



Roj: **STSJ AND 3576/2019 - ECLI: ES:TSJAND:2019:3576**

Id Cendoj: **41091340012019101115**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **12/04/2019**

Nº de Recurso: **4457/2018**

Nº de Resolución: **1116/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PEREZ SIBON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO Nº 4457/18 - L SENTENCIA Nº 1116/19

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Recurso nº 4457/2018 - L

Ilmos. Sres.:

D. Luis Lozano Moreno

D. José Joaquín Pérez Beneyto Abad

D^a María del Carmen Pérez Sibón, ponente

En Sevilla, a doce de abril de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 1116/2019

En el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a Mónica , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Sevilla, Autos nº 5/18; ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. María del Carmen Pérez Sibón, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D^a Mónica contra DIRECCION000 ., se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 24/4/18, y Auto Aclaratorio de fecha 13/6/18, por el Juzgado de referencia, en la que se desestimó la demanda.

SEGUNDO .- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

" **PRIMERO.-** Doña Mónica , mayor de edad, con DNI NUM000 , viene prestando servicios para el DIRECCION000 ., desde el 5 de abril de 2010. La categoría profesional de la actora es la de vendedora. El contrato tiene carácter de indefinido a tiempo completo.

La jornada de trabajo de la actora es de 36 horas semanales, en turnos rotatorios, por semanas, de modo que una semana trabaja por la mañana y otra por la tarde. En turno de mañana es de 10:00 horas a 16:00 horas, y de turno de tarde es de 16:00 horas a 22:00 horas. El centro de trabajo se encuentra ubicado en el Stand de la firma DIRECCION001 , en el interior del DIRECCION004 de DIRECCION002 (Sevilla).



SEGUNDO.- La actora y la empresa demandada celebrado los siguientes contratos:

1.- Contrato de trabajo indefinido, a tiempo completo, celebrado por la actora y la empresa demandada, el 5 de abril de 2010. Folios 436 y 437 de las actuaciones que se dan por reproducidos.

2.- En fecha de 23 de enero de 2013, DIRECCION000 . comunicó a la actora que a partir del 1 de febrero de 2013, tal como se acuerdo con usted, pasará a formar parte del grupo profesional 3, como vendedora de Stand. Folio 439 las actuaciones que se da por reproducido.

3.- En fecha de 15 de septiembre de 2013, la actora y la empresa demandada firmaron modificación del horario de trabajo, y exponen que con efectos del 1 de octubre de 2013, la jornada de trabajo será de 6 horas diarias, 36 horas semanales en horario comercial, en turno rotativo, una semana de mañana y otra de tarde, quedan del horario establecido la siguiente manera: Turno de mañana: de 10:00 horas a 16:00 horas, sin descanso. Turno de tarde: de 16:00 horas a 22:00 horas, sin descanso. Folio 441 de las actuaciones que se da por producir

La relación laboral se rige por el Convenio Colectivo Estatal de Perfumerías y Afines.

TERCERO.- En el Stand de la firma DIRECCION001 , en el interior del DIRECCION004 de DIRECCION002 (Sevilla), la actora y Doña Trinidad prestan servicios en turnos rotatorios: Tumo de mañana: de 10:00 horas a 16:00 horas, sin descanso. Tumo de tarde: de 16:00 horas a 22:00 horas, sin descanso. Folios 464 a 466 de las actuaciones que se dan por reproducidos.

CUARTO.- El 18 de septiembre de 2017, la actora envió escrito a la empresa demandada, en el que le solicita que su jornada de trabajo pueda desarrollarse exclusivamente de mañana, para organizar los tiempos escolares y atención a la hija menor de cinco años. Folio 380 de las actuaciones que se da por reproducido.

El 3 de octubre de 2017, la empresa demandada contesta la actora, manifestando que la opción de la actora no supone una reducción, ya que se ha de realizar dentro de su jornada ordinaria, y no tiene amparo del artículo 37 en el 34.8 del Estatuto de los Trabajadores . Se pone de manifiesto que la solicitud de la actora suponen una modificación de sus turnos de trabajo. Folios 382 a 384 de las actuaciones que se dan por reproducidos.

