

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Social**  
**SALA GENERAL**  
**SENTENCIA**

**Presidente Excmo. Sr. D.:** Gonzalo Moliner Tamborero

**Fecha Sentencia:** 18/06/2008

**Recurso Num.:** UNIFICACIÓN DOCTRINA 1625/2007

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimatoria

**Votación:** 11/06/2008

**Procedencia:** T.S.J.ANDALUCIA SALA SOCIAL

**Ponente Excmo. Sra. D<sup>a</sup>.:** María Milagros Calvo Ibarlucea

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. María Emilia Carretero Lopategui

**Reproducido por:** MRE

**SALA GENERAL. HORARIO DE TRABAJO, SIN REDUCCION DE JORNADA,  
PARA EL CUIDADO DE UN HIJO MINUSVÁLIDO. INTERPRETACION DEL ART.  
37-6 DEL E.T. SE DESESTIMA EL RECURSO**

**Recurso Num.:** /1625/2007

**Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>:** María Milagros Calvo Ibarlucea

**Votación:** 11/06/2008

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. María Emilia Carretero Lopategui

**SENTENCIA NUM.:**  
**TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL**  
**SALA GENERAL**

**Excmos. Sres.:**

D. Gonzalo Moliner Tamborero  
D. Aurelio Desdentado Bonete  
D. Antonio Martín Valverde  
D. Jesús Gullón Rodríguez  
D<sup>a</sup>. María Milagros Calvo Ibarlucea  
D. Luis Fernando de Castro Fernández  
D. Jesús Souto Prieto  
D. José Luis Gilolmo López  
D. Jordi Agustí Juliá  
D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga  
D. José Manuel López García de la Serrana  
D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

---

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio de dos mil ocho.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Graduado Social D. Francisco Gaspar Palomo, en nombre y representación de **D<sup>a</sup> C.G.N.**, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de fecha 22 de febrero de 2007, recaída en el recurso de suplicación nº 2836/06, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de

lo Social nº 12 de Málaga, dictada el 14 de julio de 2006, en los **autos de juicio nº 262/06, iniciados en virtud de demanda presentada por Dª C.G.N., contra EL CORTE INGLÉS, S.A., sobre REDUCCIÓN DE JORNADA LABORAL.**

Es Ponente la Excm. Sra. Dª. **MARÍA MILAGROS CALVO IBARLUCEA**, Magistrado de Sala

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 14 de julio de 2006, el Juzgado de lo Social nº 12 de Málaga, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: *"Que desestimando la demanda interpuesta por Dª C.G.N., absuelvo a "El Corte Inglés, S.A." de las pretensiones deducidas en su contra."*

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: **Primero.-** La actora, Dª C.G.N., presta servicios para la empresa demandada, "El Corte Inglés, S.A.", desde el 21 de mayo de 1979, con la categoría profesional de vendedora, y salario mensual de 1.043,59 euros con prorrata de pagas extraordinarias, siendo de aplicación el convenio de Grandes Almacenes. Las funciones que en concreto presta la demandante son las propias de su categoría, prestando sus servicios en el departamento de Cafetería. En su centro de trabajo, sito en Málaga, Avenida de Andalucía nº 4, hay entre 1.100 y 1.150 trabajadores, de los que aproximadamente 60 ó 70 tienen jornada reducida por cuidado de hijos menores; **Segundo.-** Dª C.G.N. es madre de Dª G.M.R.G., nacida en el año 1989, la que tiene reconocida un grado de discapacidad del 51% por Resolución de 19 de febrero de 2004, a causa de su epilepsia, retraso madurativo y trastorno de la afectividad. Dicha hija está matriculada en 3º E.S.O. en el IES Santa Bárbara de Málaga, habiendo sido su horario lectivo en el año 2006 de 8,30 a 4,45 horas, desde el 15 de septiembre de 2005 al 30 de junio de 2006. La actora está casada con D. R.R.F., quien presta sus servicios en la empresa "Churrería Artesana Malagueña, S.L." en horario de lunes a sábado de 10,00 a 13,30 y de 17,30 a 22 con descanso los domingos y otro día aleatorio semanal; **Tercero.-** Desde febrero de 1996, la actora trabaja a tiempo parcial (90%: de 1.802 horas, para tiempo completo, a 1.622 horas). En el año 1998 se produjo una segunda renovación del contrato, pasado a prestar servicios durante 144 días al año y a razón de 8 horas/día, esto es, un 64,07% de la jornada anual, con obligación de trabajar los sábados y vísperas de festivos si era requerida, y mayor concentración en los meses de enero, julio, agosto y diciembre; trabajando 12 días al mes con horario de 13,40 a 22,10 horas; **Cuarto.-** Mediante carta de fecha 3 de febrero de 2006, Dª C.G.N. comunicó a la empresa su intención de disfrutar de reducción de jornada para el cuidado de su hija, con efectos a partir del 1 de marzo de 2006, realizando la jornada de trabajo de lunes a viernes, y de 9,30 hasta las 14,30 horas. La empresa denegó tal solicitud en fecha 24/02/06;

