

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sentencia 1684/2017, de 7 de marzo de 2017

Sala de lo Social

Rec. n.º 7164/2016

SUMARIO:

Conciliación de la vida laboral y familiar. Trabajadora a turnos que solicita reducir su jornada por cuidado de hijo en un 17 % con adscripción exclusiva al turno de mañana. Desestimación. Es evidente que la actora tiene derecho a elegir el horario que le convenga dentro de su jornada laboral pactada, pero lo que no puede hacer es modificar tal jornada laboral en el modo que había acordado con la empresa y aquí no ofrece duda que fue un sistema de trabajo a turnos de mañana y tarde, por lo que debe continuar realizando tales turnos y elegir el horario que desee trabajar dentro de cada turno, pues de lo contrario no solo alteraría su contrato laboral sino también el régimen de trabajo de sus compañeros, que verían incrementado el turno de tarde y disminuido el de mañana al haber optado exclusivamente por este la demandante.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 34 y 37.5 y 6.

PONENTE:

Doña María del Mar Gan Busto.

Magistrados:

Don IGNACIO MARIA PALOS PEÑARROYA

Don MARIA DEL MAR GAN BUSTO

Don LUIS REVILLA PEREZ

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 43148 - 44 - 4 - 2016 - 8022838

EL

Recurso de Suplicación: 7164/2016

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

En Barcelona a 7 de marzo de 2017

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 1684/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por Sara frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Tarragona de fecha 28 de julio de 2016 dictada en el procedimiento Demandas nº 454/2016 y siendo recurrido/a Pull & Bear, S.A.. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MAR GAN BUSTO.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 20 de junio de 2016 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclam. derechos contrato trabajo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 28 de julio de 2016 que contenía el siguiente Fallo:

"Que desestimando íntegramente la demanda planteada por Sara contra PULL & BEAR, S.A. absuelvo a éste de todos los pronunciamientos en su contra."

Segundo.

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

1º) La Trabajadora presta servicios para la Empresa, dedicada a la actividad de venta de ropa, con una antigüedad de 4/07/2009, contrato indefinido, categoría profesional de dependienta 1ª, en el centro de trabajo sito en la Rambla Nova 92 de Tarragona y salario mensual de 884,20. (Resulta de la demanda no controvertido de contrario).

2º) La Trabajadora venía prestando servicios a jornada parcial (24 horas) de lunes a sábado a turnos de mañana y tarde. (Interrogatorio de la Empresa, testifical de Enriqueta e informe de Inspección de Trabajo aportado por ambas partes al folio 81, y siguientes de autos).

3º) Tras el nacimiento de su hijo la Trabajadora solicitó el 6/04/2014 reducción de su jornada en un 17% con adscripción al turno de mañana trabajando lunes, miércoles y sábado de 10:00 a 13:00 horas y los martes y jueves a 10:00 a 14:00. (Documento 1 de la Trabajadora, al folio 72 de autos).

4º) La Empresa contestó en fecha 8/04/2016, manifestando que no podían aceptar su propuesta por razones organizativas, proponiendo horario alternativo. (Documento 2 de la Trabajadora, al folio 73 de autos).

La Empresa en escrito de 11/04/2016 mostró su conformidad con la reducción de jornada. (Documento 3 de la Trabajadora, al folio 74 de autos).

La Trabajadora presentó una nueva propuesta de reducción de jornada en turno de mañana el 12/05/2016. (No controvertido).

5º) Por parte de la Inspección de Trabajo se llevó a cabo una labor mediadora con el objetivo de llegar a un acuerdo y pacto en relación a su distribución horaria, celebrándose reuniones los días 19/05/2016, 24/05/2016 y 30/06/2016. En la reunión mantenida el 19/05/2016, la Inspectora Actuante requirió a las partes para que elaboraran un horario en función de los turnos asignados a la pareja de la Trabajadora, que fue realizado por la Empresa adaptando los turnos de la trabajadora a los de su pareja, que fue aportado a la Trabajadora y la Inspección de Trabajo en la reunión mantenida el 24/05/2016. La Trabajadora manifestó que debía estudiarlo con su pareja celebrándose una nueva reunión el 30/06/2016, en la que la Trabajadora manifestó su disconformidad con la propuesta. (Documento 9 de la Trabajadora a los folios 81 y 82 de autos).

