

Roj: **SJSO 68/2015** - ECLI: **ES:JSO:2015:68**Id Cendoj: **28079440132015100001**Órgano: **Juzgado de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **13**Fecha: **22/10/2015**Nº de Recurso: **849/2015**Nº de Resolución: **374/2015**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **PATRICIA NAVAS CATALA**Tipo de Resolución: **Sentencia****NIG** : 28.079.00.4-2015/0037163

En Madrid a veintidós de octubre de dos mil quince .

Doña **PATRICIA NAVAS CATALÁ**, Juez de apoyo al Juez de Adscripción Territorial en funciones de refuerzo en el Juzgado de lo Social número Trece de Madrid, ha visto los presentes autos de CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL FAMILIAR Y LABORAL nº **849/2015** promovidos a instancia de D. Imanol , defendido por el Letrado D. José Manuel Fernández Barreno, contra el INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES, defendido y representado por el Letrado D. Manuel Ángel Marcos Mateos

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA N° 374/2015

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 29 de julio de 2015 la parte actora presentó demanda junto con sus copias y documentos, ante la Oficina de Decanato de los Juzgados de lo Social, la cual tras ser repartida correspondió su conocimiento al presente Juzgado con fecha de entrada el día 05 de agosto de 2015, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicaba al Juzgado el dictado de una sentencia estimatoria, mediante la cual se declare el derecho del trabajador a flexibilizar en un máximo de una hora el horario de entrada en el turno de mañana a partir del 1 de septiembre de 2015, condenando a la Administración demanda a estar y pasar por esta declaración y a permitir la flexibilización horario en los términos solicitados.

SEGUNDO.- Admitida que fue a trámite la demanda se citó a las partes al acto de conciliación y juicio que tuvo lugar el día 21 de octubre de 2015. No lográndose avenencia por las partes, se procedió a la inmediata celebración del juicio. Abierto el acto de la vista se concedió la palabra a la parte actora, afirmándose y ratificándose en la demanda, solicitando el recibimiento del juicio a prueba. Con carácter previo aclaró que la flexibilización únicamente afectaría al turno de mañana de lunes a viernes y no así al fin de semana.

Acto seguido se concedió la palabra a la demandada, la cual se opuso íntegramente a las pretensiones de la actora, solicitando el recibimiento del juicio a prueba.

La parte demandante propuso como pruebas la documental que aportó acompañó con la demanda así como testifical de Don Romeo y D. Luis María . La parte demandada interesó la documental que aportó en la vista y que consta en acta. Todas las pruebas fueron admitidas teniéndose por reproducida la documental e incorporada en autos.

Practicadas las pruebas se concedió la palabra a las partes para conclusiones.

Posteriormente se declararon los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente pleito se han observado todos los preceptos legales.



HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El demandante, Imanol , mayor de edad, con DNI NUM000 , afiliado al Régimen General de la Seguridad Social nº NUM001 , ha venido trabajando por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada, como personal eventual, con una antigüedad de 19 de julio de 2011, con la categoría profesional de Oficial de Actividades Técnicas y Profesionales (Cocinero Segunda), en el centro de trabajo Centro de Referencia Estatal de Atención al Daño Cerebral de Madrid, percibiendo un salario mensual bruto de 1.608'60 euros incluida la prorrata de las pagas extras.

SEGUNDO.- A la presente relación laboral es de aplicación el III Convenio colectivo único para el personal laboral al servicio de la Administración General del Estado publicado en el BOE en virtud de resolución de 3 de noviembre de 2009.

TERCERO.- En la actualidad el trabajador tiene establecido un régimen de trabajo a turnos, de mañana y tarde. El turno de mañana es de 08'00 a 15'00 horas y el turno de tarde de 15'00 a 22'00 horas (hechos no controvertidos)

CUARTO.- El demandante tiene un hijo nacido el NUM002 de 2014, Adrian , el cual se encuentra matriculado para el curso 2015/2016 en la Escuela Infantil La Princesa, perteneciente a la red pública de centros de la Comunidad de Madrid, cuyo horario general es de 09'00 a 16'00 horas, ampliando una hora por la mañana de 08'00 a 09'00 horas (documento número quince del actor)

QUINTO.- Con fecha de 13 de julio de 2015, el actor interesó su derecho de flexibilizar, en un máximo de una hora, el horario de entrada del turno de la mañana, siendo denegado por la empleadora al amparo del apartado segundo, punto 4.a) de la Resolución de 20 de diciembre de 2005 (documento quince de la parte demandante)

SEXTO.- En el centro prestan servicio un jefe de cocina, un cocinero de primera, dos cocineros de segunda y dos ayudantes de cocina (testifical de D. Romeo).

