



Roj: **STSJ ICAN 880/2022 - ECLI:ES:TSJICAN:2022:880**

Id Cendoj: **35016340012022100410**

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

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

Sección: **1**

Fecha: **26/05/2022**

Nº de Recurso: **177/2022**

Nº de Resolución: **576/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **GLORIA POYATOS MATAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: CON

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº 6 Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Modificación sustancial condiciones laborales Nº proc. origen: 0000499/2021-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria

Rollo: Recursos de Suplicación Nº Rollo: 0000177/2022

NIG: 3501644420210005572

Materia: Modificación condiciones laborales

Resolución: Sentencia 000576/2022

Recurrente CONSEJERÍA DE DERECHOS SOCIALES, IGUALDAD, DIVERSIDAD Y JUVENTUD

SERV. JURÍDICO CAC LP

Recurrido Eloisa *Abogado*: ALEJANDRO BENIGNO PEREZ PEÑATE

En Las Palmas de Gran Canaria, a 26 de mayo de 2022.

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. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO, D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS y D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000177/2022, interpuesto por D./Dña. Nombre y apellidos: Intervención a elegir, frente a **Sentencia** 000482/2021 del Juzgado de lo Social Nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000499/2021 - 00 en reclamación de Modificación condiciones laborales siendo Ponente el ILTMO./ A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por Dña. Eloisa , en reclamación de Modificación condiciones laborales siendo demandada la CONSEJERÍA DE DERECHOS SOCIALES, IGUALDAD, DIVERSIDAD Y JUVENTUD y celebrado juicio y dictada Sentencia estimatoria, el día 27 de septiembre de 2021, por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia, se declaran los siguientes:

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante presta servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Administración demandada mediante contrato de trabajo de interinidad a tiempo completo por plaza vacante, antigüedad de 2 de noviembre de 2020, categoría profesional de Educadora Infantil, centro de trabajo sito en Escuela Infantil Santa María de Guía (Las Palmas de Gran Canaria), percibiendo un salario diario bruto prorrateado de 50,37 euros.

(conforme)

SEGUNDO.- La Disposición Adicional 16ª de la Ley 7/2018, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la CAC para 2019, dispuso que la jornada de trabajo aplicable a todo el personal al servicio de la CCAA, sea cual fuere la naturaleza de su vínculo jurídico, sería de treinta y cinco horas semanales de trabajo efectivo, de promedio en cómputo anual.

TERCERO.- En aplicación de la anterior Disposición se dictó la Resolución del Director General de la Función Pública n.o 318/2019 de fecha 29/03/2019, por la que se establecen instrucciones de carácter vinculante en relación con la jornada de trabajo en el ámbito de la Administración General de la CAC en la que, en su apartado tercero relativo a "jornada semanal promedio", fijó ésta en 35 horas, a razón por término medio de 7 horas diarias, y la jornada anual máxima durante el año 2019 para el personal laboral sería de 1512 horas, todo ello con efectos desde el 1/1/2019. También dispuso que quedaban sin efecto los acuerdos, pactos, convenios, resoluciones o cualquier otro acto dictado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Canarias en el que se haya establecido períodos de cortesía que computen como trabajo efectivo.

CUARTO.- La Dirección General de Protección a la Infancia y la familia de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud dictó Instrucción por la que reguló la jornada y horario del personal de Las Escuelas Infantiles para el curso 2019/2020 se dispuso, entre otras cuestiones, que:

1- Las Escuelas permanecerían abiertas para los/las menores desde las 8.00 a las 15.00 horas a partir del mes de enero de 2020 y durante los períodos de jornada reducida (generalmente en los meses de julio a septiembre y determinados días de diciembre y enero) desde las 8.00 a las 14.00 horas.

2- La jornada laboral para todo el personal sería de 8.00 a 15.00 o 8.00 a 14.00 horas en los períodos de jornada reducida

3- Las Escuelas no tendrían actividad educativa durante el mes de agosto y durante los períodos de Semana Santa y Navidad (desde el 23 de diciembre al 7 de enero, ambos inclusive).

4- El personal de las Escuelas Infantiles disfrutaría de su período anual de vacaciones durante el mes de agosto.

QUINTO.- Con fecha 25/9/20 el Servicio de Personal comunicó a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Derechos Sociales las instrucciones a seguir para el cumplimiento de la jornada del personal de las Escuelas Infantiles.

SEXTO.- Con fecha 7/10/20 la Dirección General de Protección a la Infancia y a la Familia efectuó una propuesta en relación a la jornada laboral de las Escuelas Infantiles.

La Secretaría General Técnica contestó dicha propuesta por otro comunicado de 20/11/20.

SEPTIMO.- Con fecha 13/10/20 se remitió al comité de empresa por la Jefatura de Servicio de Programas de Prevención y Protección de Menores un documento sobre "jornada laboral en las Escuelas Infantiles".

El comité de empresa de la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda de Santa Cruz de Tenerife dio conformidad al referido documento con dos salvedades: el calendario de aplicación a las Escuelas Infantiles dependientes de la Consejería debía ajustarse a lo estipulado en el de la Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes y la posibilidad de flexibilizar el horario al personal adscrito a las escuelas infantiles.

El Comité de empresa de derechos sociales, igualdad, diversidad y juventud de Las Palmas dio conformidad a dicho documento con las siguientes salvedades: la posibilidad de flexibilizar el horario al personal adscrito a



las escuelas infantiles y la necesidad de estudiar cómo se iba a compensar el tiempo de los trabajadores que ya tienen por sentencia reconocidos los períodos de Navidad y Semana Santa.

OCTAVO.- Con fecha 26 de noviembre de 2020 fue dictada la Resolución de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias, sobre jornada laboral del personal adscrito a las Escuelas Infantiles dependientes de la Dirección General de Protección a la Infancia y la familia. La misma viene a indicar:

"Mediante Resolución del Director General de la Función Pública n.o 318/2019 de fecha 29/03/2019, se establecen instrucciones de carácter vinculante en relación con la jornada de trabajo en el ámbito de la Administración General de la CAC, por aplicación de la Disposición Adicional 16a de la Ley 7/2018, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la CAC para 2019, determinando que la jornada de trabajo en el ámbito mencionado anteriormente, aplicable a todo el personal a su servicio, sea cual fuere la naturaleza de su vínculo jurídico, será de treinta y cinco horas semanales de trabajo efectivo, de promedio en cómputo anual.

