



Roj: **STSJ M 629/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:629**

Id Cendoj: **28079340062018100057**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **15/01/2018**

Nº de Recurso: **936/2017**

Nº de Resolución: **24/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

ROLLO Nº: RSU 936/17

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION

MATERIA: MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL Nº 6 DE MADRID

Autos de Origen: 846/2016

RECURRENTE/S: DOÑA Emilia

RECURRIDO/S: ZARA ESPAÑA S.A.

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a quince de enero de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON BENEDICTO CEA AYALA, DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 24

En el recurso de suplicación nº **936/17** interpuesto por el Letrado D. JOSÉ ANGEL PAREJO CAMPOS, en nombre y representación de **DOÑA Emilia** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **6** de los de MADRID, de fecha **ONCE DE ENERO DE DOS MIL DIECISIETE** , ha sido Ponente la Ilma. Sra. **DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **846/2016** del Juzgado de lo Social nº **6** de los de Madrid, se presentó demanda por **DOÑA Emilia** contra **ZARA ESPAÑA S.A.** en reclamación de **MATERIAS LABORALES**



INDIVIDUALES y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **ONCE DE ENERO DE DOS MIL DIECISIETE**, cuyo fallo es del tenor literal siguiente :

" Que desestimando la demanda interpuesta por D^a Emilia , contra la empresa ZARA ESPAÑA, S.A., debo absolver y absuelvo a dicha demandada de las pretensiones deducidas en su contra".

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO .- La demandante, D^a Emilia , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , viene prestando servicios para la empresa ZARA ESPAÑA, S.A., desde el 03/06/2006, con categoría profesional de Segunda Encargada de Sección de Caballero (actualmente denominada Comercial Caballero), en el Centro Comercial LA GAVIA de Madrid, y jornada inicialmente a tiempo completo (40 h. semanales) de Lunes a Sábado. Percibe Incentivos como Comercial de unos 400,00 €/mes.

Entre las funciones de Comercial, se encuentran:

Recepcionar el camión.

Preparar la tienda para colocar los nuevos productos.

Estar pendiente de cómo funciona la venta de cada producto.

Hacer cambios de prendas y retirar productos.

Comprobar si hay stock.

Decidir cuantas unidades se necesitan en la tienda.

Decidir donde se colocan las prendas.

Valorar por qué no funciona un producto, si se precisa una bajada de precio, etc.

Si se rompe el stock por falta de tallas, tomar las medidas oportunas para incrementar las ventas.

Hacer informes transmitiendo al Departamento de Producto de La Coruña toda la información posible del producto, y las incidencias surgidas.

El horario del centro de trabajo es de LUNES a DOMINGO, de 10.00 a 22.00 H, siendo el horario de prestación de servicios del personal (dependiendo del calendario laboral individual y del puesto) de 7.00 a 23.00 H.

SEGUNDO .- El NUM001 /2014 nació la primera hija de la demandante, y tras finalizar el permiso por maternidad, solicitó reducción de jornada según cuadrante que figura en el Hecho Segundo de la demanda.

No obstante, la actora decidió no hacer uso de dicha reducción de jornada, y se acogió a una excedencia por cuidado de la menor de 6 meses de duración, entre el 15/10/2014 y el 15/04/2015.

TERCERO .- EL 06/03/2015, la demandante presentó nueva Solicitud de Reducción de Jornada a 33 horas semanales a partir del 16/04/2015 hasta el 01/05/2026, y Concreción horaria en los siguientes términos:

LUNES: 7.00 a 15.30 H.

MARTES: LIBRE

MIÉRCOLES: 13.30 a 22.00 H

JUEVES: 13.00 a 21.00 H

VIERNES: 9.00 a 15.00 H.

SÁBADO: 9.00 a 12.30 H (alegando que el horario reducido del sábado estaba motivado por el horario de trabajo de la pareja de la trabajadora y padre de la menor: Sebastián , trabajador de Zara España, S.A.)

