

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**  
**JUZGADO DE LO SOCIAL N.º 3 DE PAMPLONA/IRUÑA**  
*Sentencia 366/2012, de 10 de octubre de 2012*

Rec. n.º 915/2012

**SUMARIO:**

**Tiempo de trabajo. Reducción de jornada por guarda legal. Conciliación de la vida personal y familiar. Modificación de horario.** Trabajadora con jornada reducida que solicita, a raíz del nacimiento de otro hijo, modificar el horario de jornada reducida que venía disfrutando siendo denegado por la empresa por problemas organizativos. La empresa no ha aportado ningún elemento probatorio que acredite la más mínima dificultad organizativa que pueda colisionar con la concreción horaria y puesto que la carga incumbía a la empresa, la ausencia de la misma permite calificar su conducta como contraria a la buena fe, al oponerse al horario que propone la actora. Estimación de la petición de la trabajadora. No cabe recurso.

**PRECEPTOS:**

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

**PONENTE:**

*Don Carlos González González.*

**JUZGADO DE LO SOCIAL N° 3**

c/ San Roque, 4 - 1ª Planta

Pamplona/Iruña

Teléfono: 848.42.40.94

Fax. 848.42.42.88

20081

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

Nº Procedimiento: 0000915/2012

NIG: 3120144420120003160

Materia: Permisos y licencias

Resolución: Sentencia 000366/2012

Intervención:

Demandante

Demandado

Interviniente:

Encarna

MAKRO AUTOSERVICIO MAYORISTA S.A.

Procurador:

En la ciudad de Pamplona/Iruña a DIEZ DE OCTUBRE DE DOS MIL DOCE. El Ilmo. Sr. CARLOS GONZÁLEZ GONZALEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social N° 3 de los de NAVARRA.- Pamplona/Iruña

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

Visto el procedimiento número 0000915/2012 sobre Permisos y licencias iniciado en virtud de demanda interpuesta por Encarna contra MAKRO AUTOSERVICIO MAYORISTA S.A.,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Que el día 20 de julio de 2012 la parte actora interpuso demanda ante el Juzgado Decano de Pamplona, turnada a éste el día 23 de Julio de 2012 en los términos que figuran en la misma, la cual fue admitida a trámite, señalándose el acto del juicio oral para el día 26 de septiembre de 2012, al que previa citación en legal forma comparecieron la demandante asistida por la letrada Sra. Guelbenzu Uralde y el legal representante de la empresa demandada asistido por el letrado Sr. Aznar Prado; quienes hicieron las alegaciones que estimaron pertinentes, proponiéndose las pruebas que, una vez admitida por S.Sª., se practicaron con arreglo a derecho y desarrollándose la sesión conforme refleja el Acta a tal efecto levantada por la Sra. Secretaria del Juzgado.

#### **Segundo.**

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

### **HECHOS PROBADOS**

#### **Primero.**

La demandante, Dª. Encarna , viene prestando sus servicios profesionales por cuenta de la empresa demandada Makro Autoservicio Mayorista S.A., desde el 1 de septiembre de 2001, con la categoría profesional de mando-responsable de cajas.

La relación laboral se inició mediante la suscripción de contrato de trabajo de duración determinada, convertido en contrato indefinido el 1 de septiembre de 2001.

En el contrato consta que la prestación de servicios es en una jornada de 40 horas semanales, de lunes a domingos, y en el horario de 7,30 a 14,30, y de 14,30 a 21,30 horas (con 20 minutos diarios "de bocadillo" en ambos turnos).

Tanto en la cláusula adicional del contrato como en el anexo al mismo, se indica que el trabajador se compromete a trabajar los domingos y festivos, tanto si el almacén abre o no al público, y si así lo solicita la dirección, como si de un día laborable se tratara, y sin que ello suponga rebasar la jornada fijada en el contrato. Asimismo se prevé que el tiempo denominado "de bocadillo", no se considera efectivo, teniendo a todos los efectos el carácter de recuperable.

#### **Segundo.**

La actora tiene en la actualidad dos hijos menores de edad, David, nacido el NUM000 de 2006, y Diego, nacido el NUM001 de 2010.

Como consecuencia del nacimiento del primer hijo, desde fecha 9 de junio de 2008 la trabajadora disfruta de una jornada reducida por guarda legal de 34 horas semanales, realizando el horario de 8,30 a 14,30 horas, de lunes a domingo.

#### **Tercero.**

El 26 de junio de 2012 la demandante solicitó modificar el horario de su jornada reducida, pasando de 8,30 a 14,10 horas que venía realizando, según lo indicado en su escrito, al horario de "9,15 a 14,55 horas a partir del 11 de septiembre de 2012".

