



Roj: **STSJ ICAN 2119/2019** - ECLI: **ES:TSJICAN:2019:2119**

Id Cendoj: **35016340012019100519**

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

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

Sección: **1**

Fecha: **27/08/2019**

Nº de Recurso: **533/2019**

Nº de Resolución: **858/2019**

Procedimiento: **Social**

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: 0000034/2019-00 Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria

Rollo: Recursos de Suplicación Nº Rollo: 0000533/2019

NIG: 3501644420190000324

Materia: Otros derechos laborales individuales

Resolución: Sentencia 000858/2019

Recurrente: Estrella ; Abogado: MARIA DAVINIA POHUMAL GONZALEZ

Recurrido: DIRECCION000 ; Abogado: IÑIGO SEBASTIAN GARAY

En Las Palmas de Gran Canaria, a 27 de agosto 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 Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, D./Dña. IGNACIO DUCE SÁNCHEZ DE MOYA y D./Dña. **GLORIA POYATOS MATAS**, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000533/2019, interpuesto por Dña. Estrella , frente a **Sentencia** 000087/2019 del Juzgado de lo Social Nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000034/2019-00 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 Estrella frente a DIRECCION000 .

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

"PRIMERO.- La actora viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada, en la actividad de Comercio, desde el 16 de mayo de 2016, con la categoría profesional de Dependienta, en el centro de trabajo ubicado en el Centro Comercial DIRECCION002 , término municipal de Las Palmas de Gran Canaria.

(Conformidad de las partes)

SEGUNDO.- La actora es madre de una menor de edad, llamada Caridad , nacida el NUM000 de 2018, y cuyo padre, D. Gumersindo , mantiene una relación de pareja de hecho con la actora.

(Fotocopia del Libro de Familia aportada por la actora dentro de su ramo de prueba)

TERCERO.- La actora viene prestando servicios a jornada completa, y en régimen de trabajo a turnos rotativos (mañana, tarde y partido).

(Conformidad de las partes)

CUARTO.- Por escrito de 11 de octubre de 2018, la actora se dirigió a la empresa en los términos siguientes:

"A fecha 11 de octubre del 2018 en Las Palmas de Gran Canaria solicito concretar mi jornada laborar en el turno de la mañana, basándome que tengo una niña menor de 12 años (actualmente 5 meses) y mi pareja trabaja exclusivamente en el turno de noche por lo que necesitaría el turno de mañana para cuidar a la niña por las tardes."

(Copias de dicho escrito aportadas por ambas partes dentro de sus respectivos ramos de prueba)

QUINTO.- Con fecha 17 de octubre de 2018, la empresa demandada hizo entrega a la actora de escrito -que se da aquí por reproducido al constar en las actuaciones copia del mismo-, por el que le notificaba la denegación de la solicitud planteada por la misma el 11 de octubre anterior, basándose para ello en que en su solicitud la mencionada trabajadora no concretaba la reducción de jornada que habría de aplicársele, además de invocar necesidades organizativas y productivas del centro de trabajo donde presta servicios, para finalizar indicando que la empresa estaba dispuesta a estudiar cualquier otra solicitud de cambio de horario que pudiera plantearle.

(Copias de dicho escrito aportadas por ambas partes dentro de sus respectivos ramos de prueba)

SEXTO.- El 25 de octubre de 2018, la actora dirigió nuevo escrito a la empresa, en el que concretaba que solicitaba la "reducción de jornada a 35 horas semanales, en horario de lunes a viernes de 09:00 a 16:00 horas, con el fin de compatibilizar mi vida laboral con la familiar."

(Copias de dicho escrito aportadas por ambas partes dentro de sus respectivos ramos de prueba)

SEPTIMO.- El 25 de octubre de 2018, la empresa hizo entrega a la actora de escrito por el que, en respuesta a su solicitud de esa misma fecha, interesaba la entrega de la documentación justificativa de la causa alegada para la reducción de jornada con concreción horaria.

(Copias de dicho escrito aportadas por ambas partes dentro de sus respectivos ramos de prueba)

OCTAVO.- El 22 de noviembre de 2018, y una vez la actora hubo entregado a la empresa la documentación que le había solicitado, la mencionada empleadora dio respuesta a la pretensión de aquélla en los términos siguientes:

"1. Reconocer su derecho a ejecutar la reducción de jornada.

2. Denegar, en los términos que usted plantea, la concreción horaria , ya que la misma supone una modificación de su horario a turnos. De acceder además a su pretensión, ello supondría una modificación el resto de sus compañeros de sus condiciones de trabajo, en cuanto a jornada y turnos.

No obstante, y a pesar de los perjuicios organizativos y productivos que sigue conllevando su petición, esta empresa le ofrece varias opciones con objeto de adecuar el ejercicio de su derecho con las necesidades empresariales y de otros compañeros. Así:

.Opción A.- Reducción de una hora diaria en turno rotativo de una semana de mañana y una semana de tarde. En la semana de mañana, en horario de 09:00 a 16:00 horas y en la semana de tarde de 15:00 a 22:00 horas de Lunes a Domingos, con los días libres que por norma correspondan.

.Opción B.- Reducción de cuatro horas diarias en turno de mañana de 10:00 a 14:00 horas de lunes a domingo, con los días libres que por norma correspondan.

(Copias de dicho escrito aportadas por ambas partes dentro de sus respectivos ramos de prueba)

NOVENO.- El 26 de diciembre de 2018, la empresa dirige nuevo escrito a la actora en los términos siguientes:

"1. Reconocer su derecho a ejecutar la reducción de jornada.

