



Roj: **SJSO 3328/2019** - ECLI: **ES:JSO:2019:3328**

Id Cendoj: **07040440012019100070**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2019**

Nº de Recurso: **281/2019**

Nº de Resolución: **324/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ELENA LILLO PASTOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **JDO. DE LO SOCIAL N. 1**

PALMA DE MALLORCA

**SENTENCIA: 00324/2019**

JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO UNO

DE PALMA DE MALLORCA

PROCEDIMIENTO NÚMERO 281/2019

### **SENTENCIA**

En Palma de Mallorca, a veintiséis de julio de dos mil diecinueve.

Vistos por mí, Elena Lillo Pastor, Magistrada-Juez Titular del Juzgado de lo Social número Uno de Palma de Mallorca, los presentes autos de juicio sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral seguidos ante este Juzgado con el número 281/2019, a instancia de **D.ª Constanza**, asistida jurídicamente por el Graduado Social Sr. Rubén Uroz, contra la entidad **DIRECCION000**, asistida jurídicamente por el Letrado Sr. Félix Yagüe.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación antes indicada, mediante escrito que por turno correspondió a este Juzgado, se presentó demanda de juicio sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando que se dictara sentencia conforme a lo peticionado.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), se dispuso el traslado de la misma, mediante entrega de copia así como de los documentos acompañados, a la parte demandada, citándose a todas ellas a la celebración del acto de conciliación y juicio, que tuvo lugar el 19 del mes y año en curso.

**TERCERO.-** En el día señalado para la celebración del juicio comparecieron las partes a que se refiere el encabezamiento.

Una vez abierto el acto, se procedió por la parte demandante a ratificar el escrito de demanda presentado, si bien se desistió de la petición acumulada de indemnización por daños y perjuicios, e interesando el recibimiento del pleito a prueba. Por su parte, la representación de la empresa se opuso a lo peticionado de contrario, entendiéndose que no procede la concreción solicitada por la actora. Acordada la apertura del período probatorio, por la parte actora se propusieron, como tales medios, los siguientes: documental, aportada en el acto; por la representación de la empresa se interesó la documental obrante a las actuaciones. Todos los medios probatorios fueron admitidos, tras lo cual quedaron las actuaciones concluidas para sentencia, una vez fueron formuladas por las partes sus conclusiones.



Como diligencia final, al amparo de lo establecido en el artículo 88 de la LRJS, se acordó requerir a la parte actora la aportación de determinada documentación, diligencia ésta que fue evacuada en el sentido que es de ver a las actuaciones, dándose traslado a las partes a los efectos oportunos y quedando las actuaciones nuevamente pendientes de dictar resolución.

## HECHOS PROBADOS

1.- La demandante, D.<sup>a</sup> Constanza, con Documento Nacional de Identidad número NUM000, viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada, DIRECCION000, con categoría profesional de técnico conductor, antigüedad de 14 de octubre de 2001, y percibiendo un salario bruto mensual según Convenio.

2.- En fecha 20 de diciembre de 2018 la actora presentó ante la demandada solicitud de concreción horaria por cuidado de hijo, manifestando cuanto sigue:

*Yo, Constanza con DNI NUM000, trabajadora en ambulancias SSG en la zona de Palma, solicito el turno fijo de mañana de 6:00 a 14:00 debido a que mi pareja empieza a trabajar 12 horas diarias y los horarios de recogida de la escoleta de mi hija me son incompatibles con otro horario laboral. Si se precisa también podría reducir mi jornada laboral siempre en la hora de salida. Podría adjuntar horarios de la escoleta y los turnos de mi pareja como justificante si la empresa lo requiere. Ruego se valore mi petición. Un cordial saludo.*

Por la empresa se respondió a la citada solicitud mediante escrito en el que se comunicaba lo siguiente:

*En atención a su escrito de fecha 20 de Diciembre de 2018, en orden a su petición de turno fijo, en horario de mañana de 6:00 a 14:00h y la posible reducción de su jornada, en atención a su situación familiar actual,*

*Tenemos a bien comunicarle que no se le puede conceder, debido a que por operativa y fomento de la conciliación familiar en igualdad a todos los trabajadores de la empresa, es imposible atender su petición.*

*Sin otro particular, y rogándole consigne su enterado al pie del presente a los efectos oportunos le saluda atentamente...".*

3.- En fecha 25 de febrero de 2019 la actora presentó nueva solicitud de reducción de jornada y concreción horaria por cuidado de hijo, indicando en su solicitud cuanto a continuación se recoge:

