



Roj: **STSJ GAL 3362/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:3362**

Id Cendoj: **15030340012019102294**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **28/05/2019**

Nº de Recurso: **1492/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA -SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO-RMR

-

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 36057 44 4 2018 0001670

Equipo/usuario: MM

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001492 /2019

Procedimiento origen: DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 0000332 /2018

RECURRENTE/S D/ña Angelica

ABOGADO/A: JAVIER DE COMINGES CACERES

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: DIRECCION001

ABOGADO/A: FRANCISCO EUGENIO PAZOS PESADO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMA. SRA. D^a ROSA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

ILMO. SR. D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

ILMA. SRA. D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS

A CORUÑA, A VEINTIOCHO DE MAYO DE DOS MIL DIECINUEVE.

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 ,

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 0001492 /2019, formalizado por el LETRADO D. JAVIER DE COMINGES CACERES, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE D/Dª Angelica , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de DIRECCION000 en el procedimiento DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 0000332/2018, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Angelica presentó demanda contra DIRECCION001 , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha treinta de noviembre de dos mil dieciocho.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

" PRIMERO .- Doña Angelica presta servicios para DIRECCION001 desde el 1 de junio de 2010 a través de un contrato a tiempo parcial indefinido y nivel profesional 4.- Tiene una hija nacida el NUM000 de 2012. -

SEGUNDO.- La demandante interesó en 2015 reducción de jornada por cuidado de hijo, acogiéndose al Acuerdo sobre sistema de organización en casos de reducción de jornada, pasando del turno fijo de noche a turno fijo de 12 a 16 horas.- Desde el 15 de junio al 15 de septiembre de 2018 se acogió a una excedencia de verano.-

TERCERO.- La hija de la demandante está escolarizada en el colegio DIRECCION002 de DIRECCION000 , y tenía un horario en el último curso de educación infantil de 9 a 14 horas. - El marido de la demandante trabaja en una empresa de instalaciones eléctricas con un horario de lunes a viernes de 8.30 a 13.30 horas y de 15 a 18 horas. - **CUARTO.-** DIRECCION001 y el comité de empresa firmaron un Acuerdo sobre sistemas de organización en casos de reducción de jornada el 15 de enero de 2019, en el que se establecía un sistema de organización del tiempo de trabajo para canalizar las peticiones de reducción de jornada, en el que se establecen una serie de opciones que se dan por reproducidas, en turnos rotativos y semirrotativos, con presencia diaria de cuatro o seis horas. Por lo que aquí interesa, en este acuerdo se establece:

T - TURNO ENTRANTE DE MAÑANA

b.- Establecimiento de 3 turnos semirrotativos con TARDE

relevo a las 12 y a las 16 horas, según el siguiente

esquema: MAÑANA

ENT SAL ENT SAL ENT SAL

T SEMANA 6 12 12 16 16 22

A 1 OPERARIO A OPERARIO AB OPERARIO B

B 2 OPERARIO B OPERARIO AB OPERARIO A

A 3 OPERARIO A OPERARIO AB OPERARIO B

B 4 OPERARIO B OPERARIO AB OPERARIO A

A 5 OPERARIO A OPERARIO AB OPERARIO B

SÉPTIMO.- CONDICIONES GENERALES PARA AMBOS SISTEMAS.

La incorporación a alguno de los sistemas de organización de la jornada anteriormente señalados tendrá carácter voluntario y se realizará a petición del trabajador, pudiendo renunciar a la aplicación de este sistema mediante comunicación con 30 días de antelación a su fecha de efectos...".

QUINTO.- Este Acuerdo fue impugnado por el sindicato CIG, obteniendo sentencia desestimatoria de fecha 23 de julio de 2018 del Juzgado de lo Social número 1 de esta ciudad , actualmente pendiente de recurso de suplicación.- **SEXTO.-** La demandante interesó en marzo de 2018 que su horario se fijara de 10 a 14 horas de lunes a viernes, en aplicación de los artículos 34 y 37 del Estatuto de los Trabajadores .

