



Roj: **STSJ GAL 3867/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:3867**

Id Cendoj: **15030340012017102727**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2017**

Nº de Recurso: **915/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JUAN LUIS MARTINEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA - SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO

-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2015 0000005

Equipo/usuario: MM

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000915 /2017 - RMR

Procedimiento origen: MODIFICACION SUSTANCIAL CONDICIONES LABORALES 0001044 /2015

Sobre: MODIFICACION CONDIC.LABORALES

RECURRENTE/S D/ña Inmaculada

ABOGADO/A:

PROCURADOR: JOSE ANTONIO CASTRO BUGALLO

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: TELEVISION DE GALICIA SA, MINISTERIO FISCAL, CORPORACION DE RADIO E TELEVISION DE GALICIA

ABOGADO/A: ANTIA CELEIRO MUÑOZ, , ANTIA CELEIRO MUÑOZ

PROCURADOR: MARIA DOLORES LUISA VILLAR PISPIEIRO, , MARIA DOLORES LUISA VILLAR PISPIEIRO

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

ILMO. SR. D. JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO

ILMO. SR. D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ

ILMO. SR. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA

EN A CORUÑA, A VEINTIDÓS DE MAYO DE DOS MIL DIECISIETE.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE



EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0000915 /2017, formalizado por D/ Inmaculada , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de A CORUÑA en el procedimiento MODIFICACION SUSTANCIAL CONDICIONES LABORALES 0001044 /2015, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Inmaculada presentó demanda contra TELEVISION DE GALICIA SA, , CORPORACION DE RADIO E TELEVISION DE GALICIA, con la intervención del MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha once de marzo de dos mil dieciséis .

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

"PRIMERO.- La actora Inmaculada viene prestando sus servicios por cuenta de TELEVISION DE GALICIA S.A. (CRTVG) desde el día 1-3-05 con categoría profesional de redactora nivel 1 y percibiendo un salario mensual de 2.978,30 € con prorrateo de pagas extraordinarias.- SEGUNDO.- La empresa comunicó a la actora carta fechada el día 7-10-15, la cual consta en autos (doc nº 6º prueba actora y doc nº 3 prueba empresa) y se tiene aquí por íntegramente reproducida en aras a la brevedad, procediendo a modificar el turno de la actora, pasando a prestar servicios en turno de tarde con horario de 14,30 h a 22,00 h a partir del día 26-10-15 y mientras dure la reducción de jornada de la trabajadora Sra. María Purificación .- TERCERO.- La Sra. María Purificación solicito reducción de jornada por cuidado de hijo que fue concedido por la empresa a partir del día 26-10-15, trabajando en turno de mañana.- CUARTO.- La actora prestaba sus servicios anterioridad a la modificación en turnos rotativos de semanas de mañana con horario de 8,30 a 16,00 h y otras de tarde desde las 14,30 h a 22,00 h., teniendo la trabajadora Sra. María Purificación el mismo horario.- El hijo de la actora nació el día NUM000 -99.- La actora es Delegada de Personal".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que debo desestimar y desestima la demanda interpuesta por Inmaculada contra TELEVISION DE GALICIA S.A, (CRTVG), declarándose justificada la decisión empresarial, pudiendo la actora extinguir el contrato de trabajo en el plazo de quince días.

Por auto de 4-4-2016 se rectificó el error sufrido en el fallo de la sentencia, quedando redactado del siguiente tenor literal "Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Inmaculada contra Televisión de Galicia, S.A. (CRTVG), declarándose justificada la decisión empresarial, pudiendo la actora extinguir el contrato de trabajo en el plazo de quince días".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia desestima la demanda sobre modificación de las condiciones de trabajo, declarando justificada la decisión empresarial, pudiendo la actora extinguir el contrato de trabajo en el plazo de quince días.

Contra dicha resolución interpone recurso de suplicación la representación procesal de la parte accionante para pedir la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida y para denunciar la infracción de normas sustantivas.