En fecha de 6 de octubre de 2017, la actora envió a la empresa demandada carta en la que le agradecía que la empresa organice reunión con las cinco personas que conforman la plantilla del centro de trabajo de Sevilla, exponiendo la situación y las distintas posibilidades legales que tiene la empresa para jugar, recabe de todas nosotras apelando a la buena fe, y buscar una solución. Folios 452 a 454 de las actuaciones que se dan por reproducidos.

La empresa demandada se reunió con las empleadas de los centros de trabajo ubicados en el DIRECCION004 de DIRECCION002 y DIRECCION003 , sobre las posibilidades solicitadas por la actora. Las empleadas de los dos centros no accedieron a lo solicitado por la actora. (Hecho acreditado por las declaraciones testimoniales de Doña María Luisa , Don Everardo y Doña Trinidad).

La actora envió carta a la empresa demandada, el 11 de noviembre de 2017, poniendo de manifiesto otra opción consistente en reducir su jornada de 36 horas semanales a 30 horas semanales, pero dicha reducción realizarla durante los días de la semana que le corresponde a trabajar de tarde. Folios 385 y 286 de las actuaciones que se dan por reproducidos.

En fecha de 21 de noviembre de 2017, la empresa demandada contestó a la actora ponen de manifiesto que, una vez denegada por parte de sus compañeras la propuesta de adaptación de jornada que planteó, la solicitud planteada no se encuentra ajustada a los parámetros legales. Folios 388 a 390 de las actuaciones que se dan por reproducidos.

TERCERO .- En fecha de 22 de diciembre de 2017, se presentó demandada que dio lugar al presente procedimiento. Por Decreto de este juzgado de fecha 5 de febrero de 2018, se emitió la demanda presentada."

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Interpone demanda D^a Mónica , a través del procedimiento especial de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores), con la pretensión de que sea condenada la empresa demandada DIRECCION000 . a reconocer a la actora el derecho a una jornada continua de mañana, o subsidiariamente, a reducir su jornada dos días completos de la semana que tengan turno de tarde.



Frente a la sentencia dictada, desestimatoria de la pretensión, se alza en suplicación la demandante articulando su recurso en cuatro motivos, de los cuales los dos primeros se formulan al amparo del artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el tercero se encauza a través del párrafo b) del mismo precepto, y el cuarto tiene encaje adjetivo en el párrafo c) de la indicada norma.

Con carácter previo han de efectuarse ciertas precisiones, concretamente referidas a la propia admisibilidad del recurso. El procedimiento seguido en el presente litigio es el regulado en el Art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, " *Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente* ", al respecto del cuál el Art. 191.2. f) dispone: " *No procederá recurso de suplicación en los procesos relativos a las siguientes materias: f) Procedimientos relativos a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral previstos en el artículo 139, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación* ".

Por su parte, el Art. 184 del Texto Procesal Laboral dispone: " *Demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente* .

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 178, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva ".

Finalmente, el Art. 191.3 f) de la misma Norma establece que procederá en todo caso la suplicación: " *f) Contra las sentencias dictadas en materias de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de los estatutos de los sindicatos, procedimientos de oficio y tutela de derechos fundamentales y libertades públicas* ".

La demandante alega en el presente procedimiento la situación de discriminación ocasionada por la empresa, la cual ha permitido a otras trabajadoras la reducción de jornada y concreción horaria en la forma solicitada por la actora.

Se admite en consecuencia el recurso de suplicación, incluso para entrar en el fondo del asunto, más allá de los motivos formulados al amparo del Art. 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

SEGUNDO : El primero de los motivos del recurso denuncia la infracción de los artículos 97.2 y 94.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, así como 209 y 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Alega la recurrente que la sentencia ha incurrido en incongruencia omisiva, al no pronunciarse sobre la petición subsidiaria de la demanda.

Invoca asimismo que la resolución combatida no hace referencia a la invocada ocultación por parte de la demandada de la documental que le fue requerida para su aportación a los autos, y que consistía en los cuadrantes horarios de todo el personal de los centros de trabajo de la demandada ubicados en España incluyendo los centros de Sevilla.

