

### Resumen

*Desestima el TSJ el recurso de suplicación planteado por la trabajadora que demandó a la empresa por haberse negado a atender una petición de concreción horaria. Antes de entrar en el fondo, el tribunal aclara que conoce de este proceso, al considerar que no se trata de un recurso sobre concreción horaria sino que, lo que recoge la redacción del mismo es el derecho de la demandante a realizar un turno fijo de mañana, frente a los turnos de mañana, tarde y noche que tenía encomendados. Una vez sobre el fondo, el argumento del tribunal es que ni el ET ni la L.39/1999, recogen el derecho de los trabajadores a fijar el horario en que se debe desarrollar su actividad laboral cuando, por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor; sino a una reducción de la jornada de trabajo, negando que dicha ley diera derecho a la trabajadora a que su jornada se fijara conforme a las necesidades de cuidado de su hijo.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

LO 1/2004 de 28 diciembre 2004. Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género  
art.7.1

Ley 9/2003 de 2 abril 2003. Igualdad entre Mujeres y Hombres, C.A. Valenciana  
art.18

Ley 39/1999 de 5 noviembre 1999. Conciliación de vida familiar y laboral de personas trabajadoras  
art.138.bis

RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores  
art.37.5 , art.37.6

RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral  
art.138.bis

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.9.2 , art.39

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

RECURSO DE SUPPLICACIÓN

RESOLUCIONES RECURRIBLES

Sentencias irrecurribles por la materia

Concreción horaria y periodo por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares

TIEMPO DE TRABAJO

TURNOS DE TRABAJO

Modificación

MODALIDADES

Trabajo nocturno

Jornadas reducidas

Guarda legal de menores

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Empresa/Empresario; Desfavorable a: Trabajador

Procedimiento:Recurso de suplicación

#### Legislación

Aplica art.7.1 de LO 1/2004 de 28 diciembre 2004. Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Aplica art.18 de Ley 9/2003 de 2 abril 2003. Igualdad entre Mujeres y Hombres, C.A. Valenciana

Aplica art.138.bi de Ley 39/1999 de 5 noviembre 1999. Conciliación de vida familiar y laboral de personas trabajadoras

Aplica art.138.bi de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Aplica art.37.5, art.37.6 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Aplica art.9.2, art.39 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Cita dad.7.1 de LO 1/2004 de 28 diciembre 2004. Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género  
Cita Ley 39/1999 de 5 noviembre 1999. Conciliación de vida familiar y laboral de personas trabajadoras  
Cita art.189.1, art.191.b, art.191.c de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral  
Cita art.1.6, art.154.1 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre TIEMPO DE TRABAJO - MODALIDADES - Jornadas reducidas - Guarda legal de menores  
STS Sala 4ª de 5 noviembre 2003 (J2003/174509)

Cita en el mismo sentido sobre TIEMPO DE TRABAJO - MODALIDADES - Jornadas reducidas - Guarda legal de menores  
STS Sala 4ª de 11 diciembre 2001 (J2001/61506)

Cita en el mismo sentido sobre TIEMPO DE TRABAJO - MODALIDADES - Jornadas reducidas - Guarda legal de menores  
STS Sala 4ª de 20 julio 2000 (J2000/24418)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 24 julio 2000 (J2000/16939)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 20 diciembre 1999 (J1999/40222)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 25 marzo 1993 (J1993/2982)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 16 julio 1987 (J1987/128)

