



Roj: **STSJ CV 7603/2011 - ECLI: ES:TSJCV:2011:7603**

Id Cendoj: **46250340012011102499**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2011**

Nº de Recurso: **2082/2011**

Nº de Resolución: **2615/2011**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN LOPEZ CARBONELL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

2

Recurso Suplicación nº 2082/2011

**Recurso contra Sentencia núm. 2082/2011**

Ilmo. Sr. D. Antonio Vicente Cots Díaz

Presidente

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Lluch Corell

Ilma.Sra.Dª Mª Carmen López Carbonell

En Valencia, a veinte de septiembre de dos mil once.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, ha dictado la siguiente,

**SENTENCIA N° 2615/2011**

En el Recurso de Suplicación núm. 2082/2011, interpuesto contra la sentencia de fecha diecinueve de mayo de dos mil once, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Dieciseis de Valencia, en los autos núm. 98/2011, seguidos sobre Modificación Condiciones de Trabajo, a instancia de Doña Angelica , asistida del Letrado Don Manuel Urbiola Antón, contra Centros Comerciales Carrefour S.A, asistido del Letrado Don Pablo Dapena Pérez y Ministerio Fiscal, y en los que es recurrente la parte demandada Centros Comerciales Carrefour S.A, habiendo actuado como Ponente la Ilma.Sra.Dª Mª Carmen López Carbonell

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida de fecha diecinueve de mayo de dos mil once, dice en su parte dispositiva: "FALLO: "Estimando la demanda formulada por Angelica contra la empresa CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A., declaro nula y dejo sin efecto la decisión empresarial de suprimir el abono a la actora del plus de responsabilidad, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a abonar a la actora el indicado plus en la cuantía proporcional a la jornada reducida realizada. Condenando asimismo a la empresa demandada a abonar a la trabajadora la cantidad de 4.265,82 euros devengadas por el indicado concepto en el periodo 14-01-2011 hasta 30-04-2011".

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "1.- La demandante Angelica , con DNI NUM000 , presta servicios para la empresa demandada CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A. (CIF nº A28425270), en el supermercado de La Eliana, desde 20 de enero de 1988, ostentando la categoría profesional de Jefe de Sector. Las relaciones de trabajo en la empresa se rigen por el Convenio colectivo de grandes almacenes. 2.- La relación de trabajo entre las partes se inició en la fecha que se menciona que en apartado anterior tras la suscripción de contrato de trabajo temporal de fomento de empleo en el que se hace constar que la actora prestará servicios con la categoría de Jefe de Sección y que



