

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia 3425/2024 de 10 Jul. 2024, Rec. 2487/2024**Ponente: Olmos Pares, Isabel.****Nº de Sentencia: 3425/2024****Nº de Recurso: 2487/2024****Jurisdicción: SOCIAL****Diario LA LEY**, Nº 10591, Sección Sentencias y Resoluciones, 18 de Octubre de 2024, **LA LEY**ECLI: *ES:TSJGAL:2024:5192*

Derecho de una profesora con problemas de visión a la adaptación de jornada en horario diurno que garantice la buena iluminación del centro

PRINCIPIO DE IGUALDAD. Discriminación por discapacidad. Incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. La empleadora ha de implantar las medidas necesarias para la adaptación del puesto de trabajo de la demandante a la patología que presenta, y, en especial, adaptar su jornada en el centro educativo a horario diurno, no de tarde-noche, garantizando la buena iluminación del centro. La trabajadora no pidió un concreto horario, tan solo pidió que haya luz cuando entre y salga del centro. La empleadora que alega que la petición afectaría a los horarios del resto de profesores y alumnos, pudo y debió establecer medidas de ajuste a principios de curso, lo que hubiera impedido que las medidas resultaren más gravosas. Indemnización de 7.500 euros, por los daños y perjuicios. Aplicación de la Directiva 2000/78 y de la doctrina del TJUE.

El TSJ Galicia desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela que estimó la demanda y condenó a la empresa a adoptar las medidas necesarias para la adaptación del puesto y a abonar a la actora una indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL**A CORUÑA**

SENTENCIA: 03425/2024

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

Tfno:981-184 845/959/939**Fax:****Correo electrónico:****NIG:**15078 44 4 2024 0000185

Equipo/usuario: JG

Modelo: 402250

SALA PRIMERA

RSU RECURSO SUPPLICACION 0002487 /2024DD

Procedimiento origen: DFU DERECHOS FUNDAMENTALES 0000045 /2024

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

RECURRENTE/S D/ña CONSELLERIA DE CULTURA, EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA

ABOGADO/A: LETRADO DE LA COMUNIDAD

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Fernanda

ABOGADO/A: MERCEDES BLANCO FERNANDEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMA. SRA. Dª MARIA ANTONIA REY EIBE

PRESIDENTE

ILMA. SRA. Dª ISABEL OLMOS PARES

ILMO. SR. D PEDRO F RABANAL CARBAJO

En A CORUÑA, a diez de julio de dos mil veinticuatro.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978),

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002487 /2024, formalizado por el/la D/Dª LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA, en nombre y representación de CONSELLERIA DE CULTURA, EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA, contra la sentencia número 88 /2024 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DERECHOS FUNDAMENTALES 0000045 /2024, seguidos a instancia de Fernanda frente a CONSELLERIA DE CULTURA, EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª ISABEL OLMOS PARES.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Fernanda presentó demanda contra CONSELLERIA DE CULTURA, EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 88 /2024, de fecha veintiocho de febrero de dos mil veinticuatro.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: Primero.-La actora presta servicios como funcionaria de carrera del cuerpo de Profesorado de Educación Secundaria (PES), especialidad de Formación y Orientación Laboral (FOL) y, en virtud de resolución de 26 de abril de 2023, se le adjudica como destino definitivo el IÉS Arcebispo Xelmírez I, en Santiago de Compostela (hecho no controvertido). Segundo.-La actora a petición del centro solicito para el curso 2023/2024 preferencia en horario diurno, no salir ni entrar en el centro de noche y que no se le hiciera ir y venir varias veces al día al centro. Señalando las primeras horas del día como las

