



Roj: **SJSO 46/2017 - ECLI:ES:JSO:2017:46**

Id Cendoj: **31201440022017100006**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **2**

Fecha: **12/09/2017**

Nº de Recurso: **484/2017**

Nº de Resolución: **242/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS GABRIEL MARTINEZ ROCAMORA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 2

c/ San Roque, 4 - 1ª Planta

Pamplona/Iruña

Teléfono: 848.42.40.88

Fax.: 848.42.42.87

SENT4

Sección: B

Procedimiento: DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL RECONOCIDOS LEGAL O CONVENCIONALMENTE

Nº Procedimiento: 0000484/2017

NIG: 3120144420170001700

Materia: Permisos y licencias

Resolución: Sentencia 000242/2017

En la ciudad de Pamplona/Iruña a 12 de septiembre de 2017. El Ilmo. Sr. LUIS GABRIEL MARTÍNEZ ROCAMORA MAGISTRADO JUEZ del JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 2 de los de NAVARRA Pamplona/Iruña

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

Visto el procedimiento número 0000484/2017 sobre Permisos y licencias iniciado en virtud de demanda interpuesta por Sergio contra FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y AUXILIARES S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que el día 15 de junio de 2017 la parte actora interpuso demanda ante el Juzgado Decano de Pamplona, turnada a éste el día 19 de junio de 2017 en los términos que figuran en la misma, la cual fue admitida a trámite, señalándose el acto del juicio oral para el día 5 de septiembre de 2017, al que previa citación en legal forma comparecieron el letrado D. IÑAKI BILBAO MARTÍNEZ actuando en nombre y representación de la parte demandante D. Sergio y la demandada CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y AUXILIARES S.A., asistida y representada por el letrado D. CARLOS GALLEGO AMIGO, no comparece el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, pese a estar citado en legal forma; quienes hicieron las alegaciones que estimaron



pertinentes, proponiéndose las pruebas que, una vez admitida por S. S^a., se practicaron con arreglo a derecho y desarrollándose la sesión conforme se refleja en la grabación de imagen y sonido efectuada.

SEGUNDO.- Que en la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales de procedimiento.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.-

1.- D. Sergio , DNI NUM000 , presta servicios para la mercantil Compañía Española de Servicios Públicos y Auxiliares S.A. (Cespa), que se ocupa de la limpieza viaria de Tudela, a jornada completa, con una antigüedad del 1 de agosto de 2000, categoría de peón y percibiendo un salario mensual bruto, con prorrata de pagas extras incluida, de 1.910,38 € (conformidad).

2.- Presta servicios en el denominado personal de turno de mañana, de lunes a viernes, de 6:20 h a 12:40 h y los sábados (salvo 18 al año), de 6:20 h a 13:43 h (folios 1333 y 134 y testifical de D. Alberto).

3.- Con anterioridad, desde el 1 de mayo de 2014 al 30 de abril de 2017, disfrutó de jornada reducida por guarda legal de hijo, en 1/8, prestando servicios de lunes a sábado. El trabajador había solicitado no prestar servicios los sábados, pero la empresa no le admitió tal concreción al entender que su pretensión no tenía amparo legal (conformidad y folios 117, 119, 121, 123 y 127).

SEGUNDO.-

1.- En el referido turno de mañana hay 28 trabajadores, de los que 22 son a tiempo completo con contrato indefinido, 4 a tiempo parcial con contrato indefinido, 1 jubilado parcial y su relevista (folios 43 y 138 y testifical de D. Alberto).

2.- Obra en autos calendario de trabajo del demandante para 2017 y de todo el personal de limpieza viaria del denominado turno de mañana, que se tienen por reproducidos (folios 85, 136 y 139 bis).

3.- La empresa, además, tiene contratado diverso personal exclusivamente para realizar la limpieza viaria los domingos y festivos (testifical de D. Alberto).

TERCERO.- El trabajador demandante solicitó de la demandada el 5 de junio de 2017 acogerse a reducción de jornada del art. 37,6 ET por guarda legal de hijo a su cuidado directo. En la solicitud realizó concreción horaria de lunes a viernes, de 6:20 h a 12:40 h. La mercantil empleadora le contestó por escrito el 6 de junio de 2017 indicándole que no aceptaba la concreción horaria propuesta dado que la misma debía estar referida a la "jornada diaria", debiendo incluir, pues, los sábados. Obra en autos copia de los dos escritos, que se tienen por reproducidos (folios 6, 7, 97, 98, 113 y 115).