(Doc. nº 2 bis de la demandante)

CUARTO .- Mediante escrito de fecha 16/04/2015, la empresa comunicó a la actora lo siguiente:

" Estimada Sra.:

En contestación a su solicitud de REDUCCIÓN DE JORNADA LABORAL a 33,00 horas semanales POR CUIDADO DE HIJO, le comunicamos que la Dirección de la empresa ha resuelto acceder a la misma por el período por Vd. solicitado desde el 16 de Abril del 2015 hasta el 30 de Abril del 2016 (...)".

(Doc. nº 2 bis/bis de la demandante)

QUINTO.- La demandante tuvo una segunda hija el NUM002 /2016.



El 06/08/2016 presentó a la demandada una nueva SOLICITUD DE REDUCCIÓN Y CONCRECIÓN HORARIA, manteniendo el 33% de la jornada, con efectos de 01/09/2016 y hasta el 14/03/2028, en los siguientes términos:

Concreción horaria:

LUNES: 7.00 a 15.30 H.

MARTES: LIBRE

MIÉRCOLES: 9.00 a 14.30 H

JUEVES: 07.00 a 15.30 H

VIERNES: 9.00 a 14.30 H.

SÁBADO: 9.00 a 12.30 H (alegando que el horario reducido del sábado estaba motivado por el horario de trabajo de la pareja de la trabajadora y padre de la menor: Sebastián , trabajador de Zara España, S.A.)

(Doc. nº 4 de la demandante)

SEXTO .- Mediante carta de fecha 17/08/2016, la demandada contestó a la actora lo siguiente:

" *Muy Señora Nuestra:*

En contestación a su solicitud de modificación del coeficiente reductor de su reducción de jornada así como el cambio en su concreción horaria, por medio del presente escrito ponemos en su conocimiento que por la empresa se accede a su solicitud, por lo que pasará a prestar servicios 30,5 horas semanales, desde la fecha por Vd. solicitada, 1 de Septiembre de 2016.

Sin embargo, por razones organizativas, lamentamos comunicarle que no es posible acceder a su petición de concreción horaria en los términos solicitados, por los motivos que se exponen a continuación:

-El puesto de Responsable que Vd. desempeña, es un puesto de Responsabilidad por el que percibe un Incentivo de ventas mensual y participa en un programa de incentivos anual, vinculado en ambos casos, a la realización de tales funciones.

Como Vd. sabe, este puesto, es complementario con el de otros Responsables y por tanto los horarios que realizan deben ser "paralelos" para de esta manera, tener siempre la tienda cubierta por personal con Responsabilidad.

Por ello, la empresa establece que en estos puestos, como mínimo se preste servicios dos tardes a la semana con sus respectivos cierres.

El horario que Vd. nos pide resulta absolutamente incompatible con esta posibilidad. Como Vd. ya sabe, el horario solicitado, en el que elimina de la prestación de servicios los dos turnos de tarde, resulta incompatible con la realización de las funciones de Segunda, que entre otras, lleva aparejada, los cierres de la tienda.

-En segundo lugar, teniendo en cuenta que su jornada ordinaria y diaria de trabajo con anterioridad a su reducción, era de lunes a sábado de mañana y tarde, su concreción horaria deberá realizarse en tales términos. El nuevo horario solicitado no se ajusta a los términos establecidos en el Art. 37.5 y 6 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores pues no se realiza dentro de su jornada diaria y ordinaria.

El horario por Vd. propuesto, exclusivamente en el turno de mañana, es compatible con la realización de las funciones de Dependiente e implica la dejación de las funciones de Segunda con las consecuencias económicas inherentes al puesto. Por ello, y debido a la situación organizativa de su tienda, podemos ofrecerle realizar este horario en la tienda Zara 231, sita en la calle Alberto Aguilera, con las funciones de Dependiente y el correspondiente ajuste de sus retribuciones económicas. "

(Doc. nº 4 bis de la demandante).

SÉPTIMO .- A la vista de dicha contestación, la actora presentó escrito a la demandada, comunicando acogerse a EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS al amparo del artículo 32 del Convenio Textil , con efectos desde el 30/08/2016 hasta el 30/03/2017 ambos inclusive, con derecho a reserva de puesto de trabajo, reservándose las acciones legales a que tuviera derecho.