2. Denegar, en los términos que usted plantea, la concreción horaria, ya que la misma supone una modificación de su horario a turnos. De acceder además a su pretensión, ello supondría una modificación el resto de sus compañeros de sus condiciones de trabajo, en cuanto a jornada y turnos.

No obstante, y a pesar de los perjuicios organizativos y productivos que sigue conllevando su petición, esta empresa le ofrece varias opciones con objeto de adecuar el ejercicio de su derecho con las necesidades empresariales y de otros compañeros. Así:

.Opción A.- Reducción de una hora diaria en turno rotativo de una semana de mañana, una semana de partido y una semana de tarde. En la semana de mañana, en horario de 09:00 a 16:00 horas, en la semana de partido sería de 10:00 a 14:00 y de 16:30 a 20:30, y en la semana de tarde de 13:30 a 20:30 horas de Lunes a Domingos, con los días libres que por norma correspondan.

.Opción B.- Reducción de cuatro horas diarias en turno de mañana de 10:00 a 14:00 horas de lunes a domingo, con los días libres que por norma correspondan.

(Copias de dicho escrito aportadas por ambas partes dentro de sus respectivos ramos de prueba)

DECIMO.- El centro de trabajo donde presta servicios la actora por cuenta y dependencia de la mercantil demandada tiene mayor afluencia de clientes en horario de tarde.

(Declaraciones testificales de D^a Lucía -Responsable del Departamento de Recursos Humanos de la demandada-, y D. Romeo -Gerente de la demandada para las tiendas de Gran Canaria y Fuerteventura-)

UNDECIMO.- La actora es la única Dependienta especializada en la venta de relojes y gafas que presta servicios en el establecimiento de la empresa en el Centro Comercial DIRECCION002, pues de las restantes dependientas en el mencionado centro de trabajo sólo hay otra trabajadora especializada en venta de visual (textil).

(Declaración testifical de D. Romeo Gerente de la demandada para las tiendas de Gran Canaria y Fuerteventura-)

DUODECIMO.- En caso de vacaciones, de incapacidad temporal o en el turno en que no preste servicios las Dependientas especialistas, el responsable de la tienda asume dichas funciones o, en su caso, se deriva al cliente a cualquiera de las otras tiendas de la empresa donde se cuente con dicho personal especializado.

(Declaración testifical de D. Romeo Gerente de la demandada para las tiendas de Gran Canaria y Fuerteventura-)

DECIMO TERCERO.- Con anterioridad a la celebración del acto del juicio, la empresa demandada ha ofrecido a la actora, en aras a la conciliación familiar y laboral, las alternativas que se detallan:

A) Turnos rotativos de mañana, tarde y partidos, pero siempre finalizando su jornada a las 20:30 horas.

B) Turno de mañana una semana y turno de tarde otra semana, en este último saliendo siempre a las 20:30 horas.

C) En temporada de cruceros, turnos de dos semanas de mañana y una de tarde (saliendo a las 20:30 horas)

D) Fuera de temporada de cruceros, una semana de mañana y otra semana de tarde (saliendo siempre a las 20:30 horas)

En todas esas posibles alternativas, la actora entraría en los turnos de trabajo de viernes y sábados (sin salida a las 20:30 horas)

Dichas alternativas fueron rechazadas por la actora. (No controvertido)

DECIMO CUARTO.- Finalizada la práctica de la prueba en el acto del juicio, y de conformidad con lo establecido en el artículo 85.8 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, planteó a las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo, interrumpiéndose brevemente el acto del juicio para intentar dicho acuerdo. En el transcurso de dicho receso, la empresa ofreció a la actora una nueva alternativa, consistente en los siguientes turnos de trabajo:

A) Durante la temporada de cruceros, la actora prestaría servicios dos semanas en turnos de mañana, y una semana de tarde (con finalización de la jornada a las 20:30 horas);

B) Fuera de temporada de cruceros, la prestación de servicios se efectuaría durante una semana en turno de mañana y otra de tarde (con finalización de la jornada a las 20:30 horas y, además, los lunes tendría horario de mañana).

En ambos casos, trabajando viernes y sábados en el horario que correspondiese y en los referidos días finalizaría su jornada a las 22:00 horas.

Dichas alternativas fueron rechazadas, sin más, por la actora. (Grabación del acto del juicio)

DECIMO QUINTO.- D. Gumersindo, pareja de hecho de la actora y padre de la hija común de ambos - Caridad -, presta servicios como Conserje Nocturno por cuenta y dependencia de la empresa Comunidad de Propietarios

DIRECCION001 , en Las Palmas de Gran Canaria, con jornada de 40 horas semanales, en horario de 22:00 a 06:00 horas, de domingos a jueves, descansando los viernes y los sábados.

(Documento aportado por la actora dentro de su ramo de prueba, y no controvertido)."

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

" **ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por DOÑA Estrella contra DIRECCION000 ., en materia de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, **DECLARO** el derecho de la demandante a la reducción de su jornada laboral a treinta y cinco horas semanales, y el derecho a un régimen horario adaptado en los términos siguientes:

A) Durante la temporada de cruceros, la actora prestará servicios dos semanas en turnos de mañana, y una semana de tarde (con finalización de la jornada a las 20:30 horas);

B) Fuera de temporada de cruceros, la prestación de servicios se efectuará durante una semana en turno de mañana y otra de tarde (con finalización de la jornada a las 20:30 horas y, además, los lunes tendrá horario de mañana).

En ambos casos, trabajando viernes y sábados en el horario que correspondiese y en los referidos días finalizaría su jornada a las 22:00 horas.

