



Roj: **STSJ ICAN 2/2020 - ECLI: ES:TSJICAN:2020:2**

Id Cendoj: **35016340012020100002**

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

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

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2020**

Nº de Recurso: **1429/2019**

Nº de Resolución: **243/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **GLORIA POYATOS MATAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Proc. origen: Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente

Nº proc. origen: 0000864/2019-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social N° 5 de Las Palmas de Gran Canaria

Rollo: Recursos de Suplicación N° Rollo: 0001429/2019

NIG: 3501644420190008734

Materia: Otros derechos laborales individuales

Resolución: Sentencia 000243/2020

Recurrente Valle ; Abogado: JAVIER ESTUPIÑAN RAMIREZ

Recurrido: LUDE GESTION Y SERVICIOS S.L.; Abogado: JORGE ALBERTO RODRIGUEZ PEREZ

FOGASA FOGASA ABOGACÍA DEL ESTADO DE FOGASA LAS PALMAS

En Las Palmas de Gran Canaria, a 14 de febrero de 2020.

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 Ilmos. 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. 0001429/2019, interpuesto por Dña. Valle , frente a Sentencia 000306/2019 del Juzgado de lo Social N° 5 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos N° 0000864/2019-00 en reclamación de Otros derechos laborales individuales siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. **GLORIA POYATOS MATAS**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por Doña Valle, frente a la empresa Lude Gestión y servicios, S.L. y Fogasa.

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

"PRIMERO.- La parte actora, con DNI nº NUM000, viene prestando servicios en la mercantil demandada, con contrato laboral indefinido a tiempo parcial de 36 horas, desde el 01.04.2013, y con la categoría profesional de Monitora, centro de trabajo en Instalaciones Deportivas de DIRECCION000 (Piscina Municipal).

SEGUNDO.- La actora venía prestando sus servicios en horario de 14:30 a 22:00 horas y en horario de 14:30 a 19:45 hs y de 20:30 a 22:00 horas, los martes y jueves.

TERCERO.- Con fecha 24.05.19 la actora comunica a la demandada una solicitud de adaptación horaria con reducción de jornada en la que literalmente expresa... ".....es mi deseo, a efectos de conciliar vida laboral y familiar, acogerme a una reducción de jornada conforme contempla el art. 3705 E.T.; para iniciarla el día 08.07.2019 y mantenerla en tanto mi madre se encuentre en las circunstancias descritas."....."Por lo expuesto, SOLICITO me adapten el horario y me adscriban al turno de mañana en horario de 07:00 a 14:30 horas.

Con la reducción horaria la jornada a prestar de lunes a viernes sería la de 07:00 a 13:30 horas, de forma alternativa, la de 08:00 a 14:30 horas. "

CUARTO.- Con fecha 25.06.2019, la mercantil demandada comunica a la actora lo siguiente: "

.....Hemos analizado las posibilidades y no es viable que pueda realizar su función en el horario indicado, esto es, de 07:00 a 13:30 y, de forma alternativa, de 08:00 a 14:30 horas.

.....Como bien sabe, hay pocos turnos de mañana en el servicio de DIRECCION000, al que está adscrita y en estos momentos se encuentra en proceso de licitación toda vez que nuestro contrato ha finalizado.....

.....Hay un turno de piscina de una jornada similar a la suya, no obstante pertenece a un trabajador con antigüedad de 2013 y con los derechos adquiridos al que se le ha consultado estos días.....

.....El otro turno de piscina de mañana es de 08:30 a 11:30 de lunes a viernes que, con algunos cambios organizativos si podemos ofrecérselo. En este caso confirmaríamos la reducción horaria con turno de mañana para cubrir las 15 horas.....

.....Hay un turno más en el horario de mañana para cubrir la sala de musculación que, como ya le informamos en su momento, no podemos ofrecérselo por carecer de la formación necesaria.....