(Doc. nº 4 bis/bis de la demandante)

La actora procedió a presentar la demanda que dio lugar a los presentes autos el 13/09/2016.

OCTAVO .- La pareja de la demandante, D. Sebastián , tiene contrato como Dependiente con la demandada de 16 horas semanales en fines de semana. No obstante, al tener la condición de Delegado Sindical y Secretario



General de la Sección Sindical de "Alternativa Sindical de Trabajadores " (AST), disfruta de 40 horas sindicales al mes, y realiza trabajo efectivo únicamente tres días al mes.

En tal condición participa en las reuniones del Comité de Empresa. Dichas reuniones suelen celebrarse por la mañana porque muchos de los integrantes del CE son madres y no trabajan por la tarde.

Además trabaja como Abogado por cuenta propia desde diciembre de 2013, y viaja aproximadamente una vez por semana, -aunque no todas las semanas-, a D. Evaristo (Badajoz), de donde es oriundo y tiene clientes.

(Testifical de D. Sebastián y de D^a Natividad , Responsable de RRHH de Madrid)

NOVENO .- La hija mayor de la actora se encuentra matriculada en una Escuela de Educación Infantil cercana a su domicilio, en el horario establecido por el centro de 9.00 a 16.00 horas.

DÉCIMO .- En el centro de trabajo de la actora hay tres Comerciales de Caballeros porque hay mucha actividad, especialmente por las tardes.

Sus horarios suelen solaparse, aunque a la mayoría se les exige que hagan 2 tardes a la semana de 14.00 a 22 horas, y en los días de más venta suele haber 2 comerciales por la tarde.

Cuando falta algún Comercial, sus tareas tienen que realizarse por la Directora de las tiendas.

Otra Comercial de Caballero de La Gavia, D^a Ana María , ha solicitado recientemente reducción de jornada, con turnos de mañana y 2 tardes semanales.

(Testifical de D^a Natividad , Responsable de RRHH de Madrid y de D^a Carmela , Directora de la tienda de La Gavia)".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 20.12.17.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sra. Emilia es trabajadora de la empresa "Zara España S.A." (en adelante, "Zara"), donde comenzó a prestar servicios en junio de 2006 con jornada de 40 horas semanales. En NUM001 de 2014 nació su primera hija y, tras excedencia por cuidado de hijo de 6 meses de duración (15/10/14 a 15/04/2015), solicitó reducción de jornada a 33 horas semanales, que la empresa concedió según horario que comprendía trabajo los lunes y miércoles a sábado, dos días de los cuales realizaba trabajo de tarde. En NUM002 de 2016 nació su segundo hijo y la trabajadora volvió a pedir reducción de jornada a 30,5 horas semanales y supresión del trabajo de tarde que realizaba los días indicados. La empresa accedió a la indicada reducción, pero le manifestó que el horario pretendido no podía admitirse, dado el puesto que ocupaba la Sra. Emilia , las funciones de responsabilidad que conllevaba y los incentivos vinculados a las mismas, ofreciéndole en otro centro de trabajo un puesto de dependienta, que no llevaba asociadas tales responsabilidades ni los correlativos incentivos, que sí podría desempeñar en el horario solicitado.

La trabajadora interpuso demanda en solicitud de que se le reconociese el derecho a la jornada horaria por ella pedida así como el derecho a percibir indemnización por importe de 7.255,30 euros en concepto de daños morales derivados de la vulneración del derecho a la no discriminación.

Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Madrid de 11 de enero de 2017 se desestimó dicha demanda.

Elevadas las actuaciones a la Sala, se consideró la posibilidad de acordar su inadmisión por anuncio extemporáneo del recurso llevado a cabo por la actora, pero, dado trámite de alegaciones a las partes procesales para que se pronunciasen sobre este extremo, se constató que, si bien la sentencia del juzgado fue notificada a la letrada que asistió a la demandante en el juicio, ésta carecía de poderes de representación de la trabajadora, de modo que, conforme al art. 61 L.R.J.S ., la notificación de dicha resolución judicial sólo podía producir efecto desde que la destinataria tuvo conocimiento de la misma, siendo a partir de ese momento cuando pudo anunciar el recurso. En suma, no hay óbice procesal para admitir el recurso basado en el art. 194 L.R.J.S . y pasamos a darle respuesta.

