



Roj: **STSJ GAL 6686/2020 - ECLI:ES:TSJGAL:2020:6686**

Id Cendoj: **15030340012020104625**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **06/11/2020**

Nº de Recurso: **2046/2020**

Nº de Resolución: **4497/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TSJ SALA DO SOCIAL A CORUÑA**

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**Fax:** 881-881133/981184853

**Correo electrónico:**

**NIG:** 32054 44 4 2019 0003371

Equipo/usuario: IG

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0002046 /2020-IG**

Procedimiento origen: PEF DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 0000860 /2019

**RECURRENTE/S D/ña** Guadalupe

**ABOGADO/A:** CARLOS RODRIGUEZ RIVAS

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** COLEGIO DIRECCION000 EN ORENSE DIRECCION000 PROVINCIA OURENSE

**ABOGADO/A:** EUGENIA MARIA ALONSO NUÑEZ

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

ILMA SRª Dª ROSA Mª RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

ILMO SR. D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

ILMA SRª Dª PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR

En A CORUÑA, a seis de noviembre de dos mil veinte.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

## EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002046/2020, formalizado por el Letrado D. Carlos Rodríguez Rivas, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Guadalupe, contra la sentencia número 97/2020 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de OURENSE en el procedimiento DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 0000860/2019, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Guadalupe frente al COLEGIO DIRECCION000 EN ORENSE DIRECCION000 PROVINCIA OURENSE, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D<sup>a</sup> PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D/D<sup>a</sup> Guadalupe presentó demanda contra el COLEGIO DIRECCION000 EN ORENSE DIRECCION000 PROVINCIA OURENSE, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 97/2020, de fecha diecisiete de febrero de dos mil veinte.

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: **PRIMERO.-** La actora D<sup>a</sup> Guadalupe, viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "COLEGIO PLURILINGUE DIRECCION000 OURENSE", sin solución de continuidad desde el 3-10-2011, con la categoría profesional de celadora/cuidadora de portería, mediante contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial de 30 horas semanales y percibiendo un salario mensual aprox. de 565 € incluido el prorrateo de las pagas extras. Dichos servicios los presta en la portería del centro de trabajo de la demandada sito en el n<sup>o</sup> NUM001 de la C/ DIRECCION001 de esta Ciudad, dedicado centro concertado de enseñanza infantil, primaria y secundaria obligatoria. **SEGUNDO.-** La empresa demandada se dedica a la actividad de enseñanza, siendo su horario de apertura de 7.30 a 20 horas de lunes a viernes e imparte los siguientes cursos y en los siguientes horarios lectivos: - 2<sup>o</sup> ciclo de Educación Infantil en horario de 9 a 13.50 horas. - Educación Primaria en horario de 9 a 14 horas. - Educación Secundaria Obligatoria en horario de 9 a 14 horas ( 17,40 horas los lunes ). **TERCERO.-** La actora desde el inicio de la relación laboral vino realizando su trabajo, en horario de tarde de Lunes a Viernes, inicialmente de 14 a 20 horas. La actora solicitó la reducción de jornada por motivos de **conciliación** de la vida laboral y familiar, la cual le fue concedida en el año 2016 y, viene realizando desde el 3-6-2019 su jornada laboral con el siguiente horario : de lunes a viernes, de 14 a 18 horas. En el turno de mañana presta sus servicios en la portería del centro otra trabajadora en horario de 7.30 a 14 horas de lunes a viernes. **CUARTO.-** La actora es madre de una niña Hortensia, nacida el NUM000 -2016. La menor se encuentra escolarizada en el Colegio Concertado Plurilingüe DIRECCION002 de Ourense, estando matriculada de 4<sup>o</sup> curso de Educación Infantil, siendo el horario lectivo de Lunes a Viernes de 9 a 14 horas. El padre de la menor D. Jose Pedro, trabaja como bombero en el Ayuntamiento de Ourense. **QUINTO.-** En fecha 1-10-2019 la actora solicitó la concreción horaria por razones de **conciliación** de la vida familiar y laboral, solicitando una jornada fija de mañana en horario de 7.30 a 13.30 horas. Dicha solicitud fue denegada por la demandada por escrito de fecha 23-10-2019. Dichos escritos figuran incorporados a autos teniendo aquí su íntegro contenido por reproducido.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. Guadalupe contra la empresa COLEGIO PLURILINGUE DIRECCION000 OURENSE debo declarar y declaro no haber lugar a la misma y, en consecuencia, absuelvo a la demandada de las pretensiones en su contra esgrimidas.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D<sup>a</sup> Guadalupe formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 30/06/2020.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 06/11/2020 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que desestimando la demandad interpuesta por la actora contra la demandada y declaro no haber lugar a la misma, y absolvió a la demandada de las pretensiones en su contra deducidas.

