



Roj: **SJSO 2249/2019 - ECLI:ES:JSO:2019:2249**

Id Cendoj: **33044440012019100026**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **02/04/2019**

Nº de Recurso: **192/2019**

Nº de Resolución: **195/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA DEL PILAR MUIÑA VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO SOCIAL N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00195/2019

Autos: Demanda 192/19

SENTENCIA

En la ciudad de Oviedo, a dos de abril del año dos mil diecinueve.

Vistos por D^a María del Pilar Muiña Valledor, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social N^o 1 de Oviedo, los presentes autos seguidos con el número 192/19 siendo demandante D. Jose Carlos representado por el letrado D. Miguel Roces González y demandada la empresa DIRECCION000 asistida del letrado D. Rodrigo Avellaneda García y que versan sobre derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día veintiuno de marzo del año dos mil diecinueve tuvo entrada en este Juzgado la demanda rectora de los autos de referencia, en la que, tras la alegación de los hechos y fundamentos que se estimaron oportunos se suplica que se dicte sentencia en la que se declare el derecho del actor al reconocimiento de que su reducción de jornada por guarda legal lo sea con alguno de los siguientes horarios hasta que su hijo menor de edad cumpla doce años el próximo 5 de agosto de 2.028 a razón de 7 horas diarias con la siguiente distribución horaria:

Opción 1.-

LUNES: 06:45 a 13:45h

MARTES: 06:45 A 13:45h

MIERCOLES: 06:45 A 13:45h

JUEVES: 06:45h a 13:45h

VIERNES: 06:45 A 13:45h

SABADO: 06:45 A 13:45 conforme a convenio colectivo, con descanso mínimo de ocho fines de semana al año (sábado seguido de un Domingo y salvo mejora de Convenio).

En todo caso se indica las 06:45h toda vez que si bien la tienda se abre a las 07:00h, en la práctica es habitual que se requiera en este horario entrar 15 minutos antes de la apertura, entendiéndose que ello pidiera ser interés de la empresa, pero en todo caso nuestro conformidad, si la empresa así prefiere, en que la hora de entrada fuera a las 07:00h de la mañana.

Domingos que conforme a normativa puedan corresponderme con mismo horario.



Opción 2.-

Alternativamente podría igualmente empezar mi jornada las 08:00 de la mañana y finalizarla 1 hora más tarde, esto es a las 15:00 horas si fuera interés de la empresa, siendo los sábados en que hubiera de trabajar, conforme a convenio, en horario en este caso de 8:00h a 15:00h. con descanso mínimo de 8 fines de semana al año (sábado seguido de un domingo -y salvo mejora de convenio).

Domingos que conforme a normativa puedan corresponderme en mismo horario.

Opción 3.-

Empezar mi jornada a las 6:45h o a las 8:00h de la mañana, como en las opciones 1 y 2, finalizando respectivamente a las 13:45h o a las 15:00h (en el caso de entrar a las 8:00h) si bien realizar de lunes a sábado, en 1 de dichos días a la semana, un horario de 10:00h a 17:00h, siempre que dicho horario de 10:00h a 17:00h sea como máximo 1 sábado al mes, siendo en el caso de cualquier otro sábado que me tocara trabajar de dicho mes en horario de 06:45 a 13:45h, o empezando a las 8:00h de la mañana y finalizando a las 15:00h al ser un régimen similar al que vengo realizando en la actualidad, y desde hace varios años, en todo caso, siempre adelantando la hora de salida conforme a la reducción solicitada. Con descanso mínimo de 8 fines de semana al año (sábado seguido de un domingo -y salvo mejora de convenio).

Domingos que conforme a normativa puedan corresponderme en mismo horario.

Todas estas opciones no son excluyentes de modo que pudiera la empresa determinar conforme a cuadrantes que se le comuniquen con suficiente antelación, los horarios anteriormente señalados, siempre que el horario a realizar por parte del actor no incluya más de un día a la semana con comienzo a las 10 horas no sea más de un día a la semana y como máximo un sábado al mes.