**Quinto.-** El 31 de marzo de 2006 tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Organismo competente, siendo su resultado "intentado sin avenencia; **Sexto.-** Previa a la celebración del juicio, la empresa demandada propuso a la actora acceder a lo solicitado, si bien, provisionalmente, y para no conculcar derechos de otros trabajadores con jornada reducida por cuidado de hijos, en otro centro de trabajo del grupo, más cercano al domicilio de D<sup>a</sup> C.G.N., en el horario solicitado, durante el plazo de un año, transcurrido el cual seguiría en las condiciones requeridas por la trabajadora, en su actual centro de trabajo. La demandante ha rechazado la propuesta, formulada nuevamente por el letrado de la demandada en el acto de juicio."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación procesal de D<sup>a</sup> C.G.N. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, dictó sentencia en fecha 22 de febrero de 2007, en la que consta el siguiente fallo: *"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA C.G.N. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Doce de Málaga con fecha 14 de Julio de 2006 en autos 262-06 sobre CANTIDAD, seguidos a instancias de dicho recurrente contra EL CORTE INGLÉS S.A., y confirmamos dicha sentencia."*

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, la representación procesal de DOÑA C.G.N., interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de fecha 4 de julio de 2005, rec. suplicación núm. 297/05.

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 31 de enero de 2008, siendo suspendido dicho acto. Por providencia de fecha 15 de abril de 2008 se señaló para la votación y fallo el día 27 de mayo de 2008, y la Sala dada la trascendencia y complejidad del presente asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del presente recurso se hiciera en Sala General, suspendiendo el acto del día 27 de mayo y fijándose finalmente para el día 11 de junio de 2008.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La actora, madre de una hija con un grado de minusvalía del 51% reconocida en Resolución de 19 de febrero de 2004, ha trabajado desde febrero de 1996 a tiempo parcial (90% de 1802 horas, para tiempo completo, 1.622 horas). En el año 1998 se produjo una segunda novación de su contrato, pasando a prestar servicios durante 144 días al año y a razón de 8 horas/día, esto es, un 64,07% de la jornada anual, con obligación de trabajar los sábados y vísperas de festivos si era requerida, y mayor concentración en los meses de enero, julio, agosto y diciembre, trabajando 12 días al mes con horario de 13,40 a 22,10 horas. En fecha 3 de febrero de 2006 solicitó de la empresa pasar a realizar la jornada de trabajo de lunes a viernes de 9,30 hasta las 14,30 horas para el cuidado de su hija, con efectos de 1 del marzo de 2006, lo que le fue denegado en fecha 24 de febrero de 2006.

Formulada demanda ante el Juzgado de lo Social, el Juzgado de lo Social núm. 12 de Málaga, por sentencia de 14 de julio de 2006 desestima la pretensión actora, por entender que no concurren los requisitos previstos en el artículo 37, apartados 5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores. Previa a la celebración del juicio, la empresa propuso a la actora acceder a lo solicitado, si bien provisionalmente, y para no conculcar derechos de otros trabajadores con jornada reducida por cuidado de hijos, en otro centro de trabajo del grupo, más cercano al domicilio de la actora, en el horario solicitado durante el plazo de un año, transcurrido el cual, seguiría en las condiciones requeridas por la trabajadora en su actual centro de trabajo; propuesta que fue rechazada por la actora.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga ahora impugnada, de fecha 22 de febrero de 2007 desestima el recurso de suplicación por la demandante, confirmando la sentencia de instancia, razonando que, si bien la demandante se encuentra dentro del campo de aplicación del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores -al tener una hija con una minusvalía reconocida del 51%- y por lo tanto podría solicitar una reducción de su jornada para el cuidado de la misma; sin embargo entiende que ni este precepto ni el espíritu de la Ley 18/99 le amparan a cambiar su jornada de trabajo ni encaja en la previsión de dicha normativa la modificación sin la correspondiente reducción de jornada.