La empresa le contestó por escrito indicando que el 29 de abril de 2008 había solicitado conciliar el horario de trabajo por guarda legal de su hijo, quedando fijada la nueva jornada semanal en 34 horas de lunes a domingo y en el horario diario de 8,30 a 14,30 horas, y que a fecha de hoy sigue en vigor el acuerdo alcanzado sobre la reducción de la jornada por guarda legal de hijo menor, por lo que debía respetarse el contenido de lo pactado al no haber manifestado causa alguna que justifique la nueva solicitud.

El 5 de julio de 2012 la actora presenta nuevo escrito en la empresa en el que solicita que el horario para conciliación de la vida familiar y laboral, por nacimiento de un segundo hijo, quede con jornada reducida de 34 horas semanales, y horario de dos semanas de 9,15 a 14,55, y una tercera semana de 7,45 a 13,25 horas, y así sucesivamente.

La empresa, en escrito de 13 de agosto de 2012 denegó esa solicitud por considerar que la nueva petición de reducción de jornada no cumplía los requisitos del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores, ya que "la reducción de jornada que solicita al amparo de dicho precepto deberá ser diaria y deberá concretarse dentro de su jornada ordinaria de trabajo, que es de 7,30 a 14,30 y de 14,30 a 21,30, de lunes a domingo, de forma rotativa, sin que resulte posible fijar el horario en el turno de mañana exclusivamente".

También se hacía referencia a la comunicación de la empresa, que obra unida a los autos y se da aquí por reproducida, que "organizativamente es imposible conceder la concreción en el horario de mañana, ya que también hay que cubrir turno de tarde, fines de semana y festivos dentro del horario de apertura del centro", y que la concreción horaria solicitada "causaría un grave trastorno al centro al no ser posible su compaginación con el horario del resto de compañeros".

#### **Cuarto.**

Las partes han manifestado su conformidad en los siguientes hechos.

1º) Con la concreción horaria por cuidado de hijo que solicitó la actora el 9 de junio de 2008, el horario que tenía reconocido era de 8,30 a 14,30 horas, de lunes a domingo.

2º) La nueva concreción horaria que solicita en el presente procedimiento era, inicialmente, en horario de 9,15 a 14,55 horas y, posteriormente, la realización de dos semanas del horario de 9,15 a 14,55 horas, y una tercera semana de 7,45 a 13,25 horas, y así sucesivamente.

3º) La apertura de las cajas del centro de la empresa en que presta sus servicios la demandante al público se realiza a las 8 horas, si bien el turno de mañana comienza a 7,30 horas.

4º) En el departamento de cajas de la empresa demandada, en el centro que presta sus servicios la actora, se encuentran seis trabajadores asignados a tal departamento, de los cuales dos realizan turno fijo de mañana, la demandante y la Sra. Amparo, otros dos hacen turno fijo de tarde, y los otros dos trabajadores hacen un turno rotatorio de mañana y tarde.

5º) De las dos trabajadoras que realizan el turno fijo de mañana, la actora, viene realizando el horario de 8,30 a 14,30 horas, y Doña. Amparo se incorpora, también por reconocimiento de concreción horario por cuidado de hijos, a las 9,15 horas.

6º) En el puesto de trabajo que ocupa la demandante, en el departamento de cajas, el tramo horario en el que menor actividad y movimiento existe es, precisamente, el de 8 a 9,15 horas de la mañana, aproximadamente, siendo a partir de entonces cuando mayor actividad se desarrolla en el departamento de cajas. De hecho, en el horario de 8 a 9 horas, al existir menor actividad de atención al público, los trabajadores suelen realizar otras tareas auxiliares.

7º) En el horario de 8 a 8,30 horas, la empresa, para sustituir a la demandante con ocasión de la primera concreción horaria por cuidado de hijo menor, asignó ese horario a personal de atención a clientes, lo que se realiza desde junio del año 2008.

8º) De las personas que realizan turno rotativo de mañana y tarde, al menos una tiene un complemento retributivo precisamente por realizar las funciones o tareas que corresponden a la demandante como responsable de cajas.

9º) El marido de la actora presta servicios por cuenta de la empresa CCC Logística, S.A., teniendo asignada una jornada laboral de lunes a viernes, de ocho horas al día, distribuidas en turno rotativos de mañana -de 6 a 14 horas-, tarde -de 14 a 22 horas-, y noche -de 22 a 6 horas-

10º) El hijo mayor de la actora, David, cursa lo de Educación 1 Primaria en el Colegio Sagrado Corazón de Pamplona, con un horario de mañanas de 8,50 a 13 horas, y horario de tarde de 15,30 a 17,20 horas.

