



Roj: **STSJ M 225/2019 - ECLI: ES:TSJM:2019:225**

Id Cendoj: **28079340012019100097**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2019**

Nº de Recurso: **776/2018**

Nº de Resolución: **72/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JUAN MIGUEL TORRES ANDRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social**

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

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34016050

**NIG:** 28.092.00.4-2018/0000955

**Recurso número: 776/18**

**Sentencia número: 72/19**

**CE**

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a VEINTICINCO DE ENERO DE DOS MIL DIECINUEVE, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación número 776/18, formalizado por el Sr/a. Letrado/a DON JOSÉ TOMÁS AUSIN GARCÍA, en nombre y representación de DOÑA Elisabeth , contra la sentencia dictada en 23 de mayo de 2.018 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de DIRECCION000 , en los autos núm. 458/18, seguidos a instancia de la citada recurrente, contra la empresa DIRECCION003 . ( DIRECCION006 .), figurando también como parte el MINISTERIO FISCAL, en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y, acumuladamente, reclamación de indemnización de daños y perjuicios, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. DON JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

**PRIMERO.** -La demandante, Dña. Elisabeth , mayor de edad con DNI NUM000 , viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de DIRECCION003 . ( DIRECCION006 ) desde el 1 de agosto de 2008, en virtud de un contrato indefinido a tiempo completo, con la categoría profesional de Cajera ("Grupo IV-Área I"), en la tienda núm. NUM003 de la C/ DIRECCION004 núm. NUM002 de DIRECCION002 , percibiendo por ello la cantidad de 1.383,6 € brutos incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

**SEGUNDO.** -La demandante, Dña. Elisabeth , presta sus servicios bajo la modalidad de turnos rotativos semanales de mañana y de tardes. Inicialmente, su horario era de lunes a sábados de 8 a 15 horas en turnos de mañana y de lunes a sábados de 14:45 a 21:45 horas en turnos de tarde.

**TERCERO.** -Dña. Elisabeth dio a luz a su hijo, D. Bernardo , el día NUM001 de 2017.

**CUARTO.** -El 28 de marzo de 2018, Dña. Elisabeth solicitó a la empresa DIRECCION006 la reducción de la jornada a 35 horas semanales desde el 26 de abril de 2018 al 12 de noviembre de 2029 con la siguiente concreción horaria: (i) lunes a viernes de 8:30 a 14:30 horas y (ii) sábados de 8:30 a 13:30 horas.

**QUINTO.** -El 12 de abril de 2018, la empresa DIRECCION006 contestó a la solicitud de 28 de marzo de 2018 mostrando su conformidad a la reducción de la jornada, pero no a la concreción del horario por ir en contra de la normativa sustantiva y por concurrir razones organizativas. Adicionalmente, concedió a la trabajadora dos opciones: (i) opción 1: lunes a jueves de 9:00 a 14:45 horas y viernes y sábado de 9:00 a 15:00 horas para el turno de mañanas y, para la semana de tardes, lunes a jueves de 16:00 a 21:45 horas y viernes y sábado de 15:45 a 21:45 horas; (ii) opción 2: para las mañanas, de lunes a jueves de 9:15 a 15:00 horas y viernes y sábados de 9:30 a 14:30 horas y, la semana de tardes, lunes a jueves de 16:15 a 21:45 horas y viernes y sábado de 15:15 a 21:45 horas.

**SEXTO.** -El 24 de abril de 2018, ante la negativa de la trabajadora de escoger alguna de las opciones, la empresa DIRECCION006 remitió una nueva carta reiterando sus razones e instándole a escoger una de las dos opciones aplicándose, en caso de no elección, la opción núm. 1.

**SEPTIMO.** -El 27 de abril de 2018, la trabajadora remitió una carta a la empresa escogiendo la opción 1 (lunes a jueves de 9:00 a 14:45 horas y viernes y sábado de 9:00 a 15:00 horas para el turno de mañanas y, para la semana de tardes, lunes a jueves de 16:00 a 21:45 horas y viernes y sábado de 15:45 a 21:45 horas) de manera temporal hasta la celebración de la conciliación judicial.

**OCTAVO.** -La tienda de DIRECCION006 núm. NUM003 , sita en la C/ DIRECCION004 núm. NUM002 de DIRECCION002 (Madrid), cuenta con 15 trabajadores. 9 de estos trabajadores son cajeros y 4 de éstos tienen reconocida guarda legal, entre ellas la demandante. De los 9 cajeros, uno tiene turno de mañana, seis tienen turno rotativo y dos tienen turno de tarde.

**NOVENO.** -La demandante, Dña. Elisabeth , su marido, D. Ernesto , y su hijo común, D. Bernardo , están empadronados en la C/ DIRECCION001 núm. NUM002 de DIRECCION002 .

**DECIMO.** -El marido de la demandante, D. Ernesto , trabaja por cuenta de DIRECCION005 . con un horario de 15 a 23 horas.

**UNDECIMO.** -El hijo de la demandante, D. Bernardo , se encuentra en buen estado de salud, pero tiene problemas de reflujo gastroesofágico y es regurgitador habitual para lo cual precisa de vigilancia durante estancia en la escuela y cuidado en las posturas.

**DUODECIMO.** -La trabajadora Dña. Frida , que desempeña sus servicios en el mismo centro que la demandante y con la misma categoría, pero con turno de mañana desde el comienzo de su relación, solicitó el 8 de agosto de 2012 una reducción por guarda legal dentro del turno de mañana que le fue concedida el 27 de agosto de 2012. La trabajadora Dña. Graciela , que presta sus servicios como cajera en el mismo centro que la demandante en turnos rotativos de mañana y tarde, solicitó el 3 de febrero de 2016 una reducción de la jornada y concreción horaria dentro de los turnos de trabajo que le fue concedida el 16 de febrero de 2016. La trabajadora Dña. Isabel , que presta sus servicios como cajera en el mismo centro de trabajo que la demandante en turnos rotativos, solicitó, el 6 de junio de 2016 una reducción de la jornada y concreción horaria pasando de turno rotativo de mañana y tarde a turno fijo de mañana. La empresa denegó la solicitud el 29 de junio y propuso dos opciones.



