° ET ), de incuestionable impacto constitucional ( arts. 14 y 39 CE ), afirmándose por la recurrente que el cambio en la concreción horaria solicitado por la actora mediante escrito de 20/2/18 responde a un cambio de circunstancias familiares porque el menor acude a una escuela infantil de horario matinal que es incompatible con el horario de tarde de la actora. Además se niega de otro lado, que en la empresa existan razones organizativas que impidan el nuevo horario solicitado por la actora.

La sentencia recurrida desestimó la demanda al entender que no se había producido un cambio sustancial de circunstancias familiares que justificasen la nueva concreción horaria que solicita la trabajadora, pues no puede considerarse así el hecho de acudir el menor a una escuela infantil, aunque sí tendría tal consideración, a criterio del juzgador de la instancia un cambio de trabajo o de horario del padre o una enfermedad de un familiar que habitualmente lo cuidase. Por tanto y dado que los requerimientos del menor a una edad más corta en la que se requería un cuidado de 24 horas fueron satisfechas con la concreción solicitada por la actora en el año 2016, es obvio, según la fundamentación jurídica de la sentencia, que con mayor motivo deben satisfacerse a una edad más avanzada del menor.

### A)- Hechos relevantes.

Debe partirse del inalterado relato fáctico de hechos probados, de donde podemos concluir como hechos sustanciales para la resolución del recurso, los siguientes:

-La actora viene prestando servicios laborales para la empresa demandada con la categoría profesional de auxiliar administrativa y una antigüedad de 18 de agosto de 2014. Prestaba servicios en horario rotativo , una semana en turno de mañana de 8:30 a 16:30 h y tres semanas en horario partido de 9:00 a 14:00 y de 16:00 a 20:00 horas. (hecho probado primero y tercero)

-En fecha 16 de agosto de 2016 la actora solicitó reducción de jornada (30 horas) y concreción horaria por motivo del cuidado de su hijo nacido el NUM000 de 2016, quedando su jornada así: lunes , miércoles y jueves de 9:00 a 14:00 horas martes de 9:00 a 14:00 horas y de 15:00 a 20:00 horas y viernes de 15:00 a 20:00 horas .(hecho probado cuarto)

-En escrito de 20 de febrero de 2018 , la actora solicitó una nueva concreción horaria manteniendo su reducción horaria solo en turno de mañana, en la siguiente forma: De lunes a viernes de 9:00 a 15:00 horas, librando dos días a la semana (hecho probado sexto).

-La empresa respondió a la petición en carta de 8 de marzo de 2018 , denegando la petición de la actora por razones organizativas al contar con un total de 6 personas trabajadoras con reducción de jornada de una plantilla de 18 personas lo que obligaría a modificar el horario de otras personas en turno de tarde, incluyendo al personal con reducción de jornada y también porque la petición no reúne los requisitos del art. 37.5 ° y 6° del ET (folios 96 a 98 y hecho probado séptimo)

- Desde el 1 de febrero de 2018 el hijo ("menor") de la actora acude a la Escuela Infantil " DIRECCION001 " ubicada en el municipio de DIRECCION002 (localidad de residencia de la actora - folio 59). Dicha escuela dispone de un horario de servicio al público desde las 6:00 de la mañana a las 17:00 horas de la tarde. (hecho probado quinto)

-La pareja de la actora presta servicios en turnos rotativos (mañana, tarde y noche), sin horario fijo. (hecho probado tercero).

- La actividad de la CLINICA000 , en la que presta servicios la actora se realiza de lunes a viernes de 8:00 a 20:00 horas de forma ininterrumpida, siendo su horario de consultas de lunes a jueves de 9:00 a 14:00 y de 15:00 a 20:00 y los viernes de 9:00 a 14:00 horas.

B)- Respecto a la modificación de circunstancias familiares justificativa de la nueva concreción.

El artículo 37.6 ° y 7º del ET dispone:

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

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

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

La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 6, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4, 5 y 6 serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social ".