De acuerdo con el ámbito subjetivo de dicha Resolución, el personal laboral adscrito a Escuelas Infantiles dependientes de la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia no se encuentra excluido, por lo que resulta de aplicación la misma siendo su jornada de treinta y cinco horas semanales de trabajo efectivo.

Por la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia se ha propuesto que, durante/os períodos de navidad y semana santa, las Escuelas Infantiles permanezcan cerradas, sin perjuicio de que el personal adscrito a dichos centros de trabajo cumpla con la jornada anual máxima fijada en cada ejercicio por la Dirección General de la Función Pública.

Según la instrucción sexta de la referida Resolución n.o 318/2020, /as Secretarías Generales Técnicas deberán dictar las instrucciones específicas que sean necesarias, respecto de aquellos centros, unidades o servicios que, conforme con su normativa de organización y funcionamiento tengan atribuidos horarios singulares de prestación de servicios, a fin de que, en cómputo anual, se desarrolle la jornada semanal promedia de 35 horas que determina la misma.

Por lo expuesto, en uso de /as atribuciones conferidas, conforme a lo previsto en el artículo 13 del Reglamento Orgánico de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud aprobado por Decreto 43/2020, de 16 de abril,

RESUELVO:

Primero.- Ámbito subjetivo de aplicación.

La presente Resolución es de aplicación al personal que, con independencia de la naturaleza jurídica de su vínculo jurídico y del carácter definitivo o temporal de éste, presta servicios en el ámbito de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Canarias, en /as Escuelas Infantiles dependientes de la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia.

Segundo.- Jornada

1 . La jornada de trabajo del personal adscrito a /as Escuelas Infantiles es de 35 horas semanales, por lo que el horario de dichos centros de trabajo habrá de ajustarse a la referida jornada.

2. La jornada máxima anual para el ejercicio 2020 en el ámbito de la Administración General de la CAC para el personal laboral se establece en 1.519 horas, las cuales se verán minoradas respecto de quienes por razón de antigüedad en la Administración tengan derecho a más días de vacaciones y a días adicionales de asuntos particulares.

Tercero.- Períodos de navidad y semana santa.

1. Durante los días hábiles incluidos en los períodos de navidad y semana santa, a propuesta de la Dirección General de la Función Pública, las Escuelas Infantiles permanecerán cerradas, de manera que el personal adscrito a las mismas, a efectos de cumplir con la jornada máxima anual, deberá recuperar dicha jornada, toda vez que, en ningún caso la realización de una jornada y horario singular minorarán la duración de la jornada de trabajo en cómputo anual.

En virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera del III Convenio Colectivo del personal laboral de la CAC, se respetarán en su integridad /as situaciones anteriores, individuales o colectivas más ventajosas, enfre otras materias, las vacaciones, permisos, licencias y excedencias, por lo que no procederá dicha recuperación de la jornada al personal que, por convenio de procedencia, tenga contemplada vacaciones en dichos períodos, ni tampoco aquel personal que así lo tenga reconocido por sentencia firme.



2. Para el presente ejercicio 2020, por la Dirección General de Protección a la Infancia y a la Familia se ha calculado que la jornada a recuperar por el personal en el período comprendido entre el 1 de septiembre de 2020 y el 31 de agosto de 2021 asciende a sesenta y nueve (69) horas.

Si bien la recuperación de la jornada habría que calcularse por años naturales al determinar la Dirección General de la Función Pública la jornada máxima anual de cada ejercicio, por la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia se ha calculado por el período equivalente a un curso escolar sin perjuicio de que dicho cómputo sea susceptible de variación en el número total de horas a recuperar una vez se fije la jornada máxima anual para 2021.

3. Por la Dirección General de Protección de la Infancia y la Familia se ha propuesto que la recuperación de jornada se realice añadiendo veintidós (22) minutos a la jornada laboral diaria, a razón de once (11) minutos a la entrada y once (11) minutos a la salida.

Sin embargo, teniendo en cuenta que se prevé iniciar dicha recuperación a partir del 25 de noviembre de 2020, esta Secretaría General Técnica ha recalculado conforme a la propuesta del Centro Directivo y, en consecuencia, correspondería añadir veintiséis (26) minutos a la jornada laboral diaria, a razón de trece (13) minutos a /a entrada y trece (13) minutos a /a salida.

4. La Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia en aras del interés del servicio que prestan /as Escuelas Infantiles, podrá adoptar la prestación del servicio de las mismas teniendo en cuenta el tiempo que se añade a la jornada laboral diaria a realizar por el personal adscrito a esos centros de trabajo.

Cuarto.- Negociación con los órganos de representación de los trabajadores Por parte del Comité de Empresa de Santa Cruz de Tenerife y del Comité de Empresa de Las Palmas, consta la conformidad a la propuesta de la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia". (no controvertido)

NOVENO.- A partir del 26 de noviembre de 2020 a la demandante se le ha impuesto la realización de una jornada que implica la entrada trece minutos antes y trece minutos después de su horario habitual de trabajo. (no controvertido)

DECIMO.- La resolución de 26/11/20 fue comunicada a la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia, vía correo electrónico por resolución firmada el 30/11/20.

UNDÉCIMO.- Por correo de 27/11/20 se comunicó a los directores de las Escuelas Infantiles de la CCAA de Canarias la obligatoriedad de ampliar la jornada laboral diaria en 13 minutos antes de las 8.00 y después de las 15.00 con el fin de poder disfrutar de los días libres de Navidad y Semana Santa, con la salvedad de las personas que por sentencia hubieran "ganado" esos días o que tengan un convenio diferente al Convenio Único.

DUODÉCIMO.- Por Decreto 78/2007 de 18 de abril para los puestos con jornada normal se establecía una jornada de lunes a viernes de 7.45 a 15.15 horas con una parte fija de 27,5 horas semanales a razón de 5,5 horas diarias a realizar entre las 9.00 a 14.30 horas y una parte variable para el tiempo de la jornada no cumplida en la parte fija que se podría realizar de lunes a viernes entre las 7.00 y las 9.00 horas y entre las 14.30 y las 16.30 horas.