**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"SE DESESTIMA INTEGRAMENTE la demanda promovida por Dña. Elisabeth , asistida por el Letrado D. José Tomás Ausin García, contra DIRECCION003 . ( DIRECCION006 ), asistida por el letrado D. José Luis Peñín Lorenzo".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 5 de julio de 2.018 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 9 de Enero de 2.018, señalándose el día 23 de Enero de 2.019 para los actos de votación y fallo.

**SÉPTIMO:** En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia, dictada en la modalidad procesal relativa a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y, acumuladamente, reclamación de indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales, rechazó en su integridad la demanda que rige estas actuaciones, dirigida contra la empresa DIRECCION003 . ( DIRECCION006 .), figurando también como parte el Ministerio Fiscal, y en la que la actora postula que se declare el derecho que, según ella, le asiste a *"reducir su jornada por motivos de guarda legal de un menor y a concretar esa reducción en el horario solicitado, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración y a darla (sic) el debido cumplimiento"*, pidiendo, a su vez, que se le indemnice *"en la cuantía solicitada. Con la condena al pago de la indemnización adicional por los daños y perjuicios causados"*. El horario con que pretende materializar tal reducción de jornada luce en el hecho tercero de la demanda rectora de autos, y es el que se extiende de lunes a viernes de 8:30 a 14:30 horas y los sábados de 8:30 a 13:30 horas, esto es, en turno fijo de mañana. Tampoco concreta debidamente en su suplico la indemnización que reclama, si bien en el fundamento de derecho II de la misma consta: *"(...) Perjuicio que deberá ser indemnizado en la cantidad que por ese Juzgado prudentemente se fije a tenor de los hechos denunciados, que por esta parte provisionalmente se cuantifica en 3000 euros en los que se fija el coste de un trabajador. En el tiempo que la menor debe ser guardada"* (sic).

**SEGUNDO.-** Recurre en suplicación la demandante instrumentando cuatro motivos, todos ellos con adecuado encaje procesal, de los que el primero se ordena a revisar la versión judicial de los hechos, mientras que los demás lo hacen al examen del derecho aplicado en la resolución combatida. El recurso ha sido impugnado por la contraparte. Indicar, a su vez, que preceden al mismo unos antecedentes carentes de cualquier virtualidad por ser ajenos a la atención enjuiciadora de la Sala, ya que se limitan a expresar la opinión personal de la recurrente, quien no duda en glosar profusamente cuantos hechos probados y fundamentos jurídicos conforman la sentencia impugnada, lo que ninguna influencia puede tener en la suerte del recurso.

**TERCERO.-** Una precisión más: no obstante la modalidad procesal seguida, que, por otra parte, resultaba obligada debido a la naturaleza de las pretensiones materiales ejercitadas, la resolución recurrida tiene acceso a la suplicación, mas no por la razón que la actora da por sobreentendida y la empresa parece asumir. Nos explicaremos. Según previene el artículo 139.1 b) de la Ley 36/2.011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social: *"El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia"*, mandato que reitera el artículo 191.2 f) de igual norma adjetiva. En este caso, tampoco por razón de la cuantía reclamada como indemnización de daños y perjuicios la sentencia que nos ocupa sería susceptible de suplicación, habida cuenta que ante la escasa actividad alegatoria que la demandante despliega en este punto no podemos sino concluir, como hizo el Juez *a quo*, que el importe debatido asciende a 3.000 euros exactos, cuando para que quepa tal medio extraordinario de impugnación es menester que se supere la citada cifra [ artículo 191.2 g) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social]. En todo caso, no hay duda que cabe tan repetido recurso por el hecho de haberse acumulado acción en materia de derechos fundamentales y libertades públicas.



**CUARTO.-** Al efecto, reseñar la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2.018 (recurso nº 1.324/16), dictada en función unificadora, a cuyo tenor: "(...) También se recogen en esa STS 555/2016 los propios argumentos de la sentencia que hoy se invoca como contradictoria, de la manera siguiente: 'Primero: El tenor literal del artículo 191.3 f) de la LRJS, que con toda contundencia proclama: 'Procederá en todo caso la suplicación:... g) Contra las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas'. La expresión **'en todo caso' únicamente puede significar que, en cualquier proceso en el que se interese la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas procede la suplicación, aunque en el mismo se ejercite una acción que está excluida de la suplicación.** De entenderse de otra manera, la citada expresión sería superflua, pues hubiera sido suficiente con que el legislador hiciera constar que 'Procede recurso de suplicación contra...'. En los apartados 1 y 4 del precepto no utiliza la expresión 'En todo caso', lo que dota de un especial énfasis su utilización en el apartado 3. Segundo: La finalidad de la norma que, al conceder recurso de suplicación, obedece a la preeminencia que la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas tiene en nuestro ordenamiento jurídico, manifestada en la regulación contenida en el artículo 53 de la Constitución, que en su apartado 2 prevé que la tutela de tales derechos y libertades puede recabarse ante los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Tercero: La imposibilidad de acudir a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, si se reclama conjuntamente con tal pretensión el derecho a la fijación del periodo de disfrute de vacaciones, a tenor de lo establecido en el artículo 184 LRJS, por lo que resultaría restrictivo de derechos el que al accionante por vacaciones y tutela de derechos fundamentales se le impidiera el acceso al recurso y, por el contrario, este se concediera si se ejercitaba únicamente la acción de tutela de derechos fundamentales. Cuarto: La tutela otorgada por el artículo 178.2 de la LRJS a las acciones que se ejerciten por la vía del artículo 184 de la LRJS, a las que se aplicarán, en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en el Capítulo X de la LRJS, dedicado a la regulación de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Es cierto que en dicho Capítulo no se establece que contra la sentencia dictada en dicha modalidad procesal, procede recurso de suplicación, sin embargo, resulta forzoso concluir que procede tal recurso dado que, si a las acciones que se ejerciten por la vía del artículo 184 de la LRJS, se aplican todas las reglas y garantías del proceso de tutela, habrá de aplicárseles también, por identidad de razón, la regla que establece la recurribilidad de la sentencia recaída en el proceso de tutela. Quinto: La procedencia del recurso de suplicación no se establece contra las sentencias dictadas en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, sino respecto a las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales, es decir que, **a tenor de lo establecido en el artículo 191.3 f) de la LRJS, procede el recurso de suplicación siempre que el objeto del pleito verse sobre tutela de derechos fundamentales, con independencia de la modalidad procesal que se haya seguido.** Sexto: La interpretación que esta Sala ha efectuado, si bien referida a la regulación contenida en el artículo 189.1 f) de la LPL -en este extremo sustancialmente idéntica a la del 191.3 f) de la LRJS- de la recurribilidad de las sentencias en las que se resuelve sobre una pretensión no recurrible a la que se acumula una reclamación de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas" (los énfasis son nuestros).