El hijo menor de la actora, Diego, está matriculado en la Escuela Infantil del barrio de Pamplona de la Rochapea, con horario de asistencia de 8,30 a 15,30 horas (certificados que obran unidos al ramo de prueba de la parte actora y que se dan aquí por reproducidos).

11º) La actora tenía concedida excedencia por cuidado de hijos menores en el período de 30 de julio de 2012 al 11 de septiembre de 2012.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

En la demanda iniciadora del presente juicio la parte demandante solicita que se reconozca su derecho a que la reducción de jornada por cuidado de hijo menor de edad se concrete en el horario de 9,15 horas a 14,55 horas o, alternativamente, "dos semanas de 9,15 a 14,55 y una tercera semana de 7,45 a 13,25 y así sucesivamente". En justificación de esta solicitud la actora hacía referencia a que tiene dos hijos menores de edad, David, nacido el NUM000 de 2006, y Diego, nacido el NUM001 de 2010, y que los horarios de la escuela infantil y del colegio a los que acuden sus hijos son incompatibles con el horario que viene realizando en la empresa de 8,30 a 14,30 horas, impidiendo conciliar adecuadamente al vida familiar y laboral, y atendiendo al mismo tiempo al hecho de que el marido de la actora trabaja de lunes a viernes en horario correspondiente a turnos rotativos de mañana, tarde y noche.

La empresa demandada se opuso a la acción ejercitada, invocando el perjuicio organizativo que se causaría el acceder a la petición de la demandante y que consistiría en que habría incluso días en que en el horario que deja de hacer la demandante no habría personal atendiendo las cajas y al público que accede a las mismas. También hizo mención a que en realidad la demandante solicita horarios que corresponden a dos turnos, al de mañana y al de tarde, teniendo en cuenta que tiene con la reducción de jornada 6 horas de trabajo y que el turno de mañana es de 7,30 a 14,30, y el turno de tarde comienza a las 15 horas, y en cambio la demandante solicita una concreción horaria de 9,15 a 14,55 horas, lo que implica solapar ya el turno de mañana y de tarde. Y se añade que en realidad la actora, teniendo seis horas de trabajo en reducción de jornada, lo que solicita es salir a las 15,15 horas y no a las 14,55 horas, dado que su petición implica que los 20 minutos de pausa o descanso de bocadillo se apliquen al final de la jornada, y por ello la concreción horaria solicitada por la actora es de 9,15 a 14,55 horas, aunque en realidad, computando esos 20 minutos de descanso de bocadillo, el horario iría hasta las 15,15 horas.

Los hechos declarados probados resultan acreditados con el examen y valoración conjunta de la prueba practicada, consistente en los documentos aportados por las partes litigantes, la prueba de interrogatorio de la empresa demandada y la prueba testifical practicada en el acto del juicio.

Asimismo parte de los hechos declarados probados, en los términos que consta en la propia relación fáctica, resultan de la propia conformidad de las partes o admisión de hechos realizada en el acto del juicio.

Debe destacarse que de la prueba documental y de la propia admisión de hechos se obtienen los datos referidos a la relación laboral que mantiene la actora con la empresa, los diferentes horarios en que ha prestado sus servicios y la propia organización del departamento de cajas, con sus respectivos horarios y personal adscrito a los diferentes turnos y horarios.

Así, ha quedado acreditado que la demandante, con ocasión de la primera reducción de jornada por cuidado de hijos, venía realizando el horario de 8,30 a 14,30 horas, de lunes a domingo. El horario de apertura de las cajas al público es de 8 a 21 horas. Y en el departamento de cajas prestan servicios seis personas, dos realizan turno fijo de mañana, la demandante, y Doña. Amparo, que también disfruta de reducción de jornada por cuidado de hijo; otras dos realizan turno fijo de tarde y otras dos trabajadoras realizan turnos rotatorios de mañana y tarde, sustituyéndose estas últimas durante sus periodos de ausencia. Además una de las trabajadoras de los turnos rotatorios tiene un complemento retributivo especial por realizar las funciones que tiene encomendadas la actora como responsable de cajas. También se ha acreditado que en el horario de 8 a 8,30 horas en que no hay ninguna persona prestando servicios de las adscritas al turno fijo de mañana, es decir, ni la demandante ni Doña. Amparo -dado que ésta por concreción horaria tiene reconocido comenzar la jornada a las 9,15 horas- atienden las cajas, además de la trabajadora que le corresponda por el turno rotativo, otra trabajadora del departamento de atención a clientes, a quien se le encomienda realizar las tareas de caja en el horario de 8 a 8,30 horas, o al menos así se manifestó por la parte demandada, sin oposición alguna en este extremo de la demandante.