Disfrutando de los dos días de descanso semanal que le correspondan.

CONDENO a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración y a darle cumplimiento inmediato.

ABSUELVO a dicha demandada de las restantes pretensiones formuladas en su contra."

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante DOÑA Estrella , interpone recurso de suplicación parcial frente a la sentencia nº 87/19, dictada el 1 de marzo de 2019 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos Nº 34/19 seguidos en procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (reducción y concreción horaria por guarda legal de menor) con indemnización paralela por daños morales (de 6.251 euros).

La sentencia estima parcialmente la demanda y reconoce el derecho a la reducción de la jornada laboral solicitada pero se desestima la concreción horaria solicitada por la actora declarándose el derecho a un régimen horario adaptado en los términos contenidos en el propio fallo.

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 a) de la LRJS** , se solicita la nulidad de la sentencia recurrida por incongruencia (extra petitum) al haberse reconocido en el fallo de la resolución una concreción horaria que no se contiene en la demanda ni fue solicitada por la actora.

Expone **la recurrente** a los efectos de fundamental la nulidad de la sentencia que el fallo de la sentencia, además de desestimar la concreción horaria de la actora fija una concreta fijación de su horario que no fue solicitado en la demanda y que, por tanto coloca a la actora en una situación incluso peor a la que tenían antes de solicitar la reducción horaria por cuidado de su hija, al venir prestando servicios mayoritariamente en un horario matinal. Se añade, además, que el magistrado de la instancia llega a la convicción contenida en el fallo mediante argumentos jurídicos que no fueron siquiera debatidos en el acto del juicio, lo que le genera indefensión, como es cuestionar la figura paterna de la menor y su posibilidad de cuidar a la misma en un cierto horario, cuestión esta siquiera alegada por la demandada. También se añade que fueron estimados alegaciones de la empresa que nunca se habían esgrimido con anterioridad en los escritos dirigidos a la actora por parte de la empresa, como es que la actora es la única especialista en la venta de relojes y gafas de sol.

La empresa impugnante, DIRECCION000 , se opuso a la incongruencia de sentencia alegada porque, habiendo solicitado la actora una concreción horaria en turno de mañana de forma permanente, la sentencia se limita a estimar parcialmente la petición reconociéndole tal concreción algunas semanas pero no todas, tal y como se detalla en el fallo, motivo por el cual no se extralimita. También se opuso al alegato de haberse apreciado por el juzgador alegaciones nuevas generadoras de indefensión, pues ya en la misiva de la empresa de fecha 7 de octubre de 2018, se aluden a la existencia de necesidades productivas y organizativas en la tienda de la trabajadora y específicamente a necesidades comerciales , es decir relacionadas con las ventas, como

impedimento para reconocer a la actora una jornada exclusiva de mañana. Se añade que el perfil profesional de la actora no es un dato o circunstancia sorpresiva, por lo que no puede generarle indefensión. Se opone también a las consideraciones vertidas por la recurrente en relación a los testigos, pues nada de ello fue manifestado en el acto del juicio y, además tampoco alega que se le hubiera impedido o denegado realizar alegación, impugnación o defensa al que tuviera derecho conforme a las normas adjetivas.

En primer lugar, la nulidad de actuaciones sólo puede articularse por la vía del art.193a) LRJS , que exige como requisitos para que pueda prosperar el motivo aducido:

1) Hay que identificar el precepto procesal que se entienda infringido o doctrina emanada del TS, TC o los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, o la del TJUE (vid art.219.2 LRJS y art.1.6 CC)

2) La infracción debe haber provocado un perjuicio real sobre los derechos de defensa del interesado, irrogándole indefensión (STC 168/2002). El concepto de indefensión relevante a efectos constitucionales no coincide con cualquier indefensión de índole meramente procesal. Parta que la indefensión tenga el alcance constitucional que le asigna el art.24.2 CE se requiere que el órgano judicial haya impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones. (vid SSTC 70/84 , 48/86 , 98/87 , etc).

3) El defecto procesal no puede alegarse por la parte que lo provocó.

4) Es preciso que la parte perjudicada haya formulado protesta en tiempo y forma

Asimismo, en relación con la incongruencia alegada, se ha de señalar que según reiterada doctrina jurisprudencial, "una sentencia es congruente cuando adecúa sus pronunciamientos a las peticiones de las partes y a la causa o razón de tales peticiones, llamada comúnmente fundamento histórico -que no jurídico- de la acción que se ejercita" (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1994) y, en sentido parejo, la doctrina constitucional, de la que cabe resaltar la sentencia del Tribunal Constitucional 67/1.993, de 1 de marzo , ha establecido que

"La congruencia delimita el ámbito del enjuiciamiento en función de "las demandas y demás pretensiones", en el lenguaje de la época -1.891-, mientras que en otros órdenes procesales como el contencioso-administrativo se habla de las "pretensiones de las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición", expresión equivalente aun cuando utilice otra terminología. En definitiva, la congruencia consiste en la adecuación entre los pronunciamientos judiciales y lo que se pidió al Juez, incluida la razón de ser de esa petición. El vicio de incongruencia, como reverso de lo anterior, no es sino el desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, y en ocasiones especiales, no siempre ni necesariamente, puede llegar a menoscabar el principio procesal de contradicción, creando eventualmente situaciones de indefensión, proscritas en el artículo 24.1 de la Constitución Española . Ahora bien, tal acaecimiento se produce excepcionalmente cuando el desenfoque entre las peticiones y la decisión es tal que da como resultado una modificación sustancial del planteamiento originario del debate, pronunciándose un fallo extraño a las recíprocas pretensiones de las partes (sentencias TC 14/1984 , 191/1987 , 144/1.991 y 88/1.992)".