Se alza en suplicación la representación letrada de la parta actora, interponiendo recuso en base a dos motivos, correctamente amparados en los apartados b) y c) del artículo 193 de la LRJS, pretendiendo en el primero revisiones fácticas y denunciando en el segundo infracciones jurídicas.

Recurso que ha sido impugnado de contrario por la representación letrada de la demandada Colegio DIRECCION000 de Orense.

**SEGUNDO.-** La representación letrada de la parte actora en el primer motivo del recurso, correctamente amparado en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS pretende la revisión fáctica y en concreto pretende las siguientes revisiones:

1.- En primer lugar pretende la Modificación del HDP 2 y que se sustituya su texto por otro con el siguiente tenor: "la empresa demandada se dedica a la actividad de enseñanza, siendo su horario de apertura de 7,30 a 20 horas de lunes a viernes e imparte los siguientes cursos y en los siguientes horarios lectivos:

-2º ciclo de educación infantil en horario de 9 a 13,30 horas (compuesto de tres cursos).

-Educación primaria en horario de 9 a 14 horas (compuesto de seis cursos).

-Educación secundaria obligatoria en horario de 9 a 14,10 horas (de 16 a 17,40 horas los lunes -Compuesto de cuatro cursos.)

2.- En segundo lugar, interesa la Modificación/Adición al HDP 3 al final del mismo de un párrafo nuevo con el siguiente texto: " ... Desde que la actora solicito la reducción de su jornada esta trabajadora cubre las horas desde que la actora cesa su jornada hasta las 19,30 horas."

3.- En tercer lugar interesa la Modificación /adición al HDP 4 de una frase a continuación de escolarizada del siguiente tenor: " ...por primera vez desde su nacimiento y desde septiembre del año 2019..." y continua en el colegio plurilingüe.

4.- En cuarto lugar interesa la Modificación del HDP 5 a fin de que se adicione al mismo a continuación del segundo párrafo donde dice dicha solicitud fue denegada por el demandado por escrito de fecha 23-10-2019 ..de los dos siguientes párrafos: " ...por el siguiente motivo. Debido a las necesidades organizativas de la entidad que no permiten realizar un turno de trabajo únicamente hasta las 13,30, pues la figura del portero de mañana es esencial hasta las 14.00 horas, haciéndolo coincidir con la salida de los alumnos tan solo unos minutos antes pues, dada su permanencia durante toda la mañana en el centro se encuentra capacitado y legitimado para reportar, a la hora de entregar al alumno a su recogida, cualquier incidencia sobre el mismo acontecida a lo largo de dicha mañana .

En la actualidad la trabajadora que presta sus servicios de mañana comunica a la actora las incidencias acontecidas durante la mañana mediante un sistema de notas o recados escritos para que esta informe a los familiares del alumno en el momento de las entregas."

5.- En quinto lugar interesa la adición de un nuevo HDP que llevara el ordinal sexto con el siguiente tenor literal: "Durante el proceso de negociación preprocesal al que se refiere el artículo 34.8 del ET la actora había realizado una propuesta alternativa de reordenación de su tiempo de trabajo, proponiendo el establecimiento de un turno rotativo entre ambas trabajadoras de forma que ambas se alternasen semanalmente en el turno de mañana. Dicha propuesta fue rechazada por la empresa porque a la otra trabajadora (A Rebeca , que presta sus servicios en la portería del centro en turno de mañana) no le convenía esa solución."