menos deseadas y las ultimas en relación con el horario de adultos (doc. nº 1 de su ramo de prueba). Tercero.-El 01 de septiembre de 2023 la trabajadora demandante presentó escrito dirigido al equipo directivo del IES en el que solicitaba: "...1. Que sendo xusta a aplicación o RDL 1/2013, de 29 de novembro (LA LEY 19305/2013), o RDL 5/2015 (LA LEY 16526/2015), e a mencionada Léi 31/1995 de Prevención de Riscos Laboráis, a situación particular desta docente sexa considerada polo equipo directivo do centro. Polo que dende a sua incorporación ao mesmo (data de incorporación 1 de setembro 2023) se considere a adaptación ao posto de traballo nos seguintes termos: a) Que se atípate o horario e a xornada de traballo no centro educativo b) Que esta docente non entre nin saia do centro educativo de noite c) Que non teña que ir ao centro varias veces no mesmo día d) Que se garante a boa iluminación no seu lugar de traballo Debido a que os desprazamentos necesarios e/ou a falta de luz incrementan de modo exponencial o risco de sufrir danos en comparación con outra persea docente que non teña unha diversidade funcional deste tipo, e ue poden chegar a prexudicar o bo funcionamento do Centro.(Doc. nº 3 de su ramo de prueba).Cuarto.- En fecha 2/9/2023 presento escrito reclamando la adaptación de su horario y jornada de trabajo teniendo en cuenta su patología en concreto que no tenga que entrar ni salir del centro de trabajo de noche y que no tenga que acudir al centro varias veces en el mismo día, adema de garantizar la buena iluminación en su puesto de trabajo (vid reclamación unida al expediente y aportada en su ramo de prueba).Quinto.-Se remitió la solicitud al servicio de prevención CUALITIS que emitió un dictamen el 6/11/2023 siendo descrita la actora como personal especialmente sensible emitiendo dictamen de APTA CON RESTRICCIONES LABORALES hasta la próxima revisión en octubre de 2024.Observaciones: Restricciones: Debe adaptarse en la medida de lo posible, su horario para jornada en horario diurno, intentando agrupar su horario, no realizar jornada partido. Restricciones para realizar guardias de recreo. Intentar en la medida de lo posible, que las aulas donde imparte docencia la trabajadora se encuentren cerca y tengan iluminación adecuada. Debe facilitársele acceso al ascensor, para facilitar su movilidad en centro. Recomendamos que se le informe con anticipación de posibles cambios de aulas o tareas, para que la trabajadora pueda adaptarse a los mismos.(Vid informe unido al expediente).Sexto.-El 08 de septiembre de 2023 el IES hizo entrega a la trabajadora demandante de los horarios definitivos que tenía que realizar teniendo asignado tres días a la semana (lunes, martes y viernes) horario a primera hora, teniendo que entrar a las 8:45 horas, y dos días a la semana (miércoles y jueves) tenía que salir a las 20:40 horas (Vid horario unido al expediente).Séptimo.-El IES y la empresa no adoptaron todas las medidas de adaptación del puesto posibles, en concreto no se garantizó la entrada y salida del centro en horario diurno, no presenta iluminación adecuada en las clases de primera hora de la mañana y ultima de la tarde-noche debido a los problemas de visión y continua realizando guardias de recreo. Por el contrario, adopto las medidas consistentes en no realiza jornada partida y facilitar acceso al ascensor y que todas las clases estén próximas, en concreto se le han juntado en la planta baja.(Vid informe de la ITSS). Octavo.-El 20/9/2023 presento nuevo escrito reiterando su solicitud de adaptación del puesto (doc. nº 7 de su ramo de prueba).Noveno.-En fecha 5/12/2023 presento nueva solicitud con motivo de la adaptación del puesto requiriendo resolución de la Xefatura Territorial (doc. nº 12).Décimo.-En fecha 8/2/2024 la Inspección Educativa emitió informe que obra en el expediente y se da por reproducido. Concluyendo que se ha llevado a cabo en todo lo posible la adaptación del puesto de la actora. Undécimo.- La actora tiene reconocido por resolución del Departamento Territorial de la Consellería de Traballo e Benestar, de 15/07/2010 un grado de minusvalidez del 35% de tipo sensorial con carácter definitivo desde el 28/12/2009 (consta unida a s reclamación).Duodécimo.-La actora padece miopía magna bilateral, de 30 dioptrías esféricas en OD y de 16,50 en OI con un componente astigmático de 1,25 dioptrías cilíndricas a 165º en el OI. Sinéresis vítrea, abundantes miodesopsias bilaterales por vítreo mióptico. Ambliopía anisométrica miópica severa en ojo derecho. Hemeraopia (muy mala visión nocturna) en relación con la miopía magna. Ausencia de esteopsis con cálculo mal de distancias (aceras, escaleras...). Falta de visión de relieve, que junto con la mala visión nocturna dificultan mucho la visión y la conducción de vehículos a motor, sobre todo en ambientes mesópicos y escotópicos (atardecer, invierno, noche...), no debe conducir ni trabajar en ambientes con poca luz. Conjuntivitis papilar gigante con mala tolerancia a las lentes de contacto. Ceguera legal en ojo derecho la falta de visión en ojo derecho carece de tratamiento médico, óptico, quirúrgico o rehabilitador. Ambliopía de tipo medio en ojo izquierdo, por las que tiene prescritas unas gafas hipocorregidas que hacen que la Visión lejana este muy por debajo de los seis decimos que consigue con la corrección ajustada al máximo. No puede usar gafas de contacto para intentar disminuir la mala tolerancia a las gafas con la corrección óptica que presenta. (Vid informe del Dr. Ricardo que obra en el expediente y al doc. nº 6 y 14 de su ramo de prueba).Decimotercero.-En fecha 20/2/2024 la ITSS emitió informe en el que concluye: El inspector que suscribe concluye que, hasta la fecha de emisión de presente informe, el empresario no ha garantizado de manera específica la protección de la trabajadora demanda, que tiene reconocida la