La revisión solicitada, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la L.R.J.S ., tiene por objeto:

a) La adición al ordinal quinto del siguiente texto:

"La actora está legalmente divorciada desde abril de 2004 sin percibir aportación económica alguna de su ex cónyuge. Por auto de Ejecución de 25/10/12, se reclamaron las cantidades no abonadas por el ex marido, conforme a los alimentos del hijo común, que no han sido abonadas".



b) La modificación del ordinal sexto para el que propone el siguiente texto:

"6º.- La actora es delegada de personal. En esa condición el 25/09/15, remitió escrito al departamento de Recursos Humanos para que la empresa aplique lo regulado en el convenio colectivo a las solicitudes de conciliación que se presentan en la Delegación de TVG de A Coruña, toda vez que el artículo del citado Convenio "33.4.3 establece: o dereito preferente a eleixir horario regulado, aplicárase cando se produza unha vacante nun posto de traballo ou se xere unha nova necesidade, en non cando implique modificar horarios doutros/as traballadores/as" Solicita la Delegada que se proceda a "tratar a todos os traballadores con igualdade, principio básico a cumprir" Previamente el 22/06/15 y el 18/09/15 Jacinta y Regina , ambas trabajadoras de la Delegación de A Coruña, solicitaron reducción de jornada con concreción horaria que les fue denegada por la empresa. No consta que la empresa requiriese a la actora en su condición de Delegada de Personal, la necesidad de emitir informe con carácter previo en los supuestos de reducción de jornada."

Se rechaza la revisión del ordinal quinto porque la cuestión que se plantea en el presente procedimiento es, únicamente, la nulidad de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por lo que carece de trascendencia el texto que pretende incorporar, habida cuenta, además, de que el hijo a que hace referencia nació en 1999, por lo que es mayor de 12 años, que es la edad máxima por la que se puede pedir una reducción de jornada por conciliación familiar.

Tampoco se acepta la revisión del ordinal sexto pues la interpretación del artículo que se menciona ya fue tratado en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida y porque la mera alegación de prueba negativa no puede fundar un error de hecho (sentencia de 3 de abril de 1998, Rec. 2988/95) ni permite la variación de la declaración de hechos probados efectuada por el Magistrado de instancia en la sentencia recurrida, solo impugnabile cuando se evidencia error en los mismos y se acredita mediante prueba documental o pericial obrante en autos.

SEGUNDO .- Al amparo del apartado c) del mencionado artículo 193 de la L.R.J.S ., denuncia la parte recurrente la infracción del artículo 34.8 , 37.6 y 37.7 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 33.4, en sus apartados 1, 2 y 3 del Convenio Colectivo de la CRTVG . Alega, en síntesis, que la concreción horaria con la reducción de jornada, debe establecerse dentro de la jornada ordinaria de trabajo. Por tanto la empresa se extralimita concediendo un derecho que al superar los límites establecidos por el Convenio, perjudica directamente a la actora que tiene que soportar en exclusiva el derecho de conciliación de otra trabajadora, cuando la empresa incumple lo pactado en convenio.

Para una mejor comprensión de la cuestión debatida es preciso partir de los siguientes datos y circunstancias:

1) La demandante viene prestando servicios por cuenta de TELEVISION DE GALICIA S.A. (CRTVG) desde el día 1-3-05 con categoría profesional de redactora nivel 1 y percibiendo un salario mensual de 2.978,30 € con prorrateo de pagas extraordinarias.

2) La empresa comunicó a la actora carta fechada el día 7-10-15, la cual consta en autos (doc nº 6º prueba actora y doc nº 3 prueba empresa) y se tiene aquí por íntegramente reproducida en aras a la brevedad, procediendo a modificar el turno de la actora, pasando a prestar servicios en turno de tarde con horario de 14,30 h a 22,00 h a partir del día 26-10- 15 y mientras dure la reducción de jornada de la trabajadora Sra. María Purificación .