Con carácter previo al estudio del indicado motivo, hemos de dejar sentados los requisitos que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo viene exigiendo para admitir con éxito la reforma fáctica, doctrina plasmada en sentencias de 11 de junio de 1993, 15 y 26 de julio y 26 de septiembre de 1995, 2 y 11 de noviembre de 1998, 2 de febrero de 2000, 24 de octubre de 2002 y 12 de mayo de 2003, que ha venido declarando que es preciso que para que prospere la revisión fáctica (aun razonando en clave de recurso de casación, más aplicable al recurso de suplicación): "1.º Que se citen documentos concretos de los que obren en autos que demuestren de manera directa y evidente la equivocación del juzgador, cuando tales pruebas no resulten contradichas por otros elementos probatorios unidos al proceso. 2.º En segundo lugar, que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error denunciado. 3.º Que la modificación propuesta incida sobre la solución del litigio, esto es, que sea capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida. 4.º Que se identifiquen de manera concreta los hechos probados cuya revisión se pretende, para modificarlos, suprimirlos o adicionarlos con extremos nuevos, y al mismo tiempo ha de



proponerse la redacción definitiva para los hechos modificados". Y también, en lo que respecta a la forma de efectuar la revisión fáctica, de la doctrina de suplicación al igual que la del Tribunal Supremo, sentada en relación a esta función jurisdiccional, puede desprenderse una serie de "reglas básicas", cuya finalidad es evitar que la discrecionalidad judicial se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia. Estas "reglas" las podemos compendiar del siguiente modo:

1.º) La revisión de hechos no faculta al tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho.

2.º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada ( SSTS 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, 6 de mayo de 1.985 y 5 de junio de 1.995).

3.º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba ( SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable ( SSTS 10 de marzo de 1980, 10 de octubre de 1991, 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994).

4.º) La revisión fáctica no puede sustentarse en medios de prueba que no sean la prueba documental pública o privada en el sentido ya expuesto, y la pericial [artículo 191.b) y 194 de la Ley de relieve el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de febrero y 6 de noviembre de 1990, en relación a la prueba testifical y la de confesión judicial, en la que se incluye el supuesto del artículo 94.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por lo que han de analizarse separadamente las modificaciones interesadas. Por lo que se refiere a la primera de las modificaciones interesadas, consistente en completar el HDP2 con la concreción del número de cursos que compone cada uno de los ciclos de la oferta educativa de la demandada y el horario de salida del ciclo correspondiente a educación secundaria obligatoria, la misma estima la sala que ha de prosperar al apoyarse en documental hábil al efecto y con trascendencia a efectos de resolver las cuestiones planteadas en el presente recurso. Por lo que se refiere a la Modificación/Adición del HDP 3, consistente en que se adicione al citado hecho que desde que la actora solicitó la reducción de jornada esta trabajadora cubre las horas desde que la actora cesa hasta las 19,30 horas, la misma ha de correr igual suerte estimatoria que la anterior al resultar la misma de la documental hábil en la que se sustenta. Por lo que respecta a la Modificación/adición del HDP 4 a fin de que se adicione al mismo que la menor, hija de la actora se encuentra escolarizada por primera vez desde su nacimiento y desde septiembre del año 2019, la misma ha de ser asimismo estimada al resultar de la documental que invoca. Por lo que se refiere a la Modificación del HDP 5 en el sentido de adicionar los motivos alegados por la empresa en la denegación de la solicitud de concreción horaria por razones de **conciliación** de vida familiar y laboral efectuada por la actora, la sala estima que ha de prosperar, en parte, pues si bien la adición respecto de los motivos de la denegación estima la sala que deben recogerse en el relato fáctico, a fin de una mayor concreción de los mismos, y resultar la adición propuesto del contenido de los documentos invocados, la última frase que pretende adicionar no puede prosperar al apoyarse en documental inhábil al efecto, a saber notas o recados escritos -Por último y por lo que se refiere a la adición de un nuevo HDP que llevaría el ordinal sexto, al objeto de hacer constar lo contenido en el proceso de negociación preprocesal, la misma estima la sala que no puede prosperar al apoyarse en testifical, la cual es manifiestamente inhábil a efectos revisorios.