En consecuencia, la incongruencia existe cuando se otorga en el fallo de la sentencia algo distinto a lo pedido por las partes, teniendo lugar si se concede más de lo pedido ("ultra petita") o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita"), y asimismo si se dejan incontestadas y sin resolver algunas pretensiones sostenidas por los litigantes ("citra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente ser interpretado como desestimación tácita (SS T.S. de 12-4-2000) [RJ. 2000, 2150- Sala 1ª]. Pero igualmente se extiende al caso de la llamada incongruencia interna cuando se contradicen fundamentos de derecho y fallo o también, como caso insólito, se contradicen pronunciamientos del propio fallo (Sª T.S. de 23-2- 2000-RJ 2000, 1242- Sala 1ª).

Por lo demás, según han declarado las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (así, SS. Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 27-9-2002 y 7-7-2005), "tanto el artículo 97.2 del Texto Procesal Laboral, cuando establece que "la sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso", y "asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados", como el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985/1578, 2635), cuando dice que "en la Sentencia se expresen los hechos probados", han de interpretarse en el sentido de que el juzgador "a quo" debe constatar no sólo lo que acreditado le sirva para dictar su sentencia, sino también todo aquello que sea necesario para que el Tribunal "ad quem" pueda pronunciar la suya, concordante o no con la recurrida, y conforme o no con las pretensiones del recurrente...". Asimismo, el Juez o Tribunal de instancia es soberano para la apreciación

de la prueba, con tal de que esa libre apreciación sea razonada, exigencia que ha puesto de manifiesto la propia doctrina constitucional (STC 24/1990, de 15 de febrero [RTC 1990/24]), lo cual quiere decir que la resolución judicial ha de contener también el razonamiento sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el Órgano Judicial, y la vigente LRJS ha recogido expresamente esta doctrina en su artículo 97.2 , al disponer que la sentencia, apreciando los elementos de convicción, habrá de declarar expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho "a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión", disponiendo seguidamente que "por último deberán fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo". Por ello, de no hacerlo así, conforme a lo que se desprende del art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral en la reiterada interpretación que la jurisprudencia da al mismo, se ha de declarar la nulidad de lo actuado desde el momento de dictarse la sentencia recurrida.

En definitiva, el relato fáctico ha de contener los datos precisos y necesarios para que el Tribunal pueda conocer el debate en las sucesivas instancias y, a su vez, para que las partes, conforme al principio de seguridad jurídica, puedan defender adecuadamente sus pretensiones, de forma que la declaración de hechos probados debe ser concreta y detallada en el grado mínimo requerido para que los litigantes puedan proceder a su impugnación en todos los aspectos relevantes del proceso y para que las Salas "ad quem" puedan comprender cabalmente el debate procesal y resolver sobre el mismo en los términos previstos en la ley (SS. T.S. de 11-12-1997 y 10-7-2000), habiendo establecido la jurisprudencia que la nulidad se produce cuando las sentencias contienen declaraciones fácticas oscuras, incompletas o contradictorias, así como la necesidad de dejar constancia, en el relato histórico, de los hechos probados, con toda precisión y detalle que requiera el reflejo de la realidad, deducible de los medios de prueba aportados a los autos, con la claridad y exactitud suficientes para que el Tribunal "ad quem" -que no puede alterar aquéllos, sino mediante el cauce procesal adecuado que los recurrentes le ofrezcan-tenga, en caso de recurso, los datos imprescindibles para poder resolver, con el debido conocimiento, la cuestión controvertida (Sª T.S.de 10-7-2000).

En el caso que nos ocupa, es cierto como apunta la actora que la específica concreción horaria contenida en el fallo no fue expresamente solicitada en la demanda, pero no es menos cierto que determinadas semanas se respeta la petición de la actora a realizar su jornada laboral en horario exclusivamente matinal, y se excluye de su horario la jornada partida, motivo por el cual el fallo hace referencia a la estimación parcial de la demanda.

En cualquier caso, debe recordarse aquí que la nulidad debe ser un recurso procesal utilizado de forma excepcional y en el caso que nos ocupa la actora también plantea su recurso por la vía de la infracción jurídica, lo que va a permitir a esta Sala el análisis de fondo del conflicto jurídico, o que hace innecesaria la nulidad de la sentencia.

Por lo que respecta al alegato de indefensión derivado de la apreciación de hechos que no fueron esgrimidos por la empresa en las comunicaciones a la actora en relación a su reclamación, debe destacarse que a efectos de nulidad, el requisito de indefensión debe superar la mera indefensión procesal , para situarse en una indefensión material , esto es que haya sido afectada por una verdadera obstaculización judicial, que haya dificultado o limitado su facultad de alegar y justificar sus pretensiones. (vid SSTC 70/84 , 48/86 , 98/87 , etc).

En el caso que nos ocupa no se aprecia la existencia de una indefensión suficiente para amparar la nulidad de la sentencia, además la parte recurrente también sustenta este recurso por la vía de la infracción jurídica que va a permitir a esta Sala hacer un análisis de estas concretas apreciaciones judiciales.

En base a lo expuesto se desestima este primer motivo del recurso.

TERCERO.- En los motivos que van del segundo al quinto (inclusive), **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 solicitan las siguientes revisiones.