**SEGUNDO.-** Recurrída dicha sentencia en unificación de doctrina por la parte actora, se denuncia la infracción del artículo 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, y el artículo 7.1 del Código Civil; se invoca como contradictoria la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 4 de julio de 2005, que versa sobre una reclamación similar formulada por un trabajador fijo de actividad continuada a tiempo completo con jornada irregular en la empresa IBERIA, que presta servicios en el aeropuerto de Menorca. En virtud de la ordenación del tiempo de trabajo en dicho aeropuerto, y en atención al carácter de la prestación comprometida por el actor -con jornada irregular-, el trabajo lo presta en ocasiones

en jornada partida. Y su solicitud se centra en disfrutar de una jornada de mañana o tarde, pero no partida. La Sala, en este caso, acogiendo igualmente lo decidido en la instancia, entiende que debe prevalecer el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, y el interés del actor en el cuidado y atención de su hijo menor, máxime no existiendo perjuicio apreciable para la empresa en detrimento de sus facultades organizativas.

**TERCERO.-** Existe contradicción, pues en ambos casos se trataba de trabajadores, que sin pedir reducción de jornada, solicitan un horario de mañana o tarde, en vez del horario que venían prestando para atender al hijo menor o discapacitado en su caso, invocando la conciliación de la vida familiar y laboral y el artículo 37-5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores. El debate está por tanto, en determinar el alcance del derecho conferido en dicho precepto y si el mismo permite ó no una interpretación extensiva, de manera que se pueda cambiar el horario o el turno de trabajo, sin la correlativa reducción horaria. No son relevantes las alegaciones de la parte recurrida, para fundamentar la falta de contradicción.

**CUARTO.-** Previamente al examen de la cuestión de fondo debe plantearse la Sala, la procedencia del recurso de suplicación contra la sentencia de instancia dado que el punto 6º del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores dispone: "que las discrepancias surgidas entre la empresa y el trabajador sobre la sucesión horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de dicho precepto, serán resueltos por la Jurisdicción correspondiente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral", y este artículo establece que la sentencia que se dicta en la instancia será firme. En el caso de autos, sin embargo la tramitación dada por el Juez de lo Social a la demanda, por la vía procesal del procedimiento ordinario, era adecuado, pues como argumenta en el fundamento jurídico tercero de su sentencia, lo pedido en la demanda era la declaración del derecho a disfrutar de un horario por parte del trabajador en un supuesto no comprendido en el mismo y cuya decisión requiere una interpretación extensiva del alcance del artículo 37-6 del Estatuto de los Trabajadores en un supuesto de no reducción de jornada, que es el contemplado en este artículo.

**QUINTO.-** En cuanto al fondo, la actora denuncia en su recurso, la infracción del artículo 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 como del artículo 7.1 del Código Civil.

Comenzando el análisis de la denuncia de infracción por el artículo 37 apartados 5º y 6º del Estatuto de los Trabajadores por ser la norma que directamente aborda uno de los aspectos de la conciliación de la vida familiar y laboral a impulso de las modificaciones introducidas en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley

39/1999 de 5 de noviembre , ningún apoyo ofrece a la tesis de la demandante al no tratarse de un texto abierto sobre el que configurar diferentes posibilidades para la conciliación, a merced de la creatividad de las partes. 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 6º 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 4º de este artículo corresponderá al trabajador."

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

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 41.1º.b) del Estatuto de los Trabajadores, como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa en las condiciones tasadas por el precepto, pudiendo dar lugar, en su caso, a la rescisión del contrato.

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

Así, en la nueva redacción, al artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores se le añade un nuevo apartado del tenor literal siguiente: "El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que

llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla." Se advierte, por lo tanto que tampoco en la normativa posterior se delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración del derecho contemplado en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, precepto en que se regula la jornada de trabajo.

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 los artículos necesarios del E.T, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el art. 34 del 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.

**SÉPTIMO.-** Todo lo dicho conduce a la desestimación del recurso, sin costas.



Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Graduado Social D. Francisco Gaspar Palomo, en nombre y representación de **D<sup>a</sup> C.G.N.**, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de fecha 22 de febrero de 2007, recaída en el recurso de suplicación nº 2836/06, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 12 de Málaga, dictada el 14 de julio de 2006, en los **autos de juicio nº 262/06, iniciados en virtud de demanda presentada por D<sup>a</sup> C.G.N., contra EL CORTE INGLÉS, S.A., sobre REDUCCIÓN DE JORNADA LABORAL.** Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**VOTO PARTICULAR** que formulan los Magistrados Excm. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol y Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julià, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la sentencia de dicha Sala de 18 de junio de 2008, dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 1625/2007, en Sala General constituida al amparo del art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulamos voto particular a la sentencia dictada en el recurso 1625/2007, en el que expresamos, con total respeto, nuestra discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuvimos en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