CUARTO.- Es de aplicación convenio colectivo de empresa para los años 2016 a 2019 (BON 28 agosto 2017) y en lo no previsto en él, convenio colectivo general del sector de limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos y limpieza y conservación de alcantarillado (BOE 30 de julio de 2013) (conformidad; hay copia de ambos convenios en folios 62 a 84 y 141 a 151).

QUINTO.-

1.- El demandante solicitó la reducción de jornada objeto de la presente controversia para tender a su hijo Germán , nacido el NUM001 de 2012 (conformidad).

2.- Tiene, además, otras dos hijas: María Consuelo , nacida el NUM002 de 2003 y Diana , nacida el NUM003 de 2005 (folios 99, 100 y 129 a 131).

SEXTO.- La madre de los referidos hijos y cónyuge del demandante, Dña. Natividad , es autónoma. Es titular desde el año 1995, junto a su hermana María Rosario , de un negocio de peluquería (Peluquería Román). La referida peluquería tiene horario de apertura los sábados de 8:00 h a 13:00 h (folios 102 a 108 y 129 a 131).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cumplimiento de lo exigido en el art. 97,2 LRJS , debe hacerse constar que los anteriores hechos son el resultado de una valoración global del conjunto de la prueba, de acuerdo con los principios de la sana e imparcial crítica y, en especial, de los elementos de convicción que se indican en el redactado de cada uno de los ordinales fácticos.



SEGUNDO.- El objeto del presente pleito es resolver la discrepancia surgida entre las partes respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada, con disminución proporcional de salario, por guarda de menor solicitado por el demandante (art. 37,6 y 7 ET).

Pretende la parte actora que la reducción sea de 1/8, siendo el horario de lunes a viernes, de 6:20 h a 12:40 h. La mercantil demanda se opone porque entiende que la misma debe estar referida a la "jornada diaria", debiendo incluir también los sábados.

El art. 37,6 ET establece el derecho de los trabajadores que tienen a su cargo un hijo menor a reducir su jornada de trabajo, con disminución proporcional de salario, entre un octavo y la mitad. Tal reducción es un derecho individual del trabajador, correspondiéndole también, según establece el art. 37,7 ET , la facultad de concretar el horario correspondiente. A tal efecto, tras reforma del precepto operada por RO-Ley 3/2012, de 10 de febrero, la referida reducción debe realizarse respecto de la "jornada diaria". Como señaló en su día el Tribunal Supremo (antes de la reforma operada por la Ley 39/1999, pero perfectamente aplicable en la actualidad), "en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37,[6] Estatuto de los Trabajadores , ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Por otra parte nada establece el precepto legal en orden a la concreción horaria de la reducción de jornada, ni si en tal actuación debe prevalecer el criterio o las necesidades concretas del trabajador o las organizativas de la empresa. Aparente laguna legal, posiblemente dejada de propósito, con el fin de que se compatibilicen los intereses del menor (y por tanto del padre o madre trabajadores), con las facultades empresariales de organización del trabajo. Es evidente que la forma de ejercicio del derecho por ambas partes puede ser determinante de que, en cada caso, proceda una u otra solución, según las circunstancias concurrentes" (STS 20 de julio de 2000 , RJ 2000/7209).

A lo anterior ha de adicionarse la innegable repercusión sobre la cuestión de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuyo art. 44 se indica que: "los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares".

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de resaltar, en Sentencias, entre otras, 3/2007 , 24/2011 y 26/2011 , así como en Auto 1/2009, la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y, específicamente, de la reducción de jornada/concreción horaria del art. 37,5 y 6 ET (hoy, 37,6 y 7). Dimensión o vertiente constitucional de la materia, de la que se deriva, entre otros, el siguiente postulados:

a) Que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en tanto objetivo de relevancia constitucional, debe ser acorde con el de la paridad hombre/mujer. Esto es, que las medidas y derechos de conciliación son un ingrediente y derivación de la prohibición de la discriminación de género. Y en tal sentido, la conciliación pretendida ha de ser corresponsable. En consecuencia, a efectos de estimación de la pretensión, en el caso de cuidado de menores, debe valorarse la situación de los dos progenitores.

