

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
SALA GENERAL
SENTENCIA

Presidente Excmo. Sr. D.: Gonzalo Moliner Tamborero

Fecha Sentencia: 13/06/2008

Recurso Num.: UNIFICACIÓN DOCTRINA 897/2007

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 11/06/2008

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA SOCIAL

Ponente Excmo. Sr. D. Victor Fuentes López

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Mosqueira Riera

Reproducido por: JDS

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

Recurso Num.: /897/2007

Ponente Excmo. Sr. D.: Victor Fuentes López

Votación: 11/06/2008

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Mosqueira Riera

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^a. María Milagros Calvo Ibarlucea
D. Luis Fernando de Castro Fernández
D. Jesús Souto Prieto
D. José Luis Gilolmo López
D. Jordi Agustí Juliá
D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga
D. José Manuel López García de la Serrana
D^a. Rosa María Virolés Piñol
D. Victor Fuentes López

En la Villa de Madrid, a trece de Junio de dos mil ocho. Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Fernández Pérez en nombre y representación de Dña. C.G.S. contra la sentencia dictada el 22 de enero de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 7085/05, interpuesto contra la sentencia

de fecha 29 de abril de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Granollers, en autos núm. 1051/04, seguidos a instancias de la ahora recurrente contra CAPRABO S.A, sobre reconocimiento de derechos.

Ha comparecido en concepto de recurrida CAPRABO S.A. representada por el letrado D. Bernat Miserol Font.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **VICTOR FUENTES LÓPEZ**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de abril de 2005 el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Granollers dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- La parte actora ha venido trabajando para el empresario demandado, del sector del comercio, con la categoría de dependienta desde el día 17-9-1998, y salario bruto mensual con inclusión de las pagas extras de 1.120,53 euros. 2º.- La actora viene realizando el horario que indica en el hecho tercero de su demanda, conforme a la jornada de mañana o tarde que tiene fijada la empresa para sus trabajadores, y que, en concreto se describe al folio 39, que se da por reproducido, no habiendo sido cuestionado de contrario. 3º.- La hoy demandante en fecha 4-11-2004 solicitó a la dirección de la empresa, en atención a su situación personal y como consecuencia del cuidado de su hijo menor, la asignación de un horario que le permita conciliar su vida familiar y laboral, que sería el siguiente: de 07.00 a 14.00 horas de lunes a viernes, y de 07.00 a 13.30 horas el sábado; la empresa no cuestiona que ése haya de ser el mejor horario para la finalidad que pretende la actora en bien del cuidado del hijo. 4º.- La trabajadora pidió en su día la reducción de jornada por guarda legal de su hijo nacido el 6-3-2003, que le fue reconocida por la empresa el 1-6-2003 con el horario, jornada y centro que aquélla fijó (folios 35-36), volviendo a la jornada efectiva de 40 horas y el horario establecido para el personal con fecha 13-10-2003, conforme a lo pedido expresamente por dicha trabajadora (folios 37-38). 5º.- La actora tiene el hijo referido tras su unión sentimental con el Sr. M.G. que duró, según la prueba aportada por la propia actora, de febrero del 2002 a septiembre del 2003, en que consta por su aportación sentencia de convenio regulador en que el citado Sr. se compromete a pasar la pensión mensual por alimentos que ahí figura. 6º.- Intentada la conciliación resultó sin avenencia."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por Dña. C.G.S. contra Caprabo, S.A., absuelvo al demandado del petitum deducido en su contra.

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Dña. C.G.S. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 22 de enero de 2007, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos íntegramente el recurso de suplicación formulado por Dña. C.G.S., en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Granollers el día 29 de abril de 2005 en el procedimiento nº 1051/2004, seguido a instancia de Dña. C.G.S. contra Caprabo, S.A. Sin costas.

TERCERO.- Por la representación de Dña. C.G.S. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 27-03-2007. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Baleares de 4 de julio de 2005.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 11-09-07 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe, estimando la procedencia del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo en Sala General el día 14-05-08, que fue suspendido y señalado nuevamente el 11-06-08, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda la actora, madre de un hijo menor de seis años y separada mediante sentencia judicial, solicitó el 4-11-2004, como consecuencia de su situación familiar del cuidado de un hijo, el reconocimiento del derecho a la asignación de un horario de trabajo que le permitiera conciliar su vida familiar y laboral, sin reducción de jornada, en concreto un horario de 7 a 14 horas de lunes a viernes y de 7 a 13,30 horas los sábados, en vez de un horario de mañana y tarde, lo que había sido denegado por conducto telefónico por la empresa, toda vez que al no hallarse en situación de jornada reducida, no le correspondía la posibilidad de elegir su horario; en el suplico de la demandante solicitó la declaración de tal derecho; la demanda se tramitó por el procedimiento ordinario.

La sentencia del Juzgado nº 1 de Granollers desestimó la demanda. En sus hechos probados constaba aparte de lo ya dicho, que la actora venía disfrutando en alternancia semanal, el horario partido de mañana y tarde, que había pedido en su día reducción de jornada, por guarda legal de su hijo nacido el 6-03-2003, que le fue reconocido por la empresa, volviendo a la jornada efectiva de 40 horas semanales y al horario anterior en 13-10-2003 de acuerdo con su petición expresa. La sentencia al desestimar la demanda se apoyo en el art. 37-6 del E.T. por no estar prevista su petición en este artículo que solo permite la concreción horaria en los supuestos de reducción de jornada.

La sentencia de la Sala de Cataluña ahora impugnada de 22-01-2007 desestimó el recurso de suplicación ya que si bien era cierto que el artículo 37-6 del E.T. indica que corresponde al trabajador la concreción horaria, ese derecho esta vinculado a la existencia de una reducción de jornada, que es el derecho que se reconoce al trabajador a efectos de conciliar la vida familiar y laboral, con la consiguiente reducción de retribución, no la modificación unilateral del sistema de trabajo a turnos conforme al cual fue contratada.