*Mediante el presente escrito vengo a informarle de mi solicitud de reducción de jornada para el cuidado de hijo menor a cargo de acuerdo con lo previsto en el art. 37.5 del ET. (Se adjunta copia libro de familia).*

*Asimismo, indicar la concreción de la reducción a efectos organizativos, en los siguientes términos: a) En relación a la jornada mensual reducida y a la concreción horaria:*

*a. Concreción relativa a la jornada mensual: Consistirá en una reducción de 2 horas diarias de la jornada mensual que vengo desempeñando.*

*b. Concreción relativa a los días trabajados: Consistirá en trabajo desarrollado dentro de los mismos días que venía trabajando por cuadrante en la rueda horaria instaurada.*

*c. Concreción relativa al horario a realizar: Turno de 8.00h a 14.00h.*

*d. Comienzo de la REDUCCION DE JORNADA, el día 1 de marzo del 2019.*

*e. Conllevará naturalmente, la disminución proporcional de mi salario.*

*Se ruego se conteste en el plazo de 5 días naturales, sobre si se aceptará o negará la solicitada reducción. También indicar que se prorrogará semestral y automáticamente de no indicarse por esta parte lo contrario.*

La entidad demandada contestó a la anterior solicitud mediante escrito de 28 de febrero de 2019, en los siguientes términos:

*En atención a su escrito de fecha 25 de febrero de 2019, en orden a su petición de turno fijo, en horario de mañana de 8:00 a 14:00h y la posible reducción de su jornada en dos horas diarias de la jornada mensual, en atención a su situación familiar actual,*

*Tenemos a bien comunicarle que no se le puede conceder el turno fijo, debido a que por operativa y fomento de la conciliación familiar en igualdad a todos los trabajadores de la empresa, es imposible atender su petición. Pero la empresa se muestra abierta a concederle una reducción de su jornada, si es de su interés y ayuda, a su situación personal.*



*Sin otro particular, y rogándole consigne su enterado al pie del presente a los efectos oportunos le saluda atentamente...."*

4.- En fecha 26 de junio de 2019 la actora causó baja de incapacidad temporal por enfermedad común con diagnóstico de trastorno adaptativo con ansiedad.

5.- La actora es madre de una hija menor.

La menor acude a escuela infantil, cuyo horario lectivo es de 8:45 a 13:00 horas, 14:00 horas, 15:30 horas o 16:45 hora, con posibilidad de guardería matinal desde las 7:30 horas.

6.- El padre de la menor, Constancio , presta servicios en la entidad DIRECCION001 de les Illes Balears, en turnos rotatorios de día o de noche de 12 horas de duración.

El turno de noche se realiza, en función del concreto servicio asignado, en horario de 20 a 8 horas, de 20:30 a 8:30, de 19 a 7 horas o de 19 horas

El turno de día, en función del concreto servicio asignado, en horario de 8:00 a 20:00, de 8:30 a 20:30 horas, de 9:00 a 21:00 horas, de 7:00 a 19:00 horas o de 7:30 a 19:30 horas.

7.- Dispone el artículo 46 del Convenio colectivo del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia y de asistencia extrahospitalaria de las Illes Balears, dentro el Capítulo dedicado a la igualdad de oportunidades, bajo la rúbrica de "medidas de acción positiva", que "como se señala en la exposición de motivos de la LOIEMH, las acciones positivas son consideradas como instrumentos para alcanzar la igualdad real efectiva entre mujeres y hombres, para superar situaciones de constatable desigualdad fáctica, que no han podido ser corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal. Tales medidas, por su carácter excepcional, sólo por su carácter excepcional, sólo pueden ser aplicables en tanto subsistan dichas situaciones y, para respetar el derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 14 de la Constitución , habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso, que no puede ser otro que el de superar las situaciones de desigualdad de las mujeres en relación con los hombres en cada uno de los supuestos que se pretenda corregir con la aplicación de una acción positiva. Por lo tanto, en todas las empresas, con independencia del tamaño de la misma, se respetarán las medidas generales, entre otras, contenidas en el presente artículo con el objetivo de conseguir la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, así como aquellas que se incluyan en el plan de igualdad. Tales medidas irán destinadas preferentemente a las áreas de acceso al empleo, formación, clasificación y promoción profesional, condiciones retributivas, conciliación de la vida laboral, familiar y personal, etc., entre otras, podrán consistir en:

*(...) Conseguir en materia de conciliación de la vida familiar y laboral de hombres y mujeres, un mejor uso de los mismos, mediante campañas de sensibilización y difusión de los permisos retribuidos y no retribuidos, excedencias legales existentes (...)"*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los hechos anteriormente declarados probados resultan de la documental aportada el día del juicio y como diligencia final por la parte demandante, teniendo en cuenta que las circunstancias laborales de la actora reseñadas en el Hecho primero no fueron cuestionadas por las partes.