6º) La Tienda tiene 7 trabajadoras todas ellas mujeres, 5 dependientas y encargada y una responsable de tienda. Todas las trabajadoras trabajan en horarios rotativos, Salvadora, realiza 18 horas semanales como

dependienta en la tienda, habitualmente en horario de tarde, porque estudia por la mañana, si bien trabaja por la mañana cuando se necesita que de cobertura a la tienda.

Por las mañanas en la tienda hay 1 encargada y una dependienta los martes, miércoles y viernes, y dos encargadas y una dependienta los lunes y jueves. Por la tarde hay siempre una encargada o responsable y dos dependientas.

Los lunes y los jueves por las mañana llega el camión para reponer género. Por la mañana se realizan tareas más administrativas y organizativas, archivo de albaranes, petición de género entre tiendas, revisión de almacén etc.. Por las tardes el trabajo consiste en ventas y si es posible reposición de género.

Por las mañanas se realizan menos ventas que por la tarde, en épocas más flojas la tienda factura unos 1400€, de los cuales 400€ corresponden a ventas de la mañana y unos 1000€ a ventas por la tarde. Durante el verano o rebajas, la tienda factura unos 3.500€ de los cuales 1.500€ aproximadamente se corresponden con ventas de mañana y 2.000€ de tarde.

Los martes y jueves por la mañana hay mercado en la Rambla Nova donde se encuentra la tienda lo que supone que haya mayor afluencia de público que otras mañanas. Los días de más ventas son los viernes por la tarde y los sábados.

(Testifical de Enriqueta)

7º) La pareja o cónyuge de la Trabajadora trabaja en la empresa DOW Chemical en sistema de turnos rotatorios, existen 6 turnos en dicha Empresa, y los trabajadores tienen conocimiento del calendario a 6 meses o año vista. La pareja o cónyuge no ha solicitado reducción de jornada para cuidado de hijo, porque gana más dinero que su mujer. (Testifical de Aquilino e Informe de la Inspección de Trabajo al folio 81 de autos).

La madre de la Trabajadora trabajaba a fecha 2/06/2016 en horario de 15 a 20 horas de lunes a viernes. (Documento 14 de la Trabajadora al folio 92 de autos).

8º) La Trabajadora ha prestado servicios para la Empresa con normalidad desde la solicitud de la reducción de jornada y adscripción a turno fijo. (No controvertido)."

Tercero.

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Contra la sentencia de instancia que desestima la demanda, se alza en suplicación la parte actora articulando el recurso por la vía del apartado del art 193 de la Ley reguladora de la jurisdicción social que impugna la empresa demandada.

Centrando los términos del recurso en la revocación de la sentencia de instancia y se declare el derecho a disfrutar de la concreción horaria de lunes a sábado de 10 horas a 14 horas, estableciendo el descanso semanal el martes, hasta que el menor cumpla 12 años y se condene a la demandada a la indemnización de 6.000 euros por daños y perjuicios ocasionados por la lesión del derecho fundamental y por la demora en poder llevar a cabo la efectividad de la medida propuesta por la trabajadora.

Segundo.

Como motivo de censura jurídica alega la infracción del art 37.6 y art 37 del ET , en relación con el art 24 de la Constitución Española , la jurisprudencia y doctrina de aplicación, ya que la normativa actual no contiene ninguna precisión sobre la forma de efectuar la concreción horaria de la reducción de jornada y tampoco si deben de prevalecer las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, ya que las razones organizativas en la que se ampara la empresa, invocación por su absoluta falta de concreción resulta nominalista y no permite conocer los verdaderos motivos de tal decisión, al no acreditar dificultad organizativa trascendental que pueda colisionar con la concreción horaria que solicita la parte actora.