la cuantía de la retribución que se fija se distribuye en los conceptos salariales sueldo base, complemento personal y plus de responsabilidad. En cláusula adicional al contrato se hace constar lo siguiente: *Habida cuenta de la especial naturaleza del trabajo que implica la categoría JEFE DE SECCION al no poder preveer con antelación ciertos imprevistos que le obligan a una presencia superior a la jornada normal, sin que sea posible la petición de autorización de horas extraordinarias, ambas partes de mutuo acuerdo deciden establecer el importe de 43.750.- mensuales estimadas aleatoriamente en concepto de complemento por puesto de trabajo de responsabilidad (Plus de responsabilidad). En virtud de esta forma de retribución, obedece a un sistema de contratación "por resultados", no procederá la reclamación ni por parte del empleado ni por parte de la Empresa, si se sobrepasara dicho cálculo o si, por el contrario, no llegara a realizarse en todo o en parte las prolongaciones de jornada anteriormente aludidas. Por cualquiera de ambas partes y con un mes de preaviso puede rescindirse este acuerdo suprimiéndose el referido complemento por puesto de trabajo responsable y quedando ambas partes a las disposiciones legales sobre horas extraordinarias.* En fecha 1 de julio de 1988 las partes firmaron documento en el que se hace constar que la actora queda confirmada como Jefe de Sección, una vez concluido el periodo de formación, y modifican las condiciones retributivas, aumentando el importe del plus de responsabilidad a 55.000 pesetas mensuales, haciéndose constar en el documento menciones idénticas a las que se acaban de transcribir, así como las que a continuación se reproducen literalmente: *A partir de su nombramiento dejará Ud. de estar sometida a una jornada de trabajo fija, no debiendo fichar su incorporación como hasta la fecha. En función de que su cometido es de consecución de objetivos, su jornada no se fija de antemano sino que variará en función de las necesidades del trabajo. Por lo anterior y habida cuenta de la mayor dedicación y responsabilidad que su nuevo puesto implica, la Empresa le fija un complemento salarial que responde a la denominación de "Plus de Responsabilidad".* 3.- Desde fecha no precisada la actora ostenta la categoría profesional de Jefe de Sector (Grupo Mandos del Convenio) en el supermercado de La Eliana, en concreto como Jefa de Sector de Alimentación, que engloba dos subsectores, el de PGC (Producto Gran Consumo) y el de PFT (Productos Frescos Tradicionales), teniendo bajo su dependencia a varios Jefes de Sección (de Charcutería, de Pescadería, etc.). La "misión" de su puesto de trabajo (según descripción del puesto de trabajo aportada por la empresa), bajo la dependencia del Director del Hipermercado, es la de garantizar el desarrollo comercial de su sector, así como organizar la estructura humana de la misma, a través del cumplimiento e implantación de las políticas y valores establecidos por la compañía, con el objetivo de optimizar la productividad del equipo a su cargo y de conseguir los objetivos comerciales definidos por la Dirección de la Compañía y del propio Hipermercado para su sector. Las funciones del puesto de trabajo son las siguientes: - Asegurar el cumplimiento de los criterios nacionales de implantación y señalización, adaptándolos a la realidad del sector, con el fin de crear una identidad propia como Compañía y facilitar la compra al cliente.- Analizar y estudiar el mercado de la región en donde se encuentra sita la Compañía con el objetivo de poder proponer a Sede, a través de CCR regional, posibles proveedores locales y así ofrecer una gama de productos típicos de la tierra garantizando la satisfacción del cliente y la identificación de éste con la Compañía.- Realizar seguimiento de las desviaciones recogidas en el libro de abordo con el fin de conseguir los objetivos de venta, márgenes y gastos respecto a las previsiones realizadas.- Asegurar la presencia en el sector de los primeros precios, productos de marca propia, de grandes marcas y el surtido regional tratando de garantizar la competitividad del sector aportando los mejores precios del mercado gracias al chequeo sistemático de competencia.- Colaborar con el jefe de producto en el desarrollo de los elementos necesarios para la comercialización del producto en las tiendas (merchandising, plan de venta, difusión de la cultura del producto. . .) con el fin de satisfacer las necesidades de venta del centro y aumentar la cuota de mercado- Planificar y coordinar junto con los jefes de sección la estructura humana, asignando las funciones, horarios y puestos, respetando siempre la normativa socio-laboral y manteniendo un buen clima social dominado por los valores Carrefour, con el fin de asegurar una estructura laboral óptima y una mayor productividad.- Supervisar y cuidar el orden y limpieza de todos los activos de la tienda, especialmente de su sector, con el objetivo de minimizar los riesgos laborales, garantizar una buena imagen al cliente y asegurar la calidad de los productos.- Dinamizar a los equipos de las diferentes secciones siendo el responsable de la motivación del mismo, de su satisfacción laboral, de transmitir el orgullo de pertenencia a la Compañía y de promover el desarrollo de todos los integrantes, encaminado todo ello a conseguir una plantilla con autoestima positiva que confía en su capacidad de pensar y de afrontar los continuos procesos de cambio dentro de la Empresa. 4.- La actora venía percibiendo el plus de responsabilidad por importe mensual de 1.420,37 euros mensuales. El referido plus ha dejado de abonarse por la empresa a partir de 14 de enero de 2011 en que la actora ha pasado a disfrutar de una reducción de jornada por cuidado de hijo en las condiciones a que después se hará mención. Aplicando al importe del mencionado plus el porcentaje de jornada que desde esa fecha realiza la actora resultaría -indiscutidamente- un importe de 1.207,31 euros mensuales y la cantidad devengada por la trabajadora hasta la nómina de abril inclusive alcanzaría -también indiscutidamente- la cantidad de 4.265,82 euros. 5.- La actora fue madre en fecha 7 de julio de 2010, disfrutando el correspondiente descanso por maternidad. A su finalización, solicitó y obtuvo de la empresa la acumulación en 14 días naturales del permiso de lactancia de menor de 9 meses, que disfrutó sin solución de continuidad en el periodo 27-10-2010 a 9-11-2010. Tras el disfrute del permiso de lactancia acumulado la empresa accedió