Este Decreto fue modificado por el Decreto 332/2001 de 22 de diciembre disponiendo que para los puestos con jornada normal se establecía una jornada fija de 25 horas semanales a razón de 5 horas diarias a realizar entre las 9.00 a 14.00 horas y una parte variable para el tiempo de la jornada no cumplida en la parte fija que se podría realizar de lunes a viernes entre las 7.00 y las 9.00 horas y entre las 14.00 y las 17.00 horas.

Con fecha 28/6/11 la Dirección General de la Función Pública dictó instrucciones para la aplicación del decreto 78/2007 de 18 de abril por el que se fija la jornada y el horario de trabajo del personal al servicio de la Administración Pública de la CCAA de Canarias y se establece el sistema de gestión de los mismos, tras la modificación realizada por el Decreto 55/2011 de 4 de marzo. La misma adoptaba en su Instrucción Segunda relativa al Horario que "Se dispondrá de dos hora y media semanales de cortesía sobre el horario fijado que no supondrá incumplimiento de jornada. En ningún caso podrá disfrutarse en la parte fija del horario ". Para los puestos con jornada normal se establecía una jornada de lunes a viernes de 37,5 horas semanales con una parte fija de 27,5 horas semanales a razón de 5,5 horas diarias a realizar entre las 9.00 a 14.30 horas y una parte variable para el tiempo de la jornada no cumplida en la parte fija que se podría realizar de lunes a viernes entre las 7.30 y las 9.00 horas y entre las 14.30 y las 17.00 horas.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 10/12/1993 el Gobierno de Canarias comunicó a la Sra. Directora de la Escuela Infantil de Santa María de Guía el establecimiento de un período de vacaciones no recuperables para toda la red de Escuelas Infantiles dependientes de la Dirección General de Protección del Menor y la Familia entre el 23/12/1993 y el 9/1/1994. (documental nº actora)



DECIMOCUARTO.- El Presidente del Comité de empresa de la Consejería en la provincia de Las Palmas remitió a ésta alegaciones sobre el exceso de jornada realizado por el personal de Escuelas Infantiles. Para el cálculo del exceso de jornada tuvo en cuenta las horas de cortesía de los trabajadores del Gobierno de Canarias que los trabajadores de Escuelas Infantiles no podían disfrutar y compensaba el exceso de jornada con el disfrute, ente otros, de los días de navidad y semana santa. (documental nº 11 demandada)

DECIMOQUINTO.- La actora siempre ha disfrutado de un mes de vacaciones en el mes de agosto, así como durante la Semana Santa y Navidad. Las Escuelas Infantiles nunca han tenido actividad educativa durante los períodos de Navidad y Semana Santa. El horario de la actora cuando la jornada semanal era de 37,5 horas era de 7.30 a 15.00 o de 8.00 a 15.30 horas.

DECIMOSEXTO.- La demanda se presentó el 09 de Junio de 2021.

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: "Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO la demanda interpuesta por Dña. Eloisa contra CONSEJERÍA DE DERECHOS SOCIALES, IGUALDAD, DIVERSIDAD y JUVENTUD DEL GOBIERNO DE

CANARIAS, y por ende declaro nula la modificación realizada en el horario de la actora acordada por resolución de 26/11/20, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que reponga a la actora en sus anteriores condiciones de trabajo y a que abone a la actora en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados la cantidad de 697,07 euros."

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la CONSEJERÍA DE DERECHOS SOCIALES, IGUALDAD, DIVERSIDAD Y JUVENTUD, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 21 de abril de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Consejería demandada, interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 482/2021, de fecha 27 de septiembre de 2021 dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Las Palmas que estima la demanda de modificación sustancial de condiciones y cantidad planteada declarando la nulidad de la modificación horaria aplicada a la trabajadora y acordada por resolución de 26 de noviembre de 2020 , condenando a la demandada a reponer a la actora en las anteriores condiciones de trabajo y a que abone a la trabajadora en concepto de indemnización de daños y perjuicios causados la cantidad de 697'07 euros .

El recurso ha sido impugnado por la parte actora .

La sentencia recurrida da pie a recurso de suplicación al entender que estamos ante una modificación sustancial de carácter colectivo motivo por el cual declara la nulidad de la modificación aplicada a la actora al amparo del art. 138.7 LRJS (Fundamento Jurídico cuarto- FJ4º).

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso, al **amparo del art. 193 b) LRJS** , se solicita la revisión de los hechos probados al amparo de la prueba documental y pericial practicada.

A)- En primer lugar, se propone la adición de un nuevo **hecho probado noveno**, con el siguiente tenor literal:

"La actora comenzó la realización de dicha jornada el día 30 de noviembre de 2020."

Se ampara la recurrente en prueba documental : doc. n.º 4 del ramo de prueba de la demandada, consistente en fichajes de la actora , Folios 106 y siguientes.

B)- En segundo lugar se propone la adición de un nuevo **hecho probado décimoséptimo**, con el siguiente tenor:

" *la actora solo recuperó 58'35 euros*"

Se ampara la recurrente en prueba documental : folios 131, 132, 134, 135 y 136 de autos.

La parte actora impugnante se opuso a la adición de un nuevo hecho probado noveno, por resultar irrelevante para cambiar el fallo pues a efectos de caducidad de la acción lo relevante es la notificación fehaciente de la modificación horaria a la trabajadora . En cambio no se opuso a la segunda revisión fáctica (Hecho probado décimoséptimo)

En cuanto a los motivos de revisión fáctica se subordina su prosperabilidad al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Indicar el hecho expresado u omitido que el recurrente estime equivocado, siendo posible atacar la convicción judicial alcanzada mediante presunciones, si bien para ello resulta obligado impugnar no solo el



hecho indiciario de la presunción judicial sino también el razonamiento de inferencia o enlace lógico entre el mismo y el hecho presunto (STS 16/04/04, RJ 2004\3694 y 23/12/10, Rec. 4.380/09)

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

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

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

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

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

Aplicando la jurisprudencia anterior al caso que nos ocupa se desestima la propuesta de adición de un nuevo **hecho probado noveno** para recoger expresamente que los cambios horarios fueron aplicados a la actora desde el 30 de noviembre de 2020 por ser irrelevante para mutar el fallo pues lo relevante a efectos de la contabilización del diez a quo de la acción de modificación sustancial de condiciones es la notificación fehaciente y con ánimo de permanencia a la trabajadora, de acuerdo con la jurisprudencia (SSTS 18 de mayo de 2021- Rec 3325/2018, de 26 de noviembre de 2019 - Rec. 97/2018; 12 de enero 2017 - Rec. 26/2016, entre otras).