**SEGUNDO.-** Dispone el artículo 37.6 **ET** que "quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida", reducción ésta que, como indica el mismo precepto, constituye un derecho individual de los trabajadores, el cual sólo podrá ser limitado, de acuerdo con el último párrafo de este artículo 37.6, "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", en cuyo caso el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Por su parte, el apartado séptimo de este artículo prevé que "la concreción horaria y la determinación de los permisos y reducciones de jornada, previstos en los apartados 4, 5 y 6, corresponderán a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la persona trabajadora y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. La persona trabajadora, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine

en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de cuidado del lactante o la reducción de jornada"; siendo que "las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4, 5 y 6 serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social".

Pues bien, en relación con estos preceptos, la reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 12 de marzo de 2019, con cita de su anterior sentencia de 15 de diciembre de 2017, recordaba que "el derecho de conciliación del tiempo dedicado a familia y trabajo tiene un marcado componente de género que conviene recordar, tal y como se recoge expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999:

" La Constitución Española recoge en su artículo 14 el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición. En el artículo 39.1, el texto constitucional establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el artículo 9.2, atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo.

Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada.

La necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. (...)

-De otro lado, también en la Ley 3/2007, en su Exposición de Motivos recoge:

" El logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares. La regulación del acceso a bienes y servicios es objeto de atención por la Ley, conjugando los principios de libertad y autonomía contractual con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres. También se ha estimado conveniente establecer determinadas medidas de promoción de la igualdad efectiva en las empresas privadas, como las que se recogen en materia de contratación o de subvenciones públicas o en referencia a los consejos de administración.

Especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa.(...)"

El artículo 14 establece que los poderes públicos deben garantizar:

" (...) 7. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia.

El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.(...)"

Y el Artículo 44. 1º: "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. 1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio."

-La Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES recogía en sus consideraciones generales:

" (...)Considerando que la Resolución del Consejo, de 6 de diciembre de 1994, reconoce que una verdadera política de igualdad de oportunidades presupone una estrategia global e integrada que permita organizar mejor los horarios de trabajo, una mayor flexibilidad, así como una vuelta más fácil a la vida profesional, y toma nota del importante papel de los interlocutores sociales en este ámbito y en la oferta a hombres y mujeres de una posibilidad de conciliar responsabilidades profesionales y obligaciones familiares; 6. Considerando que las medidas para conciliar la vida profesional y familiar deben fomentar la introducción de nuevos modos flexibles



de organización del trabajo y del tiempo, más adaptados a las necesidades cambiantes de la sociedad y que deben tener en cuenta a la vez las necesidades de las empresas y de los trabajadores; 7. Considerando que la política familiar debe contemplarse en el contexto de los cambios demográficos, los efectos del envejecimiento de la población, el acercamiento entre generaciones y la promoción de la participación de las mujeres en la vida activa (...)"

Dicha Directiva fue derogada y sustituida por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, pero se mantienen los mismos objetivos contenidos en su predecesora.

-La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres (CEDAW) aprobada por la Asamblea General en 1979 y ratificada por España en 1.984. La propia Convención creó "el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la mujer" que examina los progresos realizados por los diferentes Estados Parte.

La Convención, en su artículo 11.1º y 2º c) dispone lo siguiente:

" 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: (...)

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: (...)

c)-Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños (...)"

-También el Convenio de la OIT nº156 "sobre los trabajadores con responsabilidades familiares" de 1981 y ratificado por España el 11 de septiembre de 1985, establece en sus arts 3 y 4 lo siguiente:

" Artículo 3: 1. Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. (...)

Artículo 4: Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para:

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

tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social."

Y más específicamente en su artículo artículo 9 : "Las disposiciones del presente Convenio podrán aplicarse por vía legislativa, convenios colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales, decisiones judiciales, o mediante una combinación de tales medidas, o de cualquier otra forma apropiada que sea conforme a la práctica nacional y tenga en cuenta las condiciones nacionales".

-El art. 8.3º de la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436, 1821), hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 y ratificada por España en Instrumento de 25 de abril de 1980, establece el derecho de las trabajadoras a protección, con el compromiso de los estados contratantes a: "A garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo". Y el art. 16 insiste en el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica.