SEGUNDO.- Recurrida dicha sentencia en casación para la unificación de doctrina se invoca como sentencia contraria la dictada por la Sala de lo Social de las Islas Baleares de 4-07-2005, que versa sobre una reclamación similar formulada por un trabajador fijo contratado a tiempo completo con jornada irregular en Iberia, que prestaba servicios en el Aeropuerto de Menorca, en jornada partida, solicitando disfrutar una jornada de mañana o tarde, pero no partida, invocando la conciliación de la vida familiar y laboral teniendo en cuenta el cuidado de un hijo menor de dos años y que su esposa trabajaba en una pequeña empresa, con solo dos trabajadores, no existiendo perjuicio apreciable para la empresa en detrimento de sus facultades organizativas.

TERCERO.- Existe la contradicción invocada, 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 un hijo menor de seis años invocando la conciliación de la vida familiar y laboral y el art. 37-5 y 6 del E.T. Se debate por tanto 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 ó el turno de trabajo, sin la correlativa reducción horaria. En cuanto a las alegaciones de la parte recurrida, para fundamentar la falta de contradicción, no son relevantes.

CUARTO.- Previamente al examen de la cuestión de fondo debe la Sala plantearse tal y como solicita el Ministerio Fiscal la procedencia del recurso de suplicación contra la sentencia de instancia dado que el punto 6º del art. 37 E.T. 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 artículo serán resueltos por la Jurisdicción

correspondiente a través del procedimiento establecido en el art. 138 bis de la LPL", 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, dado que lo pedido en la demanda, la declaración del derecho del trabajador a disfrutar de un nuevo horario de trabajo, en un supuesto de no reducción de jornada no está incluido en el art. 37-6 del E.T. siendo lo pedido en la demanda la declaración de tal derecho mediante una interpretación extensiva del referido precepto, materia distinta de los supuestos del art. 138 bis de la LPL.

QUINTO.- En cuanto al fondo, en donde en el recurso se denuncia inaplicación de lo dispuesto en el art. 37-1 y 6 del E.T, interpretados a la luz del mandado constitucional incluido en el art. 39 C.E. y la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea 92/85 de 19 de octubre y 96/34 de 3 de junio, la tesis correcta es la de la sentencia recurrida.

El art. 37-5 del E.T, establece en lo que aquí interesa: "Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años ó un minusvalido físico, psíquico ó sensorial que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de jornada de trabajo, con la reducción proporcional del salario entre, el menos un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquellos".

El número 6 del mismo artículo dice: "La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria; el trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación, la fecha en que se reincorporara a su jornada ordinaria".

De lo antes expuesto se deduce como bien dice la sentencia recurrida, que lo que se solicita por la actora, después de haber ya disfrutado reducción de jornada, y vuelto a la jornada ordinaria, esto es, la realización de la jornada completa en turno de mañana de forma permanente, con horario fijo de 7 a 14 de lunes a viernes y de 7 a 13,30 los sábados, carece de amparo legal, ya que el derecho que establece al trabajador el art. 37-6 del E.T. de fijar la concreción horaria, está vinculada a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones; por tanto no se comprende, la modificación unilateralmente del sistema de trabajo a turno, que es lo que aquí se pretende.

SEXTO.- De lo anterior se deduce como primera conclusión, que no cabe que mediante una interpretación extensiva del art. 37-5 y 6 del E.T, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 39 en relación con el 14, ambos de la C.E, y la necesidad de conciliar la vida familiar y laboral dado las circunstancias que concurren en la actora, esencialmente, tener un hijo menor de seis años a su

cuidado y estar separada judicialmente, que se aplique lo dispuesto en dicha norma al presente supuesto.

A la misma conclusión desestimatoria de la demanda se llegaría, si pudiera aplicarse la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de igualdad efectiva de hombres y mujeres, lo que no es posible por razones temporales, pues si bien es cierto, que dicha Ley ha modificado el art. 34 del E.T, en el sentido de introducir un apartado nuevo, el ocho, que establece el derecho del trabajador a adoptar la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, lo condiciona a los términos en que se establecerán en la negociación colectiva o en el acuerdo que se llegue con el empresario, respetando lo previsto en aquel acuerdo que no existe en el caso de autos; lo contrario sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador.

SEPTIMO.- 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 las estrictas previsiones legales a las que está vinculada.

OCTAVO.- 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.

F A L L A M O S

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Dña. C.G.S. contra la sentencia dictada el 22 de enero de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 7085/05, iniciados en el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Granollers, en autos núm. 1051/04 a instancia de la ahora recurrente contra CAPRABO S.A; sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional 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 Excmo. 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 897/2007, 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 897/2007, 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 en su día solicitó y obtuvo de la empresa

reducción de jornada por guarda legal, volviendo después a la jornada habitual, ha solicitado ahora, en atención a su situación personal -separada con sentencia judicial y teniendo a su cuidado un hijo menor- la asignación de un horario que le permita conciliar su vida familiar y laboral, que le ha sido denegada por la empresa demandada, denuncia en su recurso, la infracción del artículo 37-5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores, a la luz del mandato constitucional incluido en el artículo 39.1 de la C.E. y la Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea 92/85 de 19 de octubre y 96/34 de 3 de junio.

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 hijo menor; 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 hijo menor, máxime no existiendo perjuicio apreciable para la empresa en detrimento de sus facultades organizativas.

En Madrid a trece 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. Victor Fuentes López y el voto particular formulado por los Magistrados Excma. 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.