Obran unidos también a los autos las dos certificaciones respecto los horarios de la escuela infantil y del colegio al que la demandante lleva a sus dos hijos, y también el certificado de la empresa en la que presta servicios el marido de la actora y de la que se deduce que realiza turnos rotatorios de mañana, tarde y noche.

Por lo que se refiere a la declaración testifical de una responsable del departamento de la empresa demandada se destaca de la misma, en primer lugar, que el horario de 8 a 9,15 horas no es de los de más actividad en la empresa sino que, por el contrario, no suele haber especial actividad en el departamento de cajas. También declaró la testigo, con total claridad, sin incurrir en dudas ni contradicciones, que una de las trabajadoras que hacen turno rotatorio realiza las funciones de la demandante como responsable de cajas y que por ello percibe el correspondiente complemento retributivo.

La empresa demandada alegó problemas organizativos para justificar la negativa a la concreción horaria que postulaba la parte actora, y para ello ha aportado una prueba documental que, sin embargo, carece de eficacia probatoria para justificar los extremos que mencionó la empresa en el acto del juicio. En concreto no

pueden servir para acreditar que en el horario de 8 a 9,15 horas en el departamento de cajas exista especial actividad o movimiento, a diferencia de lo que ocurre en otras franjas horarias, ni tampoco sirven para acreditar que de admitir el horario que solicita la actora las cajas del centro de trabajo estarían sin atender durante bastantes días, y esta insuficiencia probatoria se produce porque en realidad no se trata más que de meros gráficos con el resumen de cobertura del horario de trabajo con los empleados adscritos a la sección de cajas, o gráficos sobre los teóricos días que estarían sin atender las cajas hasta las 19,15 horas si es que la demandante no se incorporase hasta esa hora al servicio y ello con referencia a los años 2012 y 2013, ya que es evidente que esos gráficos, sin ningún soporte documental y sin que hayan sido ratificados en el acto del juicio, pueden considerarse como prueba válida para tener por acreditados estos extremos. Y lo mismo cabe decir del documento nº 13 con lo que la parte demandada lleva informe de ventas con franjas horarias que, evidentemente, no es ni siquiera un informe y carece de eficacia probatoria porque no se acompaña de ninguna documentación soporte que valide los datos ni han sido tampoco ratificados de forma contradictoria en el acto del juicio.

A su vez, la empresa no ha aportado ningún elemento probatorio que permita considerar acreditado que la concesión del horario que solicita la parte demandante le cause un real y efectivo problema organizativo, o que no pueda atender la actividad del servicio de cajas de 8 a 9,15 horas con uno de los trabajadores que hacen turno rotatorio de mañana y tarde y con la otra trabajadora del departamento de atención a clientes que de hecho ya viene realizando esas funciones en el horario de 8 a 8,30 horas. A su vez, es evidente que estos hechos correspondía acreditarlos a la empresa demandada en aplicación razonable de los principios de facilidad probatoria y proximidad a las fuentes de la prueba que resultan de lo previsto en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

### **Segundo.**

A la vista de las discrepancias surgidas entre la trabajadora demandante y la empresa demandada sobre la concreción horaria de su derecho a jornada reducida por cuidado de hijo, debe comenzarse por señalar que resulta de aplicación el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción introducida por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de julio, de Medidas de Reforma Laboral, ya que la solicitud de la demandante se produjo el 5 de julio de 2012, bajo la vigencia de dicha norma.

El precepto establece efectivamente que "quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo a algún menor de 8 años o una persona con 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 mitad de la duración de aquélla".

La propia norma señala que las reducciones de jornada contempladas en el 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 las razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

El precepto que venimos comentando trata de dar respuesta a la nueva realidad social que deriva de la necesidad de conciliación del trabajo y la familia, necesidad que ha sido planteada a nivel internacional y en el ámbito comunitario.

A nivel internacional en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995, se consideró como objetivo estratégico fomentar una organización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres, y en la declaración aprobada por los 189 estados allí reunidos se reafirmó este compromiso.

A su vez, en el ámbito comunitario, la maternidad y la paternidad, en su más amplio sentido, se han recogido en las directivas del Consejo 92/85/CEE de 19 de octubre y 96/34/CEE de 3 de julio.

La primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. La segunda, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor, como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

Mediante la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral en las Personas Trabajadoras, se completó la trasposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, superando los niveles mínimos de protección previstas en las mismas, y así la ley introdujo cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores pudieran participar en la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de empleo, a las condiciones de trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres, y al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el momento mismo del nacimiento o de su incorporación a la familia.