a la solicitud de la trabajadora de disfrutar las vacaciones del año 2010 y 7 días pendientes del año 2009 en el periodo 10-11-2010 a 17-12-2010, incorporándose la actora al trabajo el día 18 de diciembre.6.- Mediante escrito de fecha 20 de diciembre de 2010 la actora comunicó a la empresa acogerse a su derecho de reducción de jornada por razones de guarda legal para atender al cuidado de su hija, señalando que a partir de 12-01-2010 realizará una jornada de 34 horas semanales en horario de 8,20 a 14,00 horas de lunes a sábado.7.- La empresa, por escrito de 5 de enero de 2011, aceptó la solicitud de reducción de jornada, pero no la concreción horaria de dicho derecho, puesto que, se dice en el escrito, la trabajadora está concretando un horario al margen del artículo 32.8 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes en el que vienen reguladas las especialidades del Grupo Profesional de Mandos al que Ud. pertenece, en cuanto a la flexibilidad del horario y distribución de la jornada en función de los ciclos y necesidades específicas del puesto, siéndole de aplicación, en consecuencia, el Acuerdo de Horarios del Comité Intercentros de 22 de diciembre de 2009. No obstante, la empresa ofrece a la actora en el propio escrito las alternativas siguientes: Opción 1 - Horario de lunes a sábado de 8,20 a 14,30 horas con 30 minutos de descanso o de lunes a sábado de 7,50 a 14,00 horas con 30 minutos de descanso y en ambos casos un sábado cada cuatro de tarde de 15,50 a 22,00 horas con 30 minutos de descanso.- Se seguirá manteniendo la obligación de asistencia a los inventarios generales, así como la obligación de prestación de servicio en domingos y festivos de apertura permitidos, de darse este supuesto. Opción 2: -De lunes a sábado, descansando los miércoles, de 08,20 a 15:38 horas, con 30 minutos de descanso. -Se seguirá manteniendo la obligación de asistencia a los inventarios generales, así como la obligación de prestación de servicio en domingos y festivos de apertura permitidos, de darse este supuesto. Opción 3: - Lunes de 14:30 a 20:40 horas con 30 minutos de descanso y de martes a sábado de 08:20 a 14:30 horas con 30 minutos de descanso. -Se seguirá manteniendo la obligación de asistencia a los inventarios generales, así como, la obligación de prestación de servicio en domingos y festivos de apertura permitidos, de darse este supuesto. 8.- En el propio escrito que se menciona en el apartado anterior se comunica a la trabajadora que firmó con su contrato de trabajo, en fecha 20 de enero de 1988, unas especiales condiciones de prestación de servicios, basada en la flexibilidad y dedicación a efectos de poder atender las necesidades del puesto de trabajo que pudieran surgir en cada momento, lo que implicaba la inclusión de tiempos de presencia, que no de trabajo efectivo, que inevitablemente se producirían en este sistema de prestación y actividad del puesto y dependiendo asimismo de su propia organización del trabajo para la buena marcha del Sector, así como que por dichas condiciones de prestación del trabajo viene percibiendo un complemento salarial de trabajo denominado Plus de Responsabilidad, por el que se retribuye la total flexibilidad en la jornada de trabajo y