En primer lugar debe analizarse si en el presente caso concurre o no un cambio de circunstancias familiares de la actora que justifique una mutación de la concreción horaria anudada a la reducción de jornada ( art. 37. 6º ET ) que ya le fue reconocida en 2016 cuando el menor contaba una edad de 5 meses. Pues bien, del relato fáctico de la sentencia puede extraerse y no ha sido cuestionado, que desde el mes de febrero de 2018, el menor acude a un centro infantil ubicado en la localidad de residencia de la actora, en el que pueden atenderlo durante el horario matinal de atención que tienen establecido y que es desde las 6:00 de la mañana a las 17:00 horas. Por el juzgador de la instancia se llega a la conclusión de que tal hecho no puede calificarse de modificación de las circunstancias familiares justificativa del cambio horario que propone la actora, pero el criterio de la Sala es divergente debiendo recordarse que estamos ante un derecho laboral de incuestionable dimensión constitucional, tal y como se recuerda en la sentencia de la instancia (FJ 4º), que debe interpretarse y aplicarse de acuerdo a los criterios constitucionales que deben prevalecer en virtud de los derechos en juego ( art, 14 y 39 CE ).

Tal y como decíamos en nuestra Sentencia de 15 de diciembre de 2017 (Rec.1249/2017 ) , el derecho de conciliación del tiempo dedicado a familia y trabajo tiene un marcado componente de género que conviene recordar, tal y como se recoge expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999:

" La Constitución Española recoge en su artículo 14 el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición. En el artículo 39.1, el texto constitucional establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el artículo 9.2, atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los

ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo.

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

La necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. (...)

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

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

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

El artículo 14 establece que los poderes públicos deben garantizar:

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

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

Y el Artículo 44. 1º: "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. 1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio."

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

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

Dicha Directiva fue derogada y sustituida por la Directiva 2010/18/UE del Consejo , de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, pero se mantienen los mismos objetivos contenidos en su predecesora.

-La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres (CEDAW) aprobada por la Asamblea General en 1979 y ratificada por España en 1.984. La propia Convención creó "el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la mujer" que examina los progresos realizados por los diferentes Estados Parte.

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

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

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

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

-También el Convenio de la OIT nº156 "sobre los trabajadores con responsabilidades familiares" de 1981 y ratificado por España el 11 de septiembre de 1985, establece en sus arts 3 y 4 lo siguiente:

" Artículo 3: 1. Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. (...)

Artículo 4: Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para:

permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo;

tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social."

Y más específicamente en su artículo artículo 9 : "Las disposiciones del presente Convenio podrán aplicarse por vía legislativa, convenios colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales, decisiones judiciales, o mediante una combinación de tales medidas, o de cualquier otra forma apropiada que sea conforme a la práctica nacional y tenga en cuenta las condiciones nacionales".

-El art. 8.3º de la Carta Social Europea , hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 y ratificada por España en Instrumento de 25 de abril de 1980, establece el derecho de las trabajadoras a protección, con el compromiso de los estados contratantes a: "A garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo". Y el art. 16 insiste en el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica.

-Tal y como se ha venido fijando por nuestro Tribunal Constitucional ( TC), debiendo destacarse la reciente Sentencia 140/2018 (pleno), de 20 de diciembre de 2018 (BOE 25 de enero de 2019), corresponde a los jueces y juezas, en cada caso concreto, realizar el correspondiente control de convencionalidad internacional, en el sistema español mediante la selección de derecho aplicable al supuesto controvertido, y ello debe proyectarse en la interpretación de lo dispuesto en los Tratados internacionales de aplicación. ( STS 102/2002 FJ 7), así como en el análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional.

De otro lado y en cuanto al fondo del derecho a la reducción y concreción horaria por cuidado de un menor, también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la dimensión constitucional del ejercicio de los permisos previstos en el art. 37.6 º y 34.8º del ET en la Sentencia del TC 3/2007 de 15 de enero de 2007 en cuya fundamentación jurídica se recoge:

" (...) reconocida la incidencia que la denegación del ejercicio de uno de los permisos parentales establecidos en la ley puede tener en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las

trabajadoras, es lo cierto que el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego(...), los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE , si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. (...)

El órgano judicial ha denegado la reducción de jornada solicitada por la trabajadora, convalidando la previa decisión denegatoria de la empresa, con base a consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que efectúa de la expresión "dentro de su jornada ordinaria" utilizada por el apartado 6 del art. 37 LET al referirse a la decisión de la trabajadora respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada.(...) La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo ( art. 14 CE ) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia ( art. 39 CE ), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego(...)"