**PRIMERA.-** Compartimos las conclusiones de la sentencia sobre el cumplimiento del requisito procesal de la contradicción y sobre la procedencia de recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, así como respecto de la adecuación del procedimiento ordinario seguido, por cuanto lo pedido en la demanda era la declaración del derecho a disfrutar de un horario por parte de la trabajadora en los términos que señala, si bien no solo porque la decisión requiera una interpretación extensiva del alcance del artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, sino también, por tratarse del complemento de una reducción de jornada anteriormente concedida.

**SEGUNDA.-** Nuestra discrepancia en el orden decisorio está en el análisis del fondo. La demandante, que trabaja a tiempo parcial, ha solicitado y le ha sido denegada por la empresa demandada, la modificación de su jornada de trabajo para el cuidado de su hija con una discapacidad del 51%, a causa de su epilepsia, retraso madurativo y trastorno de la afectividad, denuncia en su recurso, la infracción del artículo 39 CE 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 como del artículo 7.1 del CC.

En contestación a esta denuncia, la posición mayoritaria mantiene que los apartados 5 y 6 del artículo 37 de la norma estatutaria “ningún apoyo ofrece a su tesis, al no tratarse de un texto abierto sobre el que configurar diferentes posibilidades para la conciliación, a merced de la creatividad de las partes”. Se razona, que los citados apartados no regulan dos derechos independientes, sino uno sólo, la reducción de la jornada en el apartado 5 y la extensión en la que puede ejercitarse con arreglo al apartado 6. De ahí, que aún admitiendo que “la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares”, y conociendo la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 25 de enero –a la que nos referiremos más adelante- se desestime el recurso, por estimar que “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 artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, sería tanto como asumir los órganos Judiciales, funciones legislativas”.

Discrepamos de esta interpretación que efectúa la mayoría de la Sala. No cabe duda alguna de que en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que acontece en los países del “Common Law”, son las Cortes Generales, como representantes del Pueblo Español –artículo 66 de la Constitución- las que tienen reservada la facultad de crear Derecho, y en su consecuencia, como se dice bien, los Órganos judiciales no tienen la función de asumir funciones legislativas. Ahora bien, no es ello lo que estimamos pudo –y en nuestra opinión, debió- llevar a cabo la Sala frente a la pretensión de la demandante –ahora recurrente- y en interpretación de los preceptos que se invocan como infringidos.

En efecto, lo que propugnamos, es una interpretación y aplicación de la norma controvertida teniendo en cuenta la especial naturaleza y trascendencia del derecho reclamado y la realidad social a día de hoy, formulando un criterio, que no entrañaría la elaboración de una norma en sentido propio y pleno, pero sí podría contener un desarrollo singularmente autorizado y digno, con su reiteración de adquirir cierta trascendencia normativa, como se lee en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, y con él, el artículo 6.1 del mismo, que sin incluir a la Jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, le asigna la misión de complementar el ordenamiento jurídico. Como ya decía una ya antigua – pero sin duda actual-sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1933, “la jurisprudencia debe tener como propósito y finalidad directriz, no solo satisfacer la “necesidad de estabilidad y fijeza” de las relaciones sociales (que tanto o más que ella, es función propia de la ley), sino además y principalmente, asegurar la “plasticidad y movilidad” de la norma, para que el derecho sea, no cosa muerta y rígida, sino materia fluida y flexible, sujeta a renovación como la vida misma.”

**TERCERA.-** Es sin duda cierto, que existe un vacío o laguna legal en la redacción del apartado 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto que el derecho a la modificación de la jornada u horario de trabajo no aparece específicamente en el redactado del precepto que se refiere únicamente a una

reducción de la jornada de trabajo, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquella, por razones familiares. Adviértase ya de entrada, que mientras la reducción de la jornada laboral que autoriza el precepto supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no constituye una modificación sustancial la modalización o adaptación del horario de trabajo a las necesidades de cuidado del menor o minusválido.

Estimamos, que las pretensiones de la demandante tienen apoyo suficiente en el espíritu de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que dio lugar al precepto controvertido. En efecto, según la exposición de motivos de la Ley que hace referencia a los artículos 14 (igualdad ante la ley), 39 (protección social, económica y jurídica de la familia) y 9.2 (deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas) de nuestra Constitución, la norma tiene por objeto configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada, y en concreto y en cuanto al redactado que incorpora del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, asegurar el ejercicio adecuado de la patria potestad y el cuidado del menor o minusválido. La norma, por otra parte, viene a completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa comunitaria, superando –dice la exposición de motivos- los mínimos de protección previstos en las mismas. De la normativa comunitaria se citan expresamente las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/ce, del Consejo de 3 de junio, que establecen criterios amplios y flexibles para la armonización de las responsabilidades y familiares.

