

Documento TOL7.791.006

Jurisprudencia

Cabecera: Jornada reducida. Prohibicion de discriminacion. Concrecion horaria

El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y **distribucion 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 negociacion colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.

Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor dedoce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una **reduccion de la jornada** de trabajo diaria, con la disminucion proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

PROCESAL: Cosa juzgada

Jurisdicción: Social

Ponente: [HELENA ANIORTE CONESA](#)

Origen: Juzgado de lo Social

Fecha: 06/11/2019

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Segunda

Número Sentencia: 374/2019

Número Recurso: 399/2019

Numroj: SJSO 5464:2019

Ecli: ES:JSO:2019:5464

ENCABEZAMIENTO:

JDO. DE LO SOCIAL N. 2PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00374/2019

TRAVESSA D'EN BALLESTER, 20 1º

Tfno: 971219288

Fax: 971219415

Correo Electrónico: social2.palmademallorca@justicia.es

NIG: 07040 44 4 2019 0002015 N02700

PEF DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 0000399 /2019

DEMANDANTE/S D/ña: Josefina

ABOGADO/A: CARLES JUANES SITJAR

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO/S D/ña: GROUNDFORCE PMI 2015 UTE, GLOBALIA HANDLING SA , IBERHANDLING SA , AIR EUROPA LINEAS AEREAS SA

ABOGADO/A: , , ,

PROCURADOR: , , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , ,

SENTENCIA N° 374/2019

En Palma de Mallorca, a seis de noviembre de dos mil diecinueve.

Vistos por mí, D^a. Helena Aniorte Conesa, Jueza del Juzgado de lo Social nº 2 de esta ciudad, los presentes autos de nº 399/2019 seguidos a instancias de D^a. Josefina, representada por el Letrado D. Carles Juanes, contra GROUNDFORCE PMI 2015 UTE (GLOBALIA HANDLING S.A., IBERHANDLING S.A.), representada por la Letrada D^a. Isabel Ripoll, y contra AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS S.A., no comparecida, sobre conciliación de la vida familiar y laboral, paso a dictar sentencia conforme a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó demanda en la que, tras alegar los hechos y fundamentos legales que estimó procedentes a su derecho, suplicaba se dictase sentencia en la que se acogieran sus pretensiones.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se señaló día y hora para la celebración de los actos de conciliación y juicio el 30/10/2019. Llegado el día previsto comparecieron las partes y se celebró el acto de la vista con el resultado que obra en autos, en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, quedando a continuación las actuaciones pendientes de dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado todas las prescripciones legales oportunas.

PRIMERO.- D^a. Josefina, con DNI NUM000, ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de GROUNDFORCE PMI 2015 UTE en virtud de subrogación operada el 01/01/2017, y cuenta con una antigüedad de 01/07/2012, categoría profesional de agente administrativo y salario según el Convenio colectivo aplicable.

SEGUNDO.- La actora ostenta la condición de trabajadora fija discontinua y presta servicios en un régimen de turnos rotatorios los siete días de la semana.

TERCERO.- La demandante tiene reconocida una reducción de jornada de 20 horas semanales, con la siguiente distribución: cuando presta servicios únicamente entre semana, realiza un horario de 09:30 a 13:30 de lunes a viernes. Cuando trabaja los fines de semana, lo hace de 10:30 a 13:30 horas de lunes a domingo.

CUARTO.- La actora es madre de un niño menor de edad, nacido el día NUM001/2014. El padre del menor y la demandante están divorciados. En el Convenio regulador de divorcio, que fue aprobado judicialmente, ambos progenitores pactaron la custodia compartida del hijo común, con un reparto del tiempo por semanas alternas que se inician los sábados a las 10:00 horas.

QUINTO.- La Sra. Josefina en fecha 06/06/2018 presentó demanda en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, en la que solicitaba el reconocimiento de una medida de concreción horaria para realizar turno de 09:30 a 14:30 de lunes a viernes. Dicha demanda recayó en este Juzgado dando lugar a

los autos PEF 446/2018, y resultó asignada al refuerzo transversal, dictándose sentencia de fecha 04/02/2019 en virtud de la cual se desestimaba la demanda.

SEXTO.- En la temporada 2018 la actora libró un total de 4 fines de semana. En la temporada 2019, la actora ha librado un total de 12 fines de semana.