horarios. Poniendo en conocimiento de la trabajadora que la fijación de un horario preestablecido mediante la elección de cualquiera de las opciones anteriores o cualquier nueva opción con un horario fijo, conllevaría la supresión del "Plus de Responsabilidad" que retribuye la flexibilidad indicada. Finalmente, en el mencionado escrito, cuyo contenido íntegro se da por reproducido en aras a la brevedad, la empresa informa a la trabajadora que en el supuesto de que fijase un horario, se le haría entrega de una ficha de control, debiendo hacer uso de la misma para registrar todas las salidas y entradas de su puesto de trabajo, con el fin de poder controlar el cómputo del tiempo de trabajo efectivo. 9.- La actora manifestó por escrito de 12 de enero siguiente su disconformidad con los horarios impuestos por la empresa, no obstante lo cual anuncia que, hasta que se resuelva la situación, comenzará a realizar el 14/01/2011 la opción 1 señalada por la empresa. 10.- Desde la indicada fecha de 14 de enero la actora vino realizando su trabajo en horario de 7,50 a 14,00 horas con 30 minutos de descanso de lunes a sábado y un sábado cada cuatro de tarde de 15,50 a 22,00 horas con 30 minutos de descanso. No obstante, la trabajadora demandante, además de cumplir el citado horario, acudió a la empresa -y efectuó los fichajes horarios- fuera del mismo para celebrar reuniones o realizar inventarios de productos los días 24 de enero (de 17:00 a 20:16 horas), 26 de enero (de 21:30 a 21:56 y de 22:24 a 00:13 horas), 9 de febrero (salió a las 14:54 horas), 23 de febrero (de 21:03 a 21:58 y de 22:21 a 00:14 horas), 12 de marzo (salió a las 15:07 horas) y 29 de marzo (de 21:52 a 00,09 horas). Por otra parte, la actora trabajó, en horario de mañana, los domingos días 6 de marzo y 3 de abril. 11.- En fecha 10 de marzo de 2011 la empresa entregó a la demandante escrito del siguiente tenor literal: "La Dirección de la Compañía ha tenido conocimiento de que viene usted asistiendo a prestar servicios a su centro de trabajo en horario diferente al establecido en la concreción horaria establecida para su reducción de jornada por guarda legal en los términos que le fueron comunicados mediante escrito de fecha 5 de enero de 2011. Nos llama poderosamente la atención su actuación por cuanto que, con motivo de su solicitud de reducción de jornada por guarda legal, usted manifestó su interés por disfrutar de un horario preestablecido y fue precisamente en atención a los términos en que usted formuló su solicitud que la compañía le ofreció tres alternativas en cumplimiento del Acuerdo de Modificación de Turnos, Horarios del Comité Intercentros de Carrefour Hipermercados de fecha 22 de diciembre de 2009, entre las que usted optó por disfrutar un horario de 7:50 a 14:00 con 30 minutos de descanso y con un sábado cada cuatro de tarde de 15:50 a 22.00 horas con 30 minutos de descanso. Adicionalmente, debemos resaltar que lo anterior ha tenido como consecuencia inexorable la supresión del "Plus de Responsabilidad" que, como usted conoce, venía retribuyendo unas especiales condiciones de prestación de servicios, basada en la flexibilidad y dedicación a efectos de poder atender las necesidades del puesto de trabajo que pudieran