.....De la misma forma el turno de recepción, que varía entre la mañana y la tarde, no sería viable que lo realizara ya que, además de realizarse durante muchos días en horario de tarde conlleva una formación específica que no tiene.....

.....En cualquier caso, tanto si acepta el turno de mañana de 08:30 a 11:30 horas como si continua con su horario actual, le proponemos realizar formación en el aplicativo DEPORWIN,,,,,,conocer esta aplicación supone más posibilidades de promocionar....".

QUINTO.- Con fecha 02.07.2019, la actora comunica a través de correo electrónico que acepta prestar servicios en el turno de mañana para ocupar la vacante libre en la sala de musculación, dado que dispone de diploma acreditativo de aptitud de 01.07.19 obtenido a través de un curso de nutrición, fitness y musculación de 60 horas.

SEXTO.- Con fecha 03 julio 2019 la entidad demandada contesta a su escrito de fecha

02.07.19 en el sentido de que no se han explicado bien y que tan solo disponen de tres turnos de mañana, sin contar con el de atención al cliente en recepción, que puede tener varios turnos de tarde que no le serían válidos. Explican... " Hemos intentado realizar cambios que permitieran liberar el turno de piscina de mañana, lo que no ha sido posible por el derecho que el trabajador de este turno tiene consolidado. Igualmente hay un trabajador con una antigüedad de 5 años, que tiene el turno de musculación de mañana, al que no podemos quitar para ponerla a usted, esto es, no hay vacante en musculación.....Si le invitamos a formarse en esta actividad, además del curso que acredita, realizado con nuestra colaboradora NEC, con el fin de asumir una futura vacante.

.....Lo que si podríamos ofrecerle es el turno de tres horas de mañana en piscina de 08:30 a 11:30 horas. Este turno le permitiría conciliar la vida familiar tal como lo solicita....."

SEPTIMO.- Se agotó la vía previa."

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



"Que debo desestimar y desestimo la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Doña Valle, contra la empresa Lude gestiones y servicios, S.L., sobre Derechos e indemnización de daños y perjuicios; debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra las cuales son expresamente desestimadas."

CUARTO.-Con fecha 18 de octubre de 2019 se dictó Auto de Aclaración cuya parte dispositiva literalmente recoge:

"**DISPONGO**: Que donde dice en el Fundamento tercero y en el Fallo de la expresada sentencia "no cabe recurso de suplicación" debe decir: "**De conformidad con el art. 191 de la LRJS contra esta sentencia cabe recurso de suplicación**"."

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante Dña. Valle, interpone recurso de suplicación parcial frente a la sentencia nº 306/19, dictada el 19 de septiembre de 2018 por el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos Nº 864/19 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 3.125 euros).

La sentencia desestima la demanda en base a las dificultades organizativas de la empresa demandada para ofrecer a la actora un puesto de trabajo compatible con la formación de la actora y la concreción y reducción horaria solicitada al amparo del art. 37.6 del ET El recurso ha sido impugnado por la empresa demandada.

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 solicita esta parte las siguientes modificaciones.

A)- Adición de un nuevo hecho probado con el ordinal, octavo, con el siguiente tenor literal: "**El valor estimado del contrato del servicio de actividades físico-deportivas y recepción que se realizarán en las instalaciones deportivas del Ilustre Ayto. de DIRECCION000, ascendía 227.900,00 euros para 2015, a 233.618,00 euros en 2016, 239.458,45 euros en 2017 y 245.444,91 euros en 2018, con un valor estimado total de 946.441,36 euros.**

El mínimo de prestación de servicios fijado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares 2015-2018, para clases de natación asciende a 176,25 horas semanales, las clases de cardio-musculación ascienden a 35 horas semanales en cada turno y Recepción (atención al cliente), 75 horas semanales en dos turnos de trabajo, uno de 07:00 a 14:30 y otro de 14:30 a 22:00 horas."

Se ampara la recurrente en prueba documental (folios 64, 71 82 y 84).

