



Roj: **SJSO 133/2016** - ECLI: **ES:JSO:2016:133**

Id Cendoj: **39075440052016100001**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Santander**

Sección: **5**

Fecha: **14/12/2016**

Nº de Recurso: **605/2016**

Nº de Resolución: **431/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAMON GIMENO LAHOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **S E N T E N C I A nº 000431/2016**

SANTANDER, a catorce de diciembre de dos mil dieciséis.

#### **EN NOMBRE DEL REY**

**SSª Ilma. DON RAMÓN GIMENO LAHOZ** Magistrado del Juzgado de lo Social nº 5 de Santander, ha dictado

#### **S E N T E N C I A**

en las actuaciones de juicio verbal seguidas entre partes, como demandante **UGT Cantabria -Federación de industria y trabajadores agrarios-** y como demandado **SISTEMAS BRITOL S.L.** .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte actora en fecha 13 de octubre de 2016, presentó una demanda, que por turno correspondió a este Juzgado contra el demandado referido y que fundamentaba y apoyaba en los hechos que son de ver en el escrito presentado, solicitando que se dictase sentencia por la que se estimase la pretensión ejercitada.

**SEGUNDO.-** Admitida la demanda a trámite, se dio traslado de la misma al demandado y, convocadas las partes a juicio para el 12 de diciembre de 2016 y hora de las 12.20 de su mañana, compareció la parte actora asistida por la Letrada Dª Margarita Fernández Cabós, compareció la parte demandada asistida por el letrado D. Manuel Rodríguez Vásquez. Abierto el acto, la actora se afirmó y ratificó en el contenido de su demanda, la demandada se opuso. Acordado el recibimiento a prueba, por la actora se propuso documental y testifical por la demandada documental y testifical, pruebas que fueron declaradas pertinentes y se procedió a su práctica, dándose por terminado el acto y solicitando las partes sentencia de conformidad a sus pretensiones, quedando los Autos a la vista para ser dictada.

**TERCERO .-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

#### **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO .-** La empresa Sistema Britor S.L., con convenio colectivo propio y dedicada a la fabricación de productos sucedáneos de pescado, está aplicando la distribución irregular de la jornada en función a sus necesidades comunicando el preaviso en el Tablón de anuncios para que asista el turno correspondiente, informando únicamente de forma personal a los que se les exonera. (No controvertido)

**SEGUNDO .-** La aplicación de esta distribución irregular de la jornada se está llevando a cabo con el personal de producción -78 trabajadores- , incluido el personal que tiene reducción de jornada por guarda legal -27 trabajadores- fuera de la concreción horaria. (No controvertido)

**TERCERO .-** Por el sindicato UGT se formula demanda de conflicto colectivo para que se declare nula ambas prácticas empresariales.



**CUARTO** .- Presentada papeleta de conciliación en fecha 10-11-16, se celebró el acto con resultado "sin avenencia".

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Los hechos declarados probados han quedado plenamente acreditados por la prueba practicada apreciada en su globalidad, y en particular por la común convicción de estar ante dos cuestiones jurídicas, que no fácticas.

**SEGUNDO** .- Insta el sindicato UGT mediante la acción de conflicto colectivo, que se declare nula la praxis empresarial de notificar el preaviso de la distribución irregular de la jornada a través del tablón de anuncios, porque no existe obligación de los trabajadores de consultar diariamente el Tablón de anuncios, y no respetarse el plazo de preaviso en muchas ocasiones cuando los trabajadores han estado fuera por vacaciones, incapacidad temporal, licencias, permisos, etc., incorporando en el acto de juicio una nueva alegación cual es que no hubo negociación previa; y por otro lado alega la nulidad respecto a los trabajadores con concreción horaria por reducción de jornada, dado que es una conculcación del derecho.

A ello se opone la empresa que alega en primer término una variación sustancial de la demanda respecto a la inexistencia de negociación previa, la excepción de inadecuación de procedimiento por entender que hay que analizar caso por caso, que la comunicación puede ser colectiva al no prohibirse en la Ley, que los preavisos en nuestro ordenamiento jurídico como regla general no tienen que ser escritos, y respecto al personal con concreción horaria por reducción de jornada que siguen la dinámica general de plantilla: no trabajar algunos viernes cuando no hay trabajo, y hacerlo algunos sábados cuando se acumula.

