



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
 SALA DE LO SOCIAL. SECCIÓN QUINTA.
 C/. Paseo General Martínez Campos nº 27
 28010 Madrid

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

En el recurso número 4744/08-5ª-LO que se tramita ante esta Sala y en el que es recurrente Y
 recurridos dimanante de las
 actuaciones seguidas con el número 197/08 ante el Juzgado de lo Social número 24 de MADRID se ha dictado la sentencia cuya copia se adjunta.

Y para que sirva de notificación a Vd. expido y firmo la presente cédula en Madrid, a 17-2-09

El Secretario,



MINISTERIO FISCAL



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por D^a _____ contra _____ en reclamación de derechos, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha 8 de julio de 2008, en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

SEGUNDO: En dicha sentencia, y como **HECHOS PROBADOS**, se declaraban los siguientes:

PRIMERO.-La demandante, cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, viene prestando servicios para la empresa demandada con la categoría profesional de auxiliar de colectividades desde el 15 de junio de 2007. Su trabajo se desarrolla en el centro que tiene la empresa en la sede de la empresa _____ de Madrid. La jornada laboral de la actora es reducida, de 12,15 a 17,00 horas de lunes a viernes (4 horas y 45 minutos diarios).

El Convenio Colectivo de aplicación es el de Hostelería y Actividades Turísticas (Restauración) de la Comunidad de Madrid para los años 2007 a 2010 del que figura copia en autos por lo que se tiene por reproducido.

SEGUNDO.-La demandante, con motivo del nacimiento de su hijo, ocurrido el 30 de mayo de 2006, solicitó y obtuvo de la empresa una reducción de jornada laboral en una hora diaria y, desde el 5 de noviembre de 2007 pasó a trabajar de 12,45 a 16 horas (3 horas y 45 minutos).

El día 13 de noviembre siguiente la actora solicitó volver a realizar la jornada ordinaria de 4 horas y 45 minutos diarios en

horario de 10:45 a 11:45 y de 12:15 a 16:00 de lunes a viernes. El día 8 de enero de 2008 la actora reiteró la solicitud.

TERCERO.-El hijo de la actora acude a una guardería infantil entre las 9 y las 17 horas de lunes a viernes.

CUARTO.-El horario de trabajo habitual de los trabajadores a media jornada es el que hacía la demandante antes de la reducción de su jornada. Los trabajadores a jornada completa trabajan de 8,30 a 17,15 horas; los de cocina entran y salen un poco antes.

En el centro donde trabaja la actora, que es la sede de la empresa se presta por la empresa demandada un servicio de cafetería de 8 a 11 horas y después un servicio de comedor de 12,30 a 17 horas.

Cuando existen eventos o necesidades espaciales, cosa que sucede con cierta asiduidad, la empresa suele acudir a la realización de horas extras por parte de los trabajadores a media jornada; normalmente se les encarga la jornada completa; no se suelen hacer horas extras sueltas.

QUINTO.-La demandante presentó papeleta de conciliación el día 7 de febrero de 2008 y el acto se celebró el siguiente día 20 con el resultado de "sin avenencia".

TERCERO: En esta sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda interpuesta por D^a [Nombre] contra la Empresa [Nombre], debo absolver y absuelvo a la empresa demandada de las peticiones frente a ella dirigidas en la demanda".

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D^a [Nombre], siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La dirección letrada de la parte actora interpone un solo motivo de suplicación frente a la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda sobre elección de horario de trabajo, citando al efecto la infracción del art. 37 del Convenio Colectivo de Restauración para la Comunidad de Madrid para los años 2007-2010, en cuanto dispone que los trabajadores que tengan a su cuidado la educación de hijos menores de 3 años se beneficiarán de turno de trabajo adaptado al horario de guardería, previa justificación del mismo, adicionando que no precisa para su efectividad de una reducción de la jornada habitual.

Sobre la elección de horario de trabajo, sin reducción de jornada, para el cuidado de hijo se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de fechas 13 y 18.06.2009 (dictadas en Sala General), analizando las previsiones del art. 39 de la Constitución Española, en relación con la Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral, y de los artículos 20 y 37.6 del Estatuto de los Trabajadores. Así, con relación al art. 37, 5 y 6, el Alto Tribunal expresa que: *"Se trata de una norma positiva que contempla una modalidad específica de auxilio a trabajadores con necesidades familiares que atender. En concreto, el apartado 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores reconoce a quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla."*

En el apartado 6° se perfila ese derecho diciendo que "la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de la reducción de jornada prevista en el apartado 4° de este artículo corresponderá al trabajador."

La recurrente tan sólo invoca el apartado 6° pero el mismo no puede desvincularse del apartado 5° pues no se trata de dos derechos independientes sino de uno solo, la reducción de jornada en el apartado 5° y la extensión en la que puede ejercitarse, con arreglo al apartado 6°.

No cabe duda de que el derecho está concebido en cuanto a su modalización de manera favorable al interés del trabajador por cuanto es éste quien concreta el horario y el periodo de disfrute, pero siempre en el ámbito de la reducción de jornada, una importante alteración que también posee la contrapartida negativa cual es la reducción proporcional del salario.

No se contempla en el Estatuto de los Trabajadores otra posibilidad de variación del horario que la del artículo 41.1°.b) del Estatuto de los Trabajadores, como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa en las condiciones tasadas por el precepto, pudiendo dar lugar, en su caso, a la rescisión del contrato.

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

expectativa que no coincide exactamente con la pretensión configurada por la demandante.

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

Interpretando el conjunto normativo, ya se trate del vigente en la fecha de los acontecimientos origen de la reclamación como el posterior, de aplicación en la actualidad, no se advierte en el mismo conculcación por los poderes públicos del deber de aseguramiento de la protección social y jurídica de la familia, en los términos contemplados en el artículo 39 de la Constitución Española.