-Tal y como se ha venido fijando por nuestro Tribunal Constitucional (TC), debiendo destacarse la reciente Sentencia 140/2018 (pleno), de 20 de diciembre de 2018 (RTC 2018, 140) (BOE 25 de enero de 2019), corresponde a los jueces y juezas, en cada caso concreto, realizar el correspondiente control de convencionalidad internacional, en el sistema español mediante la selección de derecho aplicable al supuesto controvertido, y ello debe proyectarse en la interpretación de lo dispuesto en los Tratados internacionales de aplicación. (STS 102/2002 FJ 7), así como en el análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional.

Tras la cita de esta normativa y desde la perspectiva constitucional de este derecho, la misma sentencia trae a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero, en cuya fundamentación jurídica se recoge:



" (...) reconocida la incidencia que la denegación del ejercicio de uno de los permisos parentales establecidos en la ley puede tener en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, es lo cierto que el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego(...), los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del **art. 14 CE**, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. (...)

El órgano judicial ha denegado la reducción de jornada solicitada por la trabajadora, convalidando la previa decisión denegatoria de la empresa, con base a consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que efectúa de la expresión "dentro de su jornada ordinaria" utilizada por el apartado 6 del **art. 37 LET** al referirse a la decisión de la trabajadora respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada.(...) La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del **art. 37 LET** y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo ( **art. 14 CE** ) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia ( **art. 39 CE** ), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego (...)"

E igualmente reitera dicho impacto constitucional del derecho a la conciliación laboral y familiar en su Sentencia 26/2011 de 14 de marzo de 2011 , en cuya fundamentación se insiste en la interpretación de la norma de manera más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales en juego ( arts. 14 y 39 CE ) y no de forma mecánica o formalista sino con remoción de los obstáculos impeditivos de la igualdad real o sustancial. Y así se recoge en la fundamentación jurídica:

" (...) Debemos comenzar recordando que la prohibición de discriminación por razón de sexo ( **art. 14 CE** ) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (...) De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres(...), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el **art. 9.2 CE** (...).En definitiva, la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales ( **art. 14 CE** ) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia ( **art. 39 CE** ), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento (...)" .

Finalmente, la sentencia citada, tras analizar las circunstancias concurrentes en el caso sometido a su consideración, también apunta a que "la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado, tal y como ha venido reiterando el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias (por todas, la sentencia 17/2003 de 30 de enero de 2003)".



La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 3 de mayo de 2018 también incide en esta línea, recordando que "la doctrina jurisprudencial ha venido señalando que "en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional ( artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa " ( STS 20/07/00-rcud 3799/99 -)"; indicando que "(...) en principio, la concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho del trabajador, que sólo en supuestos excepcionales ha de decaer , como en caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa" . Continúa esta sentencia argumentando que, tras citar la dictada por el Tribunal Constitucional con el número 3/2007 , "el derecho a la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de un hijo menor, y el derecho a la correlativa concreción horaria derivada del mismo, son derechos regulados en los artículos 37.5 y 6 ; **ET, 34.8 ET** en relación con el **art. 14 y 10 CE**, en cuanto el sexo y la condición familiar constituyen factores de discriminación ( SSTC 3/2007 ) y 26/2011 ) de modo que al ser un auténtico derecho social fundamental prevalece en la función resolutoria de dudas interpretativas, exigiéndonos integrar por vía interpretativa las lagunas de esta materia y de los textos restrictivos contrarios a un desarrollo efectivo de estos derechos .

Una interpretación literal del **art. 37.6 ET**, en la redacción última del precepto en que se amplía la edad del sujeto beneficiario a 12 años y se introduce la palabra "diario" que nada clarifica el ambiguo tenor anterior y que no nos ahorra del deber de ponderación de las circunstancias concurrentes que el TC encomienda al juez en esta materia de conciliación - STC 3/2007, 26/2011 y 24/2011 - favorables a un mayor margen de autodeterminación razonable de la trabajadora en el reparto del tiempo reducido de trabajo remunerado y del propio trabajo de cuidado , obviamente no remunerado, puesto que una interpretación literal de las normas controvertidas nos llevaría a negar la pretensión de la actora de ejercitar este derecho a la adaptación de jornada por motivos de conciliación por razones de eficiencia productiva, que serían las que siempre prevalecerían de no realizarse tal ponderación de circunstancias.

En este sentido, según la doctrina constitucional formulada en estas sentencias, cualquier derecho de conciliación legalmente reconocido a los trabajadores por la ley o el convenio, que sea rechazado por el empleador requiere de inmediato el análisis del juez desde la vertiente constitucional, ponderando de manera concreta y cuidada si tal negativa está revelando un obstáculo injustificado y desproporcionado a la efectividad del mismo.