situación de discapacidad sensorial, y es especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo. La empresa tuvo conocimiento de la situación de la trabajadora antes del inicio del curso académico, sin embargo, elaboró un horario en el que no tuvo en cuenta la solicitud de adaptación del puesto de la profesora. Además, no ha cumplido con todas las medidas previstas en el dictamen emitido por el servicio de prevención ajeno en el mes noviembre de 2023, en concreto, las relativas a horario diurno y guardias de recreo. Señalado a mayores que: Parece oportuno indicar que: 1. En el centro de trabajo hay una plantilla de entre ochenta y noventa profesores/as y más de novecientos alumnos/as. 2. Los horarios son elaborados mediante programa informático denominado "Peña Lara". 3. Para lo que queda de curso, sí que sería posible adaptar sus horarios de entrada (8:45) y salida (20:40); pero ello afectaría a los horarios de trabajo del resto de profesores/as (más de ochenta) y a los horarios de los alumnos/as (más de novecientos). 4. Otra solución, para este curso, para adaptar los horarios de entrada y salida podría ser contratar a un nuevo profesor/a que cubriese las horas indicadas, pero ello podría tener dos consecuencias: 1º-que la profesora demandante podría ver reducida las horas lectivas (18), lo que implicaría una reducción de jornada para ella y de salario; 2º-que una misma asignatura podría ser impartida simultáneamente por dos profesores/as (la demandante y el/la nuevo/a profesor/a) para los mismos alumnos, lo que sería, desde un punto de vista pedagógico, contraproducente para los alumnos/as de dichas asignaturas. (Obra unido a las actuaciones)

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que debo ESTIMAR la demanda presentada a instancias de D^a Fernanda contra la CONSELLERIA DE CULTURA, EDUCACION, FORMACION PROFESIONALES E UNIVERSIDADES y el MINISTERIO FISCAL y en consecuencia debo condenar a la empleadora demandada a adoptar las medidas necesarias para la adaptación del puesto de trabajo de la demandante a la patología que presenta, y, en especial, adaptar su jornada en el centro educativo a horario diurno garantizando la buena iluminación del centro y condeno a la empleadora demandada a abonar a la parte actora una indemnización de 7.500 euros, por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La Sentencia de instancia estimó la demanda rectora de autos interpuesta por doña Fernanda contra la Conselleria de Cultura, Educación y Formación profesional y Universidades de la Xunta de Galicia y condenó a la empleadora demandada a adoptar las medidas necesarias para la adaptación del puesto de trabajo de la demandante a la patología que presenta y, en especial, adaptar su jornada en el centro educativo a horario diurno garantizando la buena iluminación del centro, así como condenó a la demandada a abonar una indemnización de 7.500 euros por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