SEXTO.- La Sala conoce la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 de 15 de enero, dictada en un supuesto en el que el Juzgado deniega la reducción de jornada y cambio de horario solicitado, recurriendo en amparo directamente, lo que fue estimado devolviendo las actuaciones al Juzgado, para que valorando las circunstancias concretas allí concurrentes, analizando, en que medida la reducción de jornada resultaba necesaria para la atención del menor, ni cuales fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, planteándose la cuestión de si denegar a la

trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía ó no un obstáculo para la compatibilidad de su vida profesional y familiar, decidir si ello suponía no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del art. 14 C.E. de la cuestión planteada, y en tal sentido su denegación constituiría una discriminación por razón de sexo, de acuerdo con la doctrina constitucional en esta materia; pero éste no es el caso de autos, pues aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, como en la sentencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en el art. 37-5 y 6 del E.T, sino solo de una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el art. 37 del E.T en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir los Organos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando las artículos necesarios del E.T, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el art. 34 del E.T. en la reciente Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta Sala en definitiva, sin dudar de que la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares porque de lo contrario no hubiera solicitado el cambio de horario, considera que no puede dar lugar a lo que allí pedido sin violar el principio de legalidad a que debe someter su resolución por imposición expresa del art. 117 de la Constitución y por ello, aun conociendo la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en un supuesto muy semejante, aunque allí con base legal, ha de atenerse a los principios legales a los que está vinculada."

Sentado lo anterior, y acudiendo a la norma convencional concretamente invocada por el recurrente, que establece para los trabajadores que tengan a su cuidado la educación de hijos menores de 3 años el beneficio del turno de trabajo adaptado al

horario de guardería, previa justificación del mismo, se impone análoga conclusión, habida cuenta de que la trabajadora postula, no un cambio de turno de trabajo ni tampoco la reducción de su jornada ordinaria, sino la prestación de la jornada que tenía antes de la reducción con un horario diferente, el que indica adaptado al horario de guardería de su hijo. Es decir, el art. 37 del convenio de aplicación no ampara el cambio de horario que se postula, pues está previsto para los supuestos en los que existiendo diversos turnos de trabajo en la empresa, el trabajador pueda disfrutar de aquél que se adapte al horario de guardería, en las condiciones que indica el mismo precepto, a fin de poder conciliar la vida familiar y laboral. Así lo expresa la sentencia de instancia, que no incurre en las infracciones denunciadas y que adiciona en su argumentación las dificultades organizativas de la parte empresarial atendido que el horario instado coincide con el de menor carga de trabajo, al estar cerrada la cafetería del centro.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala en sentencia dictada en RS 4376 (de fecha 27.01.09), que expresa: "Concretamente, en el caso de autos, la empresa no acepta la alteración del sistema de libranzas al que por su relación laboral esta sometida la trabajadora, de no rotar los sábados y domingos y librar siempre esos días, dado que el personal de la demandada trabaja a turnos de lunes a domingo y descansa de forma rotativa.

La actora solicita trabajar de lunes a viernes, señalando que los sábados y los domingos están cerradas las guarderías y haría imposible la conciliación de la vida familiar.

Es correcta la fundamentación recogida en la instancia cuando dice: "El cuidado del hijo también debe llevarse a cabo por el padre del menor y no queda acreditado que éste no pueda hacerse cargo del mismo por trabajar los fines de semana.

La empresa tiene organizada el trabajo de lunes a domingo; si la actora no trabaja nunca los fines de semana, los demás empleados tendrán que trabajar más veces sábados y domingo y la empresa tendrá que alterar todo el sistema de organización del trabajo.

No estando acreditadas las concretas circunstancias que hagan imposible que al menor le cuide el padre los sábados y domingos que trabaje la madre, no es posible estimar la petición de realizar el trabajo de lunes a viernes.", sin que tal resolución produzca vulneración alguna del art. 14 de la CE, que impide la discriminación al promover la igualdad ante la Ley.

En cuanto a la cuestión discriminatoria planteada del artículo 14 de la Constitución Española, es criterio constitucional asentado que la mera alegación de una diferencia de trato que no se vincula por el actor a ninguna de las causas previstas en la Constitución y en Ley no puede servir como presunta prueba discriminatoria.

No se puede dar un trato igual a situaciones distintas. El principio de igualdad y el derecho a la igualdad que se deduce del art. 14 de la Constitución Española, no requiere una identidad de tratamiento, con independencia de las circunstancias que puedan concurrir en cada caso concreto. También afirma el Alto Tribunal que tal artículo lo que impide es el establecimiento de diferencias arbitrarias de trato entre situaciones equiparables y comparables, siendo posible, fuera de este límite de la exigencia de razonabilidad una amplísima libertad para el legislador y para los demás poderes públicos. Tratándose en el presente supuesto de situaciones distintas, no podemos hablar de una diferencia de trato en la igualdad".

Las consideraciones antedichas conllevan la confirmación de la sentencia impugnada y la correlativa desestimación del recurso

interpuesto, sin que proceda la condena en costas (art. 233 TRLPL); en su virtud,

F A L L A M O S

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dª _____ contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 24 de los de Madrid, de fecha 8 de julio de 2008 en virtud de demanda formulada por la recurrente contra _____ en reclamación de derechos, y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma solo cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral, advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados que el depósito de los 300,51 euros (50.000 pesetas) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella en su cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, Oficina 1006 de la calle Barquillo nº 49, 28004-Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c nº 287600000047442008 que esta Sección Quinta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1026 de la Calle Miguel Ángel nº 17, 28010-Madrid, pudiéndose sustituir dicha consignación en

metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