Como se aprecia la última posibilidad de la pretensión aquí ejercitada es realmente controvertida, no sólo en cuanto a la posibilidad de acogerse al procedimiento especial del **art. 139 LRJS** , sino incluso a su mera posibilidad legal mediante un proceso ordinario, fruto de estas discrepancias son los variados pronunciamientos judiciales en sentido contrario.

Es dominante el criterio de que en el **art. 37.6 ET** se reconoce el derecho a una reducción de jornada con la consiguiente reducción de retribuciones; pero no comprende el cambio de horario, y por tanto de turnos, de forma unilateral, sin reducción de jornada. Así, se deniega el derecho a un horario de mañana o tarde sin reducción de jornada, en vez del horario que venían prestando, para el cuidado de un menor o de una persona con discapacidad. Si bien se introdujo una nueva posibilidad mediante la cual, a través de la negociación colectiva o mediante acuerdo con el empresario, el trabajador puede tener derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectiva la conciliación de la vida personal familiar y laboral ( **art. 34.8 ET** -modif LO 3/2007-), esto no quiere decir que se delegue sin límites en el trabajador la configuración de la jornada de trabajo ( SSTS TS 13-6-08; 18-6-08 -con voto particular-; 20-10-10 sino que el empresario deberá aceptar una negociación de buena fé, planteando cambios que faciliten el ejercicio del derecho a la conciliación por la mujer, en la que llegar a un acuerdo de adaptación. Es cierto que el **art. 34.8 ET** no da un derecho de modificación unilateral, sino un poder de negociación del mismo de buena fe, esto es, a plantear cambios con efecto útil para su interés de cuidar al menor, que el empleador negocie de buena fe -con ofertas y contrapropuestas reales-... De modo que si no lo hace, y no esgrime una razón organizativa suficiente, el **art. 34.8 ET** en relación al **art. 139 LRJS** le da mejor posición a la mujer trabajadora titular de un derecho-expectativa a la adaptación razonable del **art. 38.4 ET** . (...) En fin, sostenemos que el legislador ha fijado dos condicionantes para un uso más flexible del derecho individual. Uno de legitimación procedimental: que medie un acto de voluntad empresarial, ya sea por acuerdo colectivo o contractual. Otro de legitimación sustantiva: que ese acuerdo, colectivo o singular, asegure un equilibrio concreto entre la razón de la trabajadora y la razón de la empresa, llamando a modulaciones más limitadas y ciertas para la empresa. Ahora bien, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta la regulación procesal del **art. 139 LRJS** que responde a una orientación de política jurídica opuesta: la trabajadora tiene un poder negociador con el empleador, al margen del convenio. Aquí la trabajadora, en definitiva, solicita que su turno de trabajo sea siempre el turno de mañana, de lunes a sábado, con la reducción en su jornada de cinco horas que ya disfruta. Entendemos que al amparo de lo dispuesto en el **art. 34.8 ET** en relación con los números 5 y 6 del **art. 37 ET** , tiene derecho a modificar el turno de trabajo para hacerlo más compatible con sus responsabilidades familiares, y debiéndosele





reconocer el derecho solicitado, pues optamos por una interpretación teleológica y finalista del precepto en aras a conseguir una real y efectiva conciliación de las responsabilidades laborales y familiares, renunciando a una interpretación restrictiva y literal del mismo. La laguna legal existente debe integrarse teniendo en consideración la finalidad perseguida por el **art. 37 ET**, que no es otra sino la de conciliar la vida laboral y la vida familiar.

Sentado lo anterior, y establecido el derecho a la elección de turno, debe admitirse el derecho de la trabajadora a la concreción horaria, pues este derecho sólo en supuestos excepcionales de abuso de derecho, mala fe o manifiesto quebranto para la empresa, ha de decaer. Se debe separar el derecho a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor, del derecho a la concreción horaria, contemplando los derechos como derechos independientes lo que es cierto que en una interpretación literal difícilmente se concilia con el tenor literal de la norma, aunque sí lo haga con el espíritu de la norma interpretada a la luz de la STC 3/2007.

Sostenemos que es necesario dotar de contenido concreto a este derecho a la adaptación del tiempo de trabajo reconocido en este **art. 34.8 ET** y ello con independencia de que exista o no convenio colectivo o acuerdo individual al respecto. Y en este sentido, cabe entender que el **art. 34.8 ET** lo que configura es un poder de iniciativa del titular de este derecho a realizar, de acuerdo con el principio de buena fe, propuestas razonables de concreción de su jornada de trabajo. Este poder de iniciativa desencadenará por su parte, un proceso negociador al que queda sujeto el empresario, con el fin de buscar la adaptación del tiempo de trabajo que resulte compatible con los diferentes intereses que mantienen las partes en estos casos.