SÉPTIMO.- La plantilla de GROUNDFORCE PMI 2015 UTE la conforman unos 800 trabajadores, tanto fijos a tiempo completo como fijos discontinuos como eventuales. Los trabajadores eventuales que la empresa incorpora para la época estival se suelen contratar al inicio de la temporada a tiempo parcial, y a medida que avanza la temporada se les va aumentando la jornada para posteriormente volver a disminuirse de cara al fin de la misma.

OCTAVO.- Existe una trabajadora de la misma categoría profesional de la actora que tiene reconocida por sentencia una medida de concreción horaria similar a la que la actora solicita.

NOVENO.- El volumen de vuelos programados durante los fines de semana es muy superior al de los vuelos intersemanales.

DÉCIMO.- Se ha agotado la vía conciliatoria previa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Los hechos declarados probados lo son en base a la prueba practicada en el presente procedimiento, en concreto la documentación aportada por las partes y la testifical de D. Segismundo, Delegado de la empresa.

SEGUNDO.- Solicita la parte actora que se dicte sentencia por la que se declare su derecho a disfrutar de libranza en fines de semana alternos que coincidan con el fin de semana que tiene a su hijo a cargo según lo establecido en su convenio regulador de divorcio.

GROUNDFORCE PMI 2015 UTE se opuso a la demanda. En primer lugar alegó la excepción de cosa juzgada, por entender que la pretensión ejercitada por la actora en el presente procedimiento coincide sustancialmente con la que se planteó en la demanda que dio lugar a los autos 446/2018 y que finalizó con sentencia desestimatoria firme. En cuanto al fondo se opone a la pretensión de la actora, alegando que no puede accederse a la misma porque supondría alterar el régimen de turnos en perjuicio del resto de los trabajadores, que concurren causas organizativas dado que durante los fines de semana se programan muchos más vuelos que de lunes a viernes, y que la distribución ordinaria de la jornada de la demandante es mediante un régimen de turnos rotatorios que se vería alterado en caso de fijarse una medida de concreción horaria como la solicitada.

TERCERO.- De conformidad con el art. 222.1 de la LEC, el efecto negativo de la cosa juzgada excluye un ulterior proceso, pero tal efecto se condiciona a que el objeto de este segundo proceso sea "idéntico" al primero; identidad que tiene que proyectarse sobre todos los elementos de la pretensión, es decir, sobre los sujetos, el objeto y el fundamento de aquélla, lo que no sucede en el efecto positivo de la cosa juzgada, en el que, conforme al número 4 del artículo citado, concurre la identidad subjetiva y una cierta identidad en los fundamentos en la medida en que lo decidido en la primera sentencia actúa como "antecedente lógico" para la segunda, pero no hay identidad en los objetos de lo pretendido.

—

Pues bien, esta completa identidad no resulta apreciable en el presente caso, porque, aunque concurre la identidad subjetiva y también una identidad en los elementos jurídicos de la pretensión, el objeto no es el mismo: en el anterior procedimiento la actora solicitaba librar todos los fines de semana. En el presente, en cambio, la Sra. Josefina solicita librar solo los fines de semana alternos y en concreto aquellos en los que tiene consigo a su hijo menor de edad según la distribución de la guarda y custodia pactada por ambos progenitores en el convenio regulador judicialmente aprobado.

En consecuencia, lo que se reclama en estas actuaciones no es lo mismo que lo que se reclamó en el anterior proceso o, más exactamente, no coincide con la reclamación sobre la que se decidió en la

sentencia dictada en aquel proceso, por lo que no puede apreciarse la excepción de cosa juzgada invocada por la parte demandada.

CUARTO.- El artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción dada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores dispone:

" 8. 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 aquella. A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas".

El artículo 37, apartados 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores, en su nueva redacción dada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, establece que:

"6. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor dedoce 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.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

El progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

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.

7. 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 6, corresponderán al trabajador, 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 del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4, 5 y 6 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".

La normativa transcrita tiene por objeto asegurar el ejercicio adecuado de la patria potestad y preservar el interés del menor, a raíz de la promulgación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la

vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que vino a completar la transposición a la legislación española de las Directivas del Consejo 1992/85/CE, de 19 de octubre y 1996/34/CE, de 3 de junio.

Tal y como se establece en la Exposición de Motivos de la citada Ley 39/1999:

"La Constitución Española recoge en su artículo 14 el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición. En el artículo 39.1, el texto constitucional establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el artículo 9.2, atribuye a los poderes públicos el deber 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; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo.