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida de fecha 18 de junio de 2.004 dice en su parte dispositiva: "FALLO: "Que desestimando las excepciones de inadecuación de procedimiento y de litisconsorcio pasivo y necesario y desestimando la demanda rectora de autos promovida por María Esther , frente a Prosegur Cia de Seguridad SA, debo absolver y absuelvo libremente a la parte demandada de cuantas pretensiones se deducen en su contra en la referida demanda".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO.- La actora María Esther mayor de edad con DNI núm. NUM000 , con domicilio en Alicante, viene prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa demandada Prosegur Cia de Seguridad SA con la categoría profesional de vigilante de seguridad salario de 855,96 euros/mes más las correspondientes pagas extras y antigüedad desde el 20-7-01, en virtud de un contrato de trabajo a tiempo completo y en el que se pactó que el trabajador acepta y admite, de forma libre y voluntaria, el realizar su prestación laboral en turnos rotativos y en horarios nocturnos y/o festivos, s así conviene a la empresa, para el mejor desarrollo de los servicios a prestar y de las necesidades existentes  
SEGUNDO.- La demandante venía prestando sus servicios en el almacén Benlliure, en el Polígono de Rabasa de Alicante, realizando turnos de mañana, tarde y noche. TERCERO.- Con fecha 10-2-03 la demandante solicitó excedencia de un año de duración para atender al cuidado de su hijo, nacido el 3-11-02, excedencia que fue concedida y disfrutada desde el 23-2-03 hasta el 22- 2-04. CUARTO.- Con fecha 14 de enero de 2004 la actora envió una carta a la dirección de la empresa anunciando su reincorporación ante la proximidad del fin del periodo de excedencia, carta que le fue contestada mediante otra de fecha 17-2-04, donde se le comunicaba que " (...) por razones de coordinación operativa durante el periodo comprendido entre el 23 de febrero y el 29 del mismo mes, ambos inclusive disfrutará de vacaciones, debiéndose incorporar el próximo día 1-3-04 a las 06:00 horas en el servicio Almacén Benlliure en el Polígono de Rabasa, Alicante". QUINTO.- Asimismo, en fecha 27-1-04, envió nueva carta solicitando turno fijo de trabajo por las mañanas al tener a su cargo un hijo menor de 6 años amparándose en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre EDL 1999/63356 . SEXTO.- Dicha petición le fue denegada mediante carta del director de personal D. Casimiro de 24-2-04 alegando que en base a la norma por ella aludida: Ud. podrá solicitar una reducción de jornada en cuyo caso la concreción horaria y el periodo de disfrute le corresponde a usted (dentro de la jornada ordinaria); no siendo esto lo solicitado por usted Ahora bien la indicada norma no le ampara a elegir turno fijo de mañana, si su jornada ordinaria, como es el caso, lo es en régimen de turnos (mañana, tarde y noche), por lo que usted tras una reincorporación deberá volver a prestar servicios según su jornada ordinaria a turnos. SÉPTIMO.- Con fecha 17-3-04 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC que terminó intentado sin efecto".

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda formulada se interpone el presente recurso de suplicación en el que se interesa en un primer motivo articulado al amparo de lo dispuesto en el artículo 191 b) de la Ley de procedimiento laboral EDL 1995/13689 la modificación del hecho probado 1º de la sentencia, a fin de adicionar al mismo un dato consistente en que la actora ha matriculado a su hijo en un centro escolar para el curso que comienza el día 1/9/04, con un horario de 9 a 17 horas. Cita al efecto los documentos 36 a 38 de los autos, en los que consta la ficha de inscripción del menor en un centro de educación infantil y el horario referido. Así, desprendiéndose el contenido propuesto por el recurrente de los documentos invocados que determinan sin género de dudas la inscripción del menor e hijo de la actora en un centro escolar y con el horario que abarca desde las 9 a las 17 horas, siendo trascendente el contenido propuesto en cuanto que concreta el horario escolar con la elección de turno de trabajo de mañana, objeto de la pretensión ejercitada, debemos acceder a la adición en los términos propuestos, lo que determina la estimación del motivo de revisión instado.

SEGUNDO.- 1. En censura jurídica, en un primer apartado en el que se articula el recurso, la parte se centra en mostrar su disconformidad con el fundamento de derecho primero de la sentencia, sin cita concreta de precepto o norma sustantiva que considera infringida, situación que reproduce en el segundo apartado en relación al fundamento segundo de la resolución de instancia, señalando al efecto la nulidad de la sentencia del TSJ de Madrid acordada por sentencia posterior del Tribunal Supremo de 5/11/2003 EDJ 2003/174509 , sobre la que se fundamentaba la ahora recurrida, así como la referencia y cita de una sentencia de un Juzgado de lo Social de Madrid de 6/5/2004 que estimó una demanda idéntica a la actual que aparece transcrita en el escrito de recurso, así como de otra sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid que analizan lo dispuesto en el art. 37.5 del ET EDL 1995/13475 y la interpretación a dar, solicitando, en base a las resoluciones citadas, y de acuerdo a lo estipulado en la Directiva 1992/85 / CE, de 19 de octubre , así como en la Ley 9/1003, de 2 de abril, de la Generalidad Valenciana sobre la igualdad entre mujeres y hombres, en cuyo art. 18 se prevé la incentivación de las administraciones públicas a las empresas tendente a facilitar la flexibilidad de horarios en atención a las necesidades familiares del personal que se revoque la sentencia de instancia, a fin de que acogiendo la demanda se acuerde el reconocimiento al derecho a realizar jornada laboral en turno de trabajo por las mañanas por motivo de cuidado de hijo menor.