El planteamiento de la actora a este respecto no puede ser acogido, y ello por cuanto que la sentencia -y más concretamente su fundamento de derecho primero- hace expresa referencia al pedimento subsidiario y le da una respuesta análoga a la de la pretensión principal, indicando que la concreción horaria no está permitida sin la reducción de jornada, no amparando la ley por esta vía una redistribución de la jornada de trabajo. Cuestión distinta es que la sentencia se ajuste o no a derecho en su solución, o esté conforme o no con ella la recurrente, pero lo solicitado ha sido contestado.

En cuanto a la aportación de la documental interesada, consistente en los cuadrantes horarios de los trabajadores de todos los centros de la demandada en España, lo que se pretende probar con dicha documental -la existencia en otros centros de trabajadores que gozan de un horario como el solicitado por la ahora actora- es un extremo que ya está reconocido expresamente por la empresa y asimismo se reitera en el escrito de impugnación del recurso. Consta efectivamente además en la sentencia que existen otros trabajadores ya con jornada reducida en turno fijo, considerando la empresa que en el caso de la actora razones organizativas impiden reconocérselo.

TERCERO : También al amparo del artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia la infracción del artículo 139 del indicado Texto legal , precepto que señala que " *el empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al posterior acto del juicio, que podrá acompañar en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia* " .

Alega la recurrente que la demandada no aportó al acto de juicio propuesta ni alternativa alguna.

Al respecto de tal requisito, la recurrente considera trascendente el hecho de que el magistrado de instancia no haya efectuado ninguna referencia a ello en la fundamentación jurídica de la sentencia, siendo una actuación de la empresa que debió valorarse expresamente en la sentencia.

No es exacto que no se formularan puestas por la empresa en los actos de conciliación y juicio, y ello por cuanto que, como consta en la sentencia impugnada, la empresa ofreció distintas soluciones a la trabajadora, sin que ésta aceptara ninguna de ellas. Las propuestas en definitiva estaban efectuadas, y mantenidas, pudiendo adherirse a alguna de las mismas la trabajadora, aun cuando no se volviera a formular de forma expresa en el acto del juicio.

Se desestima el motivo.

CUARTO: El motivo de revisión fáctica propone la adición de un párrafo en el que conste que la actora soporta actualmente todos los gastos familiares y de manutención de su hija menor de edad, tales como hipotecas, suministros, vehículos, o comedor escolar. Asimismo se insta el reflejo en el relato histórico de que el padre de la menor carece de ingresos y reside en una población distinta a la de la actora y su hija.

Ciertamente la demandante ha hecho un esfuerzo probatorio para acreditar en la medida de lo posible los gastos que afronta así como la situación del progenitor de su hija, razón por la que deberá admitirse el nuevo hecho probado que se pretende incorporar las actuaciones.

QUINTO: El cuarto y último motivo del recurso se formula con amparo procesal en el párrafo c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , denunciando la infracción de los artículos 37 apartados 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, así como de los artículos 14 y 39 de la Constitución Española , en relación con la jurisprudencia dictada en la materia.

El Art. 37.6 y 7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , establece:

" 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.*

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

El progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

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".

Respecto de la petición principal de la demanda, es claro que no se solicita reducción horaria, sino exclusión del turno de tarde, lo que resulta un supuesto de concreción horaria sin reducción de jornada. La petición subsidiaria sustenta una reducción horaria consistente en dos días completos de los correspondientes al turno de tarde. Implicaría por tanto reducción y concreción horaria.

Partiendo de la regulación normativa ordinaria del derecho a la elección de turno de trabajo del artículo 34.8 del ET que se ha indicado anteriormente, ha de indicarse que si bien el ejercicio de este derecho había sido interpretado de manera restrictiva por el T.S. en sentencias 13 de junio de 2008, 18 de junio de 2008, 20 de mayo de 2009 y 19 de octubre de 2009, de forma que consideraban que el ejercicio reconocido en el art. 37.6 del E.T. no incluía la solicitud de cambio de horario si no iba unido a la de reducción de la jornada, ha de repararse en que tales sentencias se dictaron en supuestos en los que la solicitud de cambio de horario se produjo antes de la introducción del apartado 8 al art. 34 del Estatuto de los Trabajadores, que fue incorporado por el apartado tres de la disposición adicional décimo primera de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que posibilitaba tal cambio de horario aunque subordinado a lo previsto en la negociación colectiva o al acuerdo que se llegara con el empresario respetando lo previsto en aquella, se entiende que los mínimos allí acordados, mejorando en aquella. A ese apartado se añadió un nuevo párrafo redactado por el número 2 del artículo 9 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, según el cual "A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas".