Este hecho hace necesario 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. La necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. (...)"

De otro lado, también la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su Exposición de Motivos recoge:

"El logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares. (...)

Especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa. (...)"

El artículo 14 de dicha norma establece que los poderes públicos deben garantizar:

"7. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia.

8. El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia."

Y el artículo 44.1 dispone:

"Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. 1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio."

La Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES recogía en sus consideraciones generales:

"(...) Considerando que la Resolución del Consejo, de 6 de diciembre de 1994, reconoce que una verdadera política de igualdad de oportunidades presupone una estrategia global e integrada que permita organizar mejor los horarios de trabajo, una mayor flexibilidad, así como una vuelta más fácil a la vida profesional, y toma nota del importante papel de los interlocutores sociales en este ámbito y en la oferta a hombres y mujeres de una posibilidad de conciliar responsabilidades profesionales y

obligaciones familiares; 6. Considerando que las medidas para conciliar la vida profesional y familiar deben fomentar la introducción de nuevos modos flexibles de organización del trabajo y del tiempo(...)"

Dicha Directiva fue derogada y sustituida por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, pero se mantienen los mismos objetivos contenidos en su predecesora.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres (CEDAW) fue aprobada por la Asamblea General en 1979 y ratificada por España en 1.984. En su artículo 11.1º y 2º c) dispone:

"1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: (...)

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: (...)

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños (...)"

También el Convenio de la OIT nº156 "sobre los trabajadores con responsabilidades familiares" de 1981 y ratificado por España el 11 de septiembre de 1985, establece en sus arts. 3 y 4 lo siguiente:

"Artículo 3: 1. Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. (...)

Artículo 4: Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para:

a) permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo;

(b) tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social."

Y más específicamente en su artículo 9:

"Las disposiciones del presente Convenio podrán aplicarse por vía legislativa, convenios colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales, decisiones judiciales, o mediante una combinación de tales medidas, o de cualquier otra forma apropiada que sea conforme a la práctica nacional y tenga en cuenta las condiciones nacionales."

El art. 8.3º de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 y ratificada por España en Instrumento de 25 de abril de 1980, establece el derecho de las trabajadoras a protección, con el compromiso de los estados contratantes: " *A garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo*". Y el art. 16 insiste en el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica.

Tal y como se ha venido sentando en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, entre la que cabe destacar la reciente sentencia nº 140/2018, de 20 de diciembre de 2018 (BOE 25 de enero de 2019),

dictada por el Pleno del TC, corresponde a los jueces y juezas, en cada caso concreto, realizar el correspondiente control de convencionalidad internacional, que en el sistema español tiene unas notas especiales pues " *no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable*". Dicha selección debe realizarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 96 de la CE en relación con el art. 10.2 CE, y ello debe proyectarse en la interpretación de lo dispuesto en los Tratados internacionales de aplicación, así como en el análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional.

De otro lado y en cuanto al fondo del derecho a la reducción y concreción horaria por cuidado de un menor, también ha tenido la ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional sobre la dimensión constitucional del ejercicio de los permisos previstos en el art. 37.6 y 34.8 del ET en la STC 3/2007, de 15 de enero de 2007, en cuya fundamentación jurídica se recoge:

"(...) reconocida la incidencia que la denegación del ejercicio de uno de los permisos parentales establecidos en la ley puede tener en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, es lo cierto que el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego(...), los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. (...)

El órgano judicial ha denegado la reducción de jornada solicitada por la trabajadora, convalidando la previa decisión denegatoria de la empresa, con base a consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que efectúa de la expresión "dentro de su jornada ordinaria" utilizada por el apartado 6 del art. 37 LET al referirse a la decisión de la trabajadora respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada.(...) 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. (...)"

E igualmente reitera dicho impacto constitucional del derecho a la conciliación laboral y familiar en su STC 26/2011, de 14 de marzo de 2011, en cuya fundamentación se insiste en la interpretación de la norma de manera más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales en juego (arts. 14 y 39 CE) y no de forma mecánica o formalista sino con remoción de los obstáculos impeditivos de la igualdad real o sustancial. Y así se recoge en la fundamentación jurídica:

"(...) Debemos comenzar recordando que la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (...)

De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres(...), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo

que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE (...).

En definitiva, la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas 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 o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) 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 en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas ulteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares (...)"