3) La Sra. María Purificación solicitó reducción de jornada por cuidado de hijo que fue concedido por la empresa a partir del día 26-10-15, trabajando en turno de mañana.

4) La actora prestaba sus servicios anterioridad a la modificación en turnos rotativos de semanas de mañana con horario de 8,30 a 16,00 h y otras de tarde desde las 14,30 h a 22,00 h., teniendo la trabajadora Sra. María Purificación el mismo horario.

La reducción de jornada ligada a la elección de turno es un tema que ya ha sido abordado y analizado por esta misma Sala, entre otras, sentencia de 28 de mayo de 2012 (Rec. 4545/2008), en la que, con la finalidad de adaptar la jornada al cuidado de hijo menor de 12 años, declaramos procedente la modificación que se concretaba en el derecho de la trabajadora a la reducción de su jornada y al cambio de turno de trabajo, estableciéndose un turno fijo de mañanas, en base a lo siguiente:

"...en línea con anteriores resoluciones de esta misma Sala, por todas la de 16/11/2011, en la que se establece, entre otras consideraciones, que las sentencias sobre el derecho a la reducción de jornada por motivos familiares dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con cita de la de 16/6/1995 (RJ 1995, 4905), así como la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional, aseverando aquella que "como regla general la facultad para determinar y elegir el horario adecuado ... corresponde al trabajador ... ya que es el único capacitado para decidir cuál es el período más idóneo para cumplir las obligaciones derivadas de la



patria potestad que le competen", aunque, como excepción, se añade que "cuando ese derecho entrase en colisión con el derecho de dirección y organización empresarial se acudirá a las circunstancias concurrentes en cada caso, incluida la de buena fe, para atribuir esa facultad a uno o a otro", añadiendo que, "más adelante la sentencia del Tribunal Supremo de 20/7/2000 (RJ 2000, 7209), después de admitir que "nada establece el precepto legal en orden a la concreción horaria de la reducción de jornada", concluye que "(la) aparente laguna legal (fue) posiblemente dejada de propósito, con el fin de que se compatibilicen los intereses del menor (y por tanto del padre o madre trabajadores), con las facultades empresariales de organización del trabajo", compatibilidad en la cual "la forma de ejercicio del derecho por ambas partes puede ser determinante de que, en cada caso, proceda una u otra solución", así como que "en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 del 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 Española (RCL 1978, 2836) sobre la protección de la familia y de la infancia" y que "las más recientes sentencias del Tribunal Supremo (Sala General) de 13/6/2008 y de 18/6/2008 (RJ 2008, 4230), niegan que el derecho a elección de turno entre en el ámbito de las facultades concedidas a los trabajadores en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, distanciándose esta doctrina de la contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 3), porque "aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, como en la sentencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en el artículo 37.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores, 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 artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir los Órganos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando las artículos necesarios del Estatuto de los Trabajadores, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo", añadiendo que "Nuestro Tribunal Constitucional -con cuya doctrina nos conviene rematar tanto por la cita que de ella se hace en las sentencias de casación como por su valor directo a los efectos resolutorios de nuestro caso litigioso- ha llamado la atención, en su sentencia 3/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 3), sobre "la dimensión constitucional 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 (Constitución Española artículo 14) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (Constitución Española artículo 39)", para después concluir afirmando que esa dimensión constitucional "ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa", lo cual le ha servido de base en el caso decidido por el Tribunal Constitucional para estimar el recurso de amparo" y, señalando, asimismo, que "a la vista de la expuesta doctrina judicial a nivel ordinario y constitucional, debemos concluir que...no estamos ante una mera elección del turno de trabajo sin reducción de la jornada...sino ante una auténtica reducción de jornada, con la consiguiente reducción proporcional del salario, y aunque es verdad que la imputación horaria que la trabajadora realiza de esa reducción de jornada a los turnos que no sean el de mañana de lunes a viernes, implican una alteración del horario a turnos, no es menos verdad que se trata de un efecto reflejo de la imputación horaria que a la trabajadora le faculta para realizar el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, y que, dicho sea de paso, no es un efecto definitivo, en la medida en que, desaparecidas las condiciones del derecho - en el caso de autos, el cuidado de un hijo menor - se retornará a la jornada anterior incluso si, ante la ausencia de petición de la trabajadora, la empresa exigiese su cumplimiento y, en cualquier caso, no debemos de olvidar que, como norma general, es a la persona trabajadora a quienes se les atribuye la facultad de concreción horaria del derecho a la reducción de jornada - sentencia del Tribunal Supremo de 16/6/1995 (RJ 1995, 4905) - salvo ausencia de buena fe y/o causa empresarial probada...dicha solución es, asimismo, la más acorde con la dimensión constitucional del derecho a la reducción de la jornada por motivos familiares, una dimensión constitucional que ha sido puesta de manifiesto tanto por el Tribunal Supremo - sentencias de 20/7/2000 (RJ 2000, 7209) - como de modo más expreso por el propio Tribunal Constitucional - sentencia 3/2007 (RTC 2007, 3), de 15 de enero -", de manera que, la aplicación al caso de la doctrina reseñada en la citada resolución de esta misma Sala, determina el éxito del recurso auspiciado por la parte actora y, en consecuencia, dejando patente que no es un efecto definitivo, en la medida en que, desaparecidas las condiciones del derecho, se retornará a la jornada anterior, deviene procedente la revocación de la sentencia de instancia y la estimación de las pretensiones contenidas en la demanda".