SEGUNDO.- En el acto del juicio celebrado el día uno de abril, la parte actora se ratificó en su petición, oponiéndose el demandado por las razones que constan en el acta, recibiendo el juicio a prueba, practicándose documental, informando nuevamente las partes en apoyo de sus pretensiones.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Jose Carlos , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, comenzó a prestar servicios, por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada, el día 25 de marzo de 2.008, por medio de un contrato de trabajo indefinido, para prestar servicios como sénior department manager, categoría profesional de jefe de grupo, a jornada completa. En ese contrato se hacía constar, como cláusulas adicionales, que los horarios de trabajo podrán establecerse de lunes a domingo, en cualquiera de los turnos de trabajo que tiene la empresa establecidos (mañana, tarde o nocturno). En las cláusulas anexas del contrato se vuelve a repetir esa cláusula adicional y, al mismo tiempo, se establecía que el empleado se compromete a trabajar en cualquiera de los turnos de trabajo de la empresa para aquellos domingos y festivos previstos en los calendarios comerciales del municipio y de la comunidad autónoma, o bien aquellos que por necesidades organizativas y de producción la empresa así lo requiera, preavisándose con una antelación suficiente y garantizándose que se distribuirán equitativamente entre todos los empleados de su misma categoría profesional. Resulta de aplicación a la relación laboral el Convenio colectivo de DIRECCION000 .

SEGUNDO.- En fecha 18 de enero de 2.010 se comunica al actor que, a partir del día 1 de febrero de 2.010, pasará a desarrollar las funciones de Assistant Manager en la tienda ubicada en el Centro comercial PARQUE000 (Oviedo), por lo que pasaría a percibir un salario bruto anual de 41.840 euros. La finalidad del puesto de Assistant Manager consiste en apoyar al Store manager (representándolo si fuera necesario) a gestionar el funcionamiento diario de la tienda con el fin de maximizar las ventas, optimizar los estándares de la tienda y el servicio, dentro de los presupuestos establecidos. Tiene responsabilidad en relación a: - Enfoque comercial y de ventas: maximizar las ventas, las oportunidades y el rendimiento; - Gestión de stock: gestionar el stock para minimizar el coste; - Personas: contratar, dirigir y motivar al equipo para lograr los estándares de la empresa; - Gestión de recursos humanos: gestionar todos los problemas de personal de acuerdo con la política de empresa; - Merchandising: Responsable de proporcionar excelentes estándares visuales; -Estándares opcionales: Cumplimiento de las expectativas y política de la empresa; - Atención al cliente: Dirigir al equipo para prestar un servicio de atención al cliente excelente; - Seguridad, salud y medio ambiente: Responsabilidad global en la tienda de garantizar el cumplimiento de los estándares de seguridad y salud; - Seguridad: Evitar la pérdida de bienes de la empresa, robos y control de personal. Copia de las funciones del puesto obra unido al ramo de prueba de la parte demandada como documento número 15, dándose su contenido por íntegramente reproducido.



TERCERO.- El día 8 de mayo de 2.012 se comunica a Bernardino que, a partir del día 1 de noviembre de 2.012, pasará a ostentar la condición de Store Manager de las tiendas de DIRECCION001 y PARQUE000 .

CUARTO.- El actor realizaba turnos de mañana y tarde. Desde mayo del año 2.013 realiza, únicamente, el turno de mañana, pudiendo entrar a las 7, a las 8 o a las 10, según las necesidades de la empresa. Consta incorporada al ramo de prueba de la parte actora la planificación horaria del actor desde el mes de septiembre de 2.018 a abril de 2.019, dándose su contenido por íntegramente reproducido.

QUINTO.- En fecha 6 de marzo de 2.019 se firmó el acta de cierre con acuerdo del período de consultas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de los empleados del centro de trabajo de DIRECCION001 de la empresa DIRECCION000 en virtud del cual todos pasaron a ser reubicados, a partir del día 1 de abril, en el centro de Trabajo de PARQUE000 . Copia de la misma obra unida al ramo de prueba de la parte demandada como documento número 12, dándose su contenido por íntegramente reproducido.

SEXTO.- Durante el año 2.018, las ventas de la tienda de DIRECCION000 de PARQUE000 se realizaron en las siguientes condiciones:

- De 10 a 11: 2,16% ventas y 26.990 clientes
- De 11 a 12: 7,08% ventas y 66.475 clientes
- De 12 a 13: 9,54% ventas y 86.419 clientes
- De 13 a 14: 9,84% ventas y 86.051 clientes
- De 14 a 15: 7,41% ventas y 65.354 clientes
- De 15 a 16: 6,32% ventas y 62.258 clientes
- De 16 a 17: 8,48% ventas y 84.050 clientes
- De 17 a 18: 11,13% ventas y 106.891 clientes
- De 18 a 19: 12,13% ventas y 117.404 clientes
- De 19 a 20: 11,45% ventas y 115.115 clientes
- De 20 a 21: 9,01% ventas y 93.629 clientes
- De 21 a 22: 5,46% ventas y 58.954 clientes

SEPTIMO.- El actor es padre de Guillermo , nacido el día NUM000 de 2.016.