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



"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por Doña Angelica , debo absolver y absuelvo a la empresa DIRECCION001 , de todos los pedimentos formulados en su contra".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Dña. Angelica interpone en su día demanda contra la empresa DIRECCION001 solicitando que el horario de la jornada reducida que viene realizando se fije entre las 10 y las 14 horas de lunes a viernes.

La sentencia de instancia da cuenta de que la actora interesa en el año 2015 una reducción de jornada por cuidado de hijos acogiéndose al acuerdo que existe en la empresa sobre el sistema de organización en casos de reducción de jornada, pasando del turno fijo de noche a turno fijo de 12 a 16 horas. También relata que en marzo de 2018 interesa que su horario se fije de 10 a 14 horas de lunes a viernes en aplicación de los artículos 34 y 37 del ET , petición que es rechazada por la empresa, y que motiva las presentes actuaciones.

La sentencia, tras reconocer que el hecho de haberse sometido por primera vez, en el año 2015, a un turno determinado (fijo de 12 a 16) no impide que solicite ahora otro cambio de turno , rechaza la pretensión de la actora argumentando que desde una perspectiva material, la práctica de la prueba no ha revelado la imposibilidad de acudir a otros mecanismos, y no ha ratificado la necesidad imperiosa para adecuar las condiciones familiares y laborales, de aceptar el horario propuesto por la trabajadora . Porque el abanico probatorio que se ofrece es insuficiente: no se acredita el horario actual de la hija, pues se aporta el de educación infantil en abril, pero ahora , por su edad cursa ya primero de primaria, otra etapa educativa con otras exigencias y otros horarios; tampoco se arroja luz sobre otros elementos importantes en la vida familiar y escolar, tales como la ayuda de abuelos o de terceras personas, las posibilidades de comedor en el colegio actividades extraescolares, aula de recoger; por último tampoco se prueba que el horario actual de la demandante, en relación con el de su marido, sea especialmente desventajoso para conseguir no solo estar con la niña, sino la pareja y la familia completa junta, disfrutando de tiempo en común .

Frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora y formula recurso de suplicación en el que solicita que, previa estimación del mismo, se dicte nueva sentencia por la que se revoque parcialmente la de instancia y se declare el derecho de la actora a reducir su jornada por hijo a cargo, pasando a realizar el horario señalado en el hecho segundo de la demanda : de lunes a viernes de 10:00 a 14:00 horas , condenando a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración y a modificar su jornada diaria.

No nos consta que el recurso hubiera sido impugnado por la empresa.

SEGUNDO - En su primer motivo de recurso, y al amparo del art. 193 b) de la LRJS , la recurrente solicita varias modificaciones fácticas , pretensiones que examinaremos partiendo de la base de que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser- SSTC 18/1993 (RTC 1993\18) , 294/1993 (RTC 1993\294) y 93/1997 (RTC 1997\93)- de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada en autos. Tal naturaleza se plasma en el art. 193 de la LRJS cuya regulación evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba, al incluir también la conducta de las partes en el proceso: STS 12/06/75 , para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 316 , 326 , 348 y 376 LEC , así como el art. 97.2 LRJS . Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado a quo es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho precisamente para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez "a quo".

Esta naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación a la que hemos hecho referencia anteriormente supone que los hechos declarados como probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación si concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;
- b) Que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal



naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas. Así las cosas a los efectos modificativos del relato de hechos siempre sean rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente hasta el punto de que -precisamente- se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 03/03/00 R. 499/00 , 14/04/00 R. 1077/00 , 15/04/00 R. 1015/97 entre otras)

- c) Que carecen de toda virtualidad revisoria las pruebas de interrogatorio de parte y testifical.
- d) Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada-vinculadamente- por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba, por lo que -salvo los efectos de la litispendencia y cosa juzgada-no trascienden a procesos ajenos las declaraciones fácticas llevadas a cabo en una determinada sentencia
- e) Que el recurrente ha de ofrecer el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;
- f) Que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;
- g) Que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Partiendo de tales premisas, y como antes indicamos, hemos de resolver lo siguiente con respecto a cada una de las revisiones solicitadas:

Con respecto al **hecho probado tercero** solicita que se añada la parte que resalta en negrilla en la redacción que propone y que quede redactado con el siguiente contenido:

"La hija de la demandante está escolarizada en el Colegio DIRECCION002 de DIRECCION000 , y tenía un horario en el último curso de educación infantil de 9 a 14 horas.