A)- Adición de un nuevo párrafo al **hecho probado tercero** , manteniendo igual la literalidad actual, con el siguiente tenor:

"Desde que la actora se incorporó de su baja por maternidad en octubre de 2018, la misma ha venido realizando horario predominante de mañana, en concreto 53 días en horario de mañana, y 17 días en horario de tarde o partido, todo ello en un total de 70 días de trabajo efectivo. La jornada laboral en horario de mañana es de 9 a 17 horas."

Se ampara la recurrente en prueba documental (folios 220 al 257 de autos)

B)- Adición de un nuevo hecho probado numerado como **décimo séptimo** , con el siguiente tenor:

"En el centro de trabajo de la actora sito en el centro comercial DIRECCION002 , prestan servicios siete dependientes en el departamento de textilmoda y 4 dependientes en el departamento de perfumería, 2 cajeros, 1 gerente de tienda, 1 gerente adjunto y un mozo de almacén. "

Se ampara la recurrente en prueba documental (folio 218 de autos)

C)- También se propone la supresión de los hechos probados numerado **décimo y undécimo**.

D)- Y por último, se propone la adición de un nuevo hecho probado numerado como **décimo octavo** , con el siguiente tenor:

"La actora causó baja por riesgo de embarazo el 15 de febrero de 2018 hasta el 26 de abril de 2018, disfrutó del permiso de maternidad desde el 27 de abril al 16 de agosto de 2018, permisos retribuidos desde el 17 de agosto al 31 de agosto de 2018, y vacaciones desde el 1 al 30 de septiembre de 2018, habiéndose incorporado a su puesto de trabajo el 1 de octubre de 2018"

Se ampara la recurrente en prueba documental (folios 196 a 203 de autos)

La impugnante se opuso a todas las modificaciones. Respecto a la adición propuesta al hecho probado tercero, se destacó que era un hecho en el que existía conformidad, tal y como se especifica en el mismo y además no se deduce de la documental señalada por la recurrente, siendo una valoración subjetiva muy alejada de la documental y de la realidad. Respecto a la adición de un nuevo hecho probado décimo séptimo se opuso porque es irrelevante para cambiar el sentido del fallo y se pretende suplantar la valoración judicial respecto de la prueba testifical practicada. Respecto a la supresión de hechos probados propuesta, se opuso por carecer de sustento probatorio (documental o pericial). Y respecto a la adición de un nuevo hecho probado décimo octavo, también se opuso por carecer de respaldo en la documental señalada por la actora y además por carecer de relevancia para variar el fallo.

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, debemos desestimar la propuesta de adición al hecho **probado tercero** por carecer de sustancialidad para mutar el sentido del fallo . A ello debe sumarse que la documental señalada ya ha sido valorada por el juzgador de la instancia, sin que se aprecie error grave en tal valoración. Debe recordarse que quien juzga en la instancia, ostenta una amplia facultad para valorar todo el material probatorio practicado en la instancia, de modo que puede obtener y deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador/a la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la LRJS (STS 18/11/1999 (RJ 1999, 8742)). En sentencia, de fecha 24/5/2000 (RJ 2000, 4640) , el Tribunal Supremo vuelve a señalar que la valoración de la prueba es facultad privativa quien juzga en la instancia, cuyas conclusiones reflejadas en los hechos probados deben prevalecer siempre que se ajusten a lo prevenido en dicho artículo, ya que lo contrario sería tanto como subrogarse la parte en lo que constituye labor jurisdiccional, sin que pueda

sustituirse la misma por la valoración de la parte voluntaria y subjetiva, confundiendo éste recurso excepcional y con motivos tasados en una nueva instancia. Igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 7/3/2003 (RJ 2003, 3347) indica que como se recoge en sentencias de 3 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4620) y 10 de febrero de 2002 (RJ 2002, 4362). El planteamiento en suplicación o casación del error en la valoración de la prueba (cualquiera que sea su concepto), también requiere la indicación y análisis de una norma sobre prueba idónea para determinar tal apreciación, o la infracción de la doctrina constitucional sobre el error patente, valoración arbitraria o irrazonable.

Se desestima igualmente la adición del hecho décimo séptimo, porque también carece de relevancia para cambiar el sentido del fallo, pues en la sentencia ya se recoge que en el departamento de modo, incluida la actora, trabajan 7 dependientas (antecedentes de hecho), dato este que no ha sido cuestionado ni por la parte actora ni por la demandada, por lo que debe dársele valor de hecho probado. Dicho dato es suficiente a los efectos de valorar las capacidades organizativas de la empresa, junto a la información contenida en el hecho probado duodécimo en el que se abunda sobre la sustitución de las "dependientas especialistas".

Igual suerte desestimatoria debe correr la propuesta de **supresión de hechos probados** (décimo y undécimo), pues carece de sustento probatorio alguno incumpliendo los requisitos contenidos en el art. 193. B) de la LRJS.

Y por último, se desestima también la propuesta de adición de otro nuevo hecho **décimo octavo**, por resultar irrelevante para el caso que nos ocupa, pues no resulta de interés los periodos en los que la actora con anterioridad a su controvertida petición estuvo disfrutando de licencias o permisos vinculados a la maternidad o de otro tipo.

Por tanto, se desestiman los motivos que van del segundo al quinto (inclusive) del recurso.

CUARTO.- En los motivos sexto y séptimo 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. 34.8º, 37.5º y 6º del Estatuto de los Trabajadores (ET), relativo a la reducción y concreción horaria y jurisprudencia citada, haciéndose expresa referencia a nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2017 (Rec. 1249/2017).