OCTAVO.- El día 7 de febrero de 2.019 el actor entrega a la empresa comunicación del siguiente tenor literal " Muy señores míos,

Por medio de la presente les comunico mi intención, conforme a lo previsto en el artículo 37.6 del RDL 2/2015 de 23 Octubre que aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, de acogerme a mi derecho legal a solicitar la correspondiente reducción de jornada de trabajo por razones de guarda legal de un menor de 12 años, a efectos de pasar a prestar mis servicios a razón de 7 horas diarias, reducción, lo que supone un total de jornada de 1549h, frente a las 1770h. anuales previstas en convenio colectivo, a efectos de poder conciliar mi vida laboral y familiar desde el próximo día 1 de Marzo de 2019, hasta el próximo 05 de agosto de 2028 en que mi hijo cumpla la edad de 12 años.

El horario de prestación de mis servicios para poder conciliar este derecho, cuya realización, al amparo de la facultad de concreción horaria que por Ley me corresponde como trabajador, dentro de mi jornada, y que por tanto se les solicita, sería el siguiente:

Opción1-

LUNES: 06:45 h a 13:45h

MARTES: 06:45h a 13:45h

MIERCOLES: 06:45h a 13:45h

JUEVES: 06:45 a 13:45H

VIERNES: 06:45H A 13:45H

SABADO: 06:45 A 13:45h conforme a convenio colectivo, con descanso mínimo de ocho fines de semana al año (Sábado seguido de un Domingo -y salvo mejora de Convenio-).



En todo caso se indica las 06:45h, toda vez que si bien la tienda se abre a las 07:00h, en la práctica es habitual que se requiera en este horario entrar 15 minutos antes de la apertura, entendiéndose que ello pudiere ser interés de la empresa, pero en todo caso muestro conformidad si la empresa así prefiere en que la hora de entrada fuera a las 07:00horas de la mañana.

Opción 2-

Alternativamente podría igualmente empezar mi jornada a las 08:00h de la mañana y finalizarla 1 hora más tarde, esto es a las 15:00h si fuera interés de la empresa, siendo los sábados en que hubiera de trabajar, conforme a convenio, en horario en este caso de 8:00h a 15:00h.

Opcion3-

Empezar mi jornada a las 6.45h o a las 8:00h de la mañana, como en las opciones 1 y 2, finalizando respectivamente a las 13:45h o a las 15:00h (en el caso de entrar a las 8:00h) si bien realizar de lunes a sábado , en 1 de dichos días a la semana, un horario de 10:00h a 17:00h, siempre que dicho horario de 10:00 a 17:00h sea como máximo 1 sábado al mes, siendo en el caso de cualquier otro sábado que me tocara trabajar de dicho mes en horario de 6:45 a 13:45h, o empezando a las 8:00h de la mañana a y finalizando a las 15:00h al ser un régimen similar al que vengo realizando en la actualidad , y desde hace varios años, en todo caso, siempre adelantando la hora de salida conforme a la reducción solicitada.

Le ruego procedan a contestar expresamente, conforme legalmente les corresponde, a la antedicha solicitud escrita a la mayor brevedad posible, a efectos de poder acogerme a dicho derecho.

Le ruego se sirva firmar el recibí de la presente comunicación en prueba de su recepción.

Sin otro particular reciban un cordial saludo".

NOVENO.- Esa carta es respondida el día 26 de febrero en los siguientes términos " Estimado Sr. Jose Carlos :

Por medio de la presente acusamos recibo de su carta de fecha 7 de febrero de 2019, en la cual Ud. Solicita la reducción de jornada por guarda legal con la finalidad de poder atender al cuidado de su hijo.

Una vez analizada su solicitud lamentamos comunicarle que no pude accederse a la misma por los motivos que se exponen a continuación.

En primer lugar, su solicitud es errónea dado que solicita pasar a realizar una jornada de 7 horas diarias a la vez que indica que la jornada anual que realizará es de 1.549 horas. A este respecto se le informa de que una jornada de 7 horas diarias equivale a una jornada anual de 1.568 horas, por lo que no se corresponde con las horas anuales establecidas en su solicitud.