**QUINTO.-** Y finaliza así: "(...) Procede entonces aplicar esa doctrina unificada que acabamos de citar al caso de autos, y podríamos añadir en el mismo sentido la STS nº 210/2016, de 10/03/2016 (rcud. 1887/2014), así como las SSTs de 11/01/2017 (rcud.1626/2015) y 5/07/2015 (rcud 1477/2015, en las se cita la relevante STC de 149/2016, de 19 de septiembre de 2016, en la que, con cita de la STC 257/2000, se dice que '...aunque no exista un mandato constitucional que asegure el acceso a los recursos en materia de derechos fundamentales, una vez que (configuración legal) ha sido prevista la suplicación por la norma 'en todo caso' contra sentencias dictadas en procedimientos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas [art. 191.3 f) LJS], no cabe interpretar que la remisión del legislador a las modalidades procesales correspondientes del conocimiento de las demandas que allí se citan, sin dar opción al demandante, en función de la materia en litigio y para una mejor atención del objeto del proceso, pueda dar como resultado una menor garantía jurisdiccional de un mismo derecho fundamental' (párrafo 4º del FJ 6 STC 149/16). En consecuencia, de lo razonado hasta ahora se desprende que la buena doctrina se contiene en la sentencia de contraste y por ello, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, el recurso de casación para la unificación de doctrina ha de ser estimado". Por tanto, tan repetida sentencia cuenta con acceso a la suplicación.

**SEXTO.-** Dicho esto, el motivo inicial, encaminado, como vimos, a evidenciar errores *in facto*, insta la adición de un nuevo hecho probado a la sentencia de instancia, que diga: "Los horarios escolares son fundamentalmente horarios que se extienden desde las primeras horas de la mañana a primeras horas de la tarde, de lunes a viernes durante el curso escolar (Septiembre a julio). En la localidad de DIRECCION002 existe una guardería de la Comunidad de Madrid llamada Escuela Infantil DIRECCION007 cuyo horario se extiende de 9 a 16 h pudiendo ser ampliado en la entrada hasta las 7,30 h.", para lo que se apoya en los documentos que figuran a los folios 37 y 38 de las actuaciones. Esta petición novatoria decae.





**SEPTIMO.-** La doctrina jurisprudencial nos recuerda que sólo se admitirá el error de hecho en la apreciación de la prueba cuando concurren estas circunstancias: " a) Señalamiento con precisión y claridad del hecho negado u omitido; b) Existencia de documento o documentos de donde se derive de forma clara, directa y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas; c) Ser la modificación o supresión del hecho combatido trascendente para la fundamentación del fallo, de modo que no cabe alteración en la narración fáctica si la misma no acarrea la aplicabilidad de otra normativa que determine la alteración del fallo" ( sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1.993). A su vez, según esta misma doctrina, el documento en que se base la petición revisoria debe gozar de literosuficiencia, por cuanto: "(...) ha de ser contundente e indubitado per se, sin necesidad de interpretación, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el Juzgador estén en franca y abierta contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la recurrida" ( sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1.990), requisitos que no se dan cita en este caso.

**OCTAVO.-** En efecto, no sólo es que los documentos que le sirven de soporte carecen de idoneidad para el fin propuesto, como así es, sino que los mismos fueron valorados sobradamente por el Juez de instancia, quien les negó la eficacia probatoria que se les atribuye. Así, aquél señala en el fundamento primero de su sentencia: "(...) En cuanto a los horarios de las guarderías a las que alude la demandante, este Juzgador no considera acreditados los mismos. Así, como documento núm. 7 de la demandante, se aportan dos folios. El primero de ellos se trata de un folio manuscrito, en el que se alude a un horario determinado de un centro (E.I. ' DIRECCION007 ' ) con un sello de dicho centro, pero sin precisión de si dicho horario es para el curso 2017-2018 o para el siguiente y, lo más importante, sin que aparezca firmado por ninguna persona. Ni siquiera aparece el nombre de ningún responsable sino tan solo un sello parcialmente difuminado. El segundo folio es una fotocopia del programa de la 'Casa de Niños La Luna' sin precisión de en qué localidad se encuentra, si los horarios planteados son para este curso o para el siguiente y sin firma de ninguna clase. Por lo tanto, estamos ante un folleto informativo que no ha de desplegar plena fuerza probatoria" . Lo llamativo es que, pese a la claridad y contundencia de las razones esgrimidas por el Juzgador, la demandante continúe insistiendo en algo que sabe inasumible, en lugar de aceptar la insuficiencia probatoria en que incurrió en lo que a este dato fáctico se refiere. El motivo, por tanto, se rechaza.