Partiendo del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia que se da por reproducido a todos los efectos en este fundamento.

Tercero.

El art 34.8 Jornada del ET , establece lo siguiente: El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.

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.

Cuarto.

En relación con lo que prevee el art 37.6 y 7 del ET : Descanso semanal, fiestas y permisos

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 (RCL 2011, 1845) , Reguladora de la Jurisdicción Social.

Quinto.

En el presente caso queda acreditado que la parte actora presta servicios para la Empresa demandada, que se dedica a la actividad de venta de ropa, con la antigüedad de 4 de julio de 2009, con un contrato indefinido, con

la categoría profesional de dependienta 1º, en el centro de trabajo sito en la Rambla Nova número 92 de Tarragona y con el salario mensual de 884,20.

De la valoración conjunta de la prueba que realiza la Magistrada de instancia queda probado que prestaba servicios con una jornada parcial horas de 24 horas de lunes a sábado en los turnos de mañana y tarde.

Pero con el nacimiento de su hijo solicita el 6 de abril de 2014 la; reducción de su jornada en un 17% con la adscripción al turno de mañana trabajando lunes, miércoles y sábado de 10:00 a 13:00 horas y los martes y jueves a 10:00 14:00.

Por lo que la Empresa demandada contesta el 8 de abril de 2016, y alegaba que no podían aceptar su propuesta por razones organizativas, pero proponía un horario alternativo.

Teniendo en cuenta por otra parte que la empresa demandada mediante un escrito de 11 de abril de 2016 muestra su conformidad con la reducción de jornada.

Pero la parte actora presenta una nueva propuesta de reducción de jornada en turno de mañana el 12 de mayo de 2016.

Sexto.

En cuanto a las circunstancias concurrentes a las que se refiere la jurisprudencia que posteriormente se citará y a la buena fe de las partes en la interpretación del art 37.6 del ET, que alega la parte recurrente en este procedimiento queda probado que por parte de la Inspección de Trabajo se llevó a cabo una labor mediadora con el objetivo de llegar a un acuerdo y pacto en relación a su distribución horaria y por ello se celebran unas reuniones los días 19 de mayo de 2016, 24 de mayo de 2016 y 30 de junio 2016, en la reunión que se mantiene el 19 de mayo de 2016, la Inspectora que actúa requiere a las partes para que elaboraran un horario en función de los turnos asignados a la pareja de la trabajadora, que se realizó por la Empresa y adapta los turnos de la trabajadora a los de su pareja, que fue entregado a la trabajadora y la Inspección de Trabajo en la reunión que se mantiene el 24 de mayo de 2016 y la Trabajadora manifestó que debía estudiarlo con su pareja y se celebra otra reunión el 30 de junio de 2016, en la que la Trabajadora manifestó su disconformidad con la propuesta.

Séptimo.

Por lo que no es ajustado a derecho la alegación que hace la parte recurrente en cuanto a que no se haya probado la dificultad organizativa trascendental en la empresa que pueda colisionar con la concreción horaria que solicita la parte actora, ya que queda acreditado que se trabaja más por la tarde que por la mañana, teniendo en cuenta que de la valoración de la testifical que realiza la Magistrada de instancia queda acreditado que la tienda tiene siete trabajadoras todas ellas mujeres, 5 son dependientas y encargada y una responsable de tienda, ya que todas las trabajadoras trabajan en horarios rotativos, Salvadora, realiza 18 horas semanales como dependienta en la tienda, de forma habitual en horario de tarde, porque estudia por la mañana, pero trabaja por la mañana también cuando se necesita que de cobertura a la tienda.

Ya que por las mañanas en la tienda hay una encargada y una dependienta los martes, miércoles y viernes, y dos encargadas y una dependienta los lunes y jueves, pero por la tarde hay siempre una encargada o responsable y dos dependientas.

Y los lunes y los jueves por la mañana llega el camión para reponer género, por la mañana se realizan tareas más administrativas y organizativas, archivo

de albaranes, petición de género entre tiendas, revisión de almacén etc, por las tardes el trabajo consiste en ventas y si es posible reposición de género.