Por otra parte, usted ofrece tres opciones de concreción horaria, implicando todas ellas dejar sin efecto su jornada rotativa a turnos y la prestación de servicios en el turno de tarde así como la prestación de servicios los domingos, habiendo sido usted contratado expresamente en régimen de turnos de lunes a domingo. En este sentido, la dirección de DIRECCION000 , siguiendo su política de facilitar a sus empleados la conciliación de la vida personal y familiar, debe indicarle que si bien efectivamente el derecho a la reducción de jornada por guarda legal, como no puede ser de otro modo, es un derecho que esta empresa reconoce, y que tiene como fin la protección del interés del menor, la misma no puede ser concedida en los términos por Usted solicitados.

Tal imposibilidad se fundamenta en la incorrecta concreción horaria realizada por Ud. Atendiendo al tenor literal del precepto legal vigente que indica que los trabajadores tienen derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria dentro de su jornada ordinaria, en este sentido, el artículo 37 del texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , indica:

"Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona discapacidad física, psíquica o sensorial, 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 duración de aquella (...)".

Para posteriormente establecer:

"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 5 de este artículo corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria (...)".

A pesar de tal exigencia legal, y como se ha expuesto anteriormente, Ud. Nos ha solicitado una concreción horaria en la que se deja sin efecto su régimen de jornada a turnos y la prestación de servicios los domingos,



solicitando tener un horario de mañana, lo cual supone modificar unilateralmente su tipo de jornada, no estando amparada por la ley dicha modificación.

Es por ello que, de conformidad con la legislación vigente, su reducción de jornada se ha de concretar dentro de lo que venía siendo su jornada de trabajo ordinaria y diaria habitual, esto es de lunes a domingo en turnos rotativos de mañana y de tarde respetando los descansos legalmente establecidos.

No obstante lo cual, y en aras a llegar a buen entendimiento que satisfaga las necesidades de ambas parte, la Dirección de esta empresa está dispuesta a valorar cualquier propuesta por su parte, atendiendo a las consideraciones anteriormente expuestas.

Quedando a su disposición y aprovechando la ocasión para saludarle".

DECIMO.- El día 1 de marzo de 2.013 remite el actor a la empresa la siguiente comunicación " Muy señores míos:

En relación a su contestación de fecha 26 de febrero de 2019, a mi solicitud de acogimiento a la reducción por guarda legal para cuidado de hijo menor de fecha 07 de febrero de 2019 que había de realizar a partir el próximo 1 de marzo de 2019, conforme a lo previsto en el artículo 37.6 del RDL 2/2015 de 23 Octubre que aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, he de indicarles lo siguiente.

Efectivamente mi intención es realizar una jornada diaria de 7h, lo que efectivamente supone una jornada anual de 1568h y no de 1549h, como por error se les solicitaba, por lo que procedo a corregir la citada solicitud en este punto fijando conforme a su escrito el número de horas anual correspondiente a la jornada de 7 h horas diarias en 1568h.

Aun cuando nada se aludía en la citada solicitud, y por tanto no tengo inconveniente a efectos de buscar una solución a la presente fijación horaria, indicarles mi disposición a trabajar los domingos que me puedan corresponder, siempre dentro del horario de fijación de la reducción que por ley me corresponde.

No obstante lo anterior, y atendida mi voluntad de solucionar la controversia, he de indicarles que en su contestación parten Vds. de un error fundamental, y es que las tres alternativas horarias presentada no dejan sin efecto una jornada rotativa a turnos ni suponen una incorrecta concreción horaria que esté fuera de mi jornada de trabajo diario, porque mi jornada no incluye desde hace varios años, al menos desde 2013, jornadas rotativas algunas, no realizando los turnos que en su día Vds. consignaron en el contrato, realizando actualmente un único horario que no incluye rotación ni turnicidad alguna, habiendo solicitado, por tanto, mi reducción de jornada dentro de lo que es en la actualidad mi jornada ordinaria diaria.

De ello tienen Vds plena constancia, existiendo igualmente acreditación documental.

Por tanto, y corregida por mi parte, tanto la jornada anual a realizar, como la inclusión de la realización dentro de mi concreción horaria de los domingos que pudieran corresponderme, vuelvo a plantearles con claridad tres opciones horarias de reducción dentro de mi jornada ordinaria diaria actual, y la igualmente vigente al tiempo de su solicitud inicial, para que la empresa pueda escoger la que más se ajuste a sus intereses, y que no son excluyentes, sino que les permite la flexibilidad de poder compaginarlas, en función de los cuadrantes que correspondan conforme a las necesidades del servicios, y que me permitan conciliar mi vida laboral y familiar.