**NOVENO.-** El siguiente, dentro ya del capítulo destinado a poner de relieve errores *in iudicando*, se queja de la infracción del artículo 217 de la Ley de Ritos Civil y, más específicamente, del apartado 5 de este precepto procesal relativo a las reglas sobre distribución de la carga probatoria. Tampoco puede prosperar. En realidad, lo que propone la recurrente es una cuestión distinta relacionada con la valoración de la prueba practicada en autos, facultad que se arroga de forma indebida cuando, en realidad, corresponde exclusivamente al *iudex a quo*, pues -si bien se mira- su alegato no se anuda a las reglas del *onus probandi* que se recogen en el precepto cuya vulneración denuncia. Por ello, si lo que sostiene es la existencia de un eventual error de derecho en la apreciación de la prueba, debió identificar el precepto legal que impusiera al Juzgador una valoración tasada de la misma diferente de la que llevó a cabo, lo que nada tiene que ver con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como proclama la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2.009 (recurso nº 552/05), con cita de las de 25 de noviembre de 2.002 y 1 de diciembre de 2.006: "(...) sin que pueda articularse un motivo de casación en torno a la vulneración de la norma relativa a la distribución del 'onus probandi' para desvirtuar las conclusiones de índole fáctico de la sentencia recurrida, pues, como hasta la saciedad se ha dicho, el precepto no contiene regla de valoración de la prueba -entre las más recientes, la Sentencia de 5 de diciembre de 2007, que cita las de 22 de noviembre de 1994 y 3 de julio de 1997' (asimismo, SSTS de 22 de julio, 12 de noviembre de 2008, entre muchas otras). En el presente caso, la denuncia casacional de este motivo del recurso pone en evidencia el desacuerdo de la parte recurrente con las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida, de las que disiente, sin haber logrado, empero, desvirtuarlas convenientemente, a lo que no aprovecha, se insiste, la invocación, como infringido, del artículo 217 LEC ". Por tanto, el motivo, caracterizado en buena medida por la petición de principio que lo preside, claudica.

**DECIMO.-** Por su parte, el tercero, con igual amparo adjetivo que el precedente, censura como conculcado el artículo 37, apartados 6 y 7, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2.015, de 23 de octubre, en vigor a la sazón de los hechos enjuiciados, así como el 2 de la Ley 39/1.999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, en relación con el 14 y 39 de nuestra Carta Magna. Se trata de la clave de bóveda del recurso. Su discurso argumentativo radica en insistir en la concurrencia de motivos suficientes no sólo para la reducción de jornada solicitada por guarda legal de un menor, lo que nadie cuestiona, sino también para la concreción horaria de la jornada reducida del modo que propone la trabajadora, ya que, siempre en su opinión, en este caso deben prevalecer las razones de protección del interés de su hijo nacido el NUM001 de 2.017 y, por ende,



la medida de conciliación de su vida familiar y laboral como madre trabajadora que solicita, frente a las causas organizativas aducidas por la empresa.

**UNDECIMO.-** Comenzaremos rememorando los presupuestos fácticos en los que descansa la controversia de fondo que separa a las partes. Para empezar, reseñar que la actora viene prestando servicios laborales por cuenta y orden de la mercantil traída al proceso desde el 1 de agosto de 2.008 merced a contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo con una categoría profesional de Cajera, estando adscrita "a la tienda núm. NUM003 de la C/ DIRECCION004 núm. NUM002 de DIRECCION002" (hecho probado primero). A su vez, el ordinal que sigue señala: "(...) presta sus servicios bajo la modalidad de turnos rotativos semanales de mañana y de tardes. Inicialmente, su horario era de lunes a sábados de 8 a 15 horas en turnos de mañana y de lunes a sábados de 14:45 a 21:45 horas en turnos de tarde", a lo que el tercero añade: "(...) dio a luz a su hijo, D. Bernardo (...), el día NUM001 de 2017", mientras que el siguiente relata: "El 28 de marzo de 2018, Dña. Elisabeth solicitó a la empresa DIRECCION006 la reducción de la jornada a 35 horas semanales desde el 26 de abril de 2018 al 12 de noviembre de 2029 con la siguiente concreción horaria: (i) lunes a viernes de 8:30 a 14:30 horas y (ii) sábados de 8:30 a 13:30 horas".

**DUODECIMO.-** A continuación, el ordenado como quinto expresa: "El 12 de abril de 2018, la empresa DIRECCION006 contestó a la solicitud de 28 de marzo de 2018 mostrando su conformidad a la reducción de la jornada, pero no a la concreción del horario por ir en contra de la normativa sustantiva y por concurrir razones organizativas. Adicionalmente, concedió a la trabajadora dos opciones: (i) opción 1: lunes a jueves de 9:00 a 14:45 horas y viernes y sábado de 9:00 a 15:00 horas para el turno de mañanas y, para la semana de tardes, lunes a jueves de 16:00 a 21:45 horas y viernes y sábado de 15:45 a 21:45 horas; (ii) opción 2: para las mañanas, de lunes a jueves de 9:15 a 15:00 horas y viernes y sábados de 9:30 a 14:30 horas y, la semana de tardes, lunes a jueves de 16:15 a 21:45 horas y viernes y sábado de 15:15 a 21:45 horas". Finalmente, tras nueva comunicación empresarial datada el 24 de abril de 2.018, el hecho probado séptimo pone de manifiesto: "El 27 de abril de 2018, la trabajadora remitió una carta a la empresa escogiendo la opción 1 (lunes a jueves de 9:00 a 14:45 horas y viernes y sábado de 9:00 a 15:00 horas para el turno de mañanas y, para la semana de tardes, lunes a jueves de 16:00 a 21:45 horas y viernes y sábado de 15:45 a 21:45 horas) de manera temporal hasta la celebración de la conciliación judicial".