surgir en cada momento, lo que implicaba, como Ud. bien sabe, la inclusión de tiempos de presencia, que no de trabajo efectivo, que inevitablemente se producirían en este sistema de prestación y actividad del puesto y dependiendo asimismo de su propia organización del trabajo para la buena marcha del Sector. Con motivo de lo expuestos con anterioridad, nos vemos en la obligación de requerirle una aclaración en relación con su disposición a mantener la flexibilidad en su horario a efectos de poder atender las necesidades de su puesto de trabajo, puesto que en caso de que usted estuviera en disposición de mantener la mencionada flexibilidad, en los términos suscritos por usted en su día en su contrato de trabajo en todo su alcance, todo ello podría suponer un cambio sustancial en las condiciones de la concreción horaria en su reducción de jornada por guarda legal, así como el mantenimiento del reiterado plus de flexibilidad. En este sentido, estamos a su disposición para mantener las conversaciones que sean necesarias para revisar las condiciones de su reducción de jornada por guarda legal si ese es su deseo. Ahora bien, le recordamos que si usted no se encuentra en disposición de replantear las condiciones de prestación de servicios y concreción horaria de su reducción de jornada por guarda legal, en adelante debe usted cumplir y respetar el horario pactado hasta la fecha en el ámbito de su reducción de jornada por guarda legal de manera estricta, puesto que la compañía ya ha acometido la reorganización necesaria para que usted pueda dar cumplimiento a su necesidad de conciliación de su vida familiar con la laboral. 12.- En fecha 25 de marzo siguiente la actora presentó escrito en el que manifiesta que quiere mantener su horario fijo y preestablecido de reducción de jornada por guarda legal, si bien, añade, está dispuesta a realizar de forma puntual y ocasional aquellas funciones propias de su puesto de trabajo que no se puedan delegar o trasladar a su horario (inventarios, reuniones, formaciones y algún evento imprevisto). 13.- En fecha no precisada del mes de enero de 2011 la actora presentó demanda en materia de reducción de jornada por motivos familiares (concreción horaria), de la que conoció el Juzgado de lo Social nº 1 de Valencia (autos 79/11). En fecha 6 de abril de 2011 las partes alcanzaron un acuerdo en conciliación judicial en los siguientes términos: *La empresa y la parte actora acuerdan que de forma definitiva se iniciará el lunes 11-4-2011 el horario que inicialmente se había puesto como opción 2 en la carta de fecha 5-1-2011, pero con el horario de 7 horas a 14:18 horas incluyendo 30 minutos de descanso de lunes a sábado, descansando los miércoles. Ambas partes manifiestan que la cuestión del plus de responsabilidad se resolverá en el Juzgado de lo Social nº 16, autos 98/11, donde está señalado el juicio para el próximo día 16-5-2011. La parte actora desiste de la vulneración de los derechos fundamentales como se hace constar en el escrito de demanda.* 14.- Desde el 11 de abril pasado la actora viene desempeñando su trabajo de Jefe de Sector en la jornada y horario pactado en conciliación judicial y, como consecuencia de ello, no asiste a las reuniones que el Director del Hipermercado convoca por las tardes. El Jefe de Sección de Pescadería Efrain atiende por las tardes el correo interno de la actora por si hay alguna comunicación urgente. En los hipermercados de la empresa se realizan dos inventarios generales al año y uno mensual en el subsector de Productos Frescos. A estos últimos normalmente solo acuden los Jefes de Sección. La actora acudió al centro de trabajo para los inventarios realizados en 26 de enero, 23 de febrero y 29 de marzo. 15.- El día 27 de abril, a las 14:30 horas, tuvo lugar en el Hipermercado una visita de la Inspección de Sanidad, siendo atendidos por Fausto en calidad de "Jefe de guardia" (se trata de un Jefe de Sección, Controler/JCM), quien firmó el acta. La empresa ha elaborado un "plan de acción" con el objetivo de minimizar el riesgo sanitario derivado de las incidencias detectadas, para cuya ejecución los trabajadores del grupo "mandos" en ocasiones entran antes de lo habitual al trabajo o salen más tarde. 16.- La empresa ha venido abonando a la actora en el mes de marzo (al menos en los años 2007, 2008 y 2010) una retribución variable por objetivos que ha ascendido en los tres citados ejercicios a 2.970 euros, 6.016 euros y 6.029 euros, respectivamente."