El horario de la escuela es de lunes a viernes de 9:00 a 14:00 horas.

*El marido de la demandante trabaja en una empresa de instalaciones eléctricas con un horario de lunes a viernes de 8:30 a 13:30 y de 15:00 a 18 horas. **Consta en su nómina que tiene una antigüedad como Peón Electricista en su empresa desde el 30/10/2017** .*

Apoya el primer añadido en el certificado emitido por el CEIP DIRECCION002 obrante en el folio 52; y el segundo añadido en la nómina del padre de la menor obrante al folio 54. Justifica la relevancia de la modificación en acreditar el horario escolar de la menor, y el de trabajo del padre de ésta.

Se admiten ambas modificaciones por resultar de la lectura literal de los documentos a los que se remite la recurrente, y de los que efectivamente resulta que el horario de todo el centro es de 9:00 a 14:00 sin que conste que dicho documento hubiera sido discutido por la empresa, y sin que tampoco conste que la empresa hubiera discutido el horario de escolarización de la menor. También resulta de la lectura de la nómina que la antigüedad del padre de la menor en la empresa es del 30 de octubre de 2017.

Asimismo, se aprecia que la modificación propuesta es relevante para resolver el recurso que nos ocupa.

Con respecto al **hecho probado cuarto** solicita que se corrija la fecha del acuerdo (2009 en vez de 2019) y que se añada otro párrafo en relación con una serie de turnos, y quede redactado con el siguiente contenido:

" DIRECCION001 . y el comité de empresa firmaron un Acuerdo sobre sistemas de organización en casos de reducción de jornada el 15 de enero de 2009, en el que se establecía un sistema de organización del tiempo de trabajo para canalizar las peticiones de reducción de jornada, en el que se establecía una serie de opciones que se dan por reproducidas, en turnos rotativos y semirrotativos, con presencia diaria de cuatro o seis horas.

Por lo que aquí interesa, en este acuerdo se establece:

A.-Establecimiento de 4 turnos rotativos con relevo a las 10, a las 14 y a las 18 horas según el siguiente esquema:

ENT SAL ENT SAL ENT SAL ENT SAL

T SEMANA 6 10 10 14 14 18 18 22

A 1 OPERARIO A1 OPERARIO A2 OPERARIO B1 OPERARIO B2

B 2 OPERARIO B1 OPERARIO B2 OPERARIO A1 OPERARIO A2



A 3 OPERARIO A2 OPERARIO A1 OPERARIO B2 OPERARIO B1
B 3 OPERARIO B2 OPERARIO B1 OPERARIO A2 OPERARIO A1
A 5 OPERARIO A1 OPERARIO A2 OPERARIO B1 OPERARIO B2

B.- Establecimiento de 3 turnos semirrotativos con relevo a las 12 y a las 16 horas, según el siguiente esquema:

ENT SAL ENT SAL ENT SAL

T SEMANA 6 12 12 16 16 22

A 1 OPERARIO A OPERARIO AB OPERARIO B

B 2 OPERARIO B OPERARIO AB OPERARIO A

A 3 OPERARIO A OPERARIO AB OPERARIO B

B 4 OPERARIO B OPERARIO AB OPERARIO A

A 5 OPERARIO A OPERARIO AB OPERARIO B

SEPTIMO.- CONDICIONES GENERALES DE AMBOS SISTEMAS.

La incorporación a alguno de los sistemas de organización de la jornada anteriormente señalados tendrá carácter voluntario y se realizará a petición del trabajador, pudiendo renunciar a la aplicación de este sistema mediante comunicación con 30 días de antelación a su fecha de efectos. "

Apoya la modificación en el Acuerdo del año 2009 aportado a los autos en el folio 117.