**DECIMOTERCERO.-** Ya en relación con las causas invocadas por su empleador para rechazar la concreción horaria propuesta por la actora y con otras cuestiones suscitadas en la demanda rectora de autos, el ordinal octavo de la versión judicial de lo sucedido indica: "La tienda de DIRECCION006 núm. NUM003, sita en la C/ DIRECCION004 núm. NUM002 de DIRECCION002 (Madrid), cuenta con 15 trabajadores. 9 de estos trabajadores son cajeros y 4 de éstos tienen reconocida guarda legal, entre ellas la demandante. De los 9 cajeros, uno tiene turno de mañana, seis tienen turno rotativo y dos tienen turno de tarde", en tanto que el décimo dice: "El marido de la demandante, D. Ernesto (...), trabaja por cuenta de DIRECCION005 con un horario de 15 a 23 horas", mientras que el siguiente expone: "El hijo de la demandante, D. Bernardo (...), se encuentra en buen estado de salud, pero tiene problemas de reflujo gastroesofágico y es regurgitador habitual para lo cual precisa de vigilancia durante estancia en la escuela y cuidado en las posturas". Finalmente, el duodécimo narra: "La trabajadora Dña. Frida, que desempeña sus servicios en el mismo centro que la demandante y con la misma categoría, pero con turno de mañana desde el comienzo de su relación, solicitó el 8 de agosto de 2012 una reducción por guarda legal dentro del turno de mañana que le fue concedida el 27 de agosto de 2012. La trabajadora Dña. Graciela, que presta sus servicios como cajera en el mismo centro que la demandante en turnos rotativos de mañana y tarde, solicitó el 3 de febrero de 2016 una reducción de la jornada y concreción horaria dentro de los turnos de trabajo que le fue concedida el 16 de febrero de 2016. La trabajadora Dña. Isabel, que presta sus servicios como cajera en el mismo centro de trabajo que la demandante en turnos rotativos, solicitó, el 6 de junio de 2016 una reducción de la jornada y concreción horaria pasando de turno rotativo de mañana y tarde a turno fijo de mañana. La empresa denegó la solicitud el 29 de junio y propuso dos opciones".

**DECIMOCUARTO.-** Así las cosas, lo que disponen los apartados 6 y 7 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores en lo que aquí interesa es: "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".

**DECIMOQUINTO.-** No hay duda que el Juzgador a quo examinó exhaustivamente la problemática planteada tanto en clave de legalidad ordinaria como, después, ponderando la dimensión constitucional de los derechos en conflicto. Así, concluye, primero, que la petición de la demandante no se ajusta a las previsiones del artículo 37.7 del Estatuto de los Trabajadores, pues, a su entender, la concreción horaria que pretende no responde a la jornada ordinaria que tenía establecida, por cuanto entraña un cambio en el sistema de turnos de trabajo, que, de acogerse su solicitud, pasaría de turnos rotatorios semanales a turno fijo de mañana, no obstante lo cual profundiza en la valoración de los intereses en juego desde una óptica constitucional, llegando a la conclusión de que las razones organizativas alegadas y demostradas por la empresa tienen suficiente potencial para enervar los argumentos de la actora en orden a lograr la mejor protección de su hijo y, por tanto, la conciliación de su vida familiar y laboral como madre trabajadora, única forma, según ella, de hacer realidad el interés superior del menor.

**DECIMOSEXTO.-** Así, en el tercer fundamento de su sentencia, tras valorar la prueba documental y testifical practicada en el juicio, afirma: "(...) este Juzgador es sensible a los padecimientos que pudiera sufrir toda persona y, mucho más, tratándose de un menor de tan solo de 6 meses. Ahora bien, la estricta labor de ponderación judicial exige analizar, objetivamente, la documentación aportada en tal sentido y la misma arroja, como se puede comprobar en el documento núm. 9, que el menor se encuentra en buen estado de salud pero que tiene problemas de reflujo y es regurgitador habitual para lo cual se aconseja especial cuidado en las posturas y vigilancia durante la escuela. Padecimientos que merecen una comprensión y atención especial pero que, como reza el informe médico, no alteran el buen estado de salud en que, afortunadamente, se encuentra el menor ni suponen una carga excesiva de cuidados más allá de la atención y control minucioso que requiere todo recién nacido. (...) A diferencia de lo que sucede con la otra testigo (Dña. Marisa ...), Dña. Inés ha prestado un testimonio menos certero, detallado y exhaustivo. Conclusiones que vienen motivadas por el hecho de que hace 12-14 años que no trabaja como encargada. No ha sido especialmente certera en los datos facilitados toda vez que realiza alegaciones abiertas (como las que conciernen al número de trabajadores o a que algún día se hizo una sustitución) así como por el hecho de formular hipótesis y afirmaciones más abstractas acerca de la posibilidad de sustituir a un trabajador mediante contratos a tiempo parcial. Por lo tanto, a criterio de este Juzgador esta testigo carecería de la fuerza probatoria de la que sí goza, por el contrario, la aportada por la empresa", terminando así: "(...) nos encontramos ante una prueba escasa por parte de la demandante que colisiona con la desplegada por la empresa. Adicionalmente, hay un elemento que no se puede pasar por alto. Por el Letrado de la demandante se alude a la posible discriminación que ha sufrido la trabajadora por razón de ser mujer al no haberse estimado la solicitud de concreción horaria que ha originado este procedimiento. Sin embargo, entiende este Juzgador que tal alegación no es admisible y que incluso podría ser esgrimida, en caso de estimarse la pretensión, por alguna de las trabajadoras a quien, en el pasado, se le denegó el cambio de horario para pasar de un turno rotativo a un turno de mañana. Es el caso, por ejemplo, de Dña. Isabel ... quien, como se aprecia en el documento núm. 14 de la demandada, solicitó un cambio de turno rotativo a turno de mañana el 6 de junio de 2016 que fue denegado el 29 de junio del mismo año por las mismas razones que las que hoy nos conciernen. Este Juzgador no quisiera resultar insensible a las dificultades que puede acarrear la crianza de un hijo recién nacido, pero entiende que la actividad probatoria desplegada por la empresa es de mayor entidad que la realizada por la trabajadora de forma que evidencia la existencia de circunstancias organizativas legítimas que justifican la negativa a pasar de un turno rotativo a un turno fijo. En definitiva, realizada la oportuna ponderación y sin perder la perspectiva constitucional, este Juzgador concluye que la denegación de la concreción horaria a la trabajadora demandante por parte de la empresa no constituye un obstáculo injustificado ni desproporcionado a la conciliación de la vida laboral y familiar. Se desestima la demanda".