Esta Sala, en sentencia de 1/2/18, recurso 4108/2017, estableció lo siguiente: " El derecho a la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de un hijo menor, y el derecho a la correlativa concreción horaria derivada del mismo, son derechos regulados en los artículos 37.5 y 6 ET, 34.8 ET en relación con el art. 14 y 10 CE, en cuanto el sexo y la condición familiar constituyen factores de discriminación (SSTC 3/2007 y 26/2011) de modo que al ser un auténtico derecho social fundamental prevalece en la función resolutoria de dudas interpretativas, exigiéndonos integrar por vía interpretativa las lagunas de esta materia y de los textos restrictivos contrarios a un desarrollo efectivo de estos derechos. Estos preceptos, introducidos en la norma estatutaria por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y que en lo referente al párrafo primero del apartado quinto han sido modificados por la vigente LO 3/2007, de 22 de marzo, con la introducción del art. 34.8 ET, que no sólo regulan los derechos antes mencionados siendo un contenido sensiblemente más amplio, ya que se reconoce un nuevo derecho a la adaptación razonable de la jornada de trabajo al trabajador por motivos de conciliación, sin necesidad de proceder a una reducción de jornada. Estas normas reconocen el derecho a la reducción de la jornada de trabajo, el derecho a concretar el horario laboral derivado del mismo, como la adaptación de la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación familiar y laboral, tanto a los trabajadores y trabajadoras que tengan a su cuidado a un hijo menor como a aquellos que por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo a un menor, sea o no hijo suyo, entre otros.

En nuestro caso, estamos ante una pretensión de cambio de turno con reducción horaria -que ya tiene reconocida-, lo que nos plantea la cuestión de si el derecho que se analiza, sólo afecta a la reducción de la jornada laboral con elección de horario, o si también puede

aplicarse a supuestos en los que con o sin que se produzca la citada reducción de jornada, la trabajadora pretende elegir una jornada con un horario adecuado a los intereses familiares.

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



conciliación por razones de eficiencia productiva, que serían las que siempre prevalecerían de no realizarse tal ponderación de circunstancias.

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

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

Es dominante el criterio de que en el art. 37.6 ET se reconoce el derecho a una reducción de jornada con la consiguiente reducción de retribuciones; pero no comprende el cambio de horario, y por tanto de turnos, de forma unilateral, sin reducción de jornada. Así, se deniega el derecho a un horario de mañana o tarde sin reducción de jornada, en vez del horario que venían prestando, para el cuidado de un menor o de una persona con discapacidad. Si bien se introdujo una nueva posibilidad mediante la cual, a través de la negociación colectiva o mediante acuerdo con el empresario, el trabajador puede tener derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectiva la conciliación de la vida personal familiar y laboral (art.34.8 ET -modif LO 3/2007-), esto no quiere decir que se delegue sin límites en el trabajador la configuración de la jornada de trabajo (SSTS TS 13-6-08, EDJ 155883; 18-6-08, EDJ 155958 -con voto particular-; 20-10-10, EDJ 251951) sino que el empresario deberá aceptar una negociación de buena fe, planteando cambios que faciliten el ejercicio del derecho a la conciliación por la mujer, en la que llegar a un acuerdo de adaptación. Es cierto que el art. 34.8 ET no da un derecho de modificación unilateral, sino un poder de negociación del mismo de buena fe, esto es, a plantear cambios con efecto útil para su interés de cuidar al menor, que el empleador negocie de buena fe -con ofertas y contrapropuestas reales-... De modo que, si no lo hace, y no esgrime una razón organizativa suficiente, el art. 34.8 ET en relación al art. 139 LRJS le da mejor posición a la mujer trabajadora titular de un derecho-expectativa a la adaptación razonable del art. 38.4 ET ... En fin, sostenemos que el legislador ha fijado dos condicionantes para un uso más flexible del derecho individual. Uno de legitimación procedimental: que medie un acto de voluntad empresarial, ya sea por acuerdo colectivo o contractual. Otro de legitimación sustantiva: que ese acuerdo, colectivo o singular, asegure un equilibrio concreto entre la razón de la trabajadora y la razón de la empresa, llamando a modulaciones más limitadas y ciertas para la empresa. Ahora bien, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta la regulación procesal del art. 139 LRJS que responde a una orientación de política jurídica opuesta: la trabajadora tiene un poder negociador con el empleador, al margen del convenio. Aquí la trabajadora, en definitiva, solicita que su turno de trabajo sea siempre el turno de mañana, de lunes a sábado, con la reducción en su jornada de cinco horas que ya disfruta. Entendemos que al amparo de lo dispuesto en el art. 34.8 ET en relación con los números 5 y 6 del art. 37 ET, tiene derecho a modificar el turno de trabajo para hacerlo más compatible con sus responsabilidades familiares, y debiéndosele reconocer el derecho solicitado, pues optamos por una interpretación teleológica y finalista del precepto en aras a conseguir una real y efectiva conciliación de las responsabilidades laborales y familiares, renunciando a una interpretación restrictiva y literal del mismo. La laguna legal existente debe integrarse teniendo en consideración la finalidad perseguida por el art. 37 ET, que no es otra sino la de conciliar la vida laboral y la vida familiar.