Ya que por las mañanas se realizan menos ventas que por la tarde, en épocas

más flojas y la tienda factura unos 1400€, de los cuales 400€ corresponden a ventas de mañana y unos 1000€ a las ventas que se realizan por la tarde.

Durante el verano o rebajas, la tienda unos 3.500€ de los cuales 1.500€ aproximadamente se corresponden con ventas de mañana y 2.000€ por la tarde.

Pues los martes y jueves por la mañana hay mercado en la Rambla Nova en el que encuentra la tienda lo que lleva consigo el que haya mayor afluencia de público que otras mañanas y los días de más ventas son los viernes por la tarde y los sábados.

Octavo.

-Siendo ajustado a derecho lo que alega la parte demandada en la impugnación del recurso en cuanto a que ofrece una alternativa horaria como se deduce del informe de la inspección de trabajo, pues se adaptaba al sistema de organización del marido para que el menor quedase atendido, fomentado con ello la corresponsabilidad entre mujeres y hombres al que se refiere la Ley 3/2007 de 22 de marzo, ya que ambos progenitores se pueden ocupar del cuidado del menor pues el padre tiene conocimiento con antelación del turno de adscripción, y que la empresa estaba dispuesta a encajar con el de la madre, con lo que con ello no existía un conflicto entre la atención del menor y la organización de la tienda en nexo causal con la formación de las dependientas durante las mañanas, y que no acepta la parte actora.

Noveno.

-Por otra parte hay que precisar que esta Sala en un supuesto análogo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 1161/2008 de 7 febrero . recurso de suplicación n ° 7922/2006.....La sentencia recurrida basa en lo fundamental su pronunciamiento en el artículo 37.5 del ET , así como en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 4 de julio de 2005 , que contempla un supuesto semejante y que entiende que en estos casos la trabajadora puede elegir turno de trabajo cuando la empresa no acredita razones consistentes para justificar su negativa. La citada sentencia reconoce, de entrada, que la trabajadora carece de tal derecho y, en efecto, lo que viene a decir el artículo 37.5 del ET , en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres es que "quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo a un menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquella". La concreción horaria y la determinación del período de la reducción de la jornada corresponden al trabajador, según dice más adelante el precepto. Lo que la Ley no reconoce es un derecho a cambiar o modificar la jornada cuando no se solicita al mismo tiempo una reducción de la misma, al margen de que el empresario haya justificado o no su negativa, lo cual es irrelevante para decidir si la trabajadora tiene o no el derecho que pretende.

Sobre este tema no está de más recordar que la reforma llevada a cabo por la citada Ley Orgánica 3/2007 ha añadido un nuevo apartado 8º al artículo 34 del ET del siguiente tenor: "El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella". Es decir, que tras esta última reforma solo si el trabajador llega a un acuerdo con el empresario o así se ha establecido en convenio colectivo puede adaptarse la jornada de trabajo en aras a una mejor coordinación de la vida personal, familiar y laboral.

La Sala se ha pronunciado ya sobre este tema en reciente sentencia de 20 de julio de 2006 , en la que se da la razón al Magistrado de instancia cuando dice que conforme a la Ley 39/1999 la petición de la demanda es "loable" y "comprensible", pero que en el actual estado de las normas jurídicas el legislador no ha extendido los consiguientes beneficios de la tan repetida Ley 39/1999 a otros que los expresamente previstos en sus disposiciones.

Y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de febrero de 2006 en el mismo sentido sostiene que el derecho a la elección de turno no se contempla ni en el mencionado art. 37 del ET ni en ningún otro, que la cuestión planteada del derecho a elegir turno por razón de guarda legal es una cuestión que solo a los órganos con potestad legislativa compete afrontar y que los Tribunales ordinarios, excediéndose de una razonable interpretación analógica, no pueden crear normas que respondan a los criterios que estimen de mayor justicia, pues ello supondría un desarrollo normativo sin potestad para ello.