En aras de una mayor flexibilidad para su contestación, se les indica que ante la imposibilidad de obtener su contestación para poder acogerme el día 1 de marzo de 2019 a dicha reducción, no tendría inconveniente tampoco para acogerme a dicho derecho a partir del día 18 de marzo de 2019, y hasta el próximo 05 de agosto de 2018 en que mi hijo cumpla la edad de 12 años, siendo por tanto las alternativas horarias propuestas las siguientes:

Opción 1.-

LUNES: 06:45 a 13:45h

MARTES: 06:45 A 13:45h

MIERCOLES: 06:45 A 13:45h

JUEVES: 06:45h a 13:45h

VIERNES: 06:45 A 13:45h

SABADO: 06:45 A 13:45 conforme a convenio colectivo, con descanso mínimo de ocho fines de semana al año (sábado seguido de un Domingo y salvo mejora de Convenio).

En todo caso se indica las 06:45h toda vez que si bien la tienda se abre a las 07:00h, en la práctica es habitual que se requiera en este horario entrar 15 minutos antes de la apertura, entendiendo que ello pidiera ser interés



de la empresa, pero en todo caso nuestro conformidad, si la empresa así prefiere, en que la hora de entrada fuera a las 07:00h de la mañana.

Domingos que conforme a normativa puedan corresponderme con mismo horario.

Opción 2.-

Alternativamente podría igualmente empezar mi jornada las 08:00 de la mañana y finalizarla 1 hora más tarde, esto es a las 15:00 horas si fuera interés de la empresa, siendo los sábados en que hubiera de trabajar, conforme a convenio, en horario en este caso de 8:00h a 15:00h.

Domingos que conforme a normativa puedan corresponderme en mismo horario.

Opcion3.-

Empezar mi jornada a las 6:45h o a las 8:00h de la mañana, como en las opciones 1 y 2, finalizando respectivamente a las 13:45h o a las 15:00h (en el caso de entrar a las 8:00h) si bien realizar de lunes a sábado, en 1 de dichos días a la semana, un horario de 10:00h a 17:00h, siempre que dicho horario de 10:00h a 17:00h sea como máximo 1 sábado al mes, siendo en el caso de cualquier otro sábado que me tocara trabajar de dicho mes en horario de 06:45 a 13:45h, o empezando a las 8:00h de la mañana y finalizando a las 15:00h al ser un régimen similar al que vengo realizando en la actualidad, y desde hace varios años, en todo caso, siempre adelantando la hora de salida conforme a la reducción solicitada.

Domingo que conforme a normativa puedan corresponderme en mismo horario.

Les ruego procedan a contestar expresamente, con forme legalmente les corresponde, a la antedicha solicitud escrita a la mayor brevedad posible, teniendo en cuenta en todo caso, que ha de serlo con anterioridad al día 18 de marzo de 2019, nueva fecha prevista para acogerme a dicho derecho, a efectos de facilitar su contestación.

En caso de no tener noticias suyas en dicho plazo, o de ser negativa su respuesta a mi derecho, manteniendo que no se puede acceder a conceder mi derecho a la concreción dentro de mi actual jornada ordinaria diaria, no me quedará otra opción que entender agotada la vía extrajudicial con Vds., muy a mi pesar.

Le ruego se sirva firmar el recibí de la presente comunicación en prueba de su recepción.

En esperanza de que entiendan Vds. la situación familiar que me obliga a realizar dentro del ejercicio de mis derechos la presente petición, que espero valores Vds. nuevamente en función de las circunstancias señaladas, reciban un cordial saludo".

Esa carta no obtuvo respuesta.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Solicita el actor que se le reconozca el derecho a reducir su jornada y, al mismo tiempo, que se le fije un turno de mañanas, facilitando tres opciones posibles, al entender que, si bien es cierto que en el contrato inicial existía un compromiso de trabajar los turnos que fijase la empresa, que tanto podían ser de mañana, tarde o noche, existió una novación realizada por la propia empresa cuando desde hace años viene prestando servicios de forma continuada en turno exclusivo de mañana. Entiende la empresa que, efectivamente, tiene derecho a la reducción de jornada pero no en el horario que reclama, pues esa concreción horaria, que le reconoce la legislación laboral, debe serlo necesariamente en la jornada ordinaria de trabajo y su jornada de trabajo incluía realizar turnos de mañana y tarde. Reconoce que si bien es cierto que en los últimos tiempos la prestación de servicios se realizaba por la mañana, obedecía a que el Store Manager era común para las tiendas de DIRECCION001 y de PARQUE000 y, por tanto, el actor realizaba ese horario para suplir la ausencia del Store Manager, pero dado que en la actualidad se ha cerrado el centro de DIRECCION001 ya no es necesario esa suplencia, por lo que la reducción de jornada tiene que realizarse incluyendo turno de tarde.