2. Si bien la cita de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social o Tribunales Superiores de Justicia, y sin desmerecer los criterios o pareceres que las mismas contienen, no constituyen base para la denuncia articulada por el cauce previsto en el apartado c) del art. 191 de la LPL EDL 1995/13689 al venir referida a la jurisprudencia en los términos que marca el art. 1.6º del Código Civil EDL 1889/1 , lo cierto es que del contenido del escrito de recurso se desprende con nitidez los motivos de denuncia que se reprochan a la resolución de instancia, de ahí que esta Sala entre a analizar las infracciones denunciadas. Así, en el supuesto actual y objeto de recurso consta que se presentó demanda en materia de reconocimiento de derecho a fin de que previa solicitud realizada a la empresa en fecha 27/1/2004 por parte de la trabajadora le fuera concedida a la misma un turno fijo de trabajo por las mañanas, sin reducción alguna de la jornada, al tener a su cargo un hijo menor de seis años, amparándose en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre EDL 1999/63356 . La entidad demandada Prosegur Compañía de Seguridad SA, en contestación a dicho escrito, comunicó a la demandante el derecho a solicitar una reducción de jornada, en cuyo caso la concreción horaria y el período de disfrute le correspondía fijarlo a la trabajadora, pero ello no implicaba la elección de un turno fijo de mañana al realizar su jornada ordinaria en régimen de turnos (mañana, tarde y noche), por lo que le indicaba que debía prestar servicios según su jornada ordinaria a turnos (ordinal sexto del relato fáctico).

3. La sentencia de instancia desestimó la demanda formulada concediéndose frente a la misma recurso de suplicación por entender que el proceso adecuado era el ordinario al solicitarse un cambio de turno rodado a uno fijo sin reducción de jornada. En efecto, el art. 138 bis de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre EDL 1999/63356 , dictada para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, dio nueva redacción al primer párrafo del apartado 1 del art. 189 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , excluyendo del recurso de suplicación a las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos relativos a la concreción horaria y determinación del período de disfrute en permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares. En el presente caso, no nos encontramos ante una controversia sobre la concreción horaria o la determinación del período de disfrute en supuestos de solicitud de reducción de jornada por guarda legal de un menor de seis años sino que lo que se discute es el derecho de la demandante a realizar un turno fijo de trabajo de mañana frente a los turnos de mañana, tarde y noche que tenía encomendados, y contra las sentencias que versan sobre el reconocimiento o denegación de dicho derecho sí que cabría recurso de suplicación, al no estar comprendidas las mismas de forma expresa en la exclusión introducida por la Ley 39/1999 , de ahí que tampoco resulte aplicable la inadmisibilidad del recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia al que hace expresa mención la sentencia del Tribunal Supremo de EDL 1999/63356 5/11/2003 EDJ 2003/174509 al abarcar la misma tan solo los supuestos en los que se hubiera tramitado un procedimiento conforme al art. 138 bis de la LPL EDL 1995/13689 , por lo que esta Sala estima la procedencia y admisión del recurso interpuesto, rechazándose la falta de competencia funcional, que podría ser apreciada de oficio por afectar al orden público procesal.

TERCERO.- 1. Entrando en el contenido de la censura jurídica, el art. 37.5 del ET EDL 1995/13475 que es el que en definitiva se alega como infringido por la resolución de instancia y su recta aplicación, determina que quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un disminuido físico o psíquico que no desempeñe otra 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 aquélla, añadiendo el apartado 6 del precepto que la concreción horaria en la determinación del periodo del disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, corresponderá al trabajador dentro de su jornada ordinaria.

2. La norma tiene por objeto asegurar el ejercicio adecuado de la patria potestad y preservar el interés del menor, teniendo su origen en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre , de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras EDL 1999/63356 , normativa que tiende, en la medida de lo posible como recoge en su exposición de motivos, a configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre hombres y mujeres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la vida privada y que viene a completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, cuales son las Directivas del Consejo 1992/85/ CE, de 19 de octubre y la Directiva 1996/34 / CE, de 3 de junio , y que marcan un criterio sumamente amplio y flexible para que resulte adaptable las obligaciones profesionales y familiares, sin que esté de más señalar algunas de las consideraciones que contiene la aludida Directiva 1996/34 /CE cuando señala que hay que arbitrar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares, considerando que la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales de los Trabajadores, en su punto 16 relativo a la igualdad de trato para hombres y mujeres, prevé el establecimiento de medidas que permitan a éstos compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares, señalando a su vez, que la Resolución del Consejo, de 6 de diciembre de 1994, reconoce que una verdadera política de igualdad de oportunidades presupone una estrategia global e integrada que permita organizar mejor los horarios de trabajo, una mayor flexibilidad, así como una vuelta más fácil a la vida profesional, precisando que las medidas para conciliar la vida profesional y familiar deben fomentar la introducción de nuevos modos flexibles de organización

del trabajo y del tiempo, más adaptados a las necesidades cambiantes de la sociedad y que deben tener en cuenta a la vez las necesidades de las empresas y de los trabajadores, señalando que la política familiar debe contemplarse en el contexto de los cambios demográficos, los efectos del envejecimiento de la población, el acercamiento entre generaciones y la promoción de la participación de las mujeres, en la vida activa.