**TERCERO.-** La representación letrada de la parte actora en el segundo de los motivos del recurso, correctamente amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción del artículo 34.8 del ET (así como de la jurisprudencia del TSJ de Galicia en la interpretación del mismo, y en la interpretación de los artículos 37.6 y 7 del ET que se venía haciendo por el citado tribunal en su redacción anterior a la entrada en vigor de la modificación operada por el Real decreto ley 6/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación), en relación con el artículo 14 de la Constitución; alegando en esencia que la actora acredita, mediante el certificado de centro de educación infantil y primaria DIRECCION002 de Ourense que el horario del centro es de 9 a 14 horas de lunes a viernes, por lo que acredita que la adaptación de jornada y concreción horaria que solicitaba en el turno de mañana tenía por objeto la **conciliación** de su vida familiar y laboral de manera que se fijase la prestación laboral de la actora mientras su hija asistiese a clase; y además y al tratarse de un derecho personalísimo de la trabajadora, nada tiene que acreditar en relación a si su marido tiene más fácil conciliar o no; y en lo que se refiere a la empresa, no existe ningún dato que permita afirmar que, la petición de horario realizada por la trabajadora suponga una imposibilidad, o que admitir el mismo sea notablemente gravoso, puesto que el horario de apertura del centro



educativo y por ende de su portería es de 7,30 horas a 20 horas de lunes a viernes, los trabajos de celador de portería del centro son desempeñadas por dos trabajadoras, la actora y D<sup>a</sup> Rebeca, D<sup>a</sup> Rebeca en horario de mañana de 7,30 a 14 horas de lunes a viernes, pues tiene contrato a tiempo parcial de 6 horas y media diarias, y la actora en turno fijo de tarde de 14 a 20 horas de lunes a viernes, que tiene un contrato laboral a tiempo parcial de 6 horas diarias, si bien actualmente y debido a la reducción de jornada presta sus servicios de 14 a 18 horas, siendo cubiertas las restantes horas hasta el cierre por la otra trabajadora, y solo los alumnos de educación infantil salen antes de las 14 horas, coincidiendo con la hora de salida de D<sup>a</sup> Rebeca, la hora de entrada de la actora, y la única causa organizativa alegada por la empresa consistió en afirmar que no permiten realizar un turno de trabajo únicamente hasta las 13,30, pues la figura del portero de mañana es esencial hasta las 14 horas, haciéndolo coincidir con la salida de los alumnos tan solo unos minutos antes, pues, dada su permanencia durante toda la mañana en el centro, se encuentra capacitado y legitimado para reportar, a la hora de entregar al alumno su recogida, cualquier incidencia sobre el mismo acontecida a lo largo de dicha mañana; y consta que los únicos alumnos que salen antes de las 14 horas son los alumnos de los tres cursos de infantil, el resto de los alumnos del centro salen a las 14 horas. Por todo ello solicita la estimación del recurso, la revocación de la sentencia de instancia, y se declare el derecho de la actora a la modificación del horario de su jornada diaria pasando a realizar el horario señalado en demanda: de lunes a viernes de 7,30 a 13,30 horas, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y modificar su jornada ordinaria de trabajo, sin perjuicio del derecho a solicitar posteriormente la reducción de dicha jornada, y subsidiariamente solicita en primer grado que se acuerde modificar el horario de su jornada ordinaria de trabajo fijándola entre las 8 y las 14 horas de lunes a viernes, con el objeto de asegurar que la figura del portero de mañana esté presente en el centro de trabajo hasta las 14 horas, y en segundo lugar que se acuerde establecer dos turnos rotatorios entre las dos trabajadoras que realizan la ocupación portera en el centro, alternándose semanalmente el turno en el que las trabajadoras prestaran sus servicios de la siguiente manera: una semana la actora de lunes a viernes entre las 7,30 y las 13,30 desempeñando la otra el turno entre las 13,30 y las 20 horas, y la semana siguiente, la otra trabajadora de lunes a viernes entre las 7,30 horas y las 14 horas, y desempeñando la actora su turno en horario de tarde entre las 14 horas y las 20 horas.

Pues bien la sala estima que para resolver las cuestiones planteadas han de tenerse en consideración las siguientes pautas:

1.-En primer lugar, la regulación legal aplicable al caso.

La misma se contiene en los preceptos citados por la parte recurrente y que para el caso que nos ocupa (concreción de jornada ya que nadie discute el derecho de la actora a seguir disfrutando de su derecho a la reducción de jornada de la que disfruta desde el año 2016), se concentra en:

Art 37.6 ET "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..." 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."