Justifica la relevancia de la misma en que con ello se acredita que existe turnos de trabajo en el sistema a) del acuerdo que se encuadran en el horario que solicita la actora, que sería de 10:00 a 14:00 horas (en la actualidad está haciendo una jornada de 12:00 a 16:00).

De nuevo se admite la modificación por resultar, la adición que se propone, una transcripción literal del documento al que se remite la recurrente.

Igualmente se aprecia que la modificación propuesta es relevante para resolver el recurso que nos ocupa.

Finalmente solicita la adición de un nuevo **hecho probado**, que sería el **séptimo**, con el siguiente contenido:

"Conforme la información económica 1º Trimestre del 2018, aportado por la empresa a la representación de los trabajadores conforme al artículo 64.1 del Estatuto de los Trabajadores en un cuanto al personal horario (en fábrica) hay 4.519 trabajadores y 35 reducciones de jornada, dentro de la plantilla hay 1.131 contratos tiempo completo con variabilidad de la jornada y 1.048 trabajadores a tiempo parcial (folio 78 de autos).

En el certificado elaborado por la empresa el 12/11/18 señala que a fecha 31/10/18 consta que: de un total de 5.857 trabajadores que componen la plantilla; 4.387 cuentan con una edad comprendida entre los 20 y 45 años. De estos trabajadores, 987 son mujeres con una edad media de 38 años, y 3.400 son hombres con una edad media de 38 años.

De los 4.970 trabajadores cuyo puesto de trabajo está vinculado al sistema productivo, 3.202 trabajadores desarrollan su jornada laboral en los turnos rotativos de mañana y tarde 64,43%, 1.008 trabajadores en turno especial de noche (20,38%) y 760 trabajadores en turno especial de fin de semana (15,29%)"

Apoya la redacción en el documento obrante en el folio 78 de los autos (situación de la plantilla a fecha 31/3/2018) y en el folio 114 (certificación efectuada por la empresa), justificando la relevancia en que la sentencia de instancia no entra a valorar si la parte empresarial tendría algún perjuicio o dificultad relevante para poder concretarla reducción de jornada de la trabajadora en el horario solicitado; en el escaso número de trabajadores de la empresa que disfrutaban de la reducción de jornada, y en la infrarrepresentación femenina en la empresa.

De nuevo se admite la modificación por resultar la redacción propuesta de la lectura de los documentos a los que se remite la recurrente, sin necesidad de efectuar una interpretación o valoración de los mismos, y se aprecia, igualmente, la relevancia de tal adición para resolver el recurso que nos ocupa.

TERCERO .- En el siguiente motivo de recurso, y al amparo del art. 193 c) de la LRJS la recurrente alega que la sentencia de instancia infringe normas sustantivas que concreta en los artículos 37.6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 14 de la CE.

La recurrente discrepa de la decisión judicial de instancia señalando que el derecho ejercitado por la trabajadora es de carácter individual por lo que no tiene porqué acreditar la imposibilidad de acudir a otros



mecanismos para conciliar la vida laboral y familiar, sin que tampoco tenga porque probar que los abuelo, marido u otra persona no pueda hacerse cargo de la menor, o que pueda ir o no al comedor del centro donde está escolarizada o efectuar actividades extraescolares.

Añade que la concreción horaria le corresponde al trabajador, y que la empresa, por su parte, no ha aportado ninguna prueba que justifique la dificultad que le provocaría la jornada pedida por la actora o que sea imposible tal concreción. Incide en la realidad social actual de la que se evidencia que la mayoría de los progenitores que solicitan la reducción de jornada por cuidado de hijos son las féminas, por lo que la denegación del derecho solicitado implica una vulneración de art. 14 de la CE a través de una discriminación indirecta.

Para resolver la cuestión planteada hemos de tener en consideración las siguientes pautas:

1.- La regulación legal aplicable al caso.