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 20/7/2000 EDJ 2000/24418 ya concretó que cuando la empresa no evidencie razones suficientemente justificadas para no acceder a la elección de la específica jornada adoptada o solicitada por el trabajador, será ésta la que prospere, en tanto que cuando esas razones queden demostradas y el trabajador no aduzca otras motivaciones de mayor significado o relevancia puede prosperar el horario propuesto por la empresa, todo ello siempre dentro de los parámetros de la buena fe en la actuación tanto empresarial como del trabajador. En iguales términos se pronunció la sentencia del mismo Tribunal de 11/12/2001 EDJ 2001/61506 cuando señaló que en los supuestos de jornada reducida por guarda legal, se tiende a proteger no sólo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 del Código Civil EDL 1889/1 , sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible. De ahí que matice que en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 , ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución EDL 1978/3879 ) 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.

4. No debemos olvidar que tanto la sentencia del Tribunal Constitucional 240/99, de 20 de diciembre EDJ 1999/40222 , como la posterior 203/2000 , de 24 de julio EDJ 2000/16939 , remarcaban que el cuidado de los padres a los hijos menores de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda (art. 39.3 de la CE EDL 1978/3879 ) , entra de lleno en lo establecido en el art. 39 y 9.2 de la Constitución EDL 1978/3879 , lo que obliga a los poderes públicos a garantizar el instituto de la familia, promoviendo la conciliación entre la vida familiar y laboral de los trabajadores, cuyo fundamento tiene pues contenido y dimensión constitucional. Siendo preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de las mujeres tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones) (STC 109/1993, de 25 de marzo EDJ 1993/2982 , F. 6 ) ; y que "existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él" (STC 128/1987, de 16 de julio EDJ 1987/128 , F. 10 ).

5. Centrándonos en el caso que contempla la sentencia recurrida, de cuyo relato histórico con la modificación instada se desprende que la demandante venía realizando turnos de trabajo de mañana, tarde y noche, ostentando la categoría profesional de vigilante de seguridad en la empresa Prosegur Compañía de Seguridad, SA, solicitando, a raíz del nacimiento de su hijo el día 3/11/2002, y tras el disfrute de un previo período de excedencia de un año, la concesión de un turno fijo de trabajo por las mañanas con el fin de hacer coincidir el mismo en el mayor tiempo posible con el horario escolar del menor, siendo rechazada dicha petición por la empresa demandada por inexistencia del derecho a elección de un turno fijo de trabajo. Como quiera que no se instó una reducción de la jornada ordinaria de trabajo sino una modificación del régimen de turnos que venía efectuándose, pasando a solicitarse por la ahora demandante la realización de uno fijo de mañana, excluyéndose de esta forma el de tarde y noche, esta Sala estima, que sin perjuicio de entender que sería aconsejable y deseable una mayor flexibilidad en el marco laboral que abarcara la posible elección de turno de trabajo acorde a la nueva situación personal de la trabajadora sin necesidad de instarse una previa y necesaria reducción de jornada, facilitándose de esta forma la máxima compatibilidad y acomodo entre la vida profesional y personal de la trabajadora derivada de la guarda de un menor de seis años, combinando ambos aspectos y eliminándose al respecto las barreras existentes, dando entrada a supuestos como el presente, en los que no se instó una reducción de jornada sino el mantenimiento de la misma pero con distinto tramo de ejecución, pasando de realizarse turnos rodados a uno fijo, lo bien cierto es que la acción aquí ejercitada no tiene encaje en el marco de la regulación vigente a tenor de lo dispuesto en el art. 37.5 del CT , cuya norma se halla prevista para los casos de reducciones de jornada de trabajo con disminución proporcional del salario, mientras que lo solicitado en autos no implica opción alguna de reducir la jornada ordinaria pactada sino una alteración de la realizada y convenida entre partes y para lo cual no existe previsión legal, a diferencia por ejemplo de lo que sucede con el nuevo apartado séptimo introducido en el referido art. 37 en virtud de la disposición adicional 7.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre EDL 2004/184152 , Integral de Violencia de Género , que sí prevé por parte de la trabajadora víctima de dicha violencia de género, el derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, no solo a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario, sino también a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

Consecuencia de todo ello será la desestimación del recurso interpuesto, confirmándose la resolución de instancia.

## FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D<sup>a</sup> María Esther contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. 3 de Alicante de fecha 18 de junio de 2.004 en virtud de demanda formulada frente a Prosegur Cía de Seguridad SA, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

La presente Sentencia, que se notificara a las partes y al Ministerio Fiscal, no es firme; póngase certificación literal de la misma en el rollo que se archivará en este Tribunal y también en los autos, que se devolverán al Juzgado de procedencia tan pronto adquiera firmeza para su ejecución.

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

Publicación.- La anterior Sentencia ha sido leída en audiencia pública por el/a Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Ponente que en ella consta en el día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 46250340012005104241