A la vista de la regulación legal señalada puede concluirse que constituye un derecho del trabajador no sólo la reducción de la jornada, lo que aquí no se cuestiona, sino también el derecho a la concreción horaria, es decir, que constituye facultad del mismo elegir el horario en el que se desarrollarán sus servicios dentro de la jornada ordinaria, todo ello con la finalidad de que pueda conciliar la vida familiar y laboral y, en definitiva, que quede debidamente atendido el hijo menor de ocho años, sin que expresamente se haya establecido por el legislador en principio ningún límite en el ejercicio de esta facultad, si bien la posibilidad de que se oponga el empresario a la solicitud del trabajador sí que ha sido provista por el legislador.

Efectivamente, en el art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores se indica que la concreción de horario y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 del artículo, "corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria", y en el apartado segundo del art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores se añade que "las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, serán resueltas por la Jurisdicción Social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social". En cualquier caso, la facultad o derecho del trabajador, lógicamente, debe ejercitarse siempre conforme a las exigencias derivadas del principio de buena fe que rige las relaciones jurídicas contractuales ( art. 7 del CC ), y especialmente la relación jurídica-laboral ( art. 5 a ) y 20. 2 del Estatuto de los Trabajadores ), de manera que puede concluirse que su ejercicio será abusivo o contrario a tales exigencias derivadas del principio de buena fe y, por lo tanto, no podrá ampararse judicialmente, cuando suponga, dadas las circunstancias que concurran en cada caso, un grave perjuicio para la subsistencia de la empresa o afecte gravemente a la producción, o exista la posibilidad de satisfacer el derecho del trabajador en otro horario compatible con el proceso productivo de la empresa.

En este sentido, la doctrina judicial ya tiene declarado que, si bien es verdad que la armonización del derecho a una reducción de la jornada de trabajo que el art. 37 otorga a los trabajadores no resulta en ocasiones de fácil acomodación con las facultades organizativas que al empresario conceden los arts. 20 y 41 del mismo cuerpo legal, es lo cierto que la persona que tenga a su cargo la guarda legal del menor o incapacitado, a la que el ordenamiento otorga el derecho a solicitar la reducción de la jornada, es la capacitada para determinar cuál es el momento más adecuado para cumplir las obligaciones derivadas de aquella guarda, y que le llevan a tener que prescindir, incluso, de parte de su salario en función de necesidades variables en cada caso y que por pertenecer a la intimidad de la persona y de la familia y en relación con circunstancias personales ligadas a las del guardado, excluye la posibilidad de que sea el empresario quien, desconociéndolas, elija o pueda elegir la determinación de tal derecho de reducción, conforme a la interpretación que, a tenor de lo prevenido por el art. 3 del CC, debe darse al apartado nº 5 del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores, ya que sí, indiscutiblemente, en el caso de no existir conexión entre los intereses de la empresa y el trabajador es a éste a quien debe corresponder la elección del horario laboral que le permita la atención y custodia del menor a su cuidado, porque él es el titular del derecho a la reducción de jornada que el precepto otorga, nada permite que tal facultad se desplace al empresario por el solo hecho de que surja colisión o se suscite enfrentamiento entre los intereses de unos y otros, de tal modo que si bien no se puede ignorar que el ejercicio de tal derecho por el trabajador, en cuanto que lo es y forma parte de la empresa demandada, puede colisionar con los derechos del empleador y principalmente con los que sobre la ordenación del trabajo le confiere el Estatuto de los Trabajadores, tal colisión debe solventarse en el sentido de que, en principio, la elección del horario corresponde al trabajador, sin que entre en juego la facultad empresarial de dirección y organización, aunque indudablemente el ejercicio de aquel derecho del trabajador debe estar regido por los principios de buena fe, sin hacer ilusorio, arbitrario, incómodo o imposible el del empresario a organizar su trabajo ( sentencia del TSJ de Cataluña de 20 de octubre de 1994 ).

En el mismo sentido, sobre la facultad del trabajador para elegir el horario en el que desarrollará la jornada reducida, siempre con sometimiento a la finalidad que inspira la reducción de la jornada por cuidado de hijos y a su ejercicio con arreglo a las exigencias o reglas de la buena fe, cabe citar también las sentencias del TSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 1993 y 5 de diciembre de 1995, las TSJ de Aragón de 17 de abril de 1999 o también la de Cataluña de 6 de septiembre de 1999.