E igualmente reitera dicho impacto constitucional del derecho a la conciliación laboral y familiar en su Sentencia 26/2011 de 14 de marzo de 2011 , en cuya fundamentación se insiste en la interpretación de la norma de manera más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales en juego ( arts. 14 y 39 CE ) y no de forma mecánica o formalista sino con remoción de los obstáculos impositivos de la igualdad real o sustancial. Y así se recoge en la fundamentación jurídica:

" (...) Debemos comenzar recordando que la prohibición de discriminación por razón de sexo ( art. 14 CE ) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (...) De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres(...), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE (...).En definitiva, la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales ( art. 14 CE ) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia ( art. 39 CE ), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento (...)"

La aplicación de la normativa internacional y nacional referida así como los criterios interpretativos del TC descritos, aplicados al caso que nos ocupa nos lleva a la conclusión de que la actora sí ha probado suficientemente la existencia de nuevas circunstancias familiares que han modificado sustancialmente las existentes con anterioridad al mes de febrero 2018, ello es así, porque ha resultado probado:

que el hijo de la actora y causante del derecho a concreción horaria anudada a la reducción de jornada que tiene reconocida desde el año 2016, está siendo atendido diariamente en un centro infantil público durante la franja horaria que va desde las 6:00 de la mañana hasta las 17 horas .

La escuela infantil a la que acude el menor se halla en la localidad de residencia de la demandante ( municipio de DIRECCION002 con una población que ronda los 31.000 habitantes según Wikipedia: [https://es.wikipedia.org/wiki/Ingenio\\_\(Gran\\_Canaria\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Ingenio_(Gran_Canaria))), consultada a la fecha de esta resolución.

Y la pareja de la actora , y único familiar referido en el relato fáctico, que por tanto puede asumir el cuidado del menor por las tardes, tiene una imposibilidad laboral para ello por razones profesionales.

Por tanto, es evidente que objetivamente se han probado las razones que justifican la petición de una nueva concreción horaria laboral de la actora que le permita atender los cuidados de su hijo de apenas 2 años de edad al momento de su petición, cuestión diferente será la del análisis de las razones organizativas alegadas por la empresa y la ponderación de los derechos en juego, de la parte trabajadora y la parte empresarial, que analizaremos a continuación. Entenderlo de otro modo, supone hacer una interpretación restrictiva de un derecho de dimensión constitucional en el que debe primar una hermenéutica de interpretación con perspectiva de género a tenor del mandato contenido en el art. 4 de la LO 3/2007 , proyectada en la interpretación y aplicación del derecho contenido en el art. 37.5 ° y 6° del ET en relación con el art. 1 , 9.2 °, 14 y 39 de la CE . Además y tratándose de un derecho humano, 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 humano, 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 las mujeres trabajadoras, siendo por tanto su impacto de género incuestionable. 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 ). Como ya dijimos en nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2017 (Rec.1249/2017 ), sentencia de 7 de marzo de 2017 (Rec. 1027/2016 ) y sentencia de 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/2016 ) entre otras , la integración de la perspectiva de género en la resolución judicial debe realizarse tanto en la fase de tramitación procesal, como en la valoración de la prueba, y también y sobre todo, en la interpretación y aplicación de las normas sustantivas.

B)- Ponderación de los derechos en conflicto. Partiendo de la viabilidad de la nueva concreción horaria solicitada por la operaria al haber justificado objetivamente la existencia de una modificación de las circunstancias familiares que dieron lugar a su primera petición de concreción horaria, procede a continuación el análisis ponderado de los derechos en conflicto, de un lado el derecho de conciliación laboral y familiar de la actora y de otro las causas organizativas que se alegan por la empleadora y que, a su criterio, le impiden el reconocimiento del nuevo horario matinal solicitado por la demandante.