Sentado lo anterior, y establecido el derecho a la elección de turno, debe admitirse el derecho de la trabajadora a la concreción horaria, pues este derecho sólo en supuestos excepcionales de abuso de derecho, mala fe o manifiesto quebranto para la empresa, ha de decaer. Se debe separar el derecho a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor, del derecho a la concreción horaria, contemplando los derechos como derechos independientes lo que es cierto que en una interpretación literal difícilmente se concilia con el tenor literal de la norma, aunque sí lo haga con el espíritu de la norma interpretada a la luz de la STC 3/2007. Sostenemos que es necesario dotar de contenido concreto a este derecho a la adaptación del tiempo de trabajo reconocido en este art. 34.8 ET y ello con independencia de que exista o no convenio colectivo o acuerdo individual al respecto. Y en este sentido, cabe entender que el art. 34.8 ET lo que configura es un poder de iniciativa del titular de este derecho a realizar, de acuerdo con el principio de buena fe, propuestas razonables de concreción de su jornada de trabajo. Este poder de iniciativa desencadenará por su parte, un proceso negociador al que queda sujeto el empresario, con el fin de buscar la adaptación del tiempo de trabajo que resulte compatible con los diferentes intereses que mantienen las partes en estos casos.

Teniendo en cuenta estas premisas y como resultado de la lectura integradora que ha de realizarse entre los preceptos controvertidos en estos supuestos - art. 37.5 y 6 y art. 34.8 ET y art. 139 LRJS -, llegamos a la conclusión de que la trabajadora tiene reconocido en nuestro ordenamiento laboral, el derecho a una



modificación de su régimen horario, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, con la única excepción de que ello resulte excesivamente gravoso para la organización de la empresa.

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

Para ello el juez viene obligado, según la doctrina constitucional recogida en la conocida STC 3/2007, a **ponderar todas las circunstancias concurrentes**, destacando entre ellas a juicio del TC, las " **dificultades organizativas** que su reconocimiento pudiera causar a la empresa". Por tanto, corresponderá al empresario demostrar en estos casos, el perjuicio organizativo o/y económico que le supondría la aceptación de la concreción horaria que pretenda la trabajadora.... Dadas las características de este derecho, y, más específicamente, a quien corresponde su ejercicio, es al empresario al que incumbe demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente organizativas, que le impiden su disfrute en los términos propuestos por la trabajadora, pero de entrar en colisión ambos derechos es la trabajadora quien debe probar las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario. La concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho de los trabajadores, que sólo en supuestos excepcionales ha de decaer, como ocurriría en supuestos de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa. No concurriendo ninguna de estas circunstancias, le correspondería a la trabajadora la concreción horaria resultante de la reducción de jornada.