SEGUNDO.- Solicita la recurrente la revisión del octavo hecho declarado probado sustituyéndolo por el siguiente texto: "*La pareja de la demandante, D. Sebastián , tiene contrato como Dependiente con la demandada, de 16 horas semanales en fines de semana. En su condición de representante de los trabajadores y miembro del Comité de Empresa ha de extender su jornada laboral de lunes a domingo. Además, trabaja como Abogado por cuenta propia desde diciembre de 2013, a jornada completa, realizando trabajos fuera del partido judicial*



de Madrid. Más asiduamente en Don Evaristo (Badajoz), donde viaja aproximadamente una vez a la semana (aunque no todas las semanas), requiriendo ello en ocasiones incluso pernóctas".

Citándose en apoyo de esta revisión prueba testifical y el documento 21 bis aportado por la demandante, la solicitud de referencia no puede aceptarse, puesto que la primera de dichas pruebas no es hábil a estos fines y la segunda en absoluto permite deducir de modo directo las indicaciones que efectúa el recurso.

TERCERO.- También solicita la revisión del décimo hecho declarado probado, pidiendo pase a decir:

"En el centro de trabajo de la actora hay tres Comerciales de Caballeros porque hay mucha actividad, especialmente por las tardes. Existen comerciales como la actora con concreciones horarias en turno exclusivamente de mañana que no hacen las 2 tardes a la semana de 14.00 a 22 horas que la empresa impone como mínimo exigible. En los días de más venta suele haber 2 comerciales por la tarde. Los horarios de las comerciales suelen solaparse. Si bien los martes no hay comercial en dicha sección en el horario que impone la empresa de 14:00 a 22:00. Siendo que las tareas tienen que realizarse por las Directoras de las tiendas. Otra Comercial de Caballero de La Gavia, D^a Ana María , ha solicitado recientemente reducción de jornada, con turnos de mañana y 2 tardes semanales. (Testifical de D^a Natividad , Responsable de RRHH de Madrid y de D^a Carmela , Directora de la tienda de La Gavia)".

Se opone el escrito de impugnación de recurso, insistiendo en que la documental a que alude el recurso corresponde a un momento previo al establecimiento del sistema "optimus" implantado con posterioridad y que no da cuenta de la actual organización empresarial.

De nuevo vuelve a basarse la revisión fáctica que es objeto de examen en prueba testifical y documental, debiendo reiterar respecto a la primera de ellas que no es idónea para estos fines (art. 193. b) L.R.J.S.) y decir respecto a la segunda (entre la cual el calendario laboral de varios trabajadores) que no se deduce de forma directa el texto propuesto.

CUARTO.- Atribuye el escrito de suplicación a la sentencia de instancia el incurrir en infracción del art. 218 L.E.C. , por incongruencia interna, que se explica diciendo que el que la juzgadora de instancia indique que no cabe exigir a las compañeras de la actora que realicen los turnos de tarde que ella pretende dejar de realizar sino que debe ser el padre de los hijos de la actora quien sustituya a ésta en sus obligaciones familiares cuando la Sra. Emilia no pueda atenderlos por razones profesionales supone imponer "un gravamen inadmisibles a un tercero que no es parte en el procedimiento". Ésta es la incongruencia que se achaca a la decisión de instancia.

A propósito de esta crítica señala la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2016 (rec. 140/15):

" El artículo 218.1 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) dispone que Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito . Asimismo aclara que " El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes " .

El precepto quiso ajustarse a lo que previamente había venido diciendo la jurisprudencia constitucional: la incongruencia «desajuste entre la respuesta judicial y los términos en que los litigantes han configurado el debate, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido» (SSTC 20/1982 (RTC 1982 , 20) , 67/1993 , 224/1997, de 11 diciembre (RTC 1997, 224))- resulta de confrontar la parte dispositiva de la sentencia con el objeto del proceso delimitado por sus elementos, subjetivos y objetivos, causa de pedir y petitum , pero tal confrontación no significa una conformidad rígida y literal con los pedidos de los suplicantes de los escritos (STC 171/1993, de 27 mayo (RTC 1993, 171) " .