B)- Adición de un nuevo hecho probado con el ordinal, noveno, con el siguiente tenor literal: "**Los licitadores han de cumplir el IV Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios publicado en el BOE nº. 141, de 11 de junio de 2018.**

El valor estimado del contrato del servicio de actividades físico-deportivas y recepción que se realizarán en las instalaciones deportivas del Ilustre Ayto. de DIRECCION000, asciende a 399.330,88 euros en 2019, a 399.330,88 euros en 2020, 399.330,88 euros en 2021 y 399.330,88 euros en 2022, con un valor estimado total de 1.597.323,52 euros."

Se ampara la recurrente en prueba documental (folios 103, 112, 122 y 123 de autos).

La demandada impugnante se opuso a las revisiones fácticas, por carecer de relevancia para cambiar el sentido del fallo puso de relieve en primer lugar que la actora pretendía la reducción de su jornada por razón de la atención de un familiar proponiendo un horario de lunes a viernes de 7:00 a 13:30 o de 8:00 a 14:30 h, cuando el horario que venía realizando era:

-lunes, miércoles y viernes de 14:30 a 22:00 horas.

-Martes de 14:30 a 19:45.

-Y jueves de 20:30 a 22:00 horas.

Se destaca también que el número de horas que se emplean, tanto en turno de mañana como de tarde se determinan en el pliego de condiciones administrativas particulares, de modo que no es posible adscribir a un turno u otro a más trabajadores/as. Añadió que el turno de mañana atiende a no más del 15% de la población usuaria total de la instalación mientras que la asistencia en turno de tarde es del 85%. También se



opuso a la adición de un nuevo hecho probado noveno destacando que carece de relevancia para cambiar el sentido del fallo. Entiende impugnante que la actora ha hecho uso malicioso de la información contenida en el pliego de prescripciones técnicas que regiría la nueva licitación del contrato que seguía ejecutando la demandada hasta tanto resultara una nueva adjudicación, lo cual sucedió en fecha 11 de octubre 2019 . De este modo el texto que propone la actora (hecho probado octavo) incluye una información que nunca fue aportada a la prueba del proceso por la demandada porque formaba parte de la licitación del nuevo contrato de gestión de las instalaciones deportivas municipales del Ayuntamiento de DIRECCION000 , por expiración del tiempo del contrato de la demandada y que debió obtener la recurrente de la página web del Ayuntamiento de DIRECCION000 . Por tanto, no debe estimarse esta modificación. De igual modo se opuso por las mismas razones a la modificación del hecho probado noveno.

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

- a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;
- b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho, la «prueba negativa», consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (STS 14 de enero, 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986) y STS, 17 de noviembre de 1990) «... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador...»;
- c), que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;
- d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;
- e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o pericia les que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y,
- f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Aplicando la Doctrina expuesta debe estimarse la propuesta de adición de un nuevo **hecho probado octavo** relativa al valor económico total para los años que van del 2015 al 2018 (folio 64 de autos), de la contratación de los servicios de la demandada para explotar las instalaciones deportivas municipales, de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas particulares. También resulta de interés, a los efectos que nos ocupan, las horas mínimas contratadas semanalmente para dar una buena atención pública, tanto en musculación (clases cardio-musculación), como en natación (folio 71 reverso, apartado 5.2.A) . Ello conecta con el cuadro de características mínimas contenido en el folio 82 (reverso), y por lo que respecta a las horas de atención en recepción, el horario y el número de horas semanales se extrae claramente del folio 84. Tales datos son relevantes a los efectos de valorar la dimensión empresarial, el número de horas totales que está obligada la demandada a ofrecer a la clientela del centro y también su distribución a tenor de los puestos de trabajo (musculación -35 horas semanales-, piscina- 176'5 horas semanales- y/o recepción - 75 horas semanales en dos turnos-), ante las posibilidades de encuadrar a la actora en la franja horaria matinal. Además los datos referidos se encuentran en la documental aportada por la demandada, específicamente en la documentación referida al contrato suscrito entre la demandada y el Ayuntamiento de DIRECCION000 y su prórroga, que se ha extendido desde el año 2015 al 2018. Por tanto, se estima esta concreta propuesta modificativa.