Para resolver esta concreta cuestión debe partirse de lo contenido en el hecho probado noveno de la sentencia en el que se especifica que en el departamento en el que se adscribe la actora hay un total de 5 personas trabajando, de las que 2 tienen una concreta especialidad (una en caja y otra en presupuestos), y las 3 restantes (la actora entre ellas) tienen la especialidad de atención al cliente, aunque es la actora la única que no habla idiomas. A partir de aquí la sentencia recurrida concluye en su FJ5º, que el desconocimiento de idiomas y de tareas de caja y contabilidad de la actora, son una razón organizativa empresarial prevalente para no atender la concreción horaria que reclama la demandante, pues ello acredita la imposibilidad de poder mover trabajadores/as dentro de las especialidades del Departamento, pues se dejarían desatendidas otras tareas, dadas las limitaciones funcionales de la trabajadora.

Con carácter previo debe destacarse, tal y como se indica por la recurrente, que las referidas limitaciones funcionales de la actora (idiomas, contabilidad y caja), no aparecen referidas en la misiva de la empresa de fecha 8 de marzo de 2018, en cuyo texto se especifican dos razones para denegar a la actora el horario matinal que solicita, de un lado que no reúne los requisitos legales y de otro lado que afectaría a otras personas que ya viene disfrutando también de reducción horaria:

" (...) su solicitud es denegada porque no cumple con los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico ( art. 37.5 ° y 37.6° del ET ), al tiempo que señalamos que su aceptación (trabajar solo en turno de mañana), supondría un grave problema organizativo no solo para la CLINICA000 sino también para el personal que viene disfrutando de reducción de jornada dado que obligaría a modificar el horario de trabajo del personal

que trabaja en el turno de tarde, incluyendo aquel que ya viene disfrutando de concreción horaria (...)" (hecho probado séptimo, pág. 3)

Por tanto la valoración de nuevos elementos no recogidos expresamente en la carta referida, podría colocar a la actora en indefensión. No obstante incluso dando por válida la inclusión en el debate judicial de la instancia estas alegaciones, podemos concluir que a tenor del inalterado relato fáctico e incluso lo contenido en el FJ5º de la sentencia no puede deducirse que la empresa no pueda organizar su personal adscrito al Departamento de Administración para permitir que durante dos días a la semana (martes y viernes) la actora pueda trabajar en horario matinal, pues los restantes días ya venía trabajando en horario matinal de forma permanente, desde 2016. Respecto a la falta de conocimiento de idiomas, contabilidad y caja de la actora, no puede ser utilizado como una causa justificativa para la denegación de la concreción horaria, pues la formación en tales especialidades (que se presumen propias de la categoría profesional de auxiliar administrativa), no le ha sido ofrecida a la actora a efectos de poder subsanar este problema organizativo, optando directamente la empresa por denegar incondicionalmente su propuesta de concreción horaria. Y ello supone un incumplimiento del talante abierto y "negociador" que deben tener las partes en una materia de alta transcendencia jurídica, que deriva no solo de la protección (constitucional) reforzada del derecho laboral que se debate sino también por mandato del propio art. 139 de la LRJS ,que regula el procedimiento especial y urgente para su tramitación y que en su apartado 1º.a) in fine establece:

" (...)El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia (...)"

Por todo ello, debe concluirse que a criterio de esta Sala no han quedado probadas las razones prevalentes de carácter organizativo empresarial, al menos con la concreción necesaria, que justifiquen la negativa de la demandada a dar cumplimiento al horario matinal solicitado. También sobre esta concreta cuestión, debe recordarse la dimensión constitucional del derecho a la reducción y concreción horaria por cuidado de un menor.

La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado, tal y como ha venido reiterando el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias (por todas, la sentencia 17/2003 de 30 de enero de 2003 )

Por todo lo expuesto, debe estimarse el derecho de la actora en la concreción horaria que se reclama en la demanda , esto es, de lunes a viernes de 9:00 a 15:00 horas , a razón de una jornada laboral reducida de 30 horas semanales, librando dos días a la semana

C)- Indemnización acumulada por daño Moral

Habiéndose reconocido el derecho a la nueva concreción horaria (anudada a la jornada reducida) que solicitaba la actora en su demanda procede analizar el derecho a la indemnización adicional reclamada en la demanda y en el recurso, que se cuantifica a tenor de los daños morales producidos a la actora por la negativa de la empresa a reconocerle el horario matinal reclamado.

Por lo que respecta al derecho a solicitar una indemnización paralela junto a la reducción horaria por cuidado de un menor prevista en el art. 37.6 º y 7º ET , es incuestionable en términos procesales, a la luz de lo previsto en el art. 139 de la LRJS (procedimiento especial de conciliación de la vida personal, familiar y laboral) que estipula lo siguiente:

" 1. a) (...) En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador.(...)"

