



Roj: **STSJ AND 2/2018 - ECLI:ES:Tsjand:2018:2**

Id Cendoj: **41091340012018100001**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2018**

Nº de Recurso: **4108/2017**

Nº de Resolución: **343/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 4108/17-L, sentencia nº 343/18

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**ILTMOS. SRES.:**

**D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> ELENA DÍAZ ALONSO**

**D<sup>a</sup>. MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA**

**D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD**

En Sevilla, a uno de Febrero de dos mil dieciocho.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NÚMERO 343/18**

En el recurso de suplicación interpuesto por SUNGLASS HUT IBERIA S.L.U., representado por la Sra. Letrada D<sup>a</sup>. María José Martínez Herrero, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jerez de la Frontera en sus autos núm. 0239/17; ha sido **Ponente el Iltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado**, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en autos, el recurrente fue demandado por D<sup>a</sup>. Debora , en demanda de modificación de turno y tutela de derechos fundamentales, se celebró el juicio y el 5 de julio de 2017 se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión declarando su derecho a la concreción horaria con la reducción de jornada de trabajo por razón de guarda legal de hijo menor en la siguiente forma: de lunes a sábado, de 10:00 horas a 15:00 horas, con las consecuencias legales inherentes, y condenando a la empresa a estar y pasar por la anterior declaración absolviendo a la misma del resto de pretensiones deducidas en su contra.

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

"PRIMERO.- La actora viene prestando sus servicios para la empresa SUNGLASS HUT IBERIA S.L.U desde el 18.12.2009, con la categoría profesional de vendedor (Grupo profesional de vendedores) y salario bruto mensual, con inclusión de pagas extras de 810,90 €.



SEGUNDO.- El centro de trabajo de la actora inicialmente se encontraba ubicado en Centro Comercial Las Dunas, sito en la localidad de Sanlúcar de Barrameda, trasladándose en fecha 02.03.2016, al establecimiento del Centro Comercial Luz Shopping de la localidad de Jerez de la Frontera.

TERCERO.- La jornada ordinaria de la actora es de 36 horas semanales, distribuidas de lunes a sábado, en turnos rotativos de mañana y tarde de seis horas cada uno, comprendiendo la jornada de trabajo de 10 a 16 horas (turno de mañana) y de 16 a 22 horas (en turno de tarde)

CUARTO.- En febrero de 2016, la actora inició una situación de IT por riesgo durante el embarazo, dando a luz en el mes de junio de 2016, iniciando la baja por maternidad y reincorporándose a la empresa en fecha Noviembre de 2016

QUINTO.- La actora, en fecha 02.02.2017 remitió escrito a su empresa, vía conducto interno, solicitando acogerse a reducción de jornada por guarda legal de menor, realizando propuesta de concreción horaria, interesando una jornada de 5 horas (de lunes a sábado) y horario de 10:00 a 15:00 horas, a comenzar el día 20.02.2017, siendo que en fecha 07.02.2017, la empresa contestó a la actora en el sentido de aceptar la reducción de jornada, no así la concreción horaria propuesta, requiriéndola nuevamente para que fijara el horario. La actora contestó a dicho requerimiento en los mismos términos, y nuevamente la empresa le requiere para que efectúe la concreción horario, en comunicación de fecha 14.02.2017.

SEXTO.- Es de aplicación el II Convenio Colectivo de Sun Planet SA, publicado en el BOE núm.26 de fecha 31 de enero de 2011.

SEPTIMO.- Obran en las actuaciones los cuadrantes de trabajo de los meses Abril a Junio de 2017.

OCTAVO.- La pareja de la actora, DON Mariano , desempeña su actividad como Agente y Corredor de Seguros, teniendo la actora fijada su residencia en la localidad de Sanlúcar de Barrameda.

NOVENO.- La actora se reincorporó a su puesto de trabajo desarrollando la jornada reducida a cinco horas , si bien manteniendo los turnos rotativos de mañana y tarde.