Respecto a la propuesta de adición de un nuevo **hecho probado décimoséptimo** en la que se determinan las horas recuperadas por la demandante se estima al no haber oposición de contrario y ser un elemento objetivo relevante a los efectos del parámetro de cálculo de la indemnización reclamada en la demanda.

En base a lo expuesto se desestima la modificación de adición de un nuevo hecho probado noveno y se estima la adición de un nuevo hecho probado décimoséptimo.

TERCERO.- Al amparo del **art.193 c) LRJS** la recurrente denuncia la infracción de normas sustantivas y de jurisprudencia. Específicamente se invoca la infracción del art.138 LRJS en relación al art. 40.3 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por inaplicación del art. 41 del ET y doctrina de los "actos propios".

Este motivo del recurso se estructura en tres partes.

La primera parte, argumenta sobre la concurrencia de la excepción material impropia de caducidad de la acción (art. 138.1 LRJS) .

En la segunda parte, con carácter subsidiario a la anterior, se combate la sentencia en cuanto al fondo del asunto, pues entiende la recurrente que no estamos ante una modificación sustancial de condiciones sino ante una adecuación de la jornada de la actora a la legalidad vigente.

Y en la tercera parte se combate la indemnización de daños y perjuicios a favor de la actora.

Combate la sentencia la recurrente porque entiende que de acuerdo con la previsión contenida en el art. 138.1 de la LRJS, la acción de modificación sustancial de condiciones de trabajo regulada en este precepto estaba caducada, al haber transcurrido, entre el 30/11/2020 en que empezó a realizar el horario impugnado, y la fecha de presentación de su demanda (9/6/21), un plazo notablemente superior a los veinte días previstos en el art. 138.1º LRJS. Ello es así porque el hecho de que la actora cambiase su horario de trabajo a partir del 30/11/20, de acuerdo con la Resolución de la SGT de 26/11/00, evidencia que era concedora de dicha resolución y por tal motivo modificó la distribución de su jornada de trabajo. Es por ello que, según esta parte, debe tomarse como fecha de inicio del "*dies a quo*" del cómputo de la caducidad de la acción planteada, el día 30/11/20 y



por tanto la acción estaría caducada. También se hace referencia a la aceptación de la modificación por parte de la actora al aquietarse frente a la misma (doctrina de los "actos propios").

En la segunda parte del recurso se combate la sentencia por lo que respecta a la calificación de modificación sustancial de condiciones de trabajo que no concurre en este caso. Según la recurrente se produjo una adecuación de la jornada laboral anual de la actora y del restante personal adscrito a las escuelas infantiles, a tenor de la Disposición Adicional nº 16 de la Ley 7/2018 de 28 de diciembre que aprueba los Presupuestos Generales para la Comunidad Autónoma de Canarias para 2019. La citada Disposición establece que la jornada laboral es de 35 horas semanales (1519 horas). En este caso la actora, no trabajaba ni en navidad ni en semana santa, lo que arrojaba una jornada laboral inferior a la legal en 69 horas (1519-1450 horas), con respecto al resto del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias. Ello motivó un reajuste de su jornada a partir del 30/11/20, que es lo que se impugna en la demanda. Se pone de relieve por la recurrente que tal ajuste contó con la conformidad del Comité de empresa de Las Palmas por lo que se ha dado cumplimiento al trámite del art. 41.3 ET. La resolución fue comunicada a todas las escuelas infantiles de la Comunidad Autónoma (CA). Por último, en relación a la supresión de las dos horas y media semanales de cortesía, se hace referencia a la pérdida de efectos de los acuerdos, pactos o convenios que contravengan lo dispuesto en la DA referida, tal y como se contiene en la misma.

En la tercera parte del recurso se muestra oposición a la condena de la demandada a indemnización reparadora de los daños y perjuicios causados y caso de entenderse que procede, se opuso a su cálculo porque tomó un número de horas inadecuado (69 horas), al haber estado la trabajadora en IT por lo que el multiplicador sería de 58'35 horas, lo que arrojaría una suma de 425'37 horas.

La parte actora impugnante se opuso a la concurrencia de caducidad de la acción a tenor de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida. En relación al segundo apartado del recurso también se opuso porque la decisión de la demandada que se impugna modifica el horario (art. 41.1 b) ET) y la jornada de trabajo (art. 41.1 a) ET), y modifica el tiempo de disfrute de vacaciones (art. 41.2 ET). En base a lo anterior entiende que estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo que no ha seguido el trámite legal preceptivo. En cuanto a la tercera parte del recurso entiende esta parte que para el caso de tener en cuenta como número de horas adecuado el de 58'35 horas, el precio hora a tomar sería el de 11'51 euros, y no el calculado por la recurrente.

Procedemos a la resolución del motivo en siguiendo la misma sistemática que en su exposición.

1º)- Sobre la caducidad de la acción planteada.

La actora planteó demanda bajo la modalidad de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, regulada en el art. 138 y ss. LRJS. Este precepto en su primer párrafo determina que:

" 1. El proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, plazo que no comenzará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación, sin perjuicio de la prescripción en todo caso de las acciones derivadas por el transcurso del plazo previsto en el apartado 2 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores."

El Tribunal Supremo ha interpretado el citado precepto en su reciente sentencia de 18 de mayo de 2021 (Rec. 3325/2018) ha establecido interpretando el precepto transcrito:

" el artículo 138.1 LRJS establece, en primer lugar, que el proceso se iniciará por demanda del trabajador afectado por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento del artículo 41 ET. En segundo término, que la demanda debe presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión al trabajador. Y, finalmente, que el plazo anterior no empieza a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación."