Sentada esta doctrina y contrastada con las razones por las que el recurso habla de incongruencia en la sentencia de instancia, se impone desestimar el motivo que es objeto de examen, puesto que aquella resolución responde perfectamente a la pretensión que ha sido planteada en demanda, que no es otra sino determinar si cabe exigir a la empresa el horario laboral que la trabajadora solicita, para lo cual se exponen los diversos argumentos que dan respuesta a esta cuestión, entre los cuales se incluyen las propias obligaciones del padre de los hijos de la actora y su disponibilidad en función de la actividad que lleva a cabo, siendo obvio que este razonamiento no implica " un gravamen a un tercero " (la pareja de la actora).

Se desestima el tercer motivo de recurso.

QUINTO.- De nuevo el motivo cuarto atribuye a la decisión de instancia el haber incurrido en incongruencia de carácter doble:

1º) Por un lado se dice que, si el décimo hecho declarado probado admite que hay trabajadores de la categoría de la Sra. Emilia a quien no se exige que trabajen dos tardes así como que cuando se encuentra ausente



alguna comercial la directora de tienda le sustituye, resulta incongruente apreciar (fundamento de derecho tercero) que la prestación de servicios de la actora durante dos tardes semanales es fundamental para lograr los objetivos que la empresa pretendía al crear el puesto de comercial.

Esta explicación que ofrece el recurso para justificar la incongruencia que dice existir en la sentencia impugnada pone en evidencia que de nuevo existe un error de apreciación en aquel concepto jurídico, puesto que la magistrada "a quo" es coherente al resolver lo que se le ha planteado en demanda; cuestión distinta es que los argumentos en los que apoya su decisión resulten o no convincentes, lo cual se examinará al abordar los motivos de recurso que abarcan la decisión de fondo del juzgado.

2º) Por otra parte se alega que también resulta incongruente que se emplee como argumento para desestimar la demanda el que la concesión a la Sra. Emilia del horario por ella pedido supone cargar las tardes que ella deja de hacer sobre sus compañeros, ya que, según el recurso, existen otras alternativas a esa medida, entre ellas contratar a otros trabajadores.

Como vemos, estamos otra vez en una discrepancia de la recurrente respecto a las razones en que se basa la decisión de instancia, lo que nada tiene que ver con la incongruencia de la que aquélla habla.

El motivo cuarto de recurso no puede prosperar.

SEXTO. - El quinto mantiene que la resolución judicial impugnada supone infracción del art. 14 C.E., por cuanto este precepto prohíbe la discriminación y, sin embargo, la Sra. Emilia es discriminada en un doble sentido: desde la perspectiva de la diferencia injustificada de trato que se le da, ya que no se le permite tener horario exclusivo de mañana pese a que hay otros trabajadores de su categoría que gozan de esa exclusión por razones de guarda legal de menor; y desde la perspectiva de que la oferta de la empresa de acceder al horario que pretende la trabajadora si bien en otro centro de trabajo con funciones de dependienta implica renunciar a su promoción profesional.

También en esta ocasión hemos de diferenciar entre los conceptos de discriminación y prohibición de diferencia de trato. Al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2015 (rec. 161/14) mantiene: *"Como dice la STC 27/2004 (RTC 2004, 27), citada por la nuestra de 9-2-2011 (R. 238/09) (RJ 2011, 2730), «la prohibición de discriminación representa un explícito rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836)», mientras que «en contraste con esa prohibición el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato».*

En el caso presente no advierte este Tribunal la existencia de ninguna causa de discriminación, ya que la diferencia de trato a la que alude el recurso es ajena a la condición del sexo de la Sra. Emilia y al resto de circunstancias que menciona el art. 14 C.E.