En cuanto a la indemnización paralela reclamada, la actora denuncia la infracción del art. 14 en relación con el art. 8.12 del RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social (LISOS).

Entiende la recurrente que debe realizarse una interpretación no restrictiva del derecho ejercido por la trabajadora por su impacto constitucional. Se añade que la actora probó las razones que justificaban la específica concreción horaria solicitada, siendo incomprensibles y no justificadas las alegadas dificultades organizativas de la empresa, que en cambio no mostraba inconveniente en reconocer a la actora la concreción horaria matinal si reducía u jornada hasta el 50%.

La recurrente también se muestra quejosa con lo contenido en la sentencia en cuanto a la asignación de una concreción horaria que no fue solicitada de parte, también en cuanto a las obligaciones parentales del padre de la causante del derecho reclamado y con la "intransigencia" de la actora a la que refiere la sentencia, al referir a la inamovilidad de la actora "desde el primer momento", a pesar de las "diferentes y sucesivas" propuestas formuladas por la empresa (FJ 2º).

Partiendo del anterior incumplimiento se reivindica también una indemnización reparadora cuantificada a tenor de la LISOS dada la vulneración de derechos fundamentales de la actora.

La impugnante se opone, en primer lugar por la falta de especificación de conexión entre las infracciones denunciadas y la aplicación al caso para lograr distinta solución. En segundo lugar, destaca, siguiendo la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, que se ha aplicado la ponderación exigida constitucionalmente (STC nº3/2007), pues fueron probadas las razones organizativas por las que no podía reconocerse la concreción horaria exclusivamente matinal sin que por parte de la actora probase la especial necesidad familiar y personal que aconsejase reconocerle la concreción horaria solicitada. Además, a pesar de las numerosas propuestas efectuadas por la empresa, la trabajadora no se avino a cambiar lo más mínimo sus posiciones. Se alega igualmente, en relación al ofrecimiento empresarial de respetar el horario matinal si la reducción de jornada es del 50%, que esta mayor reducción posibilita la contratación de personal a tiempo parcial para cubrir el vacío dejado por la actora. Se añade que por razones de corresponsabilidad y dada la disponibilidad del otro progenitor, no se justifica el horario solicitado por la actora. Y por último, se opuso a la indemnización resarcitoria que se reclama, partiendo de que no se ha incurrido en incumplimiento de los derechos de la actora, y mucho menos en actuación discriminatoria, por lo que no procede indemnización, ya que, a mayor abundamiento, la empresa adecuó en la medida que pudo el horario de la actora a su petición. También se opuso a la indemnización porque la empresa no incurrió en incumplimiento alguno y mucho menos ha llevado a cabo una conducta discriminatoria.

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 un menor de 12 años (arts. 37.5 °, 6 ° y 7° ET), de incuestionable impacto constitucional (arts. 14 y 39 CE) , afirmándose por la recurrente que la concreción horaria solicitada fue justificada a tenor de las limitaciones horarias de la pareja de la actora cuyo horario laboral se desarrolla siempre en turno nocturno

A)-La sentencia recurrida desestimó la demanda "desde la perspectiva de género" , porque: *"pese a que el padre de la menor puede asumir sus responsabilidades en orden al cuidado de la misma , durante las mañanas (dada su jornada laboral nocturna) así como los viernes y sábados (días en los que disfruta de su descanso semanal), la actora pretende crear la ficción de que su hija estaría desamparada si no se le concediese la concreción horaria que pretende (turno de mañana en horario de 9:00 a 16:00 horas de lunes a viernes), es decir , con ese planteamiento lo que denota es que la responsabilidad en el cuidado de la hija , es responsabilidad única y exclusivamente de la madre, sin que el padre asuma rol alguno al respecto, lo que resulta inaceptable (...)"*

En consecuencia, por pura coherencia, de ser cierto el planteamiento de la actora, lo propio , atendiendo el interés superior del menor , que debe primar sobre cualquier otro, sería que se dedicase al cuidado de su hija por la mañana y el padre hiciese lo mismo (, asumiendo como sería deseable , la responsabilidad compartida) , por la tarde , puesto que su jornada laboral se inicia a las 22:00 horas. Y en esta línea ha de entenderse que las diferentes propuestas alternativas ofrecidas por la empresa se ajustan a tal fin, en el sentido que se respeta el derecho de la actora a finalizar su jornada a las 20:30 horas (...)"

También se añade en la fundamentación jurídica, que el derecho recogido en el art. 34.8° del ET , queda supeditado a la negociación colectiva o a un eventual acuerdo con el empresario(FJ2°). Por ello, el magistrado de la instancia ponderando las circunstancias concurrentes llega a la conclusión de estimar parcialmente el derecho de la actora por lo que respecta a la concreción horaria solicitada, que se le reconoce en los términos contenidos en el fallo, desestimándose también , la indemnización de daños y perjuicios reclamada , atendiendo a la actuación de la empleadora , ofreciendo diferentes alternativas para la concreción horaria de la actora.

B)- 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 demandada con la categoría profesional de **dependienta** en el centro de trabajo ubicado en el **centro comercial de DIRECCION002** en Las Palmas de Gran Canaria y una antigüedad de 16 de mayo de 2016. Prestaba servicios en **turnos rotativos** (mañana, tarde y partido). (HP 1° y 3°).