Y, como cuestión previa, debemos pronunciarnos sobre la impugnación efectuada por la empresa del documento número 9 aportado por el trabajador, acogiendo la misma, pues se trata de un documento en el que no figura ningún membrete de la compañía, ni firma autorizada, ni ha sido ratificado en el acto del juicio.

SEGUNDO.- Debe señalarse, en primer lugar, que la jurisprudencia ha oscilado en relación con la interpretación tanto del artículo 34 como del artículo 37.6 del Estatuto de los trabajadores . Como se recoge por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 20/06/00 (Rec. 3799/99) y en la más reciente de 21/03/11 (Rec. 54/10) en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 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 trabajadoras), 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. Por otro lado, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 3/2007 de 15 enero consideró que la sentencia recurrida en amparo que denegó la concreción horaria fijada por la trabajadora, en 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, por entender que 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, incurría en discriminación indirecta por razón de sexo, al haber prescindido en su fundamentación 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. Razona la indicada sentencia que el hecho de que el órgano judicial no se hubiera 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 suponía no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba, al haber renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino sin ni siquiera tener en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado" (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre F. 5 ; y 92/2005, de 18 de abril , F. 5). 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. Avanzando en el anterior iter interpretativo el TC en auto 1/09 de 12/01 ha establecido los siguientes criterios: *La valoración de las circunstancias concurrentes desde la perspectiva de la trabajadora no implica que ésta tenga que aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias específicas dentro de su esfera íntima, personal o familiar, que puedan justificar una forma determinada de proceder a la reducción de su jornada. Tal perspectiva de análisis es, ajena a la regulación legal de la institución y, a la interpretación de la misma por la doctrina constitucional. ** Desde dicha perspectiva el elemento realmente relevante que ha de ser ponderado es el de las características concretas de la jornada de trabajo originaria, cuya reducción se pretende y su incidencia en el ejercicio del derecho a la guarda legal, siendo un hecho evidente no necesitado de una especial acreditación, que una jornada de trabajo distribuida de lunes a sábado en turnos rotativos de mañana y tarde es una jornada que plantea especiales dificultades a quien, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo a un menor de seis años. *** Desde la óptica patronal han de ponderarse la magnitud de las dificultades alegadas y probadas así como la facilidad o dificultad para su superación a fin de valorarlas junto a las que ocasiona a la trabajadora la solución contraria. Por ello, deben distinguirse los siguientes supuestos: 1) En los casos en que se solicita conjuntamente la reducción de jornada y la modificación de turno u horario, con independencia de que la primera de ellas haya sido reconocida por la empresa, el supuesto resulta incardinable en el ámbito del Art. 37.5 y 6 ET , debiendo en tales supuestos, aplicar como criterio de resolución el que sin fisuras ha mantenido la jurisprudencia ordinaria y constitucional de ponderación de los intereses en juego. 2) Supuestos en que la variación de turno u horario se postula desde una situación de jornada reducida con una concreción horaria previamente consolidada o sin interesar reducción de jornada alguna, encajan en las previsiones del Art. 34.8 ET , que, ha de ser interpretado en los términos establecidos por la STC 26/11, de manera que la simple inexistencia de acuerdo colectivo o individual que contemple medidas que permitan adaptar la jornada y el horario de trabajo para conciliar la vida laboral y la familiar, no constituye causa suficiente para denegar el derecho pretendido por el trabajador, sino que habrá que tomar en consideración en el particularismo de cada caso las singulares circunstancias concurrentes, valorando la dimensión constitucional ex Art. 14 y 39 CE de las medidas solicitadas y realizar la correspondiente ponderación del derecho fundamental que está en juego.