La misma se contiene en los preceptos citados por la recurrente y que para el caso que nos ocupa (concreción de jornada ya que nadie discute el derecho de la actora a seguir disfrutando de su derecho a la reducción de jornada de la que disfruta desde el año 2015), se concentra en:

Art 37.6 ET " Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella..." Las reducciones de jornada contempladas en este apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa."

Art. 37.7 del ET La concreción horaria y la determinación de los permisos y reducciones de jornada, previstos en los apartados 4, 5 y 6, corresponderán a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la persona trabajadora y las necesidades productivas y organizativas de las empresas.

Art. 34.8 del ET . Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social

2.- La forma en que debe ser interpretados dichos preceptos no solo desde el punto de vista de legalidad ordinaria, sino también desde el punto de vista de la legalidad constitucional.

En este punto no solo por la justificada invocación que realiza la recurrente del art. 14 de la CE -dada la amplísima mayoría de mujeres trabajadoras que solicitan su reducción de jornada para cuidado de sus hijos frente a los hombres trabajadores que ejercitan tal derecho- lo que nos lleva a la obligación de interpretar la normativa legal bajo los parámetros del art. 4 de la LOIEMH 3/2007 de 22 de marzo, sino también por la



importantísima sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 cuya doctrina establece que las resoluciones judiciales, en esta materia, no pueden quedarse en el mero marco de la legalidad ordinaria y la interpretación literal de la norma, sino que ha de ponderar todas las circunstancias concurrentes en concreto la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma.

En concreto señala: *El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo "no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado" (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5 ; y 92/2005, de 18 de abril, FJ 5).*

La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego.

Dado que esta valoración de las circunstancias concretas no se ha realizado, debemos concluir que no ha sido debidamente tutelado por el órgano judicial el derecho fundamental de la trabajadora.

La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con nuestra doctrina."

El contenido de tan importante resolución, y las pautas interpretativas que en ella se fijan, permite concluir, sin ningún lugar a dudas - como antes indicamos- que cuando que los juzgados y tribunales ordinarios nos enfrentamos a un supuesto como el presente, no podemos situarnos exclusivamente en el ámbito de la legalidad ordinaria, sino que hemos de tratar de ponderar y valorar el derecho fundamental en juego, y que la dimensión constitucional de todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde el mandato de la protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), pautas que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Partiendo de estas premisas se puede concluir, en muy grandes líneas que:

a) No se puede establecer soluciones generales aplicables de forma indistinta a todos los casos, sino que ha de estarse necesariamente al caso concreto, ponderándose los distintos intereses en juego,

b) Que cuando se trata reducción de jornada, con concreción horaria dentro de la jornada ordinaria, sin que implique un cambio de turnos o de días de prestación de servicio, estamos ante un derecho personalísimo del trabajador correspondiéndole a éste fijar la concreción horaria.

c) Pero si se trata de una reducción de jornada, que implique una modificación, bien en el sistema de turnos o en el del número de días de prestación de servicios no le corresponde automáticamente a la trabajadora tal concreción, sino que han de ponderarse las circunstancias concurrentes, ya que de no hacerlo, y directamente negar la reducción de jornada propuesta por la trabajadora por no ser conforme a la legalidad ordinaria, sin entrar a ponderar y valorar los derechos en juego supone una vulneración al derecho a la no discriminación por razón de sexo.



Y así lo ha venido entendiendo esta Sala de Suplicación ya desde hace años, pudiendo citarse a tal efecto la STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2009 que nos recuerda que " *no debemos de olvidar que, como norma general, es a los/as trabajadores/as a quienes se les atribuye la facultad de concreción horaria del derecho a la reducción de jornada - STS de 16.6.1995, RCU 3849/1994 -, salvo ausencia de buena fe y/o causa empresarial probada, lo que, como se deriva de una lectura amplia de actuaciones, no acaece en el caso de autos tanto porque la trabajadora demandante ha aportado prueba suficiente como para considerar su actuación de buena fe en relación con sus circunstancias familiares - conveniencia médica de regularidad de los horarios de la hija de la trabajadora, folio 9, y horario de la guardería, folio 10-, como porque la empresa demandada se ha limitado a negar el derecho de la trabajadora al no considerarlo comprendido en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, lo cual, aunque en modo alguno es acreditación de mala fe -como se afirma en el recurso de suplicación de la trabajadora-, sí delata que no ha probado una causa empresarial concreta que justifique razonablemente su negativa al horario pretendido por la trabajadora más allá de un genérico alegato de necesidad de organización del trabajo en turnos sucesivos -folio 25-*