Respecto de la adición de un nuevo hecho probado como **hecho noveno**, también se estima porque los datos se extraen nítidamente de la documental aportada por la actora y refieren al pliego de prescripciones técnicas particulares establecidas para la nueva adjudicación del servicio de actividades físico-deportivas , de recepción y de mantenimiento en el centro deportivo. Del mismo se extrae un aumento significativo tanto del valor económico del contrato para cubrir los siguientes dos años y posible prórroga por anualidades hasta el 2022 , sino que también se deduce un aumento de las horas a ofertar a la clientela del centro, tanto en el área de musculación (85 horas semanales), como actividades acuáticas (210 horas semanales) así como las horas de recepción o atención al cliente (ascienden a 87'5 horas semanales) - folios 122 y 123. La demandada tenía perfecto conocimiento de tales condiciones, tal y como expresamente refiere en su escrito de impugnación, porque estaba licitando a tal contratación durante el año 2019 y aunque a la fecha de la solicitud de la



actora (24/5/19) no se le había adjudicado todavía por parte del Ayuntamiento de DIRECCION000 , es lo cierto que hasta la misiva empresarial de fecha 3 de julio de 2019 (HP6º) no se dio a la trabajadora una respuesta definitiva y la celebración del juicio (y su conciliación judicial previa) no se produjo hasta el mes de septiembre 2019, es decir unos días antes de resultar, de nuevo, adjudicataria la demandada del servicio, con las condiciones referidas, pues tal y como se reconoce expresamente por la recurrente la Resolución municipal es de 11/10/19 (folio 8 del escrito de impugnación del recurso). Además, la propia demandada hizo alusión al proceso de licitación a la contrata en su escrito de respuesta a la petición de la actora de fecha 25/6/19 (hecho probado cuarto- folios 90 y 91). Por tanto, la adición de este hecho tiene relevancia a los efectos de valorar la fase de negociación abierta entre la empresa y la trabajadora y las propuestas efectuadas por la empleadora ante la petición de la trabajadora, máxime cuando es la propia demandada en su respuesta la que alude al que contrato de servicios estaba finalizado y se hallaba pendiente de licitación y adjudicación.

En base a lo expuesto se estiman los motivos primero y segundo del recurso.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, **al amparo del art.193 c) de la LRJS** , se denuncia la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, específicamente el **art. 37.5 y 6 del ET, art. 14 y 39.1 de la CE y art. 139 LRJS**, así mismo se invoca la STC 26/2011 y dos sentencias dictadas por esta misma Sala de 12 de marzo de 2019 (Rec. 1596/2018 y 19/2019).

Entiende **la recurrente** que la actora ha acreditado la necesidad de conciliar su vida familiar y laboral, derivado de la enfermedad grave de su madre que se acredita mediante la resolución del INSS (doc. 126 de autos), e igualmente su padre tiene una afectación a la salud (docs 124 y 125 de autos). Por ello entiende que debe aplicarse la jurisprudencia referida interpretando las normas aplicables de manera más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales en juego (arts. 14 y 39 de la CE).

La demandada e impugnante se opuso destacando que no existe para la trabajadora un derecho de modificación unilateral, sino un poder de negociación de buena fe. Por ello habiendo la empresa intentado negociar con la trabajadora un horario adecuado, ello ha sido imposible por razones organizativas, pues acceder a la petición de la trabajadora hubiera supuesto romper el equilibrio de los grupos de trabajo, repercutiendo en la modificación de jornada del resto de trabajadores. Por ello, a criterio de la demandada , habiéndose desplegado por esta parte una actividad probatoria de mayor entidad que la efectuada por la trabajadora y habiéndose probado razones productivas y organizativas que impedían atender el horario solicitado es claro que no puede estimarse la demanda planteada ni en el derecho reclamado ni en la indemnización por daños morales que también se solicita , pues no puede darse por probado tal daño.