Continúa diciendo esta última sentencia que en un supuesto que guarda cierta semejanza con el que hoy nos ocupa, esta Sección de Sala en su sentencia de 22 de octubre de 2002 (rec. 2124/2002), razonó del siguiente modo: "Es evidente que la actora tiene derecho a elegir el horario que le conviene dentro de su jornada laboral pactada, pero lo que no puede es modificar tal jornada laboral en el modo que pactó con la empresa y aquí no ofrece duda que fue un sistema de trabajo a turnos de mañana, tarde y noche, por lo que debe continuar realizando tales turnos y elegir el horario que desee trabajar dentro de cada turno, pues de lo contrario no sólo alteraría su contrato

laboral sino también el régimen de trabajo de sus compañeros que verían incrementados sus turnos de tarde y noche y disminuidos sus turnos de mañana al haber optado exclusivamente por éstos la demandante".

Décimo.

Por otra la jurisprudencia en cuanto a la reducción de jornada la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 21 marzo 2011 recurso de casación para unificación de doctrina 542010..... Nada establece el precepto legal en orden a la concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deberán prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigidas a hacer compatible los diferentes intereses en juego (STC 3/07 de 15 de enero, rec. 6715/03Las anteriores consideraciones no suponen que se prive a la negociación colectiva de la posibilidad de establecer la forma de efectuar la concreción horaria de la reducción de jornada, pero ha de tenerse presente que dicha concreción ha de realizarse ponderando los intereses en juego, no limitando de forma genérica el derecho del trabajador a la determinación de la citada concreción pues ha de tenerse en cuenta que estamos ante el ejercicio de un derecho individual y toda limitación del mismo ha de obedecer a razones suficientemente justificadas.

Y en relación con la jornada la jurisprudencia que se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 745/2016 de 15 septiembre260/2015.Por último hay que señalar que, si bien es cierto que el vocablo "jornada" en la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa "tiempo de duración del trabajo diario", en su acepción técnico-jurídica resulta más compleja. En efecto, si acudimos al artículo 37 del ET , bajo el epígrafe "Jornada" regula la jornada anual, la jornada semanal y la jornada diaria de trabajo, por lo que habrá de estarse al contexto en el que aparece dicha palabra para determinar a cuál de las tres modalidades de jornada se refiere.

DÉCIMOPRIMERO.- Así mismo en relación con la jurisprudencia que se menciona en lo que es de aplicación al presente caso en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 20 octubre 2010 ... recurso de casación para unificación de doctrina n ° 3501.2009.-En el presente caso conviene recordar que ya esta Sala en dos sentencias de la misma, dictadas en Sala General, de 13 y 18 de junio de 2008 (Rcd. 897 y 1625 de 2007) resolvió la cuestión planteada por el presente recurso en el sentido de que la normativa vigente permite la reducción de jornada y la fijación por la trabajadora del nuevo horario, derecho no controvertido, pero siempre que ello se haga dentro de la "jornada ordinaria de la trabajadora", quien concretara el alcance de la reducción, sin poder exigir un cambio horario o de turno, salvo acuerdo con la empleadora. En tal sentido, en la sentencia dictada el 18 de junio de 2008 dijimos: "No se contempla en el Estatuto de los Trabajadores otra posibilidad de variación del horario que la del artículo 41.1º .b) del Estatuto de los Trabajadores , como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa en las condiciones tasadas por el precepto, pudiendo dar lugar, en su caso, a la rescisión del contrato.

No cabe tampoco, como se advertía al comienzo de este razonamiento, elaborar a partir de la Ley 39/1999 de 5 de noviembre sobre Conciliación de la Vida Familiar y Laboral un nuevo catálogo de derechos, al arbitrio de una de las partes, pues como bien ha tenido oportunidad el legislador con el transcurso del tiempo desde la entrada en vigor de la citada Ley, al promulgar la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de Marzo , para la Igualdad efectiva de mujeres , ha configurado una nueva expectativa que no coincide exactamente con la pretensión configurada por la demandante.