Por tanto, la solicitud de indemnización paralela es procedente procesalmente junto a la acción de reducción horaria. El derecho a una indemnización resarcitoria se engarza al ejercicio del propio derecho de reducción de jornada ( art. 37.6º y 7º ET ). Como se ha dicho, estamos ante un derecho laboral reforzado por su dimensión constitucional que debe ser analizado en cada caso, con la máxima cautela en materia de reparación integral. Por tanto la negativa o limitación empresarial al disfrute del derecho a la conciliación laboral y familiar bien en cuanto a la reducción o bien en su concreción horaria , cuando no existen razones justificadas como sucede en el caso que nos ocupa, puede generar daños morales.

-Daño Moral.

La actora reclama la cantidad de 6.251 euros que calcula de conformidad con el art. 8.12º y 40 c) de la LISOS.

La Doctrina ha definido el daño moral como el menoscabo o lesión no patrimonial provocado por el acto antijurídico. Por tanto, la noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado a este respecto reiteradamente, en casos derivados de incumplimientos de normativa de Seguridad y salud laboral pero que también sería aplicable en el caso que nos ocupa, por incumplimiento del derecho de la actora a la concreción horaria ( art. 37.7º ET ), por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2008 (recurso 2277/07 ).

Ahora bien, debiendo cuantificarse el daño moral, surge el arduo problema de su ponderación económica. Y es que ya se indica en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 y 29 de enero de 2013 ( recursos 95/2014 y 89/2012 ) que el sujeto, con el daño moral, "sufre un daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, seda en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole".

La sentencia del Tribunal Constitucional nº 246/2006 de 24 de julio ,abrió el camino en la difícil tarea de fijar indemnización reparadora del daño moral ( pretium doloris ), ante dificultad de objetivar económicamente lo incuantificable (el dolor). No obstante en la citada sentencia se convalida como parámetro objetivo adecuado, la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social 5/2000 (LISOS). Este mismo parámetro de cálculo ha sido ya utilizado por esta misma Sala en la Sentencia de 15 de diciembre de 2017 (Recurso nº1249/2017 ).

Por último, en nuestra sentencia de fecha 15 de febrero de 2016 (Recurso 1251/2015 ) decíamos ya más concretamente, en relación a la fijación de una indemnización paralela por el daño moral producido en el caso de la negativa empresarial a reconocer la concreción horaria solicitada por trabajadora en el caso de una reducción de jornada por cuidado de menor discapacitado:

" (...)Para cuantificar dichos daños y perjuicios se puede acudir con carácter orientativo a lo dispuesto en el artículo 183 del mismo texto legal, según el cual el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. Siendo especialmente revelador el precepto cuando dice que "el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño". (...)En el caso que nos ocupa, no se solicitan daños materiales por al parte actora, sino que se limita a los daños morales, que cuantifica en 30 Euros diarios. Es obvio que la cuantificación de los daños morales es un asunto que difícilmente se puede reconducir a un baremo estandarizado aplicable a cada caso particular, pero lo cierto es que es norma cada vez más habitual en la jurisdicción social recurrir a la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) en orden a fijar, ya sea como aproximación, una indemnización en concordancia con las sanciones que fija la citada Ley. Si seguimos esa orientación, vemos que en el caso más favorable a la empresa, la negativa a reducir la jornada sería asimilable a la falta grave establecida en el artículo 7.5 de la LISOS , " transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12 , 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores ", siendo la sanción prevista en el artículo 40 b) la multa 626 a 6.250 euros.

(...) En este caso, esta Sala tiene en cuenta que para graduar la infracción ha de tenerse en cuenta una serie de aspectos fundamentales, que son acogidos igualmente por la sentencia de instancia con valor de

resultancia fáctica en sus fundamentos segundo y tercero: se trata de una empresa de considerable volumen, que emplea a más de 100 trabajadores, siendo por ello relativamente más fácil adaptarse a las peticiones de reducción de jornada de los empleados, cuestión mucho más dificultosa en pequeñas o medianas empresas; la denegación de la reducción de jornada carecía absolutamente de la más mínima y seria motivación, no haciendo un análisis detallado de la imposibilidad de acceder a lo solicitado, máxime cuando existían compañeros que tenían concedida reducción de jornada, y ni siquiera se produjo contestación de Agosto de 2014 a Febrero de 2015 a la petición de concreción horaria, actitud que no puede calificarse sino como al menos irregular, por más que no tuviera soporte legal, como hemos señalado, no entendiendo qué dificultad existía en al menos contestar a la petición denegándola, ya que no ha de presumirse que todos los trabajadores son expertos en Derecho laboral. (...)