Sirven aproximadamente de 20 a 30 desayunos, siendo su hora las 8:30, si bien el trabajo da comienzo en la franja de 8 a 9 horas (testificales practicadas a instancia de la parte actora)

Son necesarias mínimo dos personas para atender las necesidades de 8'00 a 09'00 horas como es un cocinero de primera o de segunda y un ayudante (testificales practicadas a instancia de la parte actora).

Hay ocasiones en las que hay más de una persona adicional respecto del mínimo de personal que tendría que haber de 08'00 a 09'00 horas (testificales practicadas a instancia de la parte actora)

SÉPTIMO.- No se ha celebrado ante el SMAC el preceptivo acto de conciliación, toda vez que está exceptuado para esta modalidad procesal este acto preprocesal según el art. 64 LRJS .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora ejerce la acción declarativa del art. 37.6 del Real Decreto legislativo 1/95 de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante) en relación con el art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS en adelante) y el art.38.5 del III Convenio colectivo único para el personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, mediante la cual pretende que se reconozca el derecho del actor a flexibilizar su horario de entrada en el turno de mañana de lunes a viernes en un máximo de una hora.

El trabajador funda su pretensión en el hecho de que tiene un hijo nacido el NUM002 de 2014 el cual se encuentra matriculado en la escuela infantil La Princesa para el curso 2015/2016, el cual tiene un horario general de 09'00 a 16:00 horas si bien con la posibilidad de ampliar una hora por la mañana de 08'00 a 09'00 horas. Así, interesa la flexibilización en la hora de entrada en el turno de mañana para poder llevar a su hijo al centro escolar.

SEGUNDO.- La demandada se opone a la pretensión formulada de contrario aduciendo que teniendo en cuenta la jornada y el tipo de centro, es incompatible la flexibilidad horaria, no pudiendo atenderse a la petición por necesidades del servicio toda vez que el actor es cocinero de segunda y cada mañana debe darse desayunos a personas que se encuentran en un delicado estado de salud y tienen necesidades concretas, siendo esa primera hora, de 8 a 9 horas, la hora clave pues los desayunos se empiezan a servir a las 8'30 horas y se pone en funcionamiento la cocina. El centro cuenta con un total de 6 personas contando con el jefe de cocina que no prepara la comida, siendo el personal justo para atender la totalidad del servicio, a lo que debe añadirse la problemática cuando alguno de los trabajadores está de baja, de vacaciones o disfrutando de un permiso por asuntos propios entre otros.



TERCERO.- El objeto de la presente litis, con la conformidad de los Letrados intervinientes, se limita al estudio del reconocimiento al actor de la flexibilidad horaria en un máximo de una hora en el momento de entrada en el turno de mañana.

CUARTO.- De conformidad con el art.97.2 los hechos declarados probados lo han sido de la prueba practicada. Son pruebas practicadas en el acto del juicio la documental obrante en los autos y la aportada por las partes en el acto del juicio, que no fue impugnada de contrario, a excepción del informe emitido por la Directora gerente del centro de trabajo del actor aportado por la demandada que no ha sido reconocido por la actora por ser de fecha del día de la vista. Así, todos los documentos que obran en autos despliegan toda su eficacia probatoria de conformidad con lo dispuesto por la Ley Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante) tanto para los documentos públicos como para los privados.

Igualmente ha sido practicada la testifical de D. Romeo y D. Luis María , compañeros del demandante. La declaración de los testigos se ha valorado conforme a las reglas de la sana crítica tal y como dispone el art. 376 LEC , teniendo en cuenta las circunstancias que en ella concurren y la razón de ciencia que ha dado en el acto de la vista al prestar declaración.

QUINTO.- Son dos los preceptos que resultan de aplicación en la presente litis, el art. 37.6 ET .