De igual modo es ajena a la prohibición de trato injustificado. Por lo que toca al reconocimiento del horario que se reclama, basado en el hecho de que otras personas disfrutan de él, no tenemos constancia de los términos concretos en que desarrollan su horario laboral esas otras personas con las que la recurrente pretende compararse; lo único que sabemos es lo reflejado en el décimo hecho declarado probado. Esto es, que en el centro de trabajo de la Sra. Emilia hay tres trabajadores de su misma categoría y que se les exige **en su mayoría** que trabajen dos tardes por semana, lo cual implica que excepcionalmente no realizan turno de tarde, mientras que la recurrente pretende que por sistema se la excluya del turno de tarde, con lo cual es claro que la situación no es comparable.

En cuanto a la alegación de que la propuesta a conceder el horario pedido en un centro de trabajo distinto al que presta servicios la Sra. Emilia y con categoría de dependienta supone renuncia a su promoción profesional, se trata de una alegación ajena al principio de igualdad, que, por lo demás, enlaza con el razonamiento que contiene el párrafo final del fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia, al que de nuevo haremos mención más adelante.

SÉPTIMO.- En última instancia el recurso invoca la infracción del art. 39 CE en conexión con los arts. 5 y 46 de LO 3/05, manifestando que la alternativa que ofrece la empresa a la Sra. Emilia para poder disfrutar exclusivamente del horario de mañana que ella pretende, cambiando de centro de trabajo y pasar a prestar servicios como dependiente, es contrario a las medidas de igualdad de trato, oportunidad de acceso al empleo, la formación y la promoción profesional que establecen la citada Ley Orgánica y el Plan de igualdad que rige en el seno de la empresa, ya que éste contempla que las personas que se acojan a una jornada distinta de la habitual no vean mermado por esa circunstancia el desarrollo de su carrera profesional y retribución, todo lo



cual se apoya con "la ya aludida STSJ AR 672/09", con lo que en realidad parece aludirse a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 - 7 - 2000 (RCUD 3799/99) citada quince folios antes de recurso.

Veamos estas alegaciones examinando previamente la regulación legal estatutaria en materia de reducción de jornada por razones de guarda de menor, pues, aun cuando el recurso no hace mención a ella -quizá porque es conocedor de que la jurisprudencia que la interpreta no apoya su tesis-, nos aporta elementos de juicio válidos para resolver si existe o no la infracción de la LO 3/05 que constituye el único argumento de fondo del escrito de duplicación.

OCTAVO.- Dispone el art. 37 ET en sus apartados 6 y 7:

" 6. 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.

7. La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 6, corresponderán al trabajador, **dentro de su jornada ordinaria**. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, 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 lactancia o la reducción de jornada.

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".

El derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal de menor regulado en este precepto remite al convenio colectivo y en este recurso no hay invocado ningún precepto convencional que apoye la tesis de recurso; éste solo alude a un Plan de igualdad que rige en el seno de la empresa cuyo texto no consta y que, en último caso, debería leerse en coherencia con la LO 3/05 a la que luego haremos mención. Por el momento, nos ceñimos a reflejar la interpretación del art. 37.6 y 7 ET conforme al criterio sentado en diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo, entre los que se encuentran las sentencias que vamos a citar:

La STS 18/6/08 (RCUD 1625/07) mantiene que es el trabajador quien concreta el horario que pretende disfrutar pero siempre en el ámbito de la reducción de jornada, ya que " No se contempla en el Estatuto de los Trabajadores otra posibilidad de variación del horario que la del artículo 41.1º.b) del Estatuto de los Trabajadores , como modificación sustancial de las condiciones de trabajo ". Es decir, el trabajador no puede, bajo capa de reducir su jornada, introducir en su relación laboral un cambio que suponga una modificación sustancial de condiciones de trabajo y no hay duda de que el pase de un régimen de trabajo a turnos (mañana y tarde) a solo uno de mañana tiene ese carácter, como resulta del art. 41.a. c) ET .

La STS de 15/9/16 (rec. 260/15) precisa que la concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal y por motivos familiares corresponde al trabajador **dentro de la jornada ordinaria del trabajo** o, y no obligatoriamente dentro de la jornada ordinaria diaria. Pues bien, el cambio de un régimen de trabajo a turnos a otro fijo de mañana no supone una simple reducción de la jornada ordinaria de trabajo; lo hubiera sido si se hubieran reducido las horas de trabajo pero manteniendo el régimen de turno de mañana y tarde.