Dicha solución es, asimismo, la más acorde con la dimensión constitucional del derecho a la reducción de la jornada por motivos familiares, una dimensión constitucional que ha sido puesta de manifiesto tanto por el Tribunal Supremo - STS de 20.7.2000, RCU 3799/1999 -, como de modo más expreso por el propio Tribunal Constitucional - STC 3/2007, de 15 de enero -."

O las más recientes como la STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2017, rec 3626/2017 con cita de otras muchas de esta Sala, que en consonancia con pronunciamientos de otros Tribunales Superiores, nos recuerdan que en casos como el presente (reducción de jornada con concreción horaria) " *es al empresario al que le incumbe demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente organizativas, que le impiden su disfrute en los términos propuestos por la trabajadora; y tan solo cuando dichas razones se hayan probado, en caso de colisionar ambos derechos, será la trabajadora quien deba probar las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario*". (STSJ de Andalucía de 3 de mayo de 2018, rec 979/2018). Pero a tal efecto no son suficientes razones organizativas de carácter genérico, sino que debe indicar, de forma concreta, la imposibilidad o la importante dificultad de aceptar el nuevo horario propuesto por la trabajadora. Y así a precitada sentencia de esta Sala del TSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2017, nos da pautas interpretativas cuando dice: " *El relato fáctico no consigna las razones de tipo organizativo, técnicas o productivas (p.ej. turnos de mayor/menor actividad, existencia de turnos fijos o no de otras trabajadoras, modalidad o modalidades de horario laboral vigentes, adscripción de trabajadoras a uno u otro horario, existencia de trabajadora/s con o sin reducción de jornada, cambios en los medios o métodos de trabajo, aumento o disminución de clientela) en base a las que, únicamente, la empresa puede oponerse al ejercicio del derecho de conciliación de la demandante a la adaptación de jornada (TSJ Galicia s. 27-6-2017 /r. 30-2017, TSJ Madrid s. 19-7-2017 /r. 1182-2016), y que, por tanto, pudieran justificar su negativa a su reconocimiento que, por el contrario ahora resulta amparado por los artículos 14, 39 CE y 37 ET, en cuanto fija la prestación laboral de la actora esencialmente mientras su hijo asiste a clase y sin que tal conciliación pueda recaer en el otro progenitor de acuerdo con su circunstancialidad ya indicada. La demandada, en lugar de explicar de modo razonable su postura, se limitó a alegar un interés simple y particular (la dificultad de cubrir el turno de noche) que la trabajadora no aceptó, en cuanto, objetivamente y a simple vista, haría más gravosa su prestación laboral, pues se vería abocada a trabajar de forma única y permanente de 22 a 8 horas, con la consecuencia inevitable de quedar su descendiente menor al cuidado de sus padres/abuelos maternos, también de modo uniforme y durante el tiempo indicado, particular éste que por sí mismo no resulta admisible dado el nivel constitucional de protección del derecho interesado y, por tanto, preferente en aplicación de la doctrina transcrita en el fundamento jurídico anterior. Entendemos que la negativa de la empresa tampoco puede ampararse en el incremento de turnos de las compañeras de la demandante con igual categoría, pues tal efecto es normalmente consustancial a la reducción de jornada debatida y, de apreciarse, la impediría de forma sistemática, sin perjuicio -como indicamos- de oportuna y justificada negativa empresarial, ahora inexistente.*

3.- *Aplicación de lo dicho hasta ahora al caso concreto.*

La aplicación de todo lo dicho al caso concreto justifica la estimación de la demanda.