Resulta también pertinente recordar que el Tribunal Supremo, por todas las sentencias de 6 de abril de 2004 (RJ2004, 5909), ha venido insistiendo que el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores forma parte del desarrollo del mandato Constitucional ( art. 39 de la Constitución Española ) que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad ésta que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Idéntica línea interpretativa se observa en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2002 (RJ2003, 1956) cuando afirma que los supuestos de jornada reducida por guarda legal no sólo tienden a proteger el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para cumplir mejor con los deberes inherentes a la patria potestad que reconoce el art. 154 del Código Civil (velar por ellos, tenerlos a su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral), sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible.

Y en la solución de los conflictos que puedan surgir no debe dejarse al margen la dimensión constitucional del problema jurídico. Por ello es necesario recordar que, como señaló el Tribunal Constitucional en las sentencias de 10 de abril de 2000 (RTC2000, 95 ) y 5 de mayo de 1982 (RTC1982, 19), a tenor del art. 53.3 de la Constitución Española no pueden conceptuarse a los principios rectores de la política social y económica "entre los que se encuentran los establecidos en el art. 39.1 y 2 de la Constitución , necesidad de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y mandato a los poderes públicos de protección integral de los hijos, y a los propios padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos", como normas vacías de contenido, siendo obligación de los órganos judiciales la de tenerlos presentes en la interpretación de las restantes normas constitucionales y de las leyes, de manera que, en suma, lo que se nos dice es que las resoluciones de dichos órganos habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, obligación ésta que, obviamente, es predicable respecto de los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución Española, y en concreto en lo atinente al rechazo de cualquier discriminación por razón de sexo.

El propio Tribunal Constitucional ha llamado la atención sobre la necesidad de tener en cuenta la dimensión constitucional de la reducción de jornada 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 de la Constitución Española ) de las mujeres trabajadoras como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia ( art. 39 de la Constitución Española ), lo que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa ( sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero ).

En el caso analizado por el Tribunal Constitucional el órgano judicial había denegado la reducción de jornada solicitada por la trabajadora en base a consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que realiza de la expresión "dentro de su jornada ordinaria" utilizada por el apartado 6 del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores al referirse a la decisión de la trabajadora respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada. A juicio del órgano judicial, 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 desarrollará de lunes a sábados y en turnos rotativos de mañana y tarde.

Según el Tribunal Constitucional esta fundamentaron del la resolución judicial prescinde 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 de 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, El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de la jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del art. 14 de la Constitución Española de la cuestión que se le planteaba, de suerte que el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse a las sentencia recurrida en amparo "no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado" ( sentencias del Tribunal Constitucional 191/1998, de 29 de septiembre , y 92/2005, de 18 de abril ).

La sentencia del Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado porque el órgano judicial de instancia no realizó la valoración de las circunstancias concretas, ni analizó en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuales fueron las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, convirtiéndose, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar.

La doctrina expuesta se completó con la contenida en el auto del Tribunal Constitucional nº 1/2009, de 12 de enero , dictado en trámite de ejecución de la sentencia antes citada, en el que se indica que la ponderación de las circunstancias concurrentes no puede ser meramente aparente o formal, sino que debe realizarse una valoración razonable de los elementos de convicción obrantes en el proceso, en orden a determinar la relevancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora pudiera tener la concreta solicitud planteada, a partir de una interpretación de la institución orientada con base en su dimensión constitucional.

Concretamente señala que, en relación con la distribución de la carga probatoria, 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. Añade que parece un hecho evidente, no necesitado de una especial acreditación, que una jornada de trabajo distribuida de lunes a sábados en turnos rotativos de mañana y tarde es una jornada que plantea especiales dificultades a quien, por razones de guarda legal, tiene a su cuidado directo un menor. Asimismo indica que deben analizarse las eventuales dificultades para

acceder a la reducción de jornada solicitada por parte de la empresa y en especial la magnitud de dichas dificultades y la facilidad o dificultad de su superación, a fin de poder ponderarlas junto a las que ocasiona la trabajadora la solución contraria.