Teniendo en cuenta estas premisas y como resultado de la lectura integradora que ha de realizarse entre los preceptos controvertidos en estos supuestos - **art. 37.5** y **6** y **art. 34.8 ET** y **art. 139 LRJS** -, llegamos a la conclusión de que la trabajadora tiene reconocido en nuestro ordenamiento laboral, el derecho a una modificación de su régimen horario, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, con la única excepción de que ello resulte excesivamente gravoso para la organización de la empresa.

De esta afirmación no cabe obtener como conclusión que los trabajadores tengan ahora reconocido un derecho a la modificación unilateral de su jornada de trabajo, sino que lo que se reconoce es un derecho a proponer, a falta de normativa convencional, la adaptación de su horario de trabajo, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Al empleador le incumbe por tanto acreditar las razones de tipo organizativo por las cuales se opone a la propuesta del titular de este derecho, realizando en su caso, alternativas a esta propuesta.

Para ello el juez viene obligado, según la doctrina constitucional recogida en la conocida STC 3/2007, a ponderar todas las circunstancias concurrentes, destacando entre ellas a juicio del TC, las "dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa". Por tanto, corresponderá al empresario demostrar en estos casos, el perjuicio organizativo o/y económico que le supondría la aceptación de la concreción horaria que pretenda la trabajadora. (...)

Dadas las características de este derecho, y, más específicamente, a quien corresponde su ejercicio, es al empresario al que incumbe demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente organizativas, que le impiden su disfrute en los términos propuestos por la trabajadora pero de entrar en colisión ambos derechos es la trabajadora quien debe probar las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario.

La concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho de los trabajadores, que sólo en supuestos excepcionales ha de decaer, como ocurriría en supuestos de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa. No concurriendo ninguna de estas circunstancias, le correspondería a la trabajadora la concreción horaria resultante de la reducción de jornada".

También la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 22 de enero de 2019 apunta que "es cierto, como afirma el recurrente, que el Tribunal Supremo [ SSTS 18 de junio de 2008 (Rec. 1.625/2007 ), 20 de mayo de 2009 (Rec. 2.286/2008 ) 20 de octubre de 2010 (Rec. 3.501/2009 ) y 24 de abril de 2012, (Rec. 3.090/2011 ) ] ha negado que el **Art. 34.8 del ET** otorgue amparo legal a las reclamaciones de modificación de horario o turno de trabajo que no vayan unidas a un solicitud de jornada ex **Art. 37.5 y 37.6 del ET**, en ausencia de previsión convencional o pacto individual expreso. En concreto la STS de 18 de junio de 2008 ) justificó que una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, excede de las competencias de los órganos judiciales, al no estar comprendida en el supuesto del **Art. 37 del ET**. Además, la expresada sentencia rechazó que resulte aplicable en este caso lo dispuesto por la STC 3/2007, de 15 enero, en cuanto declaraba que para resolver los conflictos sobre el derecho de reducción de jornada "ha de prevalecer y servir de orientación para cualquier duda la dimensión constitucional de la medida contemplada en los Arts. 37.5 y 6 del **ET** (...) tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo ( **Art. 14** de la CE ) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia ( **Art. 39** de la CE )". Para descartar la aplicación de esta doctrina, el TS diferencia entre los supuestos de reducción