b) Que siempre están implicados los arts. 14 y 39 CE . El art. 14 de la carta magna porque los derechos de conciliación son (o han de ser) medidas paliativas de la discriminación indirecta x razón de sexo y el art. 39 porque también, y sobre todo, son medidas de protección de la familia o de los hijos/infancia, correspondiendo a las empresas asumir una parte de los costes reproductivos.

c) Que esa "dimensión constitucional" implica que el juez debe interpretar la legalidad ordinaria de la manera más efectiva para alcanzar el objetivo de la conciliación. En términos literales (STC 3/2007 y ATC 1/2009), que tal dimensión constitucional "de la medida de reducción de jornada del art. 37,5 ET ha de prevalecer y servir de orientación ante cualquier duda interpretativa, contribuyendo a ello el propio texto legal, al no contener una previsión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada" o, también, que "impone al órgano judicial la obligación de interpretar el art. 37 ET teniendo en cuenta la relevancia constitucional de la institución jurídica contemplada en el precepto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora". En definitiva, que el término legal de "jornada ordinaria" del art. 37,5 ET (hoy, 37,6), que sirve de límite al derecho de concreción del trabajador, que como se sabe puede entenderse en sentido meramente cuantitativo (en referencia a número de horas contratadas no extraordinarias o complementarias) o amplio (comprensivo de tiempo de trabajo en general y su distribución, turnos, etc.), debe interpretarse en el más favorecedor del objetivo de protección de la familia y del menor. Esta interpretación finalista o "más efectiva para alcanzar el objetivo de la conciliación" conduce, pues, a entender que las posibilidades de concreción horaria "dentro de la jornada ordinaria" únicamente está limitada por el número de horas de trabajo contratadas, no existiendo, tras el ROL 3/2012, más límite para "concretar" el horario que el porcentaje legal de reducción respecto de las horas contratadas "diarias", posibilitándose, así fórmulas de concreción horaria muy diversas. Otra interpretación, que redujera las posibilidades de determinación del horario a la mera identificación de la



hora de entrada y salida cada día del trabajo, supondría convertir el derecho de conciliación del art. 37,6 y 7 ET en instrumento inservible en relación a su finalidad.

d) Que en las controversias sobre conciliación, el juez debe ponderar los intereses en juego, incidiendo en los aspectos fácticos más 'difíciles' para alcanzar el objetivo de relevancia constitucional. Ponderación, además, que debe ser no sólo formal, de mera identificación de los intereses en juego de ambas partes, sino "material", esto es, sin perder de vista que se exige "valorar los elementos objetivos que obra(...)n en el proceso en orden a determinar la relevancia de la reducción de jornada solicitada para la efectividad de su derecho a la no discriminación por razón de sexo" o de protección a la familia (ATC 1/2009). Por tanto, las dificultades organizativas empresariales que pueden prevalecer sobre el interés del trabajador han de ser relevantes, objetivas y plenamente acreditadas. Y, por último,

e) Que no puede excluirse que la negativa empresarial a aceptar la pretensión sobre el derecho de conciliación pretendido pueda constituir, en especial cuando lo solicita el **varón**, una verdadera discriminación por las circunstancias personales o sociales/familiares subyacentes en el caso particular [STC 26/11].

Lo anterior significa, por un lado, que la parte actora debe acreditar las dificultades para conciliar su vida laboral y personal/familiar que le genera la jornada de trabajo y su distribución, así como que con la "concreción horaria" propuesta, en la medida de lo posible, se solventan. Y esto siempre en un marco de buena fe, sin "aprovechar" la ventaja que la referida vertiente constitucional del derecho de conciliación le ofrece para hacerse un horario a su medida. Y de ahí también que la concreción horaria declarada en sentencia no deba entenderse como una cuestión ya juzgada e inamovible a futuro porque descansa sobre unas circunstancias "familiares" que, como es lógico, varían conforme los hijos se hacen mayores y plantean nuevas necesidades, quizás ya no incompatibles con las condiciones de trabajo contratadas. No es necesario, por obvio, resaltar la posible revisión de la concreción horaria, sobre todo desde que el legislador de 2012 dispuso que la reducción por cuidado de menor podía extenderse hasta que éste cumpliera los doce años de edad. Es claro, en consecuencia, las posibilidades modificadoras que se atribuye a ambas partes en función de la evolución de las circunstancias.