2. Este pronunciamiento se impugna por la letrada de la Xunta de Galicia interponiendo recurso de suplicación que se construye con un único motivo, al amparo del art. 193 c) de la LRJS (LA LEY 19110/2011), en el que se alega la infracción de lo dispuesto en el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 (LA LEY 10544/2000), relativa al establecimiento de un marco general de igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Alega que el principio de igualdad de trato de la Directiva se encuentra incorporado al ordenamiento jurídico gallego a través de la ley 10/2014, de 3 de diciembre (LA LEY 19291/2014), de accesibilidad cuyo art. 3. c) define los «Ajustes razonables» como «medidas de adecuación del entorno físico y social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de manera eficaz y práctica y sin que supongan una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía. Para determinar si una carga es o no proporcionada, se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga su no adopción para las personas con discapacidad, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda».

De la anterior definición, la recurrente considera que la imposición a la misma de adaptar la jornada de la trabajadora a un horario diurno es una obligación que excede del concepto de ajuste razonable. Señala que no es

posible que la actora no entre a primera hora de la mañana; que la pretensión de acudir siempre por la mañana y evitar el horario de tarde-noche, implica o afecta a los grupos de alumnos y profesores, dado que las materias que imparte la actora forman parte de un bloque que se imparte de forma simultánea con otras materias optativas. Que, tampoco se puede evitar el horario de tarde-noche y, en todo caso, el horario docente del centro abarca hasta las 22,00 o incluso las 22,20 horas, siendo que con el horario adaptado de la actora, la misma sale como muy tarde, dos días a la semana, a las 20,40 horas. Añade que el propio Informe de la ITSS, aunque por un lado señala que no se garantizó de forma específica la protección de la trabajadora en lo relativo al horario diurno, reconoce por otro lado que, adaptar todavía más sus horarios afectaría al resto del profesorado y al alumnado. Que, en definitiva, concluye, la adaptación impuesta por la resolución recurrida implica una carga desproporcionada.

El recurso ha sido impugnado de contrario, alegando la trabajadora que no se ha acreditado que no se pueda conceder a la misma un horario diurno, sin modificar el horario de todos los alumnos ni tampoco que la medida resulte excesiva. Que la actora nunca pidió un horario concreto, sino tan solo que se respetasen sus condiciones físicas y funcionales, como se desprende del Informe del Servicio de Prevención y que, tampoco pidió un puesto *ad hoc*, sino que simplemente pidió que se cumpliera la normativa de Prevención de Riesgos laborales.

SEGUNDO.- 1.La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 21.1 (LA LEY 12415/2007) establece: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

2.La Directiva 2000/78/CE (LA LEY 10544/2000) relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en su preámbulo, en orden al concepto de "ajustes razonables", que abordaremos más adelante, destacamos los siguientes "considerandos":

«(16) La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad.

(17) La presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.[...]

(20) Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.

(21) Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.»

3.En cuanto al propio texto normativo de la Directiva, cabe destacar los siguientes preceptos fundamentales:

-artículo 1, "Objeto": «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.»

-artículo 2, "Concepto de discriminación": 1.A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda[n] ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o

con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.»

-artículo 5, "Ajustes razonables para las personas con discapacidad»: «A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.»

4.-La Convención de las Naciones Unidas (en lo sucesivo, "la Convención") sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la Organización de Naciones Unidas, fue ratificada por la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (LA LEY 26069/2009) y, como veremos, tiene una importancia capital en la evolución del jurisprudencial de "discapacidad" a cargo del TJUE, dada la ausencia de definición normativa en la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000). En la letra e) de su preámbulo se reconoce «.. que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

En su art. 2, sobre «Definiciones», se define la "discriminación por motivos de discapacidad" como cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables; Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;"

5.-El art. 6.1 a) de la Ley 15/2022, de 15 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación establece que «la discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

Se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad. A tal efecto, se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos».

6.En el presente caso, no es objeto de discusión el hecho de que la parte actora es una persona trabajadora afecta de una discapacidad; de hecho, tiene reconocida un grado de discapacidad del 35% de tipo sensorial de forma definitiva desde el año 2009. Tampoco se discuten el tipo y naturaleza de los ajustes razonables en virtud de los cuáles la misma podría seguir ejerciendo su trabajo. Los ajustes razonables que pide y necesita son: uno, realizar su trabajo en horario diurno, de modo que no salga o entre en el centro de noche; dos, un horario continuado, de manera que no tenga que ir al centro varias veces en el mismo día; tres, una buena iluminación (hecho probado tercero); y, cuatro, no realizar guardias de recreo.