-En fecha **11 de octubre de 2018** la actora solicitó concreción de jornada en el turno de mañana por guarda legal de menor manifestando que: *" mi pareja trabaja exclusivamente el turno de noche por lo que necesitaría el turno de mañana para cuidar a la niña por las tardes"* . **El 25 de octubre de 2018** la actora dirigió nuevo escrito a la empresa en el que concretaba que solicitaba **"reducción de jornada a 35 horas semanales , en horario de lunes a viernes de 9:00 a 16:00, con el fin de compatibilizar mi vida laboral y familiar"** . (HP 4° y 6°).

- **La actora es madre de una menor nacida el NUM000 de 2018** y cuyo padre y pareja de la actora, presta servicios como conserje nocturno por cuenta ajena con jornada ordinaria de 40 horas semanales , en horario de 22:00 a 6:00 horas, de domingo a jueves, descansando los viernes y sábados.

- **La empresa respondió a la primera petición** de la actora (11/10/18) en fecha 17 de octubre de 2018 denegando la solicitud porque la trabajadora no concretaba la reducción de jornada además de invocar razones organizativas y productivas indicando que estaba dispuesta a estudiar cualquier solicitud de cambio de horario (HP6°).

- **La empresa contestó también a la segunda petición** (25/10/18) en fecha 25 de octubre de 2018, requiriendo a la actora para la entrega de la documentación justificativa de la causa alegada en su petición (HP7°)

- **El 22 de noviembre de 2018** , la empresa respondió a la actora en los siguientes términos:

" 1-reconocer su derecho a ejecutar la reducción de jornada. 2-Denegar en los términos que usted plantea, la concreción horaria, ya que la misma supone una modificación de su horario a turnos. De acceder además a su pretensión, ello supondría una modificación al resto de sus compañeros de sus condiciones de trabajo, en cuanto a jornada y turnos. No obstante y a pesar de los perjuicios organizativos y productivos (...) le ofrece varias opciones(...): Opción



A. Reducción de 1 hora diaria en turno rotativo de una semana de mañana en horario de 9:00 a 16 h. Y en la semana de tarde de 15:00 a 22:00 h de lunes a domingos, con los días libres que por norma correspondan. Opción B. Reducción de 4 horas diarias en turno de mañana de 10:00 a 14:00 h de lunes a domingo, con los días libres que por norma correspondan " (HP8°).

- El 26 de diciembre de 2018 a la actora la empresa dirige nuevo escrito a la actora en los términos del anterior, manteniendo la Opción B, y con una nueva opción A que incluye l turno rotativo una semana de mañana, una semana a jornada partida y una semana de tarde y se adelanta la hora de salida del turno de tarde y jornada partida a las 20:30h.

-El centro de trabajo de la actora tiene **mayor afluencia de clientes en horario de tarde**.

-La actora es especializada en venta de relojes y gafas y en su centro solo hay otra dependienta especializada en venta de visual. **El responsable de la tienda asume tales** funciones cuando las dependientas especialistas están de baja médica o vacaciones (Hp 12°).

- **La empresa ofreció otras alternativas de concreción horaria** a la actora con anterioridad al juicio y en el acto del juicio pero todas pasaban por alternar el turno matinal y de tardes y/o jornada partida (HP 13° y 14°).

C)- Conciliación vida familiar y Laboral, derecho de protección multinivel y perspectiva de género. El artículo 37.6 ° y 7° del ET vigente al momento de solicitud de reducción horaria por parte de la actora disponía:

" 6. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce (...)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.(...) Las reducciones de jornada contempladas en este apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres(...)

7. La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada(...), 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.(...) "

En el caso que nos ocupa, la actora solicitó una reducción de su jornada a 35 horas semanales, que le fue reconocido por la empresa. La controversia se genera exclusivamente por lo que respecta a la concreción horaria de su jornada reducida, que suele ser lo que generalmente se judicializa en este tipo de procedimientos.

Tal y como decíamos en nuestra Sentencia de 15 de diciembre de 2017 (Rec.1249/2017) y más recientemente en las sentencias de 12 de marzo de 2019 (Rec. 1596/2018 y Rec. 19/2019), 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. (...)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(...) " 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 la mujeres (CEDAW) fue aprobada por la Asamblea General en 1979 y ratificada por España en 1.984. En su artículo 11.1º y 2º c) dispone:

" 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 Conveniopodrán 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, que en el sistema español tiene unas notas especiales pues como recoge en esta sentencia: *"no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable "* . Dicha selección debe realizarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 96 de la CE , en relación con el art. 10.2º CE 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 TC 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 a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas posteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares (...)"

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, que en el sistema español se traduce en la selección de derecho aplicable al supuesto controvertido, y ello debe proyectarse en la interpretación de lo dispuesto en los Tratados internacionales de aplicación, así como en el análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional (FJ7º).

D)- Proyección de la normativa Internacional, europea e interna al caso enjuiciado. Ponderación de los derechos en conflicto

La aplicación de la normativa referida así como los criterios interpretativos del TC descritos, aplicados al presente caso, nos llevan a la conclusión de que la actora sí ha probado suficientemente la existencia de circunstancias familiares justificativas de la necesidad de acotar la concreción horaria de su jornada en turno matinal. Ello es así, porque ha resultado probado:

- 1- La actora es **dependienta y madre de una niña de 5 meses de edad**, cuando solicita su derecho
- 2- **La pareja y padre de la menor** causante del derecho a la concreción horaria presta servicios en turno de trabajo fijo nocturno de 22 a 6 de la mañana, de domingo a jueves. **No consta que disponga de otros familiares** que puedan ocuparse del cuidado de su hija.
- 3- La empresa dispone de **7 dependientas** (incluida la actora) en el centro de trabajo de la actora. Las dependientas especialistas son sustituidas por el responsable de la tienda cuando están de vacaciones o baja médica. No consta en hechos probados las diferencias formativas, de titulación o en su caso, retributivas existentes entre una dependienta y una dependienta especialista. La categoría reconocida a la actora, es la de dependienta (HP1º).
- 4- **Entre las propuestas de concreción horaria ofrecidas por la empresa** a la actora desde el primer momento, siempre se ha incluido la de respetar el horario en turno matinal (de 10:00 a 14:00 horas) de lunes a domingo, con los días libres que correspondan, **condicionándola a que la reducción sea del 50%**. En su escrito de impugnación la demandada razona que este ofrecimiento puede hacerse porque: *"posibilita la contratación de personal a tiempo parcial que cubra las horas que son objeto de reducción, produciéndose una correspondiente reducción del salario de la trabajadora que facilita esa contratación complementaria"*

Es evidente que objetivamente se han probado las razones que justifican la petición de la actora para atender los cuidados de su hija de 5 meses de edad al momento de su petición. De otro lado, por parte de la empresa no se han probado las razones *"organizativas y productivas"* que le llevan a negar a la actora la concreción horaria matinal. Ello es así porque dispone de una plantilla de dependientas en el centro de trabajo de 7 personas, sin que se haya probado la imposibilidad de las 6 restantes de cubrir a la actora. Respecto a la especialización de la demandante (venta de relojes y gafas), tampoco se ha probado que tal "especialización" no pueda extenderse a otras dependientas mediante la debida formación, sin que además la actora tenga reconocida una titulación específica, condición especial o retribución por tal especialización. Entenderlo de otro modo supondría convertir a la actora en un ser imprescindible que nunca podría faltar al trabajo por ser imposible su sustitución. Y el argumento más claro a favor de la actora, en la ponderación de las razones organizativas esgrimidas por la empresa, es que si la empresa puede aceptar la concreción matinal a condición de que la reducción de jornada sea del 50%, también debe poder hacerlo con una reducción del 87%, o del 70%, del 60% o del 55% porque la posibilidad de contratar a otra persona para que sustituya a la trabajadora no se acota al 50% sino que puede ser extensiva a cualquier porcentaje de la jornada ordinaria. Ello es así porque la propia redacción del art. 12 del ET no fija, como sí se fijaba en otros momentos históricos, un umbral mínimo de horas de trabajo, sino tan solo que la prestación sea por *"un número de horas al día, a la semana al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable"*.

Entenderlo de otro modo, supone hacer una interpretación restrictiva de un derecho de dimensión constitucional en el que debe primar **una hermeneútica 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, el derecho a la igualdad y no discriminación, como derecho humano que es, conlleva el cumplimiento del principio de diligencia debida que exige del Estado, a través de todos sus poderes (incluido el judicial), respetar, proteger y garantizar el cumplimiento efectivo de este derecho humano para lograr la igualdad de facto, que no de iure (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) . Por todo ello, y dado que la igualdad y no discriminación por razón de género es un derecho humano, debe regirse en su interpretación y aplicación por los principios de universalidad, integralidad y el principio por persona , que exige una interpretación garantizadora y favorable en la protección del derecho, en aquellos casos en los que se involucren relaciones asimétricas entre mujeres y hombres , como sucede en el ejercicio del derecho a conciliar familia y trabajo , ejercitado mayoritariamente por las mujeres trabajadoras, siendo por tanto su impacto de género incuestionable.

En base a todo lo anterior, 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 16:00 horas , a razón de una jornada laboral reducida de 35 horas semanales , librando dos días a la semana

E)-Ejercicio derecho e indemnización acumulada

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 ° 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) .

Tal y como dijimos en nuestras **sentencias de 12 de marzo de 2019 (RTec. 1596/2018 y 19/2019)** , la solicitud de indemnización paralela es procedente procesalmente junto a la acción de reducción horaria , y se podría decir que tal indemnización , cuando se solicita, tiene un carácter indisoluble con el incumplimiento empresarial del derecho reclamado (en este caso la concreción horaria).

El derecho a una indemnización resarcitoria se engarza al ejercicio del propio derecho de reducción de jornada (art. 37.6 ° y 7° ET), lo que exige que su interpretación y aplicación se realice también con perspectiva de género.

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 judicial de acuerdo con la "debida diligencia" 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 de conformidad con el art. 37.7° del ET y arts. 14 y 39 CE (dimensión constitucional).

-Daño Moral.

La actora reclama la cantidad de 6.251 euros que calcula de conformidad con el art. 8.12° 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. 37.7° 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, se da 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:

" (...). 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 sería 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 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 debemos aplicar el mismo parámetro que ya hemos utilizado anteriormente en casos similares al presente esto es, el contenido en 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 3.125 euros que se corresponde con el máximo previsto en el tramo medio (art. 40.1º b) LISOS). Se aplica el grado medio porque no estamos ante una empresa de grandes dimensiones (7 dependientas).

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 conexión con la LISOS, que es un referente objetivo y razonable convalidado por el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia nº 247/2006 de 24 de julio .

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, reconociéndose el derecho de la actora a concretar su jornada laboral reducida a 35 horas semanales, como sigue: de lunes a viernes, de 09:00 a 16:00 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.

QUINTO.- 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 DOÑA Estrella, frente a la sentencia nº 87/19, dictada el 1 de marzo de 2019 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos Nº 34/19, 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 16:00 horas; condenando a la empresa DIRECCION000 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 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 2 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

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

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el **depósito de 600 €** previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el **importe de la condena**, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/0533/19 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 librese 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.