De donde deducimos que en el art. 37 ET no existe el derecho reclamado por la recurrente.

NOVENO. - Pasamos a ver si cabe apreciar que existe desde la perspectiva de la LO 3/2007 cuyos arts. 5 y 46 cita la recurrente. Lo primero que hemos de decir con tal fin es que la ley deja muy claro en su exposición de motivos cuál es la finalidad perseguida mediante su promulgación: el logro de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, de modo que se dice literalmente: "*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".

La juzgadora de instancia es consciente de esta finalidad y por ello cuando expone las razones por las que entiende que la petición de la actora no puede prosperar indica que esa solicitud ha de ponderarse considerando básicamente estos aspectos:

-Por un lado, que la prestación de servicios por parte de la actora durante dos tardes semanales "*es fundamental para lograr los objetivos que la demandante pretendía al crear el puesto de Comercial, máxime cuando existen tres Comerciales de la sección de Caballeros en la tienda de La Gavia y su horario de apertura abarca los siete días de la semana de 10.00 a 22.00 horas, siendo notorio que en tal sección se produce mayor actividad por la tarde .*

-Por otro, que "*la pareja de la actora, cuya actividad como Abogado realiza por cuenta propia, y trabaja para la demandada 3 días al mes en fines de semana realizando labores sindicales durante 40 horas mensuales que tiene de crédito sindical, tiene la suficiente disponibilidad horaria como para atender a sus hijas dos tardes por semana, y siendo ello así "*. Es decir, la sentencia impugnada valora que la pareja de la recurrente, y padre de sus dos hijos, también trabaja en la misma empresa que ésta, haciéndolo con jornada reducida (16 horas semanales en fines de semana), de las cuales sólo realiza de modo efectivo 3 días al mes, pues el resto se encuentra liberado por disfrute de 40 horas mensuales en razón de su actividad sindical, destacando igualmente que por esa circunstancia participa en las reuniones del comité de empresa y que éstas pueden celebrarse por la mañana. Por tanto, la jornada del padre de los hijos de la recurrente, Sr. Sebastián , es inferior a la mitad de la jornada ordinaria y, en buena lógica, lleva a entender que su obligación con la empresa le permite hacerse cargo dos tardes a la semana de los hijos comunes, precisamente por el principio de corresponsabilidad familiar entre hombres y mujeres que destaca la citada ley orgánica. El que el Sr. Sebastián quiera dedicarse, además, a su despacho profesional como abogado y trabajar por cuenta propia es una decisión cuya legitimidad no cabe cuestionar, pero a condición de que esa dedicación a sus propios asuntos profesionales no se emplee como argumento para eludir el citado régimen de corresponsabilidad familiar en el que precisamente basa la recurrente la crítica que dirige a su empresa.

En definitiva, estamos ante un caso singular que afecta a dos trabajadores de la misma empresa constituidos en pareja, donde la mujer reclama que se le libere del trabajo por la tarde para poder atender a sus hijos mientras el varón, que tiene una jornada de 16 horas semanales y disponibilidad en función de su trabajo en la empresa para cubrir esa atención, se dedica a una actividad por cuenta propia adicional a la anterior, lo cual pone en claro que la razón por la que la recurrente pide dicho cambio de turno de trabajo no es evitar que sus hijos queden desatendidos sino otra distinta y carente de apoyo en la normativa sobre igualdad efectiva entre hombres y mujeres que sienta la LO 3/07 en la que aquélla se basa para pedir tal derecho.

El recurso decae.

DÉCIMO. - No procede la imposición de costas, dado que el art. 235.1 LRJS sólo prevé esta medida respecto a la parte recurrente que resulta vencida y no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

UNDÉCIMO.- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina (art. 218 L.R.J.S).

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Emilia contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de fecha ONCE DE ENERO DE DOS MIL DIECISIETE , en virtud de demanda formulada por dicha recurrente contra "ZARA ESPAÑA S.A", en reclamación de **MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES**. En consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220 , 221 y 230 de la L.R.J.S , advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **936/17** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta



corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 936/17), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S .).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

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