TERCERO.- Pues bien, en el caso de autos, la empresa reconoce el derecho que asiste al trabajador a reducir su jornada, pero entiende que no procede acceder a fijar un horario de mañana, fundamentalmente porque entiende que esa reducción de jornada tiene que hacerse en la jornada ordinaria, si bien en el acto del juicio también se introduce, como motivo de oposición, que las mayores ventas se producen por la tarde y porque ese cambio a una jornada de mañana obedeció al nombramiento de un Store Manager para las dos tiendas, por lo que, ante la ausencia de éste para realizar los trabajos en DIRECCION001 era necesario que el trabajador prestase servicios de mañana, alegando, además, que conforme a los protocolos establecidos por la empresa, nunca puede coincidir el Store Manager y el Assistance Manager, pues este último es sustituto del primero, pudiendo coincidir únicamente, según las rotas, algún lunes o en caso de realización de inventario. Pues bien, planteados en tales términos el debate, la demanda merece ser estimada en su integridad.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que el propio convenio de empresa regula el derecho a conciliar la vida familiar y laboral en el artículo 29 en términos coincidentes con lo previsto en el Estatuto de los trabajadores en el artículo 37.7, esto es, que esa concreción del horario, cuya determinación corresponde al trabajador, debe efectuarse dentro de su jornada ordinaria. La cuestión a analizar, es, pues, que puede considerarse, en el caso de autos, jornada ordinaria, pues, por un lado, se encuentra la jornada pactada en el contrato, que era de 40 horas semanales, distribuidas de lunes a domingos, con un horario que podría imponerse en cualquiera de los turnos de trabajo que la empresa tiene establecidos y que podían ser de mañana, tarde o noche y, por otro lado, la jornada realmente desempeñada por el trabajador, que, desde el mes de mayo del año 2.013 se realiza, única y exclusivamente, en horario de mañana y desde enero de ese año salvo días puntuales, también se realizaba en horario de mañana. Pues bien, dado el tiempo transcurrido, más de seis años, debe entenderse que la jornada ordinaria del trabajador es la que viene desarrollando de forma dilatada en el tiempo, esto es, la jornada en turno de mañana, pues es la normal y habitual y, por tanto, la ordinaria, que es lo que exige tanto el precepto convencional como el estatutario. Se intenta justificar por la empresa que esa prestación de servicios en horario de mañana tenía una causa, el nombramiento del Store Manager para las dos tiendas de DIRECCION000 en Asturias, lo que impedía que el Director estuviese todo el tiempo en la tienda de DIRECCION002 Asturias, y dado que es necesaria la presencia de un Director o subdirector en la tienda y que, además, no pueden coincidir en el horario, fue por lo que se fijó al actor ese horario de mañanas y, dado que ahora sólo va a serlo de una de ellas, desaparece la causa de esa necesidad de prestar servicios únicamente en horario de mañana. Pues bien, tal justificación no es suficiente para estimar que esa era la causa de la jornada de mañana del actor. En primer lugar, el nombramiento de Bernardino como Store Manager de ambas tiendas se produjo el día 1 de noviembre de 2.012 y no es hasta el mes de mayo de 2.013 cuando el actor comienza a prestar servicios en turno exclusivo de mañana, es decir, seis meses más tarde, lo que supone que no fue ese nombramiento la causa de ese cambio en la prestación de servicios. En segundo lugar, se aportan las planificaciones desde el mes de septiembre del pasado año y de las mismas se desprende que tanto el actor como Bernardino comparten el mismo horario, por lo que no es cierto que el protocolo exija que no coincidan salvo lunes o días de inventarios, pues examinada esa planificación se constata que prácticamente todos los días coinciden en el horario, lo que supone, además, que no es preciso que ni el Store Manager o el Assistance Manager se encuentren en el establecimiento por la tarde ni hasta la hora de cierre. Pero es que esa coincidencia de horario se da incluso en días en que Bernardino no tiene que acudir al centro DIRECCION003, pues consta en la planificación que días acude a ese centro, lo que corrobora que ese cambio de turno al actor no es para suplir las ausencias del Director, sino que obedece a que es en esa franja horaria cuando se realizan las tareas principales de organización, de ahí que el hecho de que en este momento se hayan integrado en el centro el personal procedente de DIRECCION001 no tiene ninguna incidencia. En tercer lugar, se alude a la existencia de una mayor ventas y afluencia de clientes en horas de tarde, de ahí que sea preciso la presencia del Assistance Manager en ese horario. Si ello fuera así sería preciso que existiesen dos Assistance manager en el establecimiento, para cubrir ambos turnos, pues el Store Manager no hace nunca turno de tarde, pero además, esa situación, mayores ventas, podría afectar a una concreción horaria de un dependiente o un reponedor, pero no al actor, cuyas funciones son de organización y control fundamentalmente, y que, según la propia representación empresarial, se desarrollan en turno de mañana pues es cuando se reciben los informes de la compañía y se organizan las tareas que van a realizarse en el establecimiento durante el día. Y, finalmente, tampoco es cierto que sea precisa su presencia para realizar un determinado número de cierres al mes, pues de la planificación aportada y el fichaje del trabajador se comprueba que no se producía ese cierre a las diez y media de la noche como pretende la empresa, pues no permanecía en el establecimiento más allá de las siete de la tarde. En definitiva, la petición del actor debe estimarse pues, por un lado, debe entenderse como jornada ordinaria no la pactada en el contrato sino la que venía realizando realmente desde hace más de seis años y, por otro, porque la empresa no ha justificado que existan razones organizativas o de otro tipo que impidan conceder al actor el mismo turno de trabajo que venía realizando desde hace seis años, sin que pueda estimarse que el hecho de que haya cerrado el centro de Calatrava afecte a la cuestión pues, además de existir más personal al que organizar, de haberse producido esa afectación se habría comunicado al actor