RESOLUCIÓN DEL RECURSO

Entrando ya a analizar el Fondo de este 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 directo de familiar - su madre-(arts. 37.6 y 7 ET), de incuestionable impacto constitucional (arts. 14 y 39 CE).

La sentencia recurrida desestimó la demanda planteada porque el cambio horario solicitado por la actora "*para adaptarlo a sus propias necesidades no encuentran acomodo en la propia estructura organizativa de la empresa que demuestra tras la prueba documental y testifical practicada en el acto de juicio haber realizado un esfuerzo importante por encontrar una solución al problema (...) la demandada ha realizado un esfuerzo considerable por ofrecerle toda suerte de soluciones posibles dentro del organigrama de la empresa , desde consultas a los distintos trabajadores del turno de mañana tratando de sustituir sus turnos horarios (...) hasta proponerle nuevos horarios compatibles con sus pretensiones (finalmente le ofrece ocupar la jornada de 8:30 horas hasta 11:30 horas en la piscina) soluciones todas ellas rechazadas finalmente por la trabajadora (...)*"

A)- Hechos relevantes.

Debe partirse, para empezar, 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 contrato indefinido a tiempo parcial de **36 horas** (semanal), desde el 1 de abril de **2013** ,con la categoría profesional de **monitora** en las Instalaciones deportivas de ingenio (piscina municipal). Hecho probado primero (HP1º).

-El horario que venía realizando la actora era de 14:30 a 22:00 horas (lunes, miércoles y viernes); y de 14:30 a 19:45 y de 20:30 a 22:00 horas (martes y jueves), HP2º.

-En fecha **24 de mayo de 2019** la actora comunica a la empresa su solicitud de reducción de jornada en **32 horas y media semanales**, en turno de mañana (entre las 7:00 y las 14:30 horas) proponiendo un horario de lunes a viernes de 7.00 a 13:30 horas o de forma alternativa de 8:00 a 14:30 horas (HP3º).



-En escrito de **25 de junio de 2019**, la empresa respondió a la petición (folios 90 y 91) recordando que **"se encuentra en proceso de licitación toda vez que nuestro contrato ha finalizado. En las próximas semanas se resolverá este concurso..."** y seguidamente se le ofrecen dos posibilidades:

*Un turno de **8:30 a 11:30 horas en la piscina de lunes a viernes**, aunque en este caso la reducción de jornada quedaría en **15 horas semanales**.

*Y de otro lado se le dice literalmente: *"hay un turno más en el horario de mañana para cubrir la **sala de musculación**, que como ya le informamos en su momento, no podemos ofrecérselo por carecer de la formación necesaria"*.

De otro lado se le niega la posibilidad de un turno similar al solicitado en la piscina porque pertenece a otro trabajador con antigüedad de 2013 y con derechos adquiridos y también se descarta el turno matinal en la recepción porque alterna con turno de tarde y exigiría una formación que no tiene la actora (HP4º).

-En fecha **2 de julio de 2019** la actora contesta a la empresa (folio 92) aceptando prestar servicios en el turno de mañana para ocupar la vacante libre del turno de mañana de la sala de musculación, al disponer de diploma acreditativo de aptitud de 1/7/19, obtenido a través de un curso de nutrición, fitness y musculación de 60 horas (folios 52 a 56-HP5º).