En nuestro caso la empresa para nada alega razones organizativas reales para oponerse al cambio de turno pretendido, sino que solo se opone por carecer de amparo legal en el art. 37.6 ET y con base en razones organizativas y como se dice en la sentencia se desconoce "cuál es el perjuicio que se ocasiona a la empresa -el que la actora se le asigne al turno de mañana-, por cuanto aun cuando la actora esté asignada en turno de mañana, las otras tres trabajadoras pueden seguir rotando en turnos de mañana y tarde, sin perjuicio de que ello implique que haya dos trabajadoras por la mañana" y "sí se acreditan las circunstancias de la trabajadora, la cual tiene un niño de muy corta edad, y fijada la residencia en una localidad distinta al centro de trabajo, .../... (y) el turno de mañana .../... es el que mejor le permite conciliar los horarios de trabajo con los horarios de una guardería para el cuidado del menor".

La negativa por la empresa a reconocer a la trabajadora el derecho pretendido, vulnera los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve, dada la inexistencia de las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, lo que de estimarse el recurso por ella formalizado ello constituiría, en tal sentido, una discriminación indirecta por razón de sexo (STC 3/2007) como bien denuncia la impugnante, y negaríamos el interés constitucional a la protección de los valores familiares (ATC 1/2009).

En suma, no cabe trasladar, el coste de cuidado de un menor a la mujer, negando o dificultando la legítima aspiración de la madre trabajadora a su autodeterminación económica (STS 10-2-15 rec 25/2014) mediante la opción por conciliar ex arts. 37 y 34.8 ET acomodando razonablemente su horario, ..."

En el mismo sentido la sentencia del TSJ de Asturias, Oviedo, de 22/1/19, recurso 2815/2018 y la del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 4-4-2019 .

Pues bien, en atención a las resoluciones expuestas, se tendría derecho a la elección de turno, si con ello no supone para el funcionamiento de la empresa unas dificultades organizativas suficientemente relevantes, extremo éste que debería acreditar la empresa, para que su decisión denegatoria del derecho estuviera justificada.

Partiendo por tanto de conformidad con la doctrina constitucional, que el cuidado de un hijo menor da derecho a la concreción del horario aun sin reducción de jornada, (o reduciéndola), lo cierto es que ni la jurisprudencia ni la doctrina constitucional en relación con el precepto que analizamos, confieren al trabajador un derecho absoluto a este respecto. Por el contrario, si bien este derecho a la conciliación es constitucionalmente protegible, han de armonizarse los intereses en juego con las facultades organizativas de la empresa suficientemente justificadas cuando entre las partes no haya acuerdo. En definitiva, ha de estarse a las circunstancias concurrentes, partiendo por supuesto de la relevancia del derecho del trabajador.

Trasladando la expresada doctrina al caso de autos, resulta claro que la actora con una u otra petición (principal y subsidiaria) lo que pretende es exonerarse en mayor o menor medida del turno de tarde. Las circunstancias que rodean la situación y circunstancias de la empresa conducen sin embargo a una solución incompatible parcialmente con el derecho esgrimido.



La empresa, DIRECCION000 , (regida por el Convenio Colectivo de Perfumerías y Afines) tiene un stand en el DIRECCION004 de DIRECCION002 (Sevilla) donde la actora y D^a Trinidad prestan servicios en turno rotatorio: Turno de mañana de 10:00 horas a 16:00 horas y turno de tarde de 16:00 horas a 22:00 horas. Una semana turno de mañana y otra turno de tarde.

Consta descrito en los hechos probados y en la fundamentación jurídica de la sentencia, las diversas reuniones que la empleadora ha celebrado con las trabajadoras del centro de la demandante y de los otros dos centros, con la finalidad de poder excluir a aquélla del turno de tarde como pretende, o parcialmente del turno de tarde, reuniones en las que los trabajadores no accedieron a modificar sus turnos para hacer efectivo lo solicitado por la actora. Se reflejan en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia de instancia el resultado de las pruebas testificales practicadas y que alcanzaron la convicción del juzgador. De ellas éste consideró acreditado (y tal conclusión no se puede alterar al no poder la Sala examinar los testimonios ex Arts. 193 b y 196 LRJS), que si la actora dejaba el turno de tarde en su centro (DIRECCION002) éste se quedaría sin cubrir, al no haber más que una trabajadora junto con la demandante. Se comprueba que las productoras a las que se les ha pedido el cambio de turno también alegan situaciones familiares y personales que no les dificulta aceptar la situación en la que quedarían de aceptarse la petición de la actora.