algún cambio en sus circunstancias de trabajo, variando la planificación aprobada o comunicando cualquier otro cambio, lo que no se hizo, aprovechando que el demandante solicita la reducción horaria, lo que ya había comunicado al Store Manager en el mes de agosto del pasado año, para intentar cambiar el sistema de trabajo desarrollado hasta el momento sin que exista causa organizativa real para ello. Por ello, procede la íntegra estimación de la demanda, en los términos en los que se fijan en el suplico, debiendo las partes alcanzar un acuerdo sobre cual de las tres opciones les resulta más conveniente.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 b) de la ley reguladora de la jurisdicción social contra la presente sentencia no cabe recurso alguno.

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

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada por D. Jose Carlos contra la empresa DIRECCION000 . debo declarar y declaro el derecho del actor a que su reducción de jornada por guarda legal lo sea con alguno de los siguientes horarios hasta que su hijo menor de edad cumpla doce años el próximo 5 de agosto de 2.018 a razón de 7 horas diarias con la siguiente distribución horaria:

Opción 1.-

LUNES: 06:45 a 13:45h

MARTES: 06:45 A 13:45h

MIERCOLES: 06:45 A 13:45h

JUEVES: 06:45h a 13:45h

VIERNES: 06:45 A 13:45h

SABADO: 06:45 A 13:45 conforme a convenio colectivo, con descanso mínimo de ocho fines de semana al año (sábado seguido de un Domingo y salvo mejora de Convenio).

En todo caso se indica las 06:45h toda vez que si bien la tienda se abre a las 07:00h, en la práctica es habitual que se requiera en este horario entrar 15 minutos antes de la apertura, entendiéndose que ello pidiera ser interés de la empresa, pero en todo caso muestro conformidad, si la empresa así prefiere, en que la hora de entrada fuera a las 07:00h de la mañana.

Domingos que conforme a normativa puedan corresponderme con mismo horario.

Opción 2.-

Alternativamente podría igualmente empezar mi jornada las 08:00 de la mañana y finalizarla 1 hora más tarde, esto es a las 15:00 horas si fuera interés de la empresa, siendo los sábados en que hubiera de trabajar, conforme a convenio, en horario en este caso de 8:00h a 15:00h. con descanso mínimo de 8 fines de semana al año (sábado seguido de un domingo -y salvo mejora de convenio).

Domingos que conforme a normativa puedan corresponderme en mismo horario.

Opción 3.-

Empezar mi jornada a las 6:45h o a las 8:00h de la mañana, como en las opciones 1 y 2, finalizando respectivamente a las 13:45h o a las 15:00h (en el caso de entrar a las 8:00h) si bien realizar de lunes a sábado, en 1 de dichos días a la semana, un horario de 10:00h a 17:00h, siempre que dicho horario de 10:00h a 17:00h sea como máximo 1 sábado al mes, siendo en el caso de cualquier otro sábado que me tocara trabajar de dicho mes en horario de 06:45 a 13:45h, o empezando a las 8:00h de la mañana y finalizando a las 15:00h al ser un régimen similar al que vengo realizando en la actualidad, y desde hace varios años, en todo caso, siempre adelantando la hora de salida conforme a la reducción solicitada. Con descanso mínimo de 8 fines de semana al año (sábado seguido de un domingo -y salvo mejora de convenio).

Domingos que conforme a normativa puedan corresponderme en mismo horario.

Todas estas opciones no son excluyentes de modo que pudiera la empresa determinar conforme a cuadrantes que se le comuniquen con suficiente antelación, los horarios anteriormente señalados, siempre que el horario a realizar por parte del actor no incluya más de un día a la semana con comienzo a las 10 horas no sea más de un día a la semana y como máximo un sábado al mes.

Condenando a la parte demandada a estar y pasar por ésta declaración y a su efectivo cumplimiento.



Contra esta sentencia no cabe interponer recurso alguno.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Fue leída y publicada la anterior sentencia por el Magistrado-Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