Por un lado la actora acredita mediante el certificado de centro de educación infantil y primaria (CEIP DIRECCION002) que el horario del centro - y no solo de los cursos de educación infantil- es de 9:00 a 14:00 horas.

Discrepamos del argumento de la sentencia de instancia cuando señala que no se acredita por la trabajadora que ese centro no tenga comedor o actividades extraescolares por dos motivos: a) entendemos que no se trata de algo que haya de acreditarse debiendo ceñirnos a lo que es simplemente el horario lectivo; b) pero de entender que es necesario tal acreditación tendría que tenerse en consideración no solo la existencia de tales servicios, sino el coste económico que ello supone para la economía familiar, ya que a diferencia de



la enseñanza, estos servicios (comedores, aulas de madrugadores, actividades extraescolares, etc) no son gratuitos, y entendemos que ello excede de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional.

También discrepamos del argumento de que tenga que acreditarse por la madre peticionaria que el padre no puede adaptar su jornada, o que no dispone de ayuda de terceros familiares (abuelos) o sin ser familiares, o que el horario peticionado sea el mejor para el disfrute de la familia en su conjunto. Se trata de un derecho personalismo de la trabajadora, así lo dice el art. 37.6 del ET cuando señala que es un derecho individual del trabajador hombre o de la trabajadora mujer, solo estableciendo una regulación específica en el que caso de que ambos progenitores presten servicios en la misma empresa, lo que no ocurre en el caso de autos. Por ello nada tiene que acreditar en relación a si su marido tiene más fácil conciliar o no. Tampoco nada tiene que acreditar en relación a si los abuelos -y mucho menos terceros ajenos a la familia- están disponibles o no. Es un hecho notorio la importancia de los abuelos en la sociedad actual, y el importante soporte que son tanto para sus hijos como para sus nietos; pero la patria potestad ,con todos los deberes y facultades que comporta le corresponde a los padres (art 154 y siguientes del Código Civil). Son los padres los que tiene que " *velar por ellos (sus hijos), tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art.154. punto 1º CC)* " y para ello necesariamente tiene que poder conciliar su vida laboral, con la personal y familiar como le permite, entre otros vías, el art.37.6 del ET . Finalmente, en lo que se refiere al disfrute de la familia del tiempo en conjunto, entendemos, de nuevo que ello excede de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional.

Por otro lado la actora también acredita que el horario solicitado es uno de los contemplados en el acuerdo de conciliación por lo que no se trata de establecer un horario de entrada y salida diferente a los fijados en dicho acuerdo.

Sin embargo , en lo que se refiere a la empresa, no existe ningún dato que permite afirmar que la petición de horario realizada por la trabajadora suponga una imposibilidad, o que admitir el mismo sea notablemente gravoso, ya que no existen datos que así lo permitan deducir del relato fáctico ; y los nuevos hechos probados, con las modificaciones que se han admitido, nos llevan a pensar lo contrario ya que existe un horario de entrada y salida como el pedido por la actora, y las reducciones de jornada dentro de la plantilla de la empresa, son mínimas.

Por todo lo dicho, y como ya hemos venido anunciando, el recurso prospera de tal forma que la actora puede disfrutar de su derecho a la reducción de jornada por hijo a cargo, pasando a realizar el horario peticionado de 10:00 a 14.00 horas, condenando a la empresa demanda a estar y pasar por dicha declaración con las consecuencia que ello supone.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación formulado por el Letrado Sr. Cominges Cáceres, actuando en nombre y representación de DÑA. Angelica contra la sentencia de fecha treinta de noviembre de dos mil dieciocho, dictada en autos 322/2018 del Juzgado de lo Social nº 2 de DIRECCION000 , seguidos a instancia de la recurrente contra la empresa DIRECCION001 . por lo que declaramos el derecho de la actora a reducir su jornada por hijo a cargo pasando a realizar el horario de lunes a viernes de 10:00 a 14:00 horas, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración, y a modificar la jornada de trabajo diario de la actora en la forma indicada.

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 35 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 35 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