Por otro lado, no puede dejar de señalarse que la empresa puede acreditar la existencia de verdaderas y relevantes dificultades organizativas, productivas (o de otro tipo) que, a pesar de lo anteriormente señalado, sirvan para neutralizar la pretensión horaria de la parte actora. Así, por ejemplo, sin ánimo exhaustivo, cuando aquella sea incompatible con el cumplimiento de las responsabilidades atribuidas al trabajador derivadas de la prestación específicamente contratada, cuando la empresa sea de dimensión mínima, de manera que sea objetivamente imposible la sustitución en los periodos de reducción elegidos o, también, cuando signifique modificar los horarios de apertura y cierre del centro de trabajo. La cuestión, sin embargo, de la repercusión de la concreción elegida en los horarios o turnos de otros trabajadores de la empresa debe resolverse en el caso concreto, en función de los intereses en juego. En los casos de especial y acreditada dificultad de conciliación (vgr. menores o mayores con enfermedades que exijan cuidados y atenciones específicas), prevalece el derecho de la parte actora sobre los intereses de conservación e inamovilidad horaria de los compañeros de trabajo, aunque la estimación de la pretensión suponga modificar sus condiciones de jornada.

TERCERO.- Pues bien, la aplicación del derecho a la concreción horaria propuesta por el trabajador expuesta en el mencionado precepto estatutario, que ha de interpretarse, como se ha indicado, en su innegable dimensión constitucional (por referencia a los derechos fundamentales y principios rectores de los arts. 14 y 39 CE), ha de partir de un dato fáctico de ineludible prueba: de las dificultades de conciliación que hacen incompatible el horario de trabajo del actor con sus obligaciones familiares. Y más todavía, por exigencias del propio principio de igualdad entre sexos (o de género, pues en el supuesto concreto tanto da una u otra denominación) esas dificultades deben acreditarse en el marco o contexto de la **corresponsabilidad** de ambos miembros de la pareja en el debido cuidado y atención de los hijos. En tal sentido, corresponde a la parte actora acreditar tanto las dificultades propias para conciliar sus obligaciones laborales los sábados con la debida atención de su hijo como la de su cónyuge.

En el caso presente, ocurre que la cónyuge del demandante y madre del menor objeto de guarda legal es autónoma y explota, junto a su hermana, desde el año 1995 un negocio de peluquería. Tiene, en consecuencia, libertad organizativa de sus propios horarios. En tal sentido, no ha existido en el presente supuesto una prueba suficiente de sobre sus dificultades reales para conciliar la vida laboral y familiar. En realidad, lo que el demandante solicita es que la mercantil (y sus compañeros de su trabajo) afronten reajustes en los calendarios para que el negocio de su cónyuge no sufra disfunciones los sábados. Ha de insistirse. La aplicación de la solución conciliadora del art. 37,6 ET en clave derecho de "concreción horaria" exige prueba de las dificultades familiares y de las "laborales" del otro progenitor. Y éstas últimas no se han acreditado de manera suficiente. Siendo, pues, la esposa del demandante trabajadora autónoma, titular de un establecimiento y, por tanto,



con margen de auto organización en su trabajo, al menos para adecuar sus horarios, con las exigencias y responsabilidades propias de su condición de madre, procede la desestimación de la demanda.

En consecuencia, siendo, como es, el cuidado de los hijos en la sociedad actual, una responsabilidad que ha de ser compartida entre los cónyuges, es lógico que la madre del menor objeto de protección soporte también una parte de esa responsabilidad, con las incomodidades organizativas y de otro tipo que lógicamente ello comporta, sin que sea legítimo, en el caso concreto, que tales dificultades recaigan en sobre la empresa demandada.

Debe reseñarse que esta es la solución adoptada por este juzgador en todos los supuestos en los que se ha planteado idéntica situación cuando el trabajador autónomo es el padre y quien solicita la concreción horaria para no trabajar en sábados es la madre trabajadora por cuenta ajena. Así, por ejemplo, en autos 684/2014 (Carrefour), 151/2013 (Perfumerías If), 385/2006 (TRW), etc.

CUARTO.- A tenor de lo prevenido en el art. 139,1 y 191,2 f) LRJS , contra esta sentencia no cabe recurso de suplicación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente observancia.

FALLO

Que, desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Sergio frente a Compañía Española de Servicios Públicos y Auxiliares S.A. (Cespa) y Fogasa, sobre concreción horaria en reducción de jornada por guarda de hijo, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Notifíquese a las partes la Sentencia dictada, con la advertencia de que contra la misma, no cabe interponer recurso alguno.

Así por esta sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.