**TERCERO** .- Comenzando por la cuestión formal de **variación sustancial de la demanda** al alegarse en el acto de juicio que no se han hecho negociaciones, cosa que sí indica la empresa, debe recordarse que el art.85 LRJS insta la ratificación de la demanda en el acto de juicio o su ampliación, pero prohíbe una variación sustancial de la misma, y el art.80 LRJS le obliga a expresar en la demanda los hechos sobre los que verse la pretensión y todos aquellos que según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas. En el caso de autos, es llano que si la parte actora entendió que la fundamentación de su pretensión radicaba en la ausencia de negociación previa, lo tenía que haber puesto de manifiesto en la demanda, para que la parte actora pudiera haber traído prueba en sentido contrario -prueba de dicha negociación-, y el no haberlo hecho genera ahora una situación de indefensión en el acto de juicio que conculca el art.85 LRJS .

Ello no obstante, y sin perjuicio de que no se pueda entrar fácticamente a analizar esta alegación por ser ajena a la demanda, no es menos cierto que la nueva redacción del art.43-2 ET no exige previa negociación. Como se verá a continuación con la transcripción, los términos "En defecto de pacto", permiten que haya un pacto, pero no obliga a que haya una negociación, sin que se pueda arrastrar la situación anterior a la reforma en contra de lo previsto ahora por el Legislador; Legislador que cuando ha impuesto un proceso de negociación, siempre lo ha remarcado y regulado expresamente (ej. art.40 , 41 , 47 , 51,...del ET).

**CUARTO** .- La parte empresarial ha alegado la excepción de **inadecuación de procedimiento** , por considerar que el cauce adecuado debía haber sido el procedimiento ordinario del caso por caso, en función a las circunstancias concretas de cómo el trabajador recibe el preaviso.

La excepción no puede ser acogida por la más que conocida doctrina jurisprudencial al respecto, y que resume muy bien la ya veterana sentencia del T.S. de fecha 17-7-08 , del siguiente modo:

*"Para dar respuesta a la problemática que plantea la primera de las cuestiones del motivo, la de negar el cauce procedimental del conflicto colectivo por no afectar a la generalidad de los trabajadores, es preciso partir de la redacción del artículo 151.1 de la Ley de Procedimiento Laboral , sobre el proceso de conflicto colectivo y de la doctrina de esta Sala que lo viene interpretando. El precepto establece que "se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquier que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de Empresa"; y en relación con este precepto la Sentencia de fecha 28 de junio de 2006 , ya tuvo ocasión, con cita de la sentencia de 6 de junio de 2001 , de recordar que: "hay que tener en cuenta que la Sala ha establecido con reiteración (sentencias de 25 de junio de 1992 , 12 de mayo de 1998 , 17 de noviembre de 1999 , 28 de marzo de 2000 , 12 de julio de 2000 y 15 de enero de 2001 ) que las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos: 1) uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, "entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad " y 2) otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como " un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no*



susceptible de fraccionamiento entre sus miembros" o como "un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general". En este sentido la sentencia de 1 de junio de 1992 aclara que "el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores". Ello es así porque, como precisó la sentencia citada de 25 de junio de 1992, al igual que en los conflictos individuales puede haber un momento colectivo que se identifica con la interpretación de una regla general, en los conflictos colectivos divisibles hay también un momento individual o plural en la medida en que la interpretación general ha de afectar necesariamente a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del conflicto, como, por otra parte, muestra claramente el artículo 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral".

En el presente caso la decisión empresarial afecta a un grupo genérico y homogéneo de trabajadores, como son todos los trabajadores en producción -78- por un lado, y por otro a todos los trabajadores con concreción horaria por reducción de jornada -27 de 78 trabajadores-. Y la decisión empresarial genera también un interés indivisible o único en el grupo, cual es que el preaviso de la distribución irregular de la jornada no se haga colectivamente en el tablón de anuncios por un lado, y por otro que los trabajadores con concreción horaria por reducción de jornada queden fuera de ella.

La cuestión es llana, y no hay demostración mayor de lo expuesto que el hecho de que la empresa preavise colectivamente.