Por otra parte, se constata que ya existen trabajadoras que han conseguido trabajar únicamente en el turno de mañana, o que han obtenido una concreción horaria diferente también por causa análoga a la de la demandante, cuando la empresa ha podido acceder a tales situaciones.

Todo lo expuesto demuestra que la empresa ha agotado sus posibilidades de conseguir una forma de hacer viable la pretensión de la demandante, intentando llegar a una redistribución con las demás compañeras, sin que haya sido posible. Consideramos que el hecho de que la empresa haya permitido derechos análogos al aquí reclamado en relación con otras trabajadoras no es demostrativo de discriminación sino de todo lo contrario, resultando comprensible que no se pueda acceder a las peticiones de todas las trabajadoras que mayoritariamente pasan por excluir el turno de tarde, admitiéndose solo cuando ello sea posible.

De lo expuesto podemos obtener las conclusiones que pasamos a razonar. En primer lugar, consideramos que no es suficiente el hecho de que la modificación de las condiciones de la actora (concreción horaria o reducción de jornada) se haga depender de la aceptación o no de los demás trabajadores, o de los inconvenientes que a ellos supongan, dado el derecho reforzado por la Norma a la conciliación familiar. En segundo lugar, no es posible que la mera alegación genérica a las dificultades familiares o personales de otros trabajadores para contribuir a facilitar el cambio de las condiciones discutidas pedido por la demandante sea suficiente para constituirse en obstáculo que impida el reconocimiento del derecho, a salvo de una mayor concreción.

Ello no obstante, la existencia de relevantes razones de carácter organizativo que exige la Norma como causa impositiva del derecho se deduce, no de las anteriores circunstancias (o no solo de ellas), sino de causas como el hecho constatado de que ya existen trabajadoras con jornadas modificadas o reducidas por motivos de conciliación y todas referidas a la exclusión del turno de tarde, lo que es evidente que reduce la capacidad de maniobra organizativa de la empresa, Así mismo resulta acreditado (declaraciones de naturaleza fáctica contenidas en la fundamentación jurídica de la sentencia) que el acceder a la exclusión del turno de tarde por la actora supondría dejar dicho turno sin cubrir, lo que resulta imposible en centros de una gran superficie (en este caso el DIRECCION004) en el que existe horario obligatorio de tarde; u obligar a la otra única trabajadora del centro de la demandante a prestar el servicio solamente en turno de tarde (habiendo dado el juzgador por acreditado que la de esta productora es una familia monoparental con las consiguientes dificultades en este aspecto, lo que así mismo supondría una modificación sustancial de condiciones de trabajo para ella). Con respecto a otros centros la estructuración de los mismos atendiendo a los derechos ya concedidos de conciliación familiar en relación con los turnos supondría una sobredimensión de la plantilla.

Por último debe recordarse que el Convenio Colectivo de aplicación no contiene especiales previsiones que intensifiquen el derecho a la concreción horaria o a la reducción de jornada por motivos de conciliación, haciendo únicamente referencia al acuerdo entre las partes (Art. 42).

Evidenciado lo que consideramos justificados relevantes obstáculos organizativos de la empresa debe admitirse que se dan razones de carácter organizativo que deben llevar a concluir que la empleadora ha denegado la pretensión de la trabajadora en forma ajustada a parámetros legales, jurisprudenciales y constitucionales, afirmación que conduce a la desestimación del recurso entablado. Precisamos que en todo caso ello no supone una vulneración del principio de no discriminación por el mero hecho de que algunas trabajadoras disfruten del horario o jornada concretada o reducida como derecho de conciliación concedido por la empresa y la actora no, toda vez que no toda desigualdad reviste una discriminación, si no se encuentra entre las causas constitucionales previstas expresamente como tales, pues la discriminación consiste en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una



reacción más amplia, puesto que para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. Y este no es el caso. Se trata en todos los casos de trabajadoras, lo que excluye en el términos de comparación el elemento de segregación (sexo, raza, estado civil, religión....)

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D^a Mónica contra la sentencia de fecha 24 de abril de 2018 dictada por el juzgado de lo social nº 3 de Sevilla , en autos nº 5/2018, seguidos a instancia de D^a Mónica contra DIRECCION000 ., y en consecuencia, **CONFIRMAMOS** la Resolución impugnada.

No se efectúa condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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