**DECIMOSEPTIMO.-** Lo que sucede es que el Tribunal entiende que en supuestos como el sometido a su atención enjuiciadora no se trata tanto de valorar la entidad de los medios de prueba propuestos por las partes, siempre que los hechos básicos constitutivos de la pretensión ejercitada estén debidamente acreditados, cuanto de ponderar el conflicto planteado desde la perspectiva de los valores constitucionales en juego o, si se quiere, con sujeción al canon reforzado que exige el derecho a no ser discriminada -siquiera indirectamente- por razón de sexo en el caso de la mujer trabajadora y, consiguientemente, de su derecho a conciliar la vida familiar y laboral que se asocia ineluctablemente al de protección a la familia y la infancia, focalizado en este caso en su hijo de pocos meses. Es decir, resulta absolutamente necesario indagar si las razones de





organización argüidas por la empresa o, en otras palabras, los motivos aducidos al abrigo del principio de libertad de empresa y, en suma, del poder de organización y dirección que le compete, cuentan con enjundia suficiente para que, frente a ellos, cedan los derechos constitucionales que la demandante hace valer.

**DECIMOCTAVO.-** En este sentido, el Juez de instancia razona en el mismo fundamento: "(...) Destaca la declaración de la testigo Dña. Marisa ..., supervisora de DIRECCION006 con competencias en el centro que nos ocupa, quien manifestó que es supervisora del supermercado de DIRECCION002 ; que sabe que la trabajadora demandante tiene turno de mañana y de tarde; que la relación de trabajadores y horarios del cuadro 6 de la demandada es correcto; que hay 4 trabajadores, incluyendo a la demandante, con reducción por guarda legal; que una de las 4 trabajadoras con guarda legal solo tiene turno de mañana ya que cuando entró en la empresa lo hizo solo en turno de mañana; que la tienda es de la categoría 'MAXI'; que hay 3 secciones con 2 trabajadores cada una que tienen una categoría distinta a la de la demandante; que el resto de personal son cajeros y primeros cajeros; que los primeros cajeros sustituyen a la encargada; que a las 3 llega el camión con el reparto; que se usan dos personas para toda la tarde para descargar el camión; que hay dos personas con horario solo de tarde y otra de mañana. La testigo ha depuesto de forma clara, evidenciando un conocimiento de la situación del centro y de las dificultades que este tipo de solicitudes pueden acarrear. Ha precisado la necesidad de que sean dos las personas que asistan al camión todas las tardes para descargar la mercancía lo que supone una merma en el resto de personal de cajas. Además, según el documento núm. 6 de la demandada, existen 5 empleados que podrían calificarse como 'especialistas' toda vez que desempeñan labores distintas en secciones concretas (pescadería, charcutería...) y que, por lo tanto, no pueden sustituir a la demandante" .

**DECIMONOVENO.-** Desde ya, podemos anticipar que las razones organizativas esgrimidas por la empresa en relación, de un lado, con la necesidad de que dos trabajadores colaboren todas las tardes en la descarga del camión de reparto que, al parecer, llega al centro de trabajo siempre a las 15:00 horas y, de otro, con la mayor afluencia de clientes reflejada en la comunicación de 12 de abril de 2.018 (hecho probado quinto), extremo este último del que, por cierto, nada dice la resolución judicial recurrida, nos parecen insuficientes para que hayan de sacrificarse los derechos constitucionales traídos a colación por la trabajadora. Esencialmente, los motivos descritos en dicho escrito empresarial, obrante, entre otros, a los folios 5 vuelto a 7 de autos, se resumen así: (...) le recordamos que la organización del Centro en el que Ud. presta sus servicios se realiza mediante un sistema de turnos semanales, lo que no hace factible que Ud. pase a desempeñar sus servicios solamente en el horario solicitado, puesto que en la franja horaria de tarde (de 15.00 a 21.30 horas) la actividad comercial y la afluencia de público al Centro tiene un alto porcentaje representando aproximadamente el 41.07% de las ventas totales al mes y, por tanto, es cuando más recursos se necesitan en la tienda para cubrir, de forma adecuada, las necesidades y dispensar mejor servicio a nuestros clientes, tal y como garantiza el sistema de horarios aplicado actualmente. La Empresa apuesta por una organización de sus plantillas en turnos rotativos y partidos, organización que se implanta a nivel general de Compañía no de manera arbitraria o caprichosa, sino porque favorece la profesionalización de la plantilla, permite que conozcan las particularidades que van asociadas a las distintas franjas (distinto tipo de clientes...) y realizan las funciones que van asociadas a ellas, como por ejemplo el camión -siempre llegará en la mañana o en la tarde, por lo que solo rotando o cubriendo ambos turnos, todos conocen la operativa de descarga, albaranes, ubicación en reservas...- gestión de devoluciones, caducidades, cierre de caja fin día, recuento caja fuerte, entrega a loomis... El turno rotativo o partido hace que el trabajador conozca y realice todas las tareas que se integran en su puesto, y eso favorece la solidaridad entre ellos, tanto a nivel de horarios, como de tareas, y como toda la red de tiendas está organizada en sistema rotativo o partido, mantener la rotación da flexibilidad a la Empresa porque garantiza la polivalencia y permite la movilidad. Así, atendiendo a las circunstancias concretas de la tienda, resulta inviable acceder a su solicitud de quedar adscrita al turno fijo de mañana, por cuanto conllevaría un doble efecto negativo, que se resume en: 1.- El sobredimensionamiento del turno de mañana, esto es, concurrencia de plantilla por encima de lo que las necesidades reales del servicio exige. 2.- La escasez de medios humanos en el turno de tarde, coincidiendo con el período de mayor actividad comercial y, por tanto, de mayor necesidad de personal", razones cuya exposición resulta genérica y de claro sesgo apodíctico, denotando, a su vez, serias contradicciones en relación con lo aducido en el acto de juicio en cuanto a la hora de llegada a la tienda del transporte dedicado al aprovisionamiento de mercancías.