Conviene asimismo recordar, que esta Sala en su sentencia de 20 de julio de 2000 (rec. 3799/1999), ya señalaba que en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) 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; y en la posterior sentencia de 11 de diciembre de 2001 (rec. 1817/2001), con cita de la anterior, decíamos, que los supuestos de jornada reducida por guarda legal, “tienden a proteger no solo 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, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible.”

En conclusión con todo lo expuesto, entendemos, que existe una laguna legal que puede ser llenada por la jurisprudencia –tal como señalan las sentencias de esta Sala de 19 de abril de 2004 y 26 de abril de 2004- de forma que cabe entender que es posible la adaptación o modificación del horario de trabajo o jornada laboral, sin reducción de la misma, de quien por razones de guarda legal tenga su cuidado

directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, en los términos señalados por los apartados 5 y 6 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. Como ha puesto ya de manifiesto la doctrina científica, difícilmente se sería respetuoso con el objetivo de la reforma operada por la mencionada Ley 39/1999, si se realizara una interpretación literal y la única posibilidad fuera la de la reducción de la jornada de trabajo; solución que tampoco supone un beneficio claro para la empresa, pues en muchos casos esa reducción de la jornada le va a suponer mayores trastornos y dificultades para ajustar la organización del trabajo que la derivada de un cambio del horario o jornada de trabajo, sin reducción de la misma.

**CUARTA.-** La solución que propugnamos es acorde con la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 3/2007 de 15 de enero, a la que ya hemos hecho mención, dictada en supuesto similar, y que de alguna manera es obviada en la sentencia votada por la mayoría de la Sala. En efecto, se señala en el fundamento jurídico sexto de la misma que: *“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.”*

Este razonamiento, si bien contenido en un supuesto diferente, marca las pautas a seguir para la resolución de la cuestión litigiosa. Y partiendo de ello, la tesis correcta habría de estimarse que se contiene en la sentencia de contraste, en donde ponderando las circunstancias concurrentes resulta que la empresa no ha alegado en momento alguno que aceptar la solicitud de la trabajadora provoque perturbación o entorpecimiento de cualquier tipo en el buen funcionamiento del servicio, ni tampoco explica las razones organizativas que impiden la asignación del horario solicitado, que dificultaría la eficaz atención de sus responsabilidades maternas para con su hija minusválida; en cambio sí están acreditadas las circunstancias familiares concretas de la actora que justifican de forma indubitada su petición. Es más, tanto en la sentencia de instancia, como en la dictada en suplicación, al igual que por la empresa, la única razón que se da para rechazar la pretensión, es que la pretensión no está contemplada en el artículo 37-5 y 6 del ET, olvidando la finalidad de la norma, la necesidad de conciliar la vida familiar y laboral, y las circunstancias especiales concurrentes en el caso.

En definitiva, como dice el Tribunal Constitucional, nos encontramos ante una interpretación del art. 37-5 y 6 ET, y en general de todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, a la luz de los arts. 14 y 39 de la C.E., que han de prevalecer, a la hora de interpretarla, en la forma antedicha.

Por otro lado, ha de significarse que, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, si bien no es aplicable al caso por razones temporales; aunque contiene una referencia específica al caso enjuiciado, las modificaciones que introduce en la redacción del art. 37 del ET. a propósito de la reducción de jornada, y que como dice la Exposición de motivos de la Ley tienen por finalidad favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de la mujer trabajadora, refuerza lo antes dicho.

**QUINTA.-** Todo cuanto se deja expresado produce la consecuencia de que, en opinión de quienes emitimos el presente voto particular, el pronunciamiento que debiera de haber dispuesto la sentencia recaída en estas actuaciones, era el de acoger el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante y estimar íntegramente las pretensiones de la demanda, pues debe prevalecer el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, y el interés de la actora en el cuidado y atención de su hija con grado de minusvalía reconocida del 51%, máxime no existiendo perjuicio apreciable para la empresa en detrimento de sus facultades organizativas.

En Madrid, a 18 de junio de 2008

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Milagros Calvo Ibarlucea y el voto particular formulado por los Magistrados Excmo. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol y Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julià hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.