7.La dirección del centro adaptó su horario de modo que tres días a la semana (lunes, martes y viernes), entra a las 8,45 horas y, otros dos (miércoles y jueves), sale a las 20,40 horas. La sentencia declara probado, sin embargo (hecho probado séptimo), que no se garantizó la entrada y salida en horario diurno ni una buena iluminación a

primera hora de la mañana ni a última de la tarde; tampoco las guardias de recreo, ya que la única medida cumplida fue la de un horario continuado, sin tener que acudir al centro más de una vez al día.

8.El Servicio de Prevención emitió Informe en el sentido de que debe adaptarse en la medida de lo posible su jornada laboral en horario diurno (folio 69).

9.La ITSS emitió informe en el sentido de que la empresa no había cumplido con "todas las medidas previstas en el dictamen emitido por el servicio de prevención ajeno en el mes de noviembre de 2023, en concreto, las relativas a horario diurno y guardias de recreo".

Asimismo, la ITSS señala que es posible adaptar sus horarios de entrada y salida, pero añade que, «para lo que queda de curso (folio 87, reverso), ello afectaría a los horarios de trabajo del resto de profesores así como a los horarios de los alumnos. Aporta dos soluciones: una, contratar a otro profesor, pero con la consecuencia de reducir las horas lectivas de la trabajadora, que son 18 horas, con la consiguiente reducción de salario y, dos, que entonces la misma materia o asignatura sería impartida por dos personas diferentes, lo que desde un punto de vista pedagógico podría ser contraproducente para los alumnos.

10.La sentencia ha condenado a adaptar la jornada a un horario diurno que permita entrar y salir del centro siendo de día y a que no realice guardias de recreo. La recurrente impugna la sentencia en relación exclusivamente a esa adaptación a un horario íntegramente diurno, por entender que esta obligación excede de un ajuste razonable, sin que cuestione otras medidas impuestas como es la de no realizar guardias de recreo.

11.La cuestión pues a dilucidar es si los ajustes razonables impuestos por la sentencia en orden a la realización de un horario exclusivamente diurno son desproporcionados o indebidos como postula la recurrente, de manera que la trabajadora entre y salga del centro siendo de día, lo que es notorio que no sucede durante la mayor parte del curso, al entrar a las 8,45 horas tres días a la semana y, salir, dos días, a las 20,40. Cabe recordar que, en Galicia, amanece más tarde que en el resto de la península ibérica, hecho este notorio para esta Sala, ya que desde principios de septiembre a finales de abril, amanece alrededor de las 8 de la mañana y, de mantener ese horario de entrada, no lo haría a plena luz del día, incluso, en los meses de enero y febrero, que amanece casi a las 9 de la mañana, lo haría de noche. Lo mismo sucede con el horario de salida, a las 20,40 horas, el que implica salir prácticamente durante todo el curso, de noche.

TERCERO.- 1.De la definición que antes transcribimos del art. 5 de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000) comprobamos que las medidas de ajuste se arbitran como una obligación dirigida a los empresarios, según la cual deberán realizarse estos ajustes razonables a fin de cumplir con el principio de igualdad de trato de este colectivo. Los ajustes razonables son definidos como la adopción de las medidas adecuadas para que las personas con discapacidad puedan acceder al empleo, tomar parte en el mismo, realizar formación o progresar profesionalmente. No obstante, el empresario quedará eximido de su cumplimiento en aquellos supuestos en los que la adopción de las medidas suponga una carga excesiva, circunstancia esta que no se producirá cuando la actuación empresarial sea paliada en grado suficiente mediante medidas existente en el Estado Miembro. Se trata, en definitiva, de una obligación empresarial autónoma, con entidad propia, incardinada dentro de la tutela antidiscriminatoria, que debe diferenciarse de la tutela preventiva en materia de salud y seguridad en el trabajo que dimana de la Directiva 89/391 (LA LEY 3736/1989), que opera en una esfera de protección distinta.