**VIGESIMO.-** Pues bien, como esta misma Sección de Sala puso de relieve en su sentencia de 6 de marzo de 2.009 (recurso nº 4.779/08), que es firme: "(...) la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2.000 ofrece criterios que resultan de utilidad para el examen de la controversia suscitada, por mucho que no llegara a sentar doctrina al no concurrir el imprescindible requisito de la contradicción. Así, en ella se proclama 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. Por otra parte nada





establece el precepto legal en orden a la concreción horaria de la reducción de jornada, ni si en tal actuación debe prevalecer el criterio o las necesidades concretas del trabajador o las organizativas de la empresa. Aparente laguna legal, posiblemente dejada de propósito, con el fin de que se compatibilicen los intereses del menor (y por tanto del padre o madre trabajadores), con las facultades empresariales de organización del trabajo. Es evidente que la forma de ejercicio del derecho por ambas partes puede ser determinante de que, en cada caso, proceda una u otra solución, según las circunstancias concurrentes. (...) Ante estos datos complementarios concluye la Sala que corresponde a la trabajadora la elección de turno y concreción horaria del modo más favorable a la protección de los dos hijos menores".

**VIGESIMO-PRIMERO.-** Más adelante, decíamos: "(...) la doctrina constitucional sí se ha enfrentado abiertamente a la cuestión material que se somete a nuestra atención enjuiciadora, mas, como es natural, desde la perspectiva que le es propia, haciendo hincapié, sobre todo, en la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, mas también con base en los principios constitucionales de protección a la familia y a los hijos a que hacen méritos los apartados 1 y 2 del artículo 39 de nuestra Carta Magna, lo que no impide que los criterios sentados resulten igualmente útiles para abordar la pretensión que nos ocupa. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2.007, de 15 de enero, pone de relieve que: '(...) debemos partir de la consideración de que no corresponde a este Tribunal la determinación de qué interpretación haya de darse a la expresión 'dentro de su jornada ordinaria' utilizada en el primer párrafo del apartado 6 del art. 37 LET para definir los límites dentro de los cuales debe operar la concreción horaria de la reducción de jornada a aplicar, cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales. Por ello mismo, no nos corresponde siquiera determinar si la concreta reducción de jornada solicitada por la demandante de amparo se enmarca o no dentro de dichos límites y debe entenderse o no, en consecuencia, amparada por su derecho a la reducción de jornada. Sin embargo, señalado lo anterior, debemos igualmente afirmar que sí nos corresponde valorar desde la perspectiva constitucional que nos es propia, y a la vista del derecho fundamental invocado, la razón o argumento en virtud del cual la Sentencia impugnada niega al solicitante de amparo el derecho a la reducción de jornada solicitada. Hemos sostenido reiteradamente que, estando en juego un derecho fundamental sustantivo y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de la resolución judicial impugnada (entre las últimas, SSTC 30/2000, de 31 de enero; 173/2001, de 26 de julio; 92/2005, de 18 de abril; y 326/2005, de 12 de diciembre) (...) La sentencia continúa así: '(...) En el asunto sometido a nuestra consideración 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. A juicio del órgano judicial, la jornada reducida propuesta por la trabajadora no se ajustaba a los límites establecidos en el citado precepto, al pretenderse el establecimiento de una jornada a desarrollar exclusivamente de lunes a miércoles y en horario de tarde, siendo así que la jornada ordinaria de la trabajadora se desarrollaba de lunes a sábados y en turnos rotativos de mañana y tarde. Esta fundamentación de la resolución judicial prescinde de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de 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. 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; y 92/2005, de 18 de abril). 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 de 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".*

**VIGESIMO-SEGUNDO.-** Tan largo excurso nos permite sentar ya algunas conclusiones. Desde un prisma de legalidad ordinaria, la generalidad de los términos con que está redactado el artículo 37.7 del Estatuto de los Trabajadores al referirse a la concreción horaria de la reducción de jornada dentro de la que se reputa de ordinaria, en modo alguno autoriza a excluir sin más cualquier posibilidad de que tal especificación o, lo que es lo mismo, ajuste del horario a la nueva duración de la jornada una vez reducida, comporte un cambio del régimen de trabajo a turnos, llegando, incluso, a establecerse un único turno fijo, pues se trata, como expusimos, de un derecho individual cuya titularidad viene atribuida por mandato legal al trabajador o trabajadora que se acoge a dicha reducción, siempre, por supuesto, que concurren los requisitos legales para ello, y sin que el Legislador haya determinado la forma en que deba efectuarse la expresada concreción, ni tampoco cuál de entre los intereses enfrentados goza de preeminencia. Ninguna razón avala, por ello, que por jornada ordinaria de trabajo se entienda estrictamente aquélla que en la totalidad de sus múltiples aspectos -duración, forma de distribución, régimen de turnos, entre otros- venía realizándose antes de acogerse a la posibilidad de reducirla por necesidades familiares. Nótese, además, que en este caso en el contrato de trabajo que obra a los folios 19 y 19 vuelto de autos no se convino ningún régimen específico de distribución de la jornada, cual se deduce de la cláusula primera, que en este punto aparece en blanco. Otra cosa es que la actora viniese realizando su jornada laboral en turnos rotatorios semanales de mañana y tarde por ser éste el régimen que con carácter general tiene implantado su empleador.

**VIGESIMO-TERCERO.-** Ahora bien, si la empresa se opone a la concreción horaria propuesta, será entonces cuando habrá que ponderar casuísticamente todas las circunstancias concurrentes, debiendo decantarse el conflicto entre el derecho de la persona a compatibilizar su vida familiar y laboral, de un lado, y la necesidad de respetar el poder de organización y dirección del empresario, de otro, a favor de aquél cuyo interés resulte prevalente por ser el que más contribuya a la efectividad de los derechos constitucionales en juego y, a su vez, no irroque un perjuicio relevante a la actividad productiva de la empresa. Será menester, pues, valorar la situación surgida en su dimensión constitucional, que, como nos recuerdan las sentencias antes transcritas, tanto de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional, usando para ello expresiones idénticas, es la que *"ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa"*.