de jornada y horario, que cuenta con apoyo en los Arts. 37.5 y 6 del **ET** y los supuestos de petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, que carecen de apoyo legal por expresa decisión del legislador. En este sentido, entiende el TS que ni puede entrar ni dar lugar a lo pedido sin violar el principio de legalidad, "pues sería tanto como asumir los órganos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando los artículos necesarios del **ET**, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el **Art. 34 del ET** en la reciente Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres". En definitiva, insiste el Tribunal Supremo en que "la declaración del derecho del trabajador a disfrutar de un nuevo horario de trabajo" en un supuesto de "no reducción de jornada", no está incluida en el **Art. 37.6 del ET**. Apartándose de esta interpretación restrictiva del derecho a la adaptación de la jornada ex **Art. 34.8 del ET**, la STS 18 de mayo de 2016 (Rec. 198/2015), aborda la cuestión relativa a la concreción horaria en los supuestos de reducción de jornada por guarda legal, pero en este caso, teniendo en cuenta lo previsto en el convenio colectivo del sector de "contact center", aplicable al caso, y la literalidad del 37.5 tras la entrada en vigor del RD Ley 3/2012. El Tribunal Supremo articula su fundamentación en la distinción que de forma explícita realiza el convenio colectivo entre "jornada ordinaria" y "jornada diaria" para después afirmar que "la negociación colectiva está facultada para articular una regulación propia y completa (**Art. 37.7 del ET**) (...) y la ausencia de remisión a la norma estatutaria y el sentido que se deriva de la literalidad del convenio colectivo impide la pretensión de la empresa"; desde esta posición flexible y amplia, ha venido a confirmar el derecho de los trabajadores a que la concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal y por motivos familiares se disfrute, conforme al convenio colectivo, dentro de su jornada ordinaria. Por otra parte, la STS de 28 de junio de 2013 (Rec. 4.213/2011) ha superado la distinción entre los cambios de turno sin reducción de jornada y aquéllos que llevan aparejada tal reducción, afirmando que en ambos casos se está ante una discrepancia relativa al derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, afirmando que "el que la sentencia recurrida y la de instancia hayan razonado su decisión a partir de lo dispuesto en el **Art. 34.8 del ET** E en nada altera la conclusión que hemos expuesto, pues las pretensiones fundadas en el **Art. 34.8 del ETEDL** son también pretensiones de conciliación que entran en el **Art. 138 bis** en los términos ya señalados y además la argumentación de las sentencias recurridas no altera el fundamento de la pretensión, sino que se limita a realizar una interpretación sistemática, en la que el mandato del **Art. 37.6 del ET** se aclara a partir de lo que establece el **Art. 34.8 del mismo texto legal**"; doctrina reiterada en las SSTS de 16 de septiembre y 3 de diciembre de 13.

*En cualquier caso, la inaplicación de la doctrina sentada en la STC 3/2007 (RTC 2007, 3) cuando lo que se solicita es la adaptación del horario sin reducción de jornada, no es pacífica y el propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma distinta en casos muy similares de petición de cambio de turno de trabajo sin reducción de jornada.*

*Por un lado, la STC 24/2011, de 14 marzo entiende que las consideraciones efectuadas en la STC 3/2007 no son trasladables al supuesto en el que la trabajadora no solicitó a la empresa una reducción de su jornada de trabajo, sino la adscripción permanente al turno de mañana para cuidar de sus hija recién nacida. Entiende que, en contra de lo mantenido en la demanda de amparo, el legislador ha considerado conveniente condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada por motivos de conciliación, a lo que se disponga a través de la negociación colectiva o acuerdo entre los propios interesados (empresario y trabajador/a) y "tras las ponderación de intereses (el del empresario a la organización del trabajo en su empresa y el del cuidado de la familia por los trabajadores con responsabilidades familiares), se ha optado por el reconocimiento legal a la adaptación convencional de la jornada sin que ello menoscabe el derecho de conciliación o lo restrinja infundadamente".*

En la STC 26/2011, de 14 marzo 2011, por el contrario, opta por admitir la existencia de "discriminación por circunstancias familiares". En la demanda de amparo se imputaba a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo (**Art. 14 de la CE**) y a la tutela judicial efectiva (**Art. 24.1 de la CE**), por haber rechazado, mediante una interpretación restrictiva de los Arts. 36.3 y **34.8 del ET**, su pretensión de realizar en horario nocturno todas las jornadas durante el curso 2007-2008 en el centro en que presta servicios, con el fin de atender al cuidado de sus dos hijos de corta edad. Para resolver esta cuestión el Tribunal Constitucional estima que deben valorarse las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. Tras dicho examen, el Tribunal Constitucional concede el amparo solicitado al entender que no se ha tenido en cuenta hasta qué punto la pretensión del recurrente resultaba necesaria para lograr su efectiva participación en el cuidado de sus hijos de corta edad.

*Pese a esta falta de uniformidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo lo que no se puede ocultar es que, exista o no petición de reducción de jornada, resulta incuestionable que los órganos judiciales han de valorar adecuadamente la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a*



*proteger a la familia y a la infancia ( Arts. 14 y 39 de la CE ), y por ende, cuando el derecho a reducción de jornada entre en colisión con el derecho de dirección y organización empresarial, habrá que acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso, incluida la buena fe, para atribuir esa facultad a uno o a otro en vistas a facilitar la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.*