Como puede advertirse, el precepto no establece que haya de seguirse el procedimiento del artículo 41 ET, sino que dispone expresamente lo contrario: "aunque no se haya seguido el procedimiento del artículo 41 ET", dice el precepto legal. De ahí que la redacción vigente del artículo 138.1 LRJS no permita compartir las conclusiones que extrae la sentencia recurrida de que la "la empresa no ha seguido el cauce procedimental del artículo 41 ET" y que no ha cumplido "los requisitos formales del artículo 41.3 ET". Y no se pueden compartir esas conclusiones porque, en primer lugar, el trabajador ha de interponer la demanda, dentro del plazo de caducidad mencionado, precisamente "aunque no se haya seguido el procedimiento del artículo 41 ET", según dispone de forma expresa, como se ha indicado, el artículo 138.1 LRJS. En segundo lugar, para que comience el cómputo del plazo de caducidad, el artículo



138.1 LRJS requiere que la decisión empresarial se haya notificado por escrito al trabajador, pero no requiere que dicha notificación cumpla los requisitos formales del artículo 41.3 ET, como por el contrario exige la sentencia recurrida, que se refiere a "la notificación formal de una modificación sustancial de condiciones de trabajo". Legalmente, se requiere que haya una notificación escrita del empresario al trabajador, pero no que dicha notificación se atenga a lo establecido por el artículo 41.3 ET. Y el caso es que, en el presente supuesto, sí hubo una notificación de la decisión empresarial al trabajador. La sentencia recurrida afirma, en este sentido, que "hemos de estar a lo tenido por acreditado en la instancia, según lo cual la empresa notificó al demandante los nuevos cuadrantes desde el día 15 de marzo de 2017, reiterando cada nuevo cuadrante mensualmente con el mismo sistema de trabajo que se ha impuesto a partir del dicho 15 de marzo".

2. Como recuerda la STS 360/2018, 3 de abril de 2018 (RJ 2018, 1746) (rec 106/2017), con cita de las SSTS 21 de octubre de 2014 (RJ 2015, 1900) (rec. 289/2013) y 9 de junio de 2016 (RJ 2016, 2918) (rec. 214/2015), tras la entrada en vigor de la LRJS, el controvertido plazo de veinte días de caducidad para la impugnación de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo es aplicable en todo caso, aun cuando no se haya seguido el trámite del artículo 41 ET, por lo que "resulta baladí cualquier argumentación sobre el grado de cumplimiento del procedimiento que marca el citado precepto legal, ya que, con independencia de la mayor o menor acomodación a las exigencias del previo periodo de consultas, lo cierto es que la acción que se ejercitaba en la demanda había de someterse en todo caso al mencionado plazo de caducidad".

Del relato fáctico no puede concluirse que por parte de la demanda se notificase a la actora los cambios aplicados en relación a su horario y jornada anual de trabajo, motivo por el cual se comparte el criterio del juzgador de la instancia a este respecto, debiendo estar aquí al plazo de prescripción anual, por falta de notificación fehaciente a la actora, tal y como se recoge en el citado art. 138. 1º LRJS.

2º-Sobre el fondo de las modificaciones sustanciales de Condiciones de trabajo que se denuncian por la actora

Para resolver la segunda parte del recurso debemos destacar los siguientes hechos de relevancia que han resultado probados.

1- La actora presta servicios para la demandada a tiempo completo, en la escuela infantil Sta. María de Guía, con antigüedad de 2/11/2020 y categoría profesional de educadora infantil.

2- La Disposición Adicional 16ª de la Ley 7/2018, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la CAC para 2019, dispuso que la jornada de trabajo aplicable a todo el personal al servicio de la CCAA, sea cual fuere la naturaleza de su vínculo jurídico, sería de **treinta y cinco horas semanales de trabajo efectivo**, de promedio en cómputo anual.

También dispuso que **quedaban sin efecto los acuerdos, pactos, convenios, resoluciones** o cualquier otro acto dictado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Canarias en el que se haya establecido períodos de cortesía que computen como trabajo efectivo.

3- En aplicación de la anterior Disposición se dictó la Resolución del Director General de la Función Pública nº 318/2019 de fecha 29/03/2019, por la que se establecen instrucciones de carácter vinculante en relación con la jornada de trabajo en el ámbito de la Administración General de la CAC en la que, en su apartado tercero relativo a "jornada semanal promedio", fijó ésta en **35 horas**, a razón por término medio de 7 horas diarias, y la jornada anual máxima durante el año 2019 para el personal laboral sería de **1512 horas**, todo ello con efectos desde el 1/1/2019.

4 -La Dirección General de Protección a la Infancia y la familia de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud dictó Instrucción por la que **reguló la jornada y horario del personal de Las Escuelas Infantiles para el curso 2019/2020** se dispuso, entre otras cuestiones, que:

4.1 *Las Escuelas permanecerían abiertas para los/las menores desde las 8.00 a las 15.00 horas a partir del mes de enero de 2020 y durante los períodos de jornada reducida (generalmente en los meses de julio a septiembre y determinados días de diciembre y enero) desde las 8.00 a las 14.00 horas.

4.2 *La jornada laboral para todo el personal sería de 8.00 a 15.00 o 8.00 a 14.00 horas en los períodos de jornada reducida

4.3 *Las Escuelas no tendrían actividad educativa durante el mes de agosto y durante los períodos de Semana Santa y Navidad (desde el 23 de diciembre al 7 de enero, ambos inclusive).

4.4 *El personal de las Escuelas Infantiles disfrutaría de su período anual de vacaciones durante el mes de agosto.

5- Con fecha **13/10/20** se remitió al comité de empresa por la Jefatura de Servicio de Programas de Prevención y Protección de Menores un documento sobre "jornada laboral en las Escuelas Infantiles".