**VIGESIMO-CUARTO.-** Dicho esto, poner de relieve que el hijo de la recurrente - Bernardo - nació el NUM001 de 2.017, de forma que cuando su madre pidió la reducción de jornada de trabajo para su cuidado no tenía siquiera cinco meses de edad, a lo que se une que, aunque el niño goza de buena salud, presenta, empero, algunos trastornos digestivos que exigen vigilancia y cuidado en las posturas. No consta acreditado el horario de la guarderías que hay en la localidad donde reside la trabajadora, si bien es de conocimiento general que el mismo se desarrolla habitualmente por las mañanas, siendo así, además, que su esposo trabaja por cuenta ajena en turno fijo que comienza a las 15:00 horas y acaba a las 23:00 horas. Se trata de hechos inobjetables. Frente a ello y en contra de la concreción horaria sugerida por quien hoy recurre, la empresa alega razones de índole organizativa: unas, meramente apriorísticas, como el régimen de trabajo a turnos rotatorios que, según ella, es el que mejor casa con su forma de entender la profesionalización del personal a su servicio, opinión respetable, pero que en nada puede influir en nuestra decisión, y otras, más concretas, relacionadas con la mayor afluencia de público en la franja horaria de tarde y la necesidad de ayudar a descargar el camión de reparto de mercancías que diariamente se desplaza hasta la tienda. De lo primero, nada dice la sentencia impugnada, y lo segundo no es obstáculo que pueda justificar el rechazo de la petición de la demandante partiendo del canon de enjuiciamiento que es exigible. Bien mirado, lo que la trabajadora propugna representa únicamente que dos semanas al mes en lugar de trabajar en turno de tarde lo haga en el de mañana, de suerte que ello requiere que esas dos semanas el de tarde se cubra por otro empleado, exigencia que no parece, dado el tamaño de la empresa traída al proceso y los recursos humanos a su disposición, que sea dificultosa, ni, mucho menos, insalvable.

**VIGESIMO-QUINTO.-** En síntesis: ponderando los intereses en conflicto en atención a las circunstancias concurrentes y, como dijimos, al mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia - artículo 39 de la Constitución-, en el supuesto que nos ocupa tiene que prevalecer el derecho de la trabajadora a compatibilizar su vida familiar y profesional de la forma que reclama, ya que con ello se favorece el derecho constitucional que entraña su razón de ser, y no se causa ninguna dificultad relevante en el funcionamiento regular de la mercantil demandada, ni, tampoco, se le hace de mejor derecho respecto de las demás compañeras de trabajo, por cuanto la conclusión alcanzada trae causa del ejercicio de un derecho individual a



reducir la jornada laboral por motivos familiares, en este caso la guarda de un hijo menor, que tiene, como lógico contrapunto, la disminución proporcional de la retribución convenida. Por consiguiente, el motivo se acoge.

**VIGESIMO-SEXTO.-** Finalmente, el cuarto y último señala la vulneración del artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en conexión con el 183 del mismo texto legal. Mantiene, en suma, la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios que en cuantía de 3.000 euros reclama. Desde luego, el esfuerzo alegatorio de la actora en este punto resulta ciertamente pobre. Si lo que pide consiste en el resarcimiento de daños materiales, no le acompaña la razón, por cuanto ninguno de tal naturaleza quedó acreditado en autos. Mas, si lo postulado son daños morales derivados del desconocimiento por la empresa de los derechos constitucionales que sirven de sustento a su petición, el escenario es otro. Al efecto, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2.017 (recurso nº 7/17), también unificadora, proclama: *"(...) En este caso la pretensión indemnizatoria de la parte se limita a la reparación del daño moral, al no haberse acreditado otros perjuicios materiales, por lo que el Tribunal para cumplir con el deber de pronunciarse sobre la cuantía del daño, puede determinarla prudencialmente cuando, como acontece como regla general tratándose de daños morales, la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización, y debiendo ser la indemnización fijada suficiente para resarcir a la víctima y para restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño, tal y como establecen los artículos 179.3 y 183.2 LRJS "*, precepto este último a cuyo tenor: *"El Tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de la situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño"*.

**VIGESIMO-SEPTIMO.-** Así las cosas y ante la magra actividad probatoria desplegada por la demandante, la Sala considera que debe fijar, prudencialmente, tal indemnización por daños morales en la cantidad de 1.500 euros. En conclusión: el motivo se estima parcialmente y, con él, de igual modo el recurso, sin que por ello, y dada la condición laboral con que litiga la recurrente, haya lugar a la imposición de costas.

## FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Elisabeth , contra la sentencia dictada en 23 de mayo de 2.018 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de DIRECCION000 , en los autos núm. 458/18, seguidos a instancia de la citada recurrente, contra la empresa DIRECCION003 . ( DIRECCION006 .), figurando también como parte el MINISTERIO FISCAL, en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y, acumuladamente, reclamación de indemnización de daños y perjuicios y, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos la resolución judicial recurrida y, con estimación, también en parte, de la demanda rectora de autos, debemos declarar, como declaramos, el derecho que asiste a la actora a que la reducción de jornada que la empresa le reconoció con motivo del nacimiento de un hijo en fecha 13 de noviembre de 2.017 se concrete y distribuya semanalmente, mientras persistan las circunstancias que condicionan tal derecho, del siguiente modo: de lunes a viernes, de 8:30 a 14:30 horas; y los sábados, de 8:30 a 13:30 horas, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración, así como por todas las consecuencias que de la misma se derivan, así como a que satisfaga a la demandante la suma de 1.500 euros (MIL QUINIENTOS EUROS) como indemnización por daños morales. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, 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 resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que



esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. 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. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento número 282600000077618.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

FONDO DOCUMENTAL CEJPO