Art. 37.7 del ET La concreción horaria y la determinación de los permisos y reducciones de jornada, previstos en los apartados 4, 5 y 6, corresponderán a la persona trabajadora 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 de la persona trabajadora y las necesidades productivas y organizativas de las empresas.

Art. 34.8 del ET. Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la **conciliación** de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que



posibilite las necesidades de **conciliación** de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social

2.- En segundo lugar ha de tenerse en cuenta la forma en que debe ser interpretados dichos preceptos no solo desde el punto de vista de legalidad ordinaria, sino también desde el punto de vista de la legalidad constitucional.

En este punto no solo por la justificada invocación que realiza la recurrente del art. 14 de la CE -dada la amplísima mayoría de mujeres trabajadoras que solicitan su reducción de jornada para cuidado de sus hijos frente a los hombres trabajadores que ejercitan tal derecho- lo que nos lleva a la obligación de interpretar la normativa legal bajo los parámetros del art. 4 de la LOIEMH 3/2007 de 22 de marzo, sino también por la importantísima sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 cuya doctrina establece que las resoluciones judiciales, en esta materia, no pueden quedarse en el mero marco de la legalidad ordinaria y la interpretación literal de la norma, sino que ha de ponderar todas las circunstancias concurrentes en concreto la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del 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.

En concreto señala: El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la 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" ( SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; y 92/2005, de 18 de abril, FJ 5).

La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET 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 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia ( art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego.

Dado que esta valoración de las circunstancias concretas no se ha realizado, debemos concluir que no ha sido debidamente tutelado por el órgano judicial el derecho fundamental de la trabajadora.

La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, 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, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con nuestra doctrina."

El contenido de tan importante resolución, y las pautas interpretativas que en ella se fijan, permite concluir, sin ningún lugar a dudas - como antes indicamos- que cuando que los juzgados y tribunales ordinarios nos enfrentamos a un supuesto como el presente, no podemos situarnos exclusivamente en el ámbito de la legalidad ordinaria, sino que hemos de tratar de ponderar y valorar el derecho fundamental en juego, y que



la dimensión constitucional de todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo ( art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde el mandato de la protección a la familiar y a la infancia ( art. 39 CE), pautas que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Partiendo de estas premisas se puede concluir, en muy grandes líneas que:

a) No se puede establecer soluciones generales aplicables de forma indistinta a todos los casos, sino que ha de estarse necesariamente al caso concreto, ponderándose los distintos intereses en juego,

b) Que cuando se trata reducción de jornada, con concreción horaria dentro de la jornada ordinaria, sin que implique un cambio de turnos o de días de prestación de servicio, estamos ante un derecho personalísimo del trabajador correspondiéndole a éste fijar la concreción horaria.

c) Pero si se trata de una reducción de jornada, que implique una modificación, bien en el sistema de turnos o en el del número de días de prestación de servicios no le corresponde automáticamente a la trabajadora tal concreción, sino que han de ponderarse las circunstancias concurrentes, ya que de no hacerlo, y directamente negar la reducción de jornada propuesta por la trabajadora por no ser conforme a la legalidad ordinaria, sin entrar a ponderar y valorar los derechos en juego supone una vulneración al derecho a la no discriminación por razón de sexo.

Y así lo ha venido entendiendo esta Sala de Suplicación ya desde hace años, pudiendo citarse a tal efecto la STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2009 que nos recuerda que "no debemos de olvidar que, como norma general, es a los/as trabajadores/as a quienes se les atribuye la facultad de concreción horaria del derecho a la reducción de jornada - STS de 16.6.1995, RCU 3849/1994 -, salvo ausencia de buena fe y/o causa empresarial probada, lo que, como se deriva de una lectura amplia de actuaciones, no acaece en el caso de autos tanto porque la trabajadora demandante ha aportado prueba suficiente como para considerar su actuación de buena fe en relación con sus circunstancias familiares -conveniencia médica de regularidad de los horarios de la hija de la trabajadora, folio 9, y horario de la guardería, folio 10-, como porque la empresa demandada se ha limitado a negar el derecho de la trabajadora al no considerarlo comprendido en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, lo cual, aunque en modo alguno es acreditación de mala fe -como se afirma en el recurso de suplicación de la trabajadora-, sí delata que no ha probado una causa empresarial concreta que justifique razonablemente su negativa al horario pretendido por la trabajadora más allá de un genérico alegato de necesidad de organización del trabajo en turnos sucesivos -folio 25-.