DECIMO.- En la tienda de Luz Shopping de Jerez de la Frontera, la relación de puestos de trabajo es:

STORE MANAGER: Remedios (40 horas semanales)

VENDEDOR: Angelina (20 horas semanales)

VENDEDOR: Fermina (20 horas semanales)

VENDEDOR: Debora (30 horas semanales).

UNDECIMO.- Por la actora se intentó llevar a cabo el acto de conciliación ante el SERCLA."

**TERCERO.-** La demandada recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia parcialmente estimatoria de la pretensión de adscripción al turno de mañana, en horario de 10:00 a 15:00 de lunes a sábado, se alza la empresa demandada por el cauce de los apartados b) y c) del art 193 LRJS , proponiéndose redacción alternativa de los hechos probados, el 8º; como la infracción del art. 37.6 ET con el argumento de que la pretensión de turno fijo de mañana carece de apoyo legal, al no estar previsto en el II Convenio Colectivo de Sun Planet S.A. (BOE nº 26 de 31-1-11) y exceder de las previsiones del art. 37 ET sobre reducción de jornada y concreción horaria por guarda legal.

**SEGUNDO.-** La empresa recurrente pretende revisar el relato histórico suprimiendo el HP 8º apoyado en los doc de los f. 108 a 113 y en que "no existe documento ni prueba alguna practicada en el acto del juicio" a lo que no se accede dado que ni se sustenta en medio de prueba alguno, y es de imposible comprensión el último párrafo de la pag. 2 del escrito formalizando el recurso, sin que en la prueba negativa quepa fundar la revisión fáctica: en la inexistencia de pruebas demostrativas del hecho declarado probado; salvo que fuera alegada arbitrariedad en la construcción de los hechos y se hiciera bajo el amparo del ap. a) del art. 193 LRJS . Tampoco se acredita un hecho positivo incompatible con el hecho identificado negativamente.

**TERCERO.-** Se denuncia por la empresa la infracción del art. 37.6 ET con el argumento de que la pretensión de turno fijo de mañana carece de apoyo legal, al no estar previsto en el II Convenio Colectivo de Sun Planet S.A. (BOE nº 26 de 31-1-11) y exceder de las previsiones del art. 37 ET sobre reducción de jornada y concreción horaria por guarda legal.



La actora pretendió la elección de turno -el de mañana-, fijando su horario de trabajo en cinco horas, como ya lo tenía reconocido (vid HP 9º), de lunes a sábado. La sentencia lo estima al acreditarse cual es la situación familiar en que se sustenta la pretensión y en la necesidad de modificar su horario para el cuidado del hijo menor y en la inexistencia de una negociación de buena fe al no ofertarse por la empresa medidas organizativas creíbles.

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 derechosocial 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 fé, 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 .

**CUARTO** .- En fin, sostenemos que **el legislador ha fijado dos condicionantes para un uso mas 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 mas 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.

**QUINTO**.- Dadas las características de este derecho, y, mas específicamente, a quien corresponde su ejercicio, **es al empresario al que incumbe demostrar que confluyen razones mas 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, entendiéndolo así la sentencia, se confirma, tras desestimar el recurso.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

## FALLAMOS

Con **desestimación del recurso** de suplicación interpuesto por SUNGLASS HUT IBERIA S.L.U., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jerez de la Frontera en sus autos núm. 0239/17, en los que el recurrente fue demandado por D<sup>a</sup>. Debora , en demanda de concreción horaria por guarda legal y tutela de derechos fundamentales, y como consecuencia **confirmamos dicha sentencia** .

Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito y de las consignaciones que en su día fueron efectuados para recurrir a los que, una vez firme esta sentencia, se les dará su destino legal.

Se condena a la recurrente al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Sr. Letrado impugnante del recurso en cuantía de seiscientos euros (600€) así como del IVA correspondiente, que en caso de no satisfacerse voluntariamente podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el art. 237.2 LRJS .

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".





Adviértase al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600€, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-35- 4108-17, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