2.Con relación a esta cuestión, la STJUE 11.4.13 (LA LEY 23506/2013) Ring (HK Danmark), C335/11, responde a la cuestión formulada por el tribunal promotor danés sobre si la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere el art. 5 de la Directiva. La sentencia considera que del vigésimo considerando de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000) no se desprende que el legislador de la Unión haya pretendido limitar el concepto de «pautas de [tiempo de] trabajo» para excluir de éste el ajuste de los horarios, en particular la posibilidad de que las personas discapacitadas que no tienen o han perdido la capacidad de trabajar a tiempo completo efectúen su trabajo a tiempo parcial (considerando 51-52), de lo que se infiere que el TJUE preconiza una definición amplia del concepto de «ajuste razonable». De este modo, a juicio del TJUE, no cabe excluir que una disminución del tiempo de trabajo pueda constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere el artículo 5 de la Directiva, en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo. Por otro lado, en su considerando 58, la misma sentencia concluye que incumbe al juez nacional apreciar si la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone

una carga excesiva para los empleadores, valorando, particularmente, los costes financieros y, de otro tipo, que esta medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

3.En la más reciente STJUE de 11.9.19, DW Nobel Plásticos, (C-397/18 (LA LEY 127389/2019)), en relación a una «trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo», se aborda el tema de los ajustes razonables y se indica que corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si estas adaptaciones fueron suficientes para ser consideradas ajustes razonables en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000), teniendo en cuenta el conjunto de los elementos de que dispone, entre los que podría figurar el informe de la Inspección de Trabajo al que se hace referencia en su auto de remisión (apartado 28 de la sentencia).

4.En ese sentido, el Servicio de Prevención emitió Informe en el sentido de que debe adaptarse en la medida de lo posible su jornada laboral en horario diurno (folio 69) y la ITSS también emitió informe en el sentido de que la empresa no había cumplido con "todas las medidas previstas en el dictamen emitido por el servicio de prevención ajeno en el mes de noviembre de 2023, en concreto, las relativas a horario diurno".

La ITSS ha señalado, además, que el cambio de horario a los efectos de hacerlos coincidir con horarios diurnos en el sentido de que la trabajadora entre y salga del centro siendo de día es posible, aunque haya añadido que, "para lo que queda de curso", ello afectaría a los horarios de trabajo del resto de profesores así como a los horarios de los alumnos. Aporta dos soluciones: una, contratar a otro profesor, con la consecuencia de reducir las horas lectivas de la trabajadora, que son 18 horas, con la consiguiente reducción de salario y, dos, que la misma materia o asignatura sería impartida por dos personas diferentes, lo que desde un punto de vista pedagógico podría ser contraproducente para los alumnos.

La trabajadora no pidió un concreto horario, tan solo pidió que haya luz cuando entre y salga del centro. La propia demandada admite que los horarios del instituto son extensos, pues la primera clase de la mañana comienza a las 8,45 horas, siendo que el horario de mañana se prolonga hasta las 14,25 horas, para empezar de nuevo a las 16,20 horas (además la recurrente admite que el centro imparte clases más allá de las 22,00 horas), de modo que esa amplitud de tiempo en el que discurren las clases permite afirmar que la adaptación de los horarios a los efectos de que la trabajadora pueda entrar un poco más tarde o, salir antes, es factible sin que ello suponga una carga excesiva para el centro.

La demandada conoció antes de iniciar el curso académico la petición de la trabajadora, de modo que en ese momento la necesaria adaptación era menos gravosa que lo fue después cuando, ya iniciado el curso, la adopción de las medidas en cuestión chocaban con el horario del resto de trabajadores y de los alumnos, como afirma la ITSS. En ese sentido, la posible solución de la ITSS, que pasa por una reducción de la carga lectiva de la actora para contratar otro profesor, es solo "para lo que queda de curso", es decir, una solución provocada por la inacción del centro, lo que impide que pueda valorarse como desproporcionado o indebido. La ITSS admite que era y es posible un ajuste de los horarios a los efectos de adaptar la jornada de la trabajadora a sus limitaciones físicas. Es la falta de adopción de esos ajustes en tiempo y forma lo que ha provocado que las mismas medidas de ajuste sean ahora más gravosas, pues de haber elaborado horarios a principio de curso podrían haberse previsto estas circunstancias, teniendo en cuenta además el elevado número de profesores existente en el centro y la amplitud del horario del centro. No cabe olvidar que los calendarios son elaborados por un programa informático denominado "Peña Lara", como también pone de manifiesto la ITSS, sin que conste qué grado de control o intervención humana están previstos para evitar resultados que no tengan en cuenta una situación de discapacidad como la presente.