El comité de empresa de la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda de Santa Cruz de Tenerife y el Comité de empresa de derechos sociales, igualdad, diversidad y juventud de Las Palmas dieron su conformidad con las salvedades en cuanto a las escuelas infantiles que se recogen en el HP7º, entre ellas, la "posibilidad de flexibilizar el horario al personal adscrito a las escuelas infantiles"

6- En fecha **26 de noviembre de 2020** fue dictada la Resolución de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias, sobre jornada laboral del personal adscrito a las Escuelas Infantiles dependientes de la Dirección General de Protección a la Infancia y la familia con el tenor literal contenido en HP8º de la sentencia, al que nos remitimos y que resumidamente resuelve sobre los siguientes extremos:

6.1 * se fija una jornada semanal de **35 horas de trabajo semanales** y 1519 anuales para el ejercicio 2020.

6.2 * en relación al periodo de **navidad y semana santa** se establece que el personal deberá recuperar dicha jornada salvo para el personal que tenga contempladas las vacaciones en tales periodos o reconocido por sentencia firme.

6.3 *Se establece para el 2020 que la **jornada a recuperar** por el personal entre el periodo comprendido entre el 1/90/20 y el 31/8/21 asciende a **69 horas**.

6.4 *Se indica que por la Dirección General de Protección de la Infancia y familia se propuso que la recuperación fuese añadiendo 22 minutos a la jornada laboral diaria a razón de 11 minutos a la entrada y 11 minutos a la salida.

Sin embargo, teniendo en cuenta que se prevé iniciar dicha recuperación a partir del 25 de noviembre de 2020, esta Secretaría General Técnica ha recalculado conforme a la propuesta del Centro Directivo y, en consecuencia, correspondería añadir **26 minutos a la jornada laboral diaria, a razón de 13 minutos a /a entrada y 13 minutos a /a salida.**

7- Por correo de **27 de noviembre de 2020 se comunicó a los directores de las Escuelas Infantiles de la CCAA de Canarias** la obligatoriedad de ampliar la jornada laboral diaria en *13 minutos antes de las 8.00 y después de las 15.00 con el fin de poder disfrutar de los días libres de Navidad y Semana Santa*, con la salvedad de las personas que por sentencia hubieran "ganado" esos días o que tengan un convenio diferente al Convenio Único

8- Con fecha 28 de junio de 2011 la Dirección General de la Función Pública dictó instrucciones para la aplicación del Decreto 78/2007 de 18 de abril por el que se fija la jornada y el horario de trabajo del personal al servicio de la Administración Pública de la CCAA de Canarias y se establece el sistema de gestión de los mismos, tras la modificación realizada por el Decreto 55/2011 de 4 de marzo. La misma adoptaba en su Instrucción Segunda relativa al Horario que:

*" Se dispondrá de **dos horas y media semanales de cortesía** sobre el horario fijado que no supondrá incumplimiento de jornada. En ningún caso podrá disfrutarse en la parte fija del horario".*

9- La actora **siempre ha disfrutado** de un mes de vacaciones en el mes de agosto, así como durante la **Semana Santa y Navidad**. Las Escuelas Infantiles nunca han tenido actividad educativa durante los periodos de Navidad y Semana Santa.

El horario de la actora cuando la jornada semanal era de 37,5 horas era de 7.30 a 15.00 o de 8.00 a 15.30 horas.

10- El presidente del comité de empresa de la Consejería en la provincia de Las Palmas remitió alegaciones sobre **el exceso de jornada realizado por el personal de Escuelas Infantiles**. Para el cálculo del exceso de jornada tuvo en cuenta las horas de cortesía de los trabajadores del Gobierno de Canarias que los trabajadores de Escuelas Infantiles no podían disfrutar y compensaba el exceso de jornada con el disfrute, entre otros, de los días de navidad y semana santa.

Procede resolver aquí si estamos ante una modificación sustancial de condiciones o, por el contrario se trata de una adecuación de la jornada laboral de la actora a tenor de lo dispuesto en la DA 16 Ley 7/2018, que entra dentro del "ius variandi" de la empleadora, al no transformarse elementos fundamentales de la prestación de servicios de la actora. La sentencia recurrida calificó las mutaciones introducidas en la relación laboral de la actora en aplicación de la cuestionada resolución de 26 de noviembre de 2020, de modificaciones sustanciales al eliminar las dos horas y media semanales de cortesía, también redundando en su horario de trabajo afectando a las franjas horarias de entrada y salida (26 minutos de jornada diaria).



la modificación sustancial de las condiciones de trabajo es un **concepto jurídico indeterminado** (STS 22 septiembre 2003; RJ 2003\7308). - En este sentido afirma el **TS en sentencia de 26 abril 2006 RJ 2006\310** que:

" el art. 41 ET regula específicamente las «modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», enumerando en lista abierta [«entre otras», indica el precepto] las condiciones de trabajo que ex lege «tendrán la consideración» sustancial referida. Lista que la STS de 03/04/95 (RJ 1995, 2905) [rec. 2252/94] califica - en efecto- de « **ejemplificativa y no exhaustiva**», en criterio que reitera la sentencia de 09/04/01 (RJ 2001, 5112) [rec. 4166/00], al afirmar que el elenco de posibilidades que en el precepto se contemplan no está limitado a las expresamente tipificadas en su apartado primero. De esta forma es claro que la lista no comprende todas las modificaciones que son -pueden ser, según veremos- sustanciales, pero también ha de afirmarse tampoco atribuye carácter sustancial a toda modificación que afecte a las materias expresamente listadas. Y decíamos que las alteraciones en las materias enumeradas no necesariamente son sustanciales, sino que tan sólo «pueden» serlo, porque es unánime criterio de este Tribunal el de que la aplicación del art. 41 ET no está «referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la exigencia de que sea sustancial la propia modificación» (así, Sentencia 09/04/01 -rec. 4166/00 -). Con lo que podemos concluir, utilizando expresión del todo gráfica, que ni están todas las que son ni son todas las que están."

La doctrina del Tribunal Supremo: SSTS 22/09/03 (RJ 2003, 7308) y 10/10/05 (RJ 2005, 7877), con cita de la de 03/04/95 declara la necesidad de que las modificaciones, para ser sustanciales, **produzcan perjuicios al trabajador/a**; en SSTS de 11/11/97 (RJ 1997, 9163) , 17/07/86 (RJ 1986, 4181) y 03/12/87 (RJ 1987, 8822), afirma que "por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum" del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio (en el mismo sentido, la Sentencia de 22/06/98 (RJ 1998, 5703)), mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del "**ius variandi**" empresarial"; doctrina que reitera la sentencia de 15/11/05 (RJ 2005, 10073) ."