Así, en la nueva redacción, al artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores se le añade un nuevo apartado del tenor literal siguiente: "El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla." Se advierte, por lo tanto que tampoco en la normativa posterior se delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración del derecho contemplado en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores , precepto en que se regula la jornada de trabajo."

DÉCILOSEGUNDO. -Y también en relación con la dimensión constitucional a la que se refiere la parte recurrente en la dimensión del art 14 de la Constitución Española , la jurisprudencia que se recoge en lo que es de aplicación al presente caso y que cita la doctrina del Tribunal Constitucional, en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 13 junio 2008, recuso de casación para unificación de doctrina n° 697/2007 ...De lo anterior se deduce como primera conclusión, que no cabe que mediante una interpretación

extensiva del art. 37-5 y 6 del E.T (RCL 1995, 997), teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 39 en relación con el 14, ambos de la C.E (RCL 1978 , 2836), y la necesidad de conciliar la vida familiar y laboral dado las circunstancias que concurren en la actora, esencialmente, tener un hijo menor de seis años a su cuidado y estar separada judicialmente, que se aplique lo dispuesto en dicha norma al presente supuesto.....A la misma conclusión desestimatoria de la demanda se llegaría, si pudiera aplicarse la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo (RCL 2007, 586) de igualdad efectiva de hombres y mujeres, lo que no es posible por razones temporales, pues si bien es cierto, que dicha Ley ha modificado el art. 34 del E.T (RCL 1995, 997) , en el sentido de introducir un apartado nuevo, el ocho, que establece el derecho del trabajador a adoptar la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, lo condiciona a los términos en que se establecerán en la negociación colectiva o en el acuerdo que se llegue con el empresario, respetando lo previsto en aquel acuerdo que no existe en el caso de autos; lo contrario sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador.

La Sala conoce la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 de 15 de enero (RTC 2007, 3) , dictada en un supuesto en el que el Juzgado deniega la reducción de jornada y cambio de horario solicitado, recurriendo en amparo directamente, lo que fue estimado devolviendo las actuaciones al Juzgado, para que valorando las circunstancias concretas allí concurrentes, analizando, en que medida la reducción de jornada resultaba necesaria para la atención del menor, ni cuales fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, planteándose la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía ó no un obstáculo para la compatibilidad de su vida profesional y familiar, decidir si ello suponía no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del art. 14 C.E (RCL 1978, 2836) de la cuestión planteada, y en tal sentido su denegación constituiría una discriminación por razón de sexo, de acuerdo con la doctrina constitucional en esta materia; pero éste no es el caso de autos, pues aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, como en la sentencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en el art. 37-5 y 6 del E.T (RCL 1995, 997) , sino solo de una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el art. 37 del E.T en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir los Órganos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando los artículos necesarios del E.T, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el art. 34 del ET en la reciente Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo (RCL 2007, 586) para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta Sala en definitiva, sin dudar de que la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares porque de lo contrario no hubiera solicitado el cambio de horario, considera que no puede dar lugar a lo que allí pedido sin violar el principio de legalidad a que debe someter su resolución por imposición expresa del art. 117 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y por ello, aun conociendo la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en un supuesto muy semejante, aunque allí con base legal, ha de atenerse a las estrictas previsiones legales a las que está vinculada.

DÉCIMOTERCERO- De conformidad con las precedentes consideraciones lo que en este caso analizamos es que la parte actora lo que pretende en la reducción de jornada es el cambio de turno de trabajo el de mañana, no siendo ajustado a derecho pues tiene derecho a la reducción de jornada en los turnos de mañana y tarde que tenía como se deduce del hecho probado segundo,

En consecuencia desestimamos el recurso de suplicación y confirmamos la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación que formula Sar, contra la sentencia del juzgado social 2 de TARRAGONA, autos 454/2016 de fecha 28 de julio de 2016,seguidos a instancia de aquella contra PULL & BEAR S.A y el MINISTERIO FISCAL, en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y vulneración de derechos fundamentales, debemos de confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación. La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.