-Un día después, **el 3 de julio de 2019**, la empresa responde en el sentido de que **no se han explicado bien y que tan solo disponen de tres turnos de mañana**, sin contar con el de atención al cliente en recepción, (que puede tener varios turnos de tarde), y explican a la trabajadora que no fue posible liberar el turno de mañana de la piscina al estar ocupado por trabajador con derecho consolidado, ni tampoco el turno de mañana de musculación por estar ocupado por trabajador con cinco años de antigüedad. No obstante, **se ofrece a la trabajadora un turno de tres horas de trabajo de mañana en la piscina (de 8:30 a 11:30 horas), que a criterio de la empresa "le permitiría conciliar la vida familiar tal y como solicita"** (Folios 98 a 100 -HP6º)

-El mínimo de prestación de servicios fijado en el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación del servicio explotado por la demandada para el **contrato (2015-2018)** era de 176'25 horas semanales para clases de natación ; 75 horas semanales en dos turnos de trabajo para clases de cardio-musculación y 35 horas semanales en cada turno para recepción (70 horas semanales).

En cambio en la nueva licitación del **contrato (2019-2022)**, el mínimo de prestación de servicios exigido por el Ayuntamiento de DIRECCION000 era de 210 horas semanales para clases de natación; 85 horas semanales para clases de musculación y de 87'5 horas semanales para recepción o atención al cliente. (HP8º y 9ª).

B)- Respecto al derecho a reducción y concreción horaria, como derecho laboral a la conciliación de la vida familiar y laboral. Tras la reforma introducida por el RD Ley 6/2019 de 1 de marzo, **el art. 37.6 y 7 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.(...)

7. La concreción horaria y **la determinación de los permisos y reducciones de jornada, previstos en los apartados 4, 5 y 6, corresponderán a la persona trabajadora 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 de la persona trabajadora y las **necesidades productivas y organizativas de las empresas**. La persona trabajadora, 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 cuidado del lactante 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** ."



De otro lado el **art. 139.1. a) de la LRJS** , dispone:

" **1.** El procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por las siguientes reglas:

a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

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.

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 (...)"

En el caso que nos ocupa no se cuestiona el derecho de la actora a solicitar reducción de jornada y de salario (enfermedad grave de su madre- Parkinson atípico- e incapacidad laboral de su padre). No obstante, la controversia surge exclusivamente respecto a la concreción horaria solicitada (franja matinal fija), pues según la última respuesta de la empresa (3/7/19), no dispone de vacantes en el turno matinal, salvo para cubrir una jornada de trabajo de 15 horas semanales matinales, pero en ningún caso de 32 horas como solicita la trabajadora.

Tal y como decíamos en **nuestra Sentencia de 15 de diciembre de 2017 (Rec.1249/2017)** y las sentencias de fecha 12 de marzo de 2019 (Rec. 19/2019 y 1596/2018), 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.



8. 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 necesidescambiantes 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 BUSINESSSEUROPE, 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 lamujeres (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:

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

(b) 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.

-La importancia del derecho a la conciliación familiar y laboral, se ha reflejado también en la reciente **reforma legal del art. 34.8 ET**, introducida por el **Real Decreto -Ley 6/2019, de 1 de marzo**, de medidas urgentes para garantía de la **igualdad** de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, con vigencia a este respecto desde el 7 de marzo de 2019. Específicamente se introduce, en ausencia de criterios convencionales, una vía de negociación individual de la persona trabajadora y la empresa de treinta días de duración como máximo, destacando que las *"adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación a las necesidades organizativas y productivas de la empresa"*. Una vez finalizada la negociación, la empresa planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio y en este caso, **"se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión"**

-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. 37.6º 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 impeditivos 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 constitucionales descritos, aplicados al caso que nos ocupa nos lleva a la conclusión de que la empresa no ha probado objetivamente las razones organizativas o productivas que la han llevado a denegar a la actora su derecho a la concreción horaria en turno fijo matinal. Ello es así por las siguientes razones:

1- La demandada en misiva de respuesta a la petición de la actora, fechada a 25 de junio de 2019 puso de manifiesto que el contrato de explotación de las instalaciones deportivas de DIRECCION000 de la que era titular había finalizado y se hallaba en licitación añadiendo que **"en las próximas semanas se resolverá este concurso y se iniciará un nuevo contrato en el que puede continuar LUDE o ser gestionado por otra"**.