Dicha solución es, asimismo, la más acorde con la dimensión constitucional del derecho a la reducción de la jornada por motivos familiares, una dimensión constitucional que ha sido puesta de manifiesto tanto por el Tribunal Supremo - STS de 20.7.2000, RCU 3799/1999-, como de modo más expreso por el propio Tribunal Constitucional - STC 3/2007, de 15 de enero."

O las más recientes como la STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2017, rec 3626/2017 con cita de otras muchas de esta Sala, que en consonancia con pronunciamientos de otros Tribunales Superiores, nos recuerdan que en casos como el presente (reducción de jornada con concreción horaria) "es al empresario al que le incumbe demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente organizativas, que le impiden su disfrute en los términos propuestos por la trabajadora; y tan solo cuando dichas razones se hayan probado, en caso de colisionar ambos derechos, será la trabajadora quien deba probar las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario". (STSJ de Andalucía de 3 de mayo de 2018, rec 979/2018). Pero a tal efecto no son suficientes razones organizativas de carácter genérico, sino que debe indicar, de forma concreta, la imposibilidad o la importante dificultad de aceptar el nuevo horario propuesto por la trabajadora. Y así a precitada sentencia de esta Sala del TSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2017, nos da pautas interpretativas cuando dice: "El relato fáctico no consigna las razones de tipo organizativo, técnicas o productivas (p.ej. turnos de mayor/menor actividad, existencia de turnos fijos o no de otras trabajadoras, modalidad o modalidades de horario laboral vigentes, adscripción de trabajadoras a uno u otro horario, existencia de trabajadora/s con o sin reducción de jornada, cambios en los medios o métodos de trabajo, aumento o disminución de clientela) en base a las que, únicamente, la empresa puede oponerse al ejercicio del derecho de **conciliación** de la demandante a la adaptación de jornada ( TSJ Galicia s. 27-6-2017 /r. 30-2017, TSJ Madrid s. 19-7-2017 / r. 1182- 2016), y que, por tanto, pudieran justificar su negativa a su reconocimiento que, por el contrario ahora resulta amparado por los artículos 14, 39 CE y 37 ET, en cuanto fija la prestación laboral de la actora esencialmente mientras su hijo asiste a clase y sin que tal **conciliación** pueda recaer en el otro progenitor de acuerdo con su circunstancialidad ya indicada. La demandada, en lugar de explicar de modo razonable su postura, se limitó a alegar un interés simple y particular (la dificultad de cubrir el turno de noche) que la trabajadora no aceptó, en cuanto, objetivamente y a simple vista, haría más gravosa su prestación laboral, pues se vería abocada a trabajar de forma única y permanente de 22 a 8 horas, con la consecuencia inevitable



de quedar su descendiente menor al cuidado de sus padres/abuelos maternos, también de modo uniforme y durante el tiempo indicado, particular éste que por sí mismo no resulta admisible dado el nivel constitucional de protección del derecho interesado y, por tanto, preferente en aplicación de la doctrina transcrita en el fundamento jurídico anterior. Entendemos que la negativa de la empresa tampoco puede ampararse en el incremento de turnos de las compañeras de la demandante con igual categoría, pues tal efecto es normalmente consustancial a la reducción de jornada debatida y, de apreciarse, la impediría de forma sistemática, sin perjuicio -como indicamos- de oportuna y justificada negativa empresarial, ahora inexistente.

3.- Aplicación de lo dicho hasta ahora al caso concreto.

La aplicación de todo lo dicho al caso concreto justifica la estimación de la demanda.

Por un lado la actora acredita mediante el certificado de centro de educación infantil y primaria Colegio concertado Plurilingüe DIRECCION002 de Orense que la hija de la actora esta matriculada de 4º curso de educación infantil, siendo el horario lectivo de lunes a viernes de 9 a 14 horas.