Por tanto para atribuir sustancial a modificación operada se requiere que se hubiera producido una transformación de importancia en las condiciones más importantes de la relación laboral. El criterio diferenciador del Tribunal responde a una necesidad básica, ya que existe una institución legal que requiere una protección mayor.

La **Sentencia del TSJ del País Vasco en su sentencia de 16 de julio de 2019 (Rec. 1182/2019)**, resuelve un supuesto de similares contornos al actual , en el que se cuestionaba si la variación horaria aplicada tenía encaje en el concepto de "sustancial" a los efectos del art. 41 ET . En su fundamentación jurídica se dice:

" **el horario es una condición de trabajo muy próxima a la jornada** , ya que en el mismo se precisa el tiempo exacto que cada día se ha de prestar al servicio y es una condición muy sensible para el trabajador ya que **puede afectar a la realización de otras actividades comprometidas fuera de ese horario, afectando al derecho a la conciliación de la vida laboral y personal**. Y para calificar la modificación del horario, como de cualquier otra condición de trabajo, de sustancial o accidental, hay que valorar las circunstancias del caso concreto. En el caso sometido a nuestra consideración los trabajadores venían prestando servicios en la empresa demandada en un horario de jornada partida de 9:00 a 14:00 horas y de 15:30 a 18:30 horas todos los días del año. En el calendario laboral del 2019 la empresa, además de ajustar la jornada a la exigida por el convenio -cuestión ésta sobre la que no se plantea controversia en el recurso-, introduce dos modificaciones en relación al horario ya que: por un lado, adelanta el horario de salida de la mañana a las 13.30 horas, lo que implica incrementar el tiempo de interrupción para la comida de 90 minutos a dos horas; por el otro, retrasa en media hora el horario de salida de la tarde de las 18.30 horas a las 19 horas durante todos los días del año, salvo los viernes de nueve meses del año (los de febrero a octubre), en que adelanta el horario de salida de los trabajadores desde las 18 30 a las 18 horas. Es criterio de esta sala que ello comporta una verdadera modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y no meramente accidental como ha calificado el juzgador a quo . **Retrasar en media hora la salida de los trabajadores desde las 18.30 horas hasta las 19 horas no es baladí sino que es un cambio importante**, teniendo en cuenta que llevan vinculados a la empresa desde las 9 horas con un horario partido, y el nuevo calendario no retrasa el horario de entrada. No podemos presumir que dicho retraso en el horario de fin de la jornada se compense en su onerosidad con el beneficio de contar con media hora más para comer pues una interrupción de 90 minutos es más que suficiente para ese acto de la vida cotidiana. Tampoco se ve compensado con el beneficio de terminar antes la jornada laboral algunos días, pues terminarán a las 18 horas un solo día laborable y, en concreto, los viernes de nueve meses del año. Por otro lado, el tramo horario afectado con **la prolongación es el de la tarde (de 18.30 a 19 horas), muy sensible para la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores, que pueden estar comprometidos con otros deberes de mayor o menor significación, como la atención de hijos menores que han terminado horas antes sus colegios, o las compras en establecimientos**



con horarios comerciales a punto de cerrar, etc. Se repara en este sentido que en numerosos foros se ha venido criticando el horario laboral de nuestro país en relación al que impera en otros países europeos en los que las jornadas laborales finalizan no más tarde de las 18 horas, como medida que favorece esa conciliación de la vida laboral y familiar incluso con las actividades de ocio, culturales, sociales, y de descanso".

Y aunque es cierto que la **STS de 10 de octubre de 2005 (Rec. 183/2004)**, no consideró sustancial el retraso en media hora en el horario en la entrada y salida al trabajo, no es menos cierto que en la misma ninguna referencia se hace al impacto que pudiera tener tal cambio horario en el ejercicio del derecho a la conciliación laboral y familiar (art. 39 CE) de las personas trabajadoras afectadas.

Además esta sentencia es anterior a la LOIEMH 3/2007, por lo que tampoco hace valoración alguna del impacto de género que pudiera tener tal cambio horario, teniendo en cuenta que el horario puede erigirse como un elemento sustancial en el ejercicio de los cuidados pues de una determinada hora puede depender la salida del colegio de niños/as o adolescentes; dar la comida a un menor o a una persona discapacitada o el acompañamiento al médico, o simplemente el paseo con una persona de avanzada edad.

Además, el cuidado de familiares, como elemento básico del derecho a la conciliación familiar y laboral, descansa mayoritariamente en las mujeres trabajadoras de todo el mundo, sin excluir a España tal y como se recoge, entre otras muchas fuentes, las conclusiones de Eurostat y el INE "La vida de las mujeres y los hombres en Europa", edición 2020", o el estudio realizado por OXFAM- 20/1/2020 " Tiempo para el cuidado" puso de relieve que las mujeres dedican 12.500 millones de horas diarias a los cuidados familiares, además de las tareas domésticas.

Este mayor impacto femenino nos lleva a extremar las cautelas en la fijación del concepto jurídico de "sustancialidad" previsto en el art. 41.1 ET, debiendo integrar en su interpretación las experiencias, preocupaciones y aspiraciones femeninas, por mandato del art. 4 de la LOIEMH, en relación con el art. 1, 9.2, 10, 14 y 96 de la CE, en la interpretación de los derechos fundamentales, de conformidad con los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España entre ellos la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres (CEDAW). También la Directiva 2019/1158 de 20 de junio sobre conciliación de la vida familiar y profesional, que promueve criterios de flexibilidad para facilitar la conciliación de la vida familiar de las personas trabajadoras, que recuerda el impacto de género de los cuidados en su párrafo 11.

Los cambios sociales acontecidos en el s.XXI, han tenido, también, repercusión en la vida de las personas trabajadoras, enriquecidas con experiencias familiares y sociales que trascienden del centro de trabajo. Ello ha tenido su impacto en la sustancialidad del horario laboral como elemento que incide en la autonomía y la libertad de la persona trabajadora para lograr un modelo de vida y unas aspiraciones en las que el cuidado se coloca en el centro.