Y es que, como dijimos en nuestra reciente sentencia de 30-9-15 , "nunca los efectos restitutivos anudados a la declaración de nulidad de la decisión podrán devolver a la actora el tiempo que no pudo dedicar a la atención de su progenitora. Es una cuestión de afectos, cercanía y dedicación inconmensurables. Junto a ello la angustia ante la situación de incertidumbre que origina la decisión empresarial que obliga a un replanteamiento de la vida familiar y laboral, el desasosiego por litigar contra la empresa, y de ver desconocidos los que son sus derechos fundamentales. Todas estas circunstancias evidenciadoras de un daño real se exponen en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia en el que además se reproduce la doctrina jurisprudencial sentada en torno al sistema indemnizatorio en caso de violación de derechos fundamentales contenida en S.T.S. 17 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8473), que no reproducimos huyendo de reiteraciones innecesarias."

En el caso que nos ocupa la actora utiliza un parámetro de cálculo inadecuado técnicamente porque descansa en el art. 8.12º del Real Decreto Legislativo 5/2000 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), siendo más adecuado el art. 7.5º de la LISOS (infracciones graves) que expresamente refiere a las infracciones derivadas de "la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y en general el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12 , 23 , 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores "

Al calificarse la infracción de grave debe modularse la indemnización a tenor de las previsiones contenidas en el art. 40.1º b) de la LISOS cuyas multas van de los 626 euros (grado mínimo) hasta 6.250 euros (grado máximo).

De acuerdo con lo anterior, esta Sala modula la indemnización en la cantidad de 1.250 euros que se corresponde con el máximo previsto en el tramo medio ( art. 40.1º b) LISOS ). Se aplica el grado medio porque la verdadera discusión respecto al horario matinal solicitado por la actora se limitada a dos días en concreto (martes y viernes), pues la actora ya venía realizando horario matinal los restantes días de la semana (lunes, miércoles y jueves), desde que solicitó la reducción de jornada con efectos 16 de agosto de 2016. Por tanto el daño moral es inferior o parcial. A ello debe sumarse el hecho de que la empresa tiene unas dimensiones pequeñas, y la plantilla adscrita al departamento de Administración se reduce a 5 personas.

Por todo ello, debemos estimar parcialmente la petición de indemnización por daño moral solicitada por la parte actora en la cantidad de 3.125 euros, que se considera razonable.

En base a lo expuesto se estima parcialmente el recurso de suplicación y con revocación de la sentencia se estima en parte la demanda planteada, condenando a la demandada

reconociéndose el derecho de la actora a concretar su jornada laboral reducida a 30 horas semanales, como sigue: de lunes a viernes, de 09:00 a 15:00 horas; condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración así como a abonar a la demandante una indemnización reparadora del daño moral producido, en la cantidad de 3.125 euros.

La condena debe extender a las dos demandadas tras la ampliación de demanda efectuada frente a CLINICA001 al haberse producido una subrogación, tras la adquisición del negocio CLINICA000 por CLINICA001 .

#### **Cuarto.**

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

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

## FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Susana , frente a la sentencia 382/18, dictada el 24 de octubre de 18 por el Juzgado de lo Social nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos Nº 276/18, que revocamos y estimando parcialmente la demanda planteada se reconoce el derecho de la actora a concretar su jornada como sigue: de lunes a viernes de 09:00 a 15:00 horas ; condenando a CLINICA000 y CLINICA001 a pasar y estar por tal reconocimiento así como a abonar a la actora la cantidad de 3.125 euros en concepto de daños y perjuicios (daño moral). Sin costas.

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

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 10 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 3537/0000/66/0019/19 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

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

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

DILIGENCIA.- En Las Palmas de Gran Canaria, a .

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