De nuevo el Tribunal Constitucional otorgó amparo a un trabajador que había solicitado la adscripción a un turno fijo de noche, y que vio que en la vía judicial se denegaba su pretensión porque en la normativa aplicable no se reconocía un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno de trabajo por motivos familiares, y no existe tampoco un turno fijo de noche, sino que todos los trabajadores de su categoría que voluntariamente, como el demandante, habían elegido el régimen de turnos rotativos de mañana, tarde y noche, van turnando en los correspondientes horarios. Pues bien, el Tribunal Constitucional vuelve a otorgar el amparo porque considera que la fundamentación de las resoluciones judiciales impugnadas prescindían de toda ponderación de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación del trabajador pudiera tener su pretensión de desempeñar su jornada laboral en el horario nocturno por motivos familiares y, en su caso, las dificultades que esta pretensión del trabajador pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. Insiste el Tribunal Supremo que no puede resolverse el conflicto sin valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el artículo 39.3 CE, que tiene el asunto que se plantea. Aclara el Tribunal Constitucional que la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la, perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales ( art. 14 de la CE ) como desde la perspectiva del mandato de protección de la familia y de la infancia ( art. 39 de la CE ), debe prevalecer y servir de orientación para la resolución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecta a la conciliación profesional y familiar. Y por ello en el caso deberían valorarse las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la propia organización del régimen de trabajo (...) en que el trabajador prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituyendo un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. Así, en relación a las circunstancias familiares señala que debía tenerse en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Y era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turno fijo (diurno) y rotatorio de la residencia permitía alteraciones como la interesada por el recurrente sin poner en funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones ( sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011 de 14 de marzo ).

### **Tercero.**

Entrando a resolver el fondo de la cuestión litigiosa, y aplicando la doctrina que se deja expuesta, no cabe sino estimar la pretensión que a ejercitado la parte demandante, en los términos de concreción horaria alternativa postulada, en cuanto que la concreción horaria del derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijo menor de 8 años que postuló no supone en el caso concreto que se enjuicia el ejercicio de la facultad, que corresponde a la trabajadora demandante, que pueda considerarse ni abusivo ni contrario a la exigencias de la buena fe, ni cabe calificar el horario que ha elegido la demandante como arbitrario, inusual o menos acomodado al fin que justifica la realización de la jornada, que no es otro que el cuidado personal de los dos hijos menores, finalidad que queda plenamente satisfecha con el horario pretendido por la demandante, atendiendo a las especiales circunstancias familiares que concurren en este caso y la propia actividad laboral, horarios y turnos que realiza el demandante.

Desde la dimensión constitucional del problema planteado ha querido atenderse, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, no cabe sino considerar que dados los derechos constitucionales en juego en toda decisión sobre la conciliación de la vida familiar y profesional, en el caso enjuiciado, habiéndose acreditado los horarios en que los dos menores deben acudir a un escuela infantil y al colegio -8,50 a 13 horas y 15,30 a 17,20 horas, en el caso del centro de educación primaria, y horario de 8,30 a 15,30 horas en el caso de la escuela infantil-, y la valoración de que el marido de la actora realiza turnos rotatorios de mañana, tarde y noche, en horarios también coincidentes, tal y como consta en la certificación de la empresa, la solicitud de la demandante es la que le permite conciliar la vida familiar y profesional y atender a la protección integral de los menores a que tiene derecho en los términos señalados.

En este sentido debe tenerse en cuenta que la demandante venía realizando un horario de 8,30 horas a 14,30 horas, absolutamente incompatible con la posibilidad de llevar a sus dos hijos menores a la escuela infantil y al colegio, teniendo en cuenta además la distancia entre su domicilio, sito en la PLAZA000, y la sede del colegio en la calle Media Luna de Pamplona, y de la escuela infantil en el barrio de la Rochapea. A su vez su marido, salvo cuando realiza el turno de noche, no puede tampoco llevar y recoger a los dos hijos menores de edad.

También es valorable que la propia parte demandante ha postulado un horario alternativo que precisamente implique que también el marido asume sus obligaciones en orden a la protección de los menores, y

por ello solicita el horario de dos semanas de 9,15 a 14,55 horas y una tercera semana de 7,45 a 13,25 horas, y así sucesivamente, para ajustarse a los cuadrantes de actividad de su marido.

Y frente a esta situación que concurre en el caso enjuiciado, y a la propia dimensión constitucional del problema, resulta que la empresa demandada no ha aportado ningún elemento probatorio que acredite la más mínima dificultad organizativa que pueda colisionar con la concreción horaria que solicita la parte demandante, por lo que en estos términos en realidad su oposición no cabe sino considerarla contraria incluso a las exigencias de la buena fe que rigen en el ámbito de las relaciones jurídicas y, en particular, de la relación laboral.

Ya se ha indicado que la prueba que aporta la empresa, sin la debida ratificación de forma contradictoria en el acto del juicio, no permite apreciar la concurrencia de ninguna dificultad organizativa, y mucho menos da por acreditado que el horario de la demandante supondría para la empresa que en diferentes días de los años 2012 y 2013 las cajas de atención al público estarían desatendidas. Este extremo no ha sido objeto de prueba, y tampoco justifica la empresa las razones por las que el personal que actualmente realiza las tareas de atención a las cajas en el horario de 8 a 8,30 horas, procedente del departamento de atención a clientes, no puede seguir realizando esa misma actividad hasta las 9,15 horas en que solicita iniciar su jornada la demandante. Ninguna dificultad en relación a esta opción se nos ha alegado ni acreditado por la empresa, y tampoco se acredita las razones por las que no puede cubrirse con una de las trabajadoras del turno rotatorio de mañana y tarde el periodo en el que ninguna de las dos trabajadoras fijas de mañana atienden las cajas de 8 a 9,15 horas.