En este sentido también se pronuncia la STSJ País Vasco (Rec. 1182/2019) citada, recordando que: " somos conocedores de que la sentencia del Tribunal Supremo de 10/10/2005 (RJ 2005, 7877) (Rcud 183/2004) no considera sustancial el retraso en media hora en la entrada y salida en el trabajo. Sin embargo, el supuesto allí resuelto no era idéntico al nuestro, ya que en tal caso también se retrasaba correlativamente la hora de entrada, se valoraba que los segmentos horarios afectados no afectaban a los transportes públicos y especialmente que la modificación sólo implicaba los meses de verano. Además, se trata de una interpretación jurisprudencial que tuvo lugar hace catorce años, y en la actualidad impera realizar una más acorde con la protección del derecho a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, en la dirección marcada por leyes promulgadas posteriormente, como la Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo (RCL 2007, 586) para la igualdad de mujeres y hombres, que valora la conciliación de la vida laboral y familiar como estrategia para la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, siendo necesario un cambio social que introduzca nuevos modelos de organización".

Tampoco desconocemos que en la doctrina contenida en la **sentencia TS de fecha 26- de junio de 1998 (Rec. 4621/1997)**, se declara que:

" Los conceptos de jornada, sea diaria, mensual o anual, y de horario son conceptos muy próximos y vinculados entre sí, pero entre ambos es la jornada la que presenta una mayor relevancia y trascendencia, por cuanto que ella es la que determina nítidamente el número de horas que se han de trabajar, dentro del lapso temporal de que se trate; el horario es una consecuencia o derivación de la jornada, pues en él se precisa el tiempo exacto en que cada día se ha de prestar servicio, teniendo siempre a la vista y como norma a respetar la duración de la jornada estatuida. Por consiguiente, en el radio de acción en que se mueven estos dos conceptos, hay, en principio, una cierta supeditación o subordinación del horario a la jornada. De ahí que, cualquier disparidad o divergencia que entre ellos surja al ser aplicados en la realidad del tráfico jurídico, lógicamente ha de ser salvada y resuelta de modo que prevalezca y se respete la jornada establecida, aunque para ello tengan que sufrir alguna modificación o padecimiento los horarios anteriormente marcados; solo podría, en tales casos, mantenerse el



predominio o preferencia del horario sobre la jornada, si así se dispusiese en norma legal o convenida, o así se hubiese estipulado en el correspondiente pacto ...".

Pero de nuevo la anterior doctrina excluye toda consideración del impacto que pudiera tener la concreta modificación horaria analizada sobre el derecho a la conciliación laboral y familiar, siendo una práctica habitual en las relaciones laborales del s.XXI el uso de permisos familiares como la reducción de jornada con pérdida retributiva para el cuidado de hijos/as menores o familiares dependientes (art. 37.6 ET), lo que evidencia que en la actualidad el horario de trabajo no es algo secundario, banal o "una consecuencia derivada de la jornada".

En base a lo expuesto, esta Sala comparte la misma convicción que el magistrado de la instancia, pues la decisión impugnada trasciende de la mera adecuación o ajuste de jornada anual /semanal de conformidad con la DA 16 de la Ley 7/2018.

Ello es así porque tal resolución también decide unilateralmente la forma de recuperación de las jornadas de Navidad y Semana santa, en los que el personal de escuelas infantiles no presta servicios por cierre de las escuelas y que a partir de ahora deben recuperarse afectando al horario de entrada y de salida de la trabajadora en franjas horarias sensibles a la conciliación familiar, como es el horario de entrada, que se adelanta, y pasa de las 8:00 h. (antes) a las 7:47 h. (ahora), y también en el horario de salida que pasa de las 15:00 h (antes) a las 15:13 h. (ahora). Ello trasciende del "ius variandi" de la empleadora para colocarse en una posición que merece una protección reforzada, bajo la consideración de modificación sustancial (art. 41.1 b) ET). Por tanto al no haberse seguido el preceptivo procedimiento de modificación sustancial de condiciones, que en este caso sería colectivo, al no cuestionarse por la demandada la afectación colectiva de la resolución impugnada solo puede concluirse con la declaración de nulidad de la medida, a tenor de lo previsto en el art. 138 .7 LRJS, tal y como se hizo en la sentencia de la instancia.

Por último y por lo que respecta a la **indemnización por daños y perjuicios** a la que se condenó a la demandada, procede su revisión a la baja, de acuerdo con la revisión fáctica estimada y las horas a recuperar, que no fueron en el caso de la actora 69 sino 58'35 horas, al haberse solapado con un periodo de IT en el que permaneció la actora. No existiendo oposición a este respecto por la parte actora, solo queda por determinar el precio hora que debe aplicarse, que esta Sala considerada más adecuado el que propugna la actora al calcularse en cómputo anual, esto es, el salario anual dividido entre 52 semanas de trabajo efectivo y a su vez entre 35, lo que nos resulta un precio de 11'51 euros. Por tanto la indemnización por daños y perjuicio reclamada asciende a **671'35 euros**

En base a lo expuesto, se estima parcialmente el recurso planteado, exclusivamente por lo que respecta al quantum indemnizatorio al que fue condenada la demandada que se fija en 671'35 euros, revocándose parcialmente la sentencia exclusivamente por lo que respecta a este extremo y confirmando el resto de los pronunciamientos de la misma.

QUINTO.- No procede la imposición de las costas a la recurrente, conforme al art.235 LRJS. Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por la CONSEJERIA DE DERECHOS SOCIALES, IGUALDAD, DIVERSIDAD Y JUVENTUD DEL GOBIERNO DE CANARIAS frente a la sentencia nº 482/2021, de fecha 27 de septiembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Las Palmas en los autos 499/2021, que revocamos por lo que respecta a la cuantía en concepto de indemnización por daños y perjuicios a la que se condena a la demandada que asciende a 671'35 euros condenando a la demandada a su abono a la actora y confirmamos todos los restantes pronunciamientos de la sentencia. Sin costas

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

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

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



mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el **BANCO DE SANTANDER c/c de Las Palmas de GC número 3537/0000/66/0177/22** 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