Según el art. 37.6 ET " *La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, 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 5, 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 períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social "*

Respecto al art. 37.6 ET la cuestión problemática redunda en la expresión " *dentro de su jornada ordinaria* ". En primer lugar hay que tener en cuenta que el apartado sexto del art. 37 va referido con su apartado quinto que prevé la reducción de jornada con la subsiguiente reducción proporcional de salario. Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia 4494/08 de 13 de junio de 2008 , dice que " *El derecho que establece al trabajador el art. 37-6 del E.T. de fijar la concreción horaria, esta vinculada a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones; ...*" En términos similares se refiere el Alto Tribunal en las Sentencias de 18 de junio , 13 de noviembre de 2008 y 19 de octubre de 2009 . En el caso de autos la pretensión del actor se encuentra encaminada, no a interesar una reducción de jornada sino la posibilidad de flexibilizar su horario de entrada hasta un máximo de una hora en el turno de mañana de lunes a viernes como así prevé el convenio colectivo aplicable.

Sostiene la STC, Sala Primera, 3/2007, de 15 de enero, rec. 6715/2003 , (Fundamento Jurídico 4º) 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 (art. 117.3 CE). 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 ...*

(Fundamento Jurídico 6º) *En el asunto ahora 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 ...*



(Fundamento Jurídico 6º) *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 ..."*

El art.38.5 del Convenio colectivo aplicable reza lo siguiente: *Los empleados públicos tendrán derecho a flexibilizar en un máximo de una hora el horario fijo de jornada para quienes tengan a su cargo personas mayores, hijos menores de 12 años o personas con discapacidad, así como quien tenga a su cargo directo un familiar con enfermedad grave hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Excepcionalmente, previa autorización del responsable de la Unidad, se podrá conceder, con carácter personal y temporal la modificación del horario fijo en un máximo de dos horas por motivos directamente relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y en los casos de familias monoparentales."*

El trabajador funda su pretensión en el hecho de que tiene un hijo nacido el NUM002 de 2014 el cual se encuentra matriculado en la escuela infantil La Princesa para el curso 2015/2016, el cual tiene un horario general de 09'00 a 16:00 horas si bien con la posibilidad de ampliar una hora por la mañana de 08'00 a 09'00 horas. Así, interesa la flexibilización en la hora de entrada en el turno de mañana para poder llevar a su hijo al centro escolar.

La demandada se opone a la pretensión formulada de contrario aduciendo que teniendo en cuenta la jornada y el tipo de centro, es incompatible la flexibilidad horaria, no pudiendo atenderse a la petición por necesidades del servicio toda vez que el actor es cocinero de segunda y cada mañana debe darse desayunos a personas que se encuentran en un delicado estado de salud y tienen necesidades concretas, siendo esa primera hora, de 8 a 9 horas, la hora clave pues los desayunos se empiezan a servir a las 8'30 horas y se pone en funcionamiento la cocina. El centro cuenta con un total de 6 personas contando con el jefe de cocina que no prepara la comida, siendo el personal justo para atender la totalidad del servicio, a lo que debe añadirse la problemática cuando alguno de los trabajadores está de baja, de vacaciones o disfrutando de un permiso por asuntos propios entre otros. En apoyo a sus pretensiones, la parte demandada aportó un certificado emitido en fecha de 20 de octubre de 2015 por la Directora del centro de trabajo en el que refleja el personal con el que cuenta el centro, las particularidades del mismo en atención a las personas que en él se encuentran así como la dificultar en la organización de los turnos de trabajo. Se destaca por la parte demandada el delicado estado de salud de los usuarios del centro y la personalización en la alimentación, debiendo asegurar la máxima flexibilidad del personal.