2- No obstante lo anterior, **se omitió por la empresa toda referencia al nuevo pliego de prescripciones técnicas particulares establecidas por el propio Ayuntamiento** de DIRECCION000 en la **nueva contratación** del servicio de actividades físico-deportivas, de recepción y de mantenimiento en el centro deportivo DIRECCION000 . Lo anterior es trascendental porque tal y como ha resultado probado, no solo se ha producido un aumento sustancial del valor económico de la contratación del servicio, en relación a la contrata anterior (2015-2018), sino que además ello se ha trasladado en un aumento del número de horas de servicios contratados, que a tenor de lo contenido en los hechos probados octavo y noveno se traduce en un incremento de **33'75 horas semanales en clases de natación; 15 horas semanales más en musculación y 12'5 horas en el área de recepción y atención al cliente**, con aplicación desde el 2019.

3-La demandada en su escrito de impugnación alega que no le fue adjudicado el nuevo contrato de explotación del servicio, hasta el 11/10/19, pero es evidente que **a la fecha de la celebración del juicio (septiembre de 2019), la empresa conocía el nuevo pliego de prescripciones técnicas particulares** que iban a regir la contratación, pues la actora las aportó como prueba documental al acto del juicio (folios 101 y ss.)

Por tanto, habiéndose probado que la empresa tenía perfecto conocimiento de la existencia de un aumento sustancial en las horas de servicio del contrato (2019- 2022), que se estaba licitando, al momento de la solicitud de la actora, por parte del Ayuntamiento de DIRECCION000, debió en sus propuestas alternativas, dentro de la "negociación" abierta con la trabajadora, hacer referencia a ello y posibilitar a la trabajadora la cobertura de las nuevas horas de servicio coincidentes en franja matinal que solicitaba. Por ello, y ante el inminente aumento del servicio contratado, las razones organizativas y productivas esgrimidas por la empresa son inexistentes porque no se ajustan a la realidad presente, sino en su caso, a las condiciones vigentes hasta la finalización de la contrata anterior.

Debe recordarse además, en la ponderación de los derechos en juego, de un lado el de la empresa a su propia organización y producción y de otro lado el de la actora a la conciliación familiar y laboral, debe hacerse teniendo presente **la dimensión constitucional de este último derecho bajo 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. 37.6 y 7 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 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. 10.2º y 96 de la CE).

B)- 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 paralelamente, 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 y 7 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). 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. 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 3.125 euros que calcula de conformidad con el **art.** 7.5 y 40 b) de la LISOS, en su grado medio.

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:

" (...), 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 incommensurables. 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 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, registro de jornada, 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, hallándose la cantidad de 3.125 euros en el grado medio, que consideramos correcto a tenor de las dimensiones de la empresa demandada, y también al tratarse de un servicio contratado por el Ayuntamiento de DIRECCION000 , lo que asegura un ingreso anual, con independencia de la productividad.

En base a lo expuesto se estima el recurso de suplicación y con revocación de la sentencia se estima en parte la demanda planteada, reconociéndose el derecho de la actora a una jornada laboral reducida de 32 horas semanales con la correspondiente reducción salarial, en horario de 7:00 a 13:30 horas, o bien de 8:00 a 14:30 horas (a determinar por la empresa); 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.

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 el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Valle frente a la sentencia nº 306/19 dictada por el juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos nº 864/19, que revocamos y estimando la demanda planteada se reconoce el derecho de la actora a reducir su jornada semanal en 32 horas de trabajo con la correspondiente reducción salarial, en horario de 7:00 a 13:30 horas, o bien de 8:00 a 14:30 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. Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 5 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 3537/0000/66/1429/19 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.

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