5.La Jurisprudencia constitucional (SSTC 3/18 (LA LEY 1130/2018), 172/21 (LA LEY 191296/2021)) ha sentado la siguiente doctrina: «La discapacidad constituye una circunstancia personal que el artículo 14 CE (LA LEY 2500/1978) protege contra cualquier forma de discriminación ... Las medidas que se instrumentan para procurar la igualdad de oportunidades y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas de acción positiva, tienen una estrecha conexión con el mandato contenido en el artículo 9.2 CE (LA LEY 2500/1978) y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE (LA LEY 2500/1978) que, sin reconocer derechos fundamentales, ordena a los poderes públicos realizar una política de integración de las personas con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas, que les ampare 'especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos...

La aplicación de la cláusula del artículo 10.2 CE (LA LEY 2500/1978) conlleva que, en este tipo de casos, el tribunal otorgue especial relevancia exegética a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (LA LEY 14088/2006), de 13 de diciembre de 2006, ratificada el 23 de noviembre de 2007, y cuya entrada en vigor para España se produjo el 3 de mayo de 2008. La Convención protege en su artículo 1 a quienes 'tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás'. Y proscribire en su artículo 2 la 'discriminación por motivo de discapacidad', ante 'cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables'; señalando el artículo 5.3 que los Estados parte 'adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables'».

6. En suma, debemos concluir que la empleadora pudo y debió establecer medidas de ajuste a principios de curso, lo que hubiera impedido que las medidas ahora pedidas en demanda resultaran más gravosas una vez establecidos los horarios del resto de profesores y alumnos, lo que ha supuesto, por tanto, una discriminación por razón de su discapacidad, lo que se produce tanto si se acredita un propósito de causar perjuicio a la persona por el mero hecho de ser discapacitada, como si se constata que se ha producido un resultado (el 'efecto', en palabras del art. 2) debido a la acción de un responsable, que causa la 'distinción, exclusión o restricción' de alguno de los derechos de quien es discapacitado, sin que tenga que concurrir la afectación de ninguna otra circunstancia personal. De allí, la importancia que la propia Convención confiere a quien tiene a su cargo el evitar esas barreras restrictivas, de emplear los 'ajustes razonables' que eviten el resultado discriminatorio, esto es, 'las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales'.

En atención a lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, confirmando la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos, incluido el importe establecido en concepto de indemnización de daños y perjuicios que no ha sido discutido en el recurso, siendo que, además, la cuantificación de los daños corresponde al Juez de Instancia siendo solo revisable en los casos en que resulte manifiestamente arbitraria, irrazonable o desproporcionada (SSTS de 5/2/2013, Rec. 89/2012 (LA LEY 11367/2013); 17/06/14, Rec. 157/13 (LA LEY 107502/2014)).

CUARTO.- Conforme al art. 235 de la LRJS (LA LEY 19110/2011), procede imponer las costas del recurso a la parte recurrente vencida en el mismo, las que comprenderán los honorarios de la letrada impugnante del mismo por importe de 500 euros.

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada de la Xunta de Galicia contra la Sentencia de fecha 28 de febrero de 2024, dictada por el Juzgado de lo Social núm. dos de los de Santiago, en proceso sobre derechos fundamentales promovido por doña Fernanda frente a la Consellería de Cultura, Educación, Formación Profesional y Universidades de la Xunta de Galicia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Procede imponer las costas del recurso a la parte recurrente vencida en el mismo, las que comprenderán los honorarios de la letrada impugnante del mismo por importe de 500 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó

bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 **0000 80 ó 37**** ++**).

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.