En cuanto a las testificales practicadas, las declaraciones vertidas en el acto de la vista merecen absoluta credibilidad por esta Juzgadora toda vez que los testimonios no se contradicen entre sí, siendo paralelos, y los testigos son conocedores directa y personalmente de los hechos objeto de la presente resolución. D. Romeo , jefe del departamento donde el actor presta servicios, afirmó que: son seis personas en plantilla incluyéndole a él; que dan servicio a unas 120 personas de lunes a jueves, disminuyendo los viernes esta cifra si bien los desayunos se sirven a unas 20 a 30 personas aproximadamente según el nivel que haya en cada momento; que los desayunos son servidos a las 8'30 horas; que el comienzo y arranque del trabajo del día tiene lugar en la franja horario de 8 a 9 horas; que serían necesarias de 8 a 9 horas dos personas como son un responsable (cocinero de primera o de segunda) y un ayudante de cocina; que en ocasiones hay más de una persona del número que sería normal en la plantilla, de los que tiene que haber. En cuanto a las declaraciones de D. Luis María , cocinero de primera, manifestó lo siguiente: que se atiende entre 25 a 30 personas en el desayuno: que mínimo debe haber dos personas por la mañana para atender el desayuno como es un ayudante y un cocinero de primera o de segunda; que hay días que hay dos, tres o cuatro personas atendiendo el turno de trabajo y a veces casi ninguno; no conoce que se haya producido colapso o incidencia si sólo había dos personas atendiendo el desayuno.

Pues bien, a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso de autos es procedente acceder a la flexibilización en un máximo de una hora en el turno de mañana de lunes a viernes pretendida por el trabajador demandante, toda vez que ha quedado acreditado que es padre de un menor de un año de edad, lo que implica la dependencia que el mismo tiene de sus progenitores, a lo que se ha de unir que el demandante únicamente interesa la flexibilización hasta un máximo de una hora de entrada en el turno de mañana a los efectos de poder



llevar a su hijo al centro escolar, habiendo quedado acreditado que éste permite atender en horario ampliado a los escolares de 8'00 a 9'00 horas. Y es que el actor únicamente interesa una flexibilización horaria hasta un máximo de una hora lo cual no implica que de manera permanente su horario de entrada en el turno de mañana vaya a ser a las 9'00 horas sino que precisamente, esta flexibilización que la norma paccionada establece, va a permitir al Sr. Imanol llevar a su hijo al centro escolar, sin que por ello se produzca un cambio de turno o modificación permanente del mismo y sin que se considere que vaya a afectar de manera drástica al servicio como alegaba la parte demandada toda vez que la incidencia sería mínima. Esta Juzgadora no es ajena a la especial situación en la que se encuentran los usuarios del centro de trabajo y las personales necesidades que estos requieren pero es necesario incidir de nuevo en la mínima incidencia que provocaría el reconocimiento del derecho objeto de autos interesado por el actor. A ello debe adicionarse el hecho de que los propios testigos afirmaron que dos personas son las que pueden atender el servicio de desayunos, sin que les conste la existencia de incidencia o colapso cuando así ha sido por lo que es posible la organización del servicio atendiendo al personal existente, organización que es obligación de la empleadora. Sin duda, el derecho del trabajador debe prevalecer sobre las razones esgrimidas por la demandada al ser mínima la incidencia que pudiera tener en el servicio pues el turno de mañana comprende una jornada de 8 a 15 horas y el máximo de tiempo que podría resultar afectado ascendería a una hora.

No pueden por tanto prevalecer las dificultades organizativas alegadas por la empresa en el juicio sobre la protección jurídica de la familia que deben garantizar los poderes públicos, según el art. 39.1 CE , con la correspondiente " *protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación* " como se desprende del apartado segundo del mismo precepto, que debe ser puesto en relación con el art. 14 CE , que consagra el principio de igualdad, siendo objeto de tutela por vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE). Corresponde, por tanto, a los poderes públicos, entre los que se encuentran los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial velar por el respeto, protección y reconocimiento del principio de protección de los hijos, principio que debe informar toda práctica judicial (art. 53.3 CE).

SEXTO.- Nos encontramos ante la modalidad procesal de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, debiendo regir el art. 139 LRJS , según el cual la sentencia que pone fin a este procedimiento es firme, y por ende la misma no es susceptible de recurso.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo **estimar y estimo** la demanda formulada por **D. Imanol** , defendido por el Letrado D. José Manuel Fernández Barreno, contra el **INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES** , defendido y representado por el Letrado D. Manuel Ángel Marcos Mateos y en consecuencia debe condenarse a la empresa a reconocer al trabajador el derecho a flexibilizar en un máximo de una hora el horario de entrada en el turno de mañana de lunes a viernes

Se advierte a las partes que esta sentencia es firme y contra ella no cabe interponer recurso alguno.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por la Sra. Magistrado-Juez que la firma, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.