Es por ello que debe primar una interpretación con perspectiva de género garantizadora de la protección del derecho, especialmente en aquellos casos en los que se involucren relaciones asimétricas entre mujeres y hombres, como sucede en el ejercicio del derecho a conciliar familia y trabajo, ejercitado mayoritariamente por las mujeres trabajadoras, siendo por tanto su impacto de género incuestionable.

Por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial dimanante de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la STS de 20/07/2000 ya estableció que: "*cuando la empresa no evidencie razones suficientemente justificadas para no acceder a la elección de la específica jornada adoptada o solicitada por el trabajador, será ésta la que prospere, en tanto que cuando esas razones queden demostradas y el trabajador no aduzca otras motivaciones de mayor significado o relevancia puede prosperar el horario propuesto por la empresa, todo ello siempre dentro de los parámetros de la buena fe en la actuación tanto empresarial como del trabajador"*.

La Sala de lo Social del TSJ de Canarias, en su sentencia de 12 de marzo de 2019, con cita de su anterior sentencia de 15 de diciembre de 2017, dispone:

"La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado, tal y como ha venido reiterando el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias (por todas, la sentencia 17/2003 de 30 de enero de 2003)".

También la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 22 de enero de 2019 apunta que : "*se ha de partir de que el titular del derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo es el trabajador, pero la elección de la duración y distribución de la jornada no le corresponde a él en exclusiva, sino que es necesario el acuerdo previo con el empresario; y, en el caso de discrepancias entre las partes, la interpretación de estos derechos debe evitar soluciones ajenas a la finalidad de la norma; en otras palabras y como ha señalado la doctrina científica (de la Puebla Pinilla), "la alternativa ofrecida por el empleador no puede dejar el derecho vacío de contenido. Si no se llega a acuerdos el empresario tendrá que probar la causa organizativa que alega, explicando que "no puede encontrar un sustituto durante el preaviso o tratando de argumentar que una parte importante de la plantilla está solicitando el mismo derecho o que la función que desempeña el trabajador posee una importancia estratégica"*.

QUINTO.- La aplicación de la normativa referida así como de los criterios interpretativos descritos, aplicados al presente caso, nos llevan a la conclusión de que la actora sí ha probado suficientemente la existencia de circunstancias familiares justificativas de la necesidad de disfrutar de la medida de concreción horaria solicitada, pues consta en la documentación aportada y así se ha trasladado a los hechos probados que la demandante tiene un hijo menor de edad nacido el NUM001/2014, está divorciada y tiene pactado con el otro progenitor un régimen de custodia compartida por semanas alternas.

Por otro lado, también se ha acreditado que la empresa dispone de una numerosa plantilla (el propio delegado que declaró en el acto de la vista cifró el número total de trabajadores en unas 800 personas), entre los que se encuentran trabajadores fijos a tiempo completo, trabajadores fijos discontinuos y trabajadores eventuales, siendo así que éstos últimos suelen contratarse al inicio de la temporada estival con jornada parcial, se les aumenta la jornada a medida que avanza la temporada y pasado el mes de agosto se les va disminuyendo hasta el final de la misma.

Debe hacerse constar especialmente que GROUNDFORCE PMI 2015 UTE ha incumplido el mandato contenido en el artículo 139.1.a) párrafo 3º, que establece expresamente que tanto la empresa como el trabajador deben llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa y al propio acto de juicio. La empresa no ofrece ninguna alternativa, se limita a oponerse a la medida de concreción horaria solicitada alegando reiteradamente que supondría alterar la jornada ordinaria de la actora, que perjudicaría al resto de trabajadores y que no puede ser atendida por causas organizativas.

Sin embargo, ninguna de esas razones que GROUNDFORCE esgrime para denegar la solicitud de la Sra. Josefina ha sido acreditada.

En relación a la pretendida modificación o alteración de la "jornada ordinaria" de la trabajadora demandante, debemos partir de la base de que la Sra. Josefina ya tiene reconocida una reducción de jornada a 20 horas semanales y una concreción horaria de forma que únicamente realiza turno de mañana, en horario de 09:30 a 13:30 horas o bien de 10:30 a 13:30 horas. Por tanto la distribución de la "jornada ordinaria" que la actora tenía cuando inició la relación laboral con su anterior empresa en el año 2012 ya se ha visto modificada en base a medidas de conciliación de la vida familiar y laboral que la demandante tiene derecho a disfrutar. La interpretación de la empresa supondría que los trabajadores que prestan servicios en régimen de turnos rotatorios no podrían en ningún caso acceder a este tipo de medidas de conciliación por cuanto todas suponen en mayor o menor medida la realización de cambios el calendario de turnos asignados a la plantilla. Sin embargo, la realidad es que son precisamente este colectivo de trabajadores quienes con mayor frecuencia necesitan solicitar este tipo de medidas para poder conciliar su derecho a disfrutar de la la familia y del trabajo.