Por otro lado y respecto de la consideración contenida en la sentencia de instancia relativa a que no existe prueba alguna que acredite las circunstancias del padre de la menor, salvo la referencia a su profesión de bombero, que le impidan en todo momento cumplir con su obligación de cuidado y atención de la menor, ha de señalarse que el derecho ejercitado por la actora es de carácter individual, por lo que no tiene por qué acreditar la imposibilidad de acudir a otros mecanismos para conciliar la vida familiar y laboral, sin que tampoco tenga que probar que el marido u otra persona no pueda hacerse cargo de la menor; por tanto la actora no tiene que acreditar la concurrencia de ninguna circunstancia extraordinaria, distinta de la ya acreditada, y relativa al horario actual lectivo de su hija (de 9 a 14 horas) que acude al colegio, para que la concreción horaria en turno de mañana pueda serle reconocida.

Pues se trata de un derecho personalismo de la trabajadora, así lo establece el art. 37.6 del ET, cuando señala que, es un derecho individual del trabajador hombre o de la trabajadora mujer, solo estableciendo una regulación específica en el que caso de que ambos progenitores presten servicios en la misma empresa, lo que no ocurre en el caso de autos. Por ello nada tiene que acreditar en relación a si su marido tiene más fácil conciliar o no.

Por parte de la empresa, no existe ningún dato que permita afirmar que, la petición de horario realizada por la trabajadora suponga una imposibilidad, o que admitir el mismo sea notablemente gravoso, puesto que el horario de apertura del centro educativo y por ende de su portería es de 7,30 horas a 20 horas de lunes a viernes, los trabajos de celador de portería del centro son desempeñadas por dos trabajadoras, la actora y D<sup>a</sup> Rebeca , D<sup>a</sup> Rebeca en horario de mañana de 7:30 a 14 horas de lunes a viernes, pues tiene contrato a tiempo parcial de 6 horas y media diarias, y la actora en turno fijo de tarde de 14 a 20 horas de lunes a viernes, que tiene un contrato laboral a tiempo parcial de 6 horas diarias, si bien actualmente y debido a la reducción de jornada presta sus servicios de 14 a 18 horas, siendo cubiertas las restantes horas hasta el cierre por la otra trabajadora.

Por lo que se refiere a la empresa, es de señalar además que, según resulta del HDP 5 con la adición propuesta y admitida, la misma ha denegado la solicitud de concreción horaria realizada por la actora por el siguiente motivo: debido a las necesidades organizativa de la entidad que no permiten realizar un turno de trabajo únicamente hasta las 13,30 horas, pues la figura del portero de mañana es esencial hasta las 14,00 horas, haciéndolo coincidir con la salida de los alumnos tan solo unos minutos antes, pues dada su permanencia durante toda la mañana en el centro, se encuentra capacitado y legitimado para reportar, a la hora de entregar al alumno a su recogida, cualquier incidencia sobre el mismo acontecida a lo largo de dicha mañana.

Y dado que la actora solicita de forma subsidiaria que se acuerde modificar el horario de su jornada ordinaria de trabajo fijándolo entre las 8,00 horas y las 14,00 horas de lunes a viernes, la sala estima, que ante las razones alegadas por la empresa y con el objeto de asegurar que la figura del portero de mañana esté presente en el centro de trabajo hasta las 14,00 horas, procede estimar dicha petición subsidiaria.

Por todo lo dicho, y como ya hemos venido anunciando, el recurso prospera de tal forma que procede declarar el derecho de la actora a la modificación del horario de su jornada ordinaria de trabajo fijándolo entre las 8:00 horas y las 14:00 de lunes a viernes, condenando a la empresa demanda a estar y pasar por dicha declaración con las consecuencia que ello supone.

En consecuencia.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS**



Que estimando la petición subsidiaria del recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia de fecha diecisiete de febrero de dos mil veinte dictada por el juzgado de lo social nº 2 de los de Orense en los autos nº 860/2019 sobre Derecho de **conciliación** de la vida personal, familiar y laboral seguidos a instancias de la actora D<sup>a</sup> Guadalupe contra Colegio DIRECCION000 en Orense DIRECCION000, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia, y estimando la petición subsidiaria en primer grado formulada en el recurso debemos declarar y declaramos el derecho de la actora a la modificación del horario de su jornada ordinaria de trabajo fijándolo entre las 8:00 horas y las 14:00 de lunes a viernes, condenando a la empresa demanda a estar y pasar por dicha declaración con las consecuencia que ello supone.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++**).

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