**QUINTO** .- La distribución irregular de la jornada en nuestro ordenamiento jurídico sufre una modificación sustancial con el Real Decreto Ley 3/2002, y más todavía con su convalidación parlamentaria que se materializa en la Ley 3/2012, pues se pasa de un sistema totalmente paccionado, a un sistema de mínimos en defecto de pacto. Concretamente el nuevo art.34-2 ET pasó a tener el siguiente redactado -mantenido por el Real Decreto Legislativo 2/2015- :

*"Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.*

*Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella.*

*La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan."*

Se trata de una de las figuras jurídicas más polémicas de la reforma laboral de 2012, por cuanto afronta la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, en pro de los intereses de empresa, en un momento de marcada crisis y donde el Legislador ha considerado necesario otorgar a las empresas la facultad de disponer del 10 % de la jornada laboral; y se ha hecho sin necesidad de negociación -como se ha dicho-, sin causalización -sin justificación finalista-, y únicamente sometido al plazo de preaviso mínimo -de 5 días- y al respeto de los descansos diario y semanal.

Son muchas las cuestiones que surgen puesto que la Ley es muy abierta, y sólo sobre el **preaviso -que es la primera cuestión-** se pueden formular algunas: ¿los 5 días son naturales o laborables? ¿el preaviso puede ser colectivo? ¿el preaviso tiene que ser por escrito? ¿cabe despreavisar? ¿y si es así, antes o después de los 5 días? ...

Al respecto el TS tiene un pronunciamiento que es el de la sentencia 16-4-14 referida al carácter de derecho necesario relativo que tiene el preaviso, y por lo tanto no susceptible de minoración el plazo de 5 días por pacto -convenio colectivo más exactamente- .

En esta litis corresponde resolver la cuestión de si es válido un preaviso realizado colectivamente mediante su inclusión en el Tablón de anuncios.

Y para ello, con carácter previo, es bueno deslindar lo que la doctrina ha denominado "distribución irregular estática" - entendiendo por esta la que se fija en el calendario laboral- , y "distribución irregular dinámica" - entendiendo por tal la que simplemente respeta el plazo de preaviso de 5 días- .



En el caso de autos se trata de una "distribución irregular dinámica" de la jornada laboral, y la respuesta es que no cabe una notificación colectiva. Las razones son:

a) La jornada laboral de un trabajador que se fija, pertenece a las condiciones contractuales individuales de la relación laboral, y por ende no cabe su fijación al margen del individuo.

b) La carga de la prueba para acreditar la comunicación a un trabajador de un horario distinto al establecido en el calendario (que es anual - art.34-6 ET -), corresponde al empresario ex art.217 LEC , y tal constatación personal no se obtiene mediante la colocación de una comunicación -individual o colectiva- en el Tablón de avisos, el cual no tiene que ser analizado diariamente por el trabajador, ni deja constancia del día en que cada trabajador ha sido preavisado. Y

c) El preaviso colectivo en el Tablón de anuncios no es método válido para tener por cumplida la exigencia legal del art.34-2 ET en una "distribución irregular dinámica" de la jornada laboral, porque no prevé los supuestos de aquellos trabajadores que por turnos, licencias, permisos, ... se incorporen a trabajar en día distinto al de la incorporación de la comunicación en el Tablón de anuncios, con lo que no se acreditaría el respeto al plazo de 5 días de preaviso.

Consecuentemente procede ex art.160-3 LRJS declarar nula y sin ningún valor, la praxis empresarial de comunicar el preaviso de la distribución irregular de la jornada de forma colectiva a través del Tablón de anuncios.

**SEXTO** .- Resta resolver si es factible la **aplicación de la distribución irregular de la jornada a aquellos trabajadores con concreción horaria tras reducción de jornada por guarda legal** . La Ley tampoco dice nada al respecto, pero la respuesta debe ser negativa, y ello por los siguientes motivos:

a) El art.37-6 ET -concreción horaria por reducción de jornada- se constituye como un derecho individual de los trabajadores, y así lo dice expresamente en su párrafo cuarto, con lo que no es disponible por parte del empresario.