Todos estos extremos evidentemente correspondían haberlos acreditado a la empresa ( art. 217 de la L.E.C .), y la ausencia de prueba sobre los mismos no puede sino determinar que la demandante tiene derecho a la concreción horaria que solicita.

Debe aclararse que ni siquiera puede considerarse la alegación que ha efectuado la empresa para justificar la negativa al horario que solicita la parte demandante, y que hace referencia a que en realidad la actora está pretendiendo utilizar el descanso de bocadillos al final de la jornada y que si se computase en otro momento ese descanso de bocadillo estarían solapándose turnos de mañana y tarde. En concreto manifiesta que el turno de mañana va de 7,30 horas a 14,30 horas, y el de tarde comienza a las 15 horas, y que la demandante, que tiene reducida la jornada a seis horas, dado que pretende comenzar la jornada a las 9,15 horas, y salir a las 14,55 horas, en realidad imputa al final de la jornada los 20 minutos de descanso de bocadillo porque debería salir a las 15,15 horas, es decir, en tiempo en que ya se ha iniciado el turno de tarde y por ello se produce la utilización indebida del turno de mañana y de tarde.

Pues bien, frente a esta alegación debe indicarse que, por una parte, desde el punto de vista de la dimensión constitucional del problema planteado, y como ha razonado el Tribunal Constitucional en las sentencias antes citadas, no resulta indiferente si existe o no el solapamiento de los turnos de mañana y tarde una vez que la empresa no ha aportado ningún elemento probatorio que acredite la existencia de un problema organizativo o la más mínima disfunción por lo que atender a su alegación supondría un sacrificio a los derechos de la demandante injustificado desde esa perspectiva constitucional reiteradamente citada.

Pero es que, además, y en todo caso, debe tenerse en cuenta que la jornada que realiza la demandante tras la reducción por cuidado de hijos es sólo de seis horas diarias y en este caso el art. 34.4 del Estatuto de los Trabajadores no reconoce el derecho al descanso, que se condiciona a jornadas diarias continuadas que excedan de seis horas. Si la jornada continua de la demandante es de seis horas y de conformidad con el precepto legal citado no tiene el derecho al descanso, y tampoco la empresa alega otro régimen convencional distinto, no puede entenderse que las seis horas de reducción de jornada debían haberse extendido hasta las 15,15 horas y que por ello se produzca el solapamiento de los turnos de mañana y tarde en los términos que había invocado la empresa demandada.

Debe insistirse, por lo tanto, en el hecho de que la empresa demandada no ha acreditado ninguna circunstancia que permita limitar el derecho de facultad que corresponde a la demandante en los términos indicados, y mucho menos en la existencia de algún trastorno importante de organización o planificación que permita oponerse al horario de que se trata, hecho cuya carga de la prueba incumbía a la empresa y que, ante esa ausencia de prueba, permiten calificar la conducta de la empresa como contraria a la buena fe al oponerse al horario que pretende la actora, circunstancias todas que, en definitiva determinan e imponen la estimación de la demanda.

#### **Cuarto.**

Contra la presente sentencia no cabe recurso de suplicación.

Vistos los Arts. 9 , 117 y siguientes de la Constitución Española , así como los Arts. 2 , 5 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y todos los que son de aplicación en estas actuaciones.

**FALLO**

Que estimando la demanda sobre concreción horaria de la jornada reducida por cuidado de hijo menor deducida por Dña. Encarna frente a Makro Autoservicio Mayorista SA. debo declarar y declaro el derecho de la demandante a disfrutar de su jornada reducida de 34 horas semanales en el horario de 9,15 horas a 14,55 horas durante dos semanas y en el horario de 7,45 a 13,25 horas en la tercera semana, y así sucesivamente, y debo condenar y condeno a la empresa demandada a estar y pasar por el anterior pronunciamiento y a reconocer a la demandante el horario en los términos señalados, con todas las consecuencias legales que sean inherentes a este pronunciamiento.

Notifíquese a las partes la presente sentencia con la advertencia de que contra la misma no cabe recurso alguno, salvo el recurso de suplicación por quebrantamiento de forma.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

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.