*Para ello se ha de partir de que el titular del derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo es el trabajador, pero la elección de la duración y distribución de la jornada no le corresponde a él en exclusiva, sino que es necesario el acuerdo previo con el empresario; y, en el caso de discrepancias entre las partes, la interpretación de estos derechos debe evitar soluciones ajenas a la finalidad de la norma; en otras palabras y como ha señalado la doctrina científica (de la Puebla Pinilla), "la alternativa ofrecida por el empleador no puede dejar el derecho vacío de contenido. Si no se llega a acuerdos el empresario tendrá que probar la causa organizativa que alega, explicando que "no puede encontrar un sustituto durante el preaviso o tratando de argumentar que una parte importante de la plantilla está solicitando el mismo derecho o que la función que desempeña el trabajador posee una importancia estratégica".*

Dicho esto, en el caso que es objeto de la presente resolución por la actora se pretende el reconocimiento de su derecho a reducción y concreción horaria en los términos solicitados en su escrito de 25 de febrero de 2019, esto es, una reducción de dos horas diarias de la jornada mensual y concreción horaria en horario fijo de mañana, de 8 a 14 horas. Frente a esta petición, la empresa demandada reconoce el derecho que asiste a la trabajadora a reducir su jornada, como expresamente se reconoce en la comunicación de 28 de febrero de 2019, pero entiende que no procede acceder a fijar un horario fijo, debido a que *"por operativa y fomento de la conciliación familiar en igualdad a todos los trabajadores de la empresa, es imposible atender su petición".*

Pues bien, en primer término ha de ponerse de manifiesto por esta juzgadora el carácter lacónico y absolutamente genérico de las razones esgrimidas por la empresa para denegar la solicitud de la trabajadora, limitándose a aludir, como se acaba de decir, a la *"operativa"* de la empresa y al *"fomento de la conciliación familiar en igualdad a todos los trabajadores de la empresa"*, menciones éstas que por su amplitud y falta de concreción podrían englobar prácticamente cualquier causa empresarial y justificar la denegación de todas las solicitudes formuladas por los trabajadores. Frente a lo anterior, por la parte actora se ha acreditado mediante la documental que aportada tras las diligencias finales acordadas por esta juzgadora, que su hija menor acude a una escuela con diversas horas de salida posibles, desde las 13 y hasta las 16:45 hora; así como que la pareja de la actora y padre de la menor, Constancio , presta servicios en la entidad DIRECCION001 de les Illes Balears, en turnos rotatorios de día o de noche de 12 horas de duración, siendo que el turno de noche se realiza, en función del concreto servicio asignado, en horario de 20 a 8 horas, de 20:30 a 8:30, de 19 a 7 horas o de 19 horas y el de día en horario de 8:00 a 20:00, de 8:30 a 20:30 horas, de 9:00 a 21:00 horas, de 7:00 a 19:00 horas o de 7:30 a 19:30 horas.

Por tanto, se estima por esta juzgadora que la parte demandante ha acreditado efectivamente un interés necesitado de protección para la conciliación de su vida profesional con la atención de la menor por las tardes, a la salida de la menor de la guardería, atención ésta que no puede ser cubierta por el otro progenitor considerando los turnos rotatorios de 12 horas en turnos de día o de noche. Acreditado este interés, y no apreciándose abuso alguno en la petición formulada por la actora, debe reiterarse lo que ya se ha adelantado, y es que la empresa no ha invocado circunstancia alguna concreta relativa al funcionamiento de la empresa que impida o dificulte gravemente la realización del horario propuesto por la trabajadora demandante, no habiéndose aportado justificación alguna acerca de la existencia de otros trabajadores que presten servicios en la misma franja horaria solicitada por la actora en virtud de reconocimiento de su derecho a la concreción horaria, que la plantilla de trabajadores de la empresa en esa franja se encuentre sobredimensionada en relación con la carga de trabajo de la misma o que concurra cualquier otra circunstancia que impida realizar la adaptación interesada por la actora.

En consecuencia, siendo esto así, el interés que debe protegerse es el de la menor y, por ende, el de su madre trabajadora, debiendo estimarse en su integridad la pretensión contenida en la demanda.

Por todo lo expuesto,

## FALLO

**ESTIMAR** la demanda interpuesta por D.<sup>a</sup> Constanza , contra la entidad DIRECCION000 , reconociendo a la actora su derecho a disfrutar de reducción y concreción horaria en los términos solicitados en su escrito de 25 de febrero de 2019, esto es, una reducción de dos horas diarias de la jornada mensual y concreción horaria en horario fijo de mañana, de 8 a 14 horas, **CONDENANDO** a la parte demandada a estar y pasar por la anterior declaración.



Notifíquese a las partes esta resolución, haciéndoles saber que contra la misma **no cabe RECURSO ALGUNO** , según lo dispuesto en el artículo 191.2.f ) y 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilustrísima Sra. Magistrada-Juez que la dictó, hallándose celebrado audiencia pública, en el mismo día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