b) Tal y como se ha dicho, la distribución irregular de la jornada configurada por la Ley 3/2012 es una figura jurídica que se adopta por los motivos coyunturales correspondientes, pero que afecta como pocas a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal de los trabajadores -y por tanto al art.34-8 ET - , por cuando el "tiempo no laboral" del trabajador queda condicionado mediante un simple preaviso 5 días antes. Pero al margen de la conciliación general del art.34-8 ET , está la conciliación especial del art.37-6 ET , donde concurriendo una serie de circunstancias específicas, y con aportación de un sacrificio personal del trabajador como es la reducción de jornada, se concreta y se regla la conciliación de la vida laboral y familiar. Cerrada esta concreción, no puede abrirla el empresario; tampoco por la vía de la distribución irregular de la jornada. Y

c) Aplicar la distribución irregular de la jornada a los trabajadores con concreción horaria tras reducción de jornada por guarda legal, no sólo desnaturalizaría esta figura de la concreción horaria para atender las razones de guarda legal -pues lo conseguido por un lado se perdería por el otro- ; es que además conculcaría la dimensión constitucional que tiene el derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, en la línea marcada por la sentencia 3/2007 del Tribunal Constitucional -y su auto posterior 1/2009 - , de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde, por ser incuestionado -en general y también en esta empresa- la mayor afectación de este tipo de permisos en el sexo femenino.

Por todo ello procede también ex art.160-3 LRJS declarar nula y sin ningún valor, la praxis empresarial de aplicar la distribución irregular de la jornada a aquellos trabajadores con concreción horaria tras reducción de jornada por guarda legal.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Estimar íntegramente la demanda de conflicto colectivo interpuesta por UGT Cantabria -Federación de industria y trabajadores agrarios- contra la empresa Sistema Britor S.L., condenándole a acatar los siguientes pronunciamientos:

1.- declarar nula y sin ningún valor, la praxis empresarial de comunicar el preaviso de la distribución irregular de la jornada de forma colectiva a través del Tablón de anuncios;

2.- declarar nula y sin ningún valor, la praxis empresarial de aplicar la distribución irregular de la jornada a aquellos trabajadores con concreción horaria tras reducción de jornada por guarda legal.

ADVERTENCIAS LEGALES



De conformidad con el art.97-4 L.R.J.S . se indica que la presente sentencia NO ES FIRME, siendo susceptible de recurso de suplicación ( art.191 L.R.J.S .), el cual deberá interponerse ante este Juzgado de lo Social nº5 de Santander en el plazo de 5 días (art.194 L.R.J.S .):

- expresando las alegaciones sobre su procedencia y el cumplimiento de los requisitos, así como los motivos en que se ampare con cita de las normas o jurisprudencia que considere infringida, y en el caso de la revisión de hechos probados, los documentos o pericia que lo sustentan, con la formulación alternativa que se pretenda ( art.196 L.R.J.S .);

- expresando domicilio en Santander a efectos de notificaciones, si no se hubiera designado con anterioridad ( art.198 L.R.J.S .);

- acreditando haber consignado 300 € en la cuenta corriente de este Juzgado con indicación del tipo de recurso ( art.229 L.R.J.S .), salvo que el recurrente tuviere la condición de trabajador, beneficiario de la Seguridad Social, beneficiario de Justicia Gratuita, sindicatos o entidades de derecho público;

- y acreditando en el caso de condena de cantidad, haberla consignado ante el Juzgado o avalado solidariamente con entidad de crédito, o en su caso ingresado en la T.G.S.S.; y en el caso de condena a prestación periódica de Seguridad Social, certificado del inicio del abono de la prestación ( art.230 L.R.J.S .).

Para ingreso en metálico, debe utilizarse la cuenta corriente de este Juzgado de lo Social nº 5 de Santander nº 2778000065060516. Para ingreso mediante transferencia debe utilizarse la cuenta IBAN ES55 0049 3569 92 0005001274 poniendo en el apartado "concepto" lo siguiente 2778000065060516.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

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

**PUBLICACIÓN.** - La anterior sentencia ha sido pronunciada y publicada por el/la Ilmo./a. Sr./a. Magistrado que la suscribe, el mismo día de su fecha y en Audiencia pública; se incluye el original de esta resolución en el libro de Sentencias, poniendo en los autos certificación de la misma y se notifica a cada una de las partes conforme a lo dispuesto en los artículos 56 y siguientes de la LRJS . Doy fe.