TERCERO.- También denuncia, bajo amparo procesal adecuado, la infracción del artículo 14 y 28 de la Constitución en relación con el artículo 64.5 b) del ET, alegando que la empresa no respetó los derechos de la actora como Delegada de personal de los Trabajadores al incumplir el requerimiento previo para emitir informe en los supuestos de reducción de jornada, tal y como establece el mencionado artículo 64.5 b) del referido texto legal. Infringiendo no solamente los principios de igualdad y no discriminación, sino los de libertad sindical.

El invocado artículo, que se incluye en el Título II "De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa", cuando alude al derecho del Comité de empresa a ser informado y



consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a su derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre las reducciones de jornada, se está refiriendo siempre a aquellas cuestiones que puedan afectar a un grupo de personas, (pues hace expresa referencia "a los trabajadores"), y no a cambios individuales, como es el supuesto de autos.

De ahí que no haya existido la vulneración que se denuncia pues la medida adoptada por la empresa haya de incluirse en la dimensión constitucional 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 (Constitución Española artículo 14) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (Constitución Española artículo 39).

CUARTO .- En cuanto a la infracción por inaplicación del artículo 183 de la L.R.J.S ., en relación con los artículos 8.12 de la LISOS y 39 y 40 del mismo texto legal así como el 138.7 de la L.R.J.S ., al considerar que la actuación de la empresa ha supuesto un ataque frontal contra la representante de los trabajadores, por lo que además de declarar la nulidad de la medida adoptada, debe indemnizarse a la actora por daños y perjuicios; dicha petición ha de venir rechazada de plano, pues viene claramente supeditada a que prosperasen los motivos anteriores que, por lo arriba expuesto, han sido rechazados.

En consecuencia procede la confirmación de la sentencia de instancia, previa desestimación del recurso de suplicación formulado por el demandante.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por la representación procesal de la demandante Dña. Inmaculada , contra la sentencia de fecha once de marzo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social Dos de A Coruña , en el procedimiento 1.044/15 sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, contra TELEVISION DE GALICIA S.A. (TVG S.A.) y la COMPAÑIA DE RADIO TELEVISION DE GALICIA (CRTVG), confirmando la expresada resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.