En segundo lugar y por lo que se refiere a la causación de perjuicios al resto de trabajadores de la empresa, de la prueba practicada ha resultado probado que nos encontramos ante una plantilla muy numerosa en la que conviven trabajadores a jornada completa con otros a jornada parcial, así como trabajadores fijos a tiempo completo con otros fijos discontinuos o eventuales. El propio testigo que declaró en el acto de la vista a propuesta de la empresa manifestó que los trabajadores eventuales que se incorporan durante la temporada suelen contratarse a tiempo parcial y durante la temporada se les aumenta la jornada para pasar a jornada completa, para posteriormente volver a jornada parcial en el final de la época estival. Por tanto, consta acreditado que GROUNDFORCE cada año contrata a trabajadores eventuales, los cuales perfectamente podrían cubrir las horas del fin de semana que la Sra. Josefina dejaría de realizar (recordemos que se trata únicamente de 6 horas, 3 el sábado y 3 el domingo). Además, no es cierto que la medida de concreción horaria solicitada vaya a ocasionar necesariamente que el resto de personal deba trabajar más fines de semana para compensar aquéllos que la actora libraría. Buena prueba de ello es que en el año 2018 la Sra. Josefina disfrutó únicamente de 4 fines de semana libres en toda la temporada, mientras en cambio en 2019 ha disfrutado de 12. La incidencia de la medida solicitada será distinta y aleatoria en función del cuadrante de turnos que se apruebe para cada año, igual que hasta ahora viene siendo distinto y aleatorio el número de fines de semana que a la actora le corresponde trabajar.

Por último, en cuanto a las causas organizativas, resulta notorio y evidente que durante los fines de semana se programa un número de vuelos mucho mayor que de lunes a viernes, máxime en época estival, y es lógico que el volumen de trabajo en la empresa aumente. Pero tal y como se ha indicado anteriormente GROUNDFORCE dispone de numerosos trabajadores, incluido el personal eventual que contrata cada temporada, que podrían cubrir las 6 horas que la Sra. Josefina dejaría de realizar en aquellos fines de semana alternos en los que disfrutara de libranza. Así lo viene aplicando la empresa con la trabajadora de la misma categoría de la actora y que por resolución judicial tiene reconocida una medida de conciliación idéntica a la que la Sra. Josefina solicita.

En conclusión, y entendiendo que la actora ha acreditado suficientemente las razones que la llevan a solicitar la medida de concreción horaria interesada para atender a su hijo menor de edad durante los fines de semana en los que tiene asignado su cuidado tal y como se fija en el convenio regulador aprobado judicialmente, y que la empresa ni ha aportado ninguna medida alternativa incumpliendo la obligación legalmente prevista en el art. 139 LRJS, ni ha acreditado las razones en las que fundamenta su oposición, procede estimar la demanda y declarar el derecho de la actora a disfrutar de libranza en fines de semana alternos que coincidan con el fin de semana que tiene a su hijo a cargo según lo establecido en su convenio regulador de divorcio.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

Que ESTIMANDO la demanda formulada a instancias de D^a. Josefina, representada por el Letrado D. Carles Juanes, contra GROUNDFORCE PMI 2015 UTE (GLOBALIA HANDLING S.A., IBERHANDLING S.A.), representada por la Letrada D^a. Isabel Ripoll, y contra AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS S.A., debo declarar y declaro el derecho de la trabajadora demandante a disfrutar de libranza en fines de semana alternos que coincidan con el fin de semana que tiene a su hijo a cargo según lo establecido en su convenio regulador de divorcio, y debo condenar y condeno a GROUNDFORCE PMI 2015 UTE (GLOBALIA HANDLING S.A., IBERHANDLING S.A.), y a AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS S.A. a estar y pasar por esta declaración con las consecuencias correspondientes.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se advierte a las partes que contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno. Procédase al archivo de las actuaciones, previa baja en el libro correspondiente.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.