**TERCERO.-** Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada Centros Comerciales Carrefour S.A., habiéndose impugnado expresamente por la parte demandante. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda y declaró la nulidad de la decisión empresarial de suprimir el abono a la actora del plus de responsabilidad, con la consiguiente condena pecuniaria, interpone la parte demandada recurso de suplicación que articula en tres motivos, formulados todos ellos con amparo procesal en el artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral.

2. En el primer motivo solicita la recurrente la nulidad de la sentencia (artículo 191.a LPL), por entender que la misma infringe los artículos 97.2 de la Ley de procedimiento Laboral, artículo 24 de la Constitución Española, artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral. Considera en definitiva la parte que la sentencia incurre en defectos de falta de motivación e incongruencia y reproduce en suplicación sus argumentos acerca de la inadecuación procedimental, al haber interpuesto la actora, demanda





de proceso especial sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo.138LPL), cuando tal como apunta la propia sentencia debió interponer demanda de procedimiento ordinario.

3. Para resolver este primer motivo de suplicación debemos recordar brevemente cuales han venido siendo los parámetros de valoración que en materia de nulidad ha venido aplicando de forma reiterada esta Sala entre otras en la STSJCV 28/09/2007, recurso 2587/2007, en la que se sigue el criterio recogido en las STS de 13 marzo 1990, 30 mayo 1991 y 22 junio 1992, doctrina seguida por numerosos pronunciamientos de diversos Tribunales Superiores de Justicia.

Entendemos pues que la nulidad de actuaciones en el proceso laboral debe aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que sólo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En este sentido, se recuerda en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003) que "la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada"; por lo tanto ha de constar, siempre que sea posible, la previa protesta en el juicio oral de la parte perjudicada por la infracción que se denuncia; ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones genéricas; ha de justificarse la infracción denunciada que debe tratarse de una norma adjetiva y relevante; y finalmente tal infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retracción de actuaciones.

Pues bien partiendo de los criterios expuestos llegamos a la conclusión de que en el presente caso no concurre causa de nulidad de la sentencia. En primer lugar porque la resolución cumple rigurosamente con los requisitos y exigencias contenidas en los artículos 218 de la LEC y 97.2 de la LPL, exponiendo de forma clara, precisa y congruente, los hechos que considera acreditados, los razonamientos que le han llevado a su fijación (fundamento de derecho primero en aplicación del Art 97.2 de la LPL) y los fundamentos jurídicos en los que apoya el contenido del fallo estimatorio.

4. En segundo lugar y en relación a las alegaciones de la parte recurrente sobre la posible infracción del artículo 138 de la LPL, y la incongruencia entre la resolución y el razonamiento jurídico segundo en el que el juez llega a la conclusión de que la acción ejercitada debió iniciarse por la vía del procedimiento ordinario, compartimos el argumento jurídico que expone el Magistrado de instancia en su sentencia (fundamento de derecho primero) y que en definitiva entiende que en el marco del proceso laboral, la interposición de la demanda de proceso especial, no impide su tramitación como ordinario, en la medida que este último no solo no limita el conocimiento de las cuestiones suscitadas sino que garantiza los principios de defensa audiencia y contradicción abriendo incluso la vía de suplicación en una materia que de tramitarse por el procedimiento especial se encontraría limitada en el acceso al recurso extraordinario.

Así aunque es cierto que tal como establece la doctrina unificada citada por la recurrente en su escrito de suplicación, el cauce procesal adecuado en el presente caso debió ser el del proceso laboral ordinario, afirmación que es recogida y compartida por la propia sentencia, la especial naturaleza de la materia y la jurisdicción en la que nos encontramos permite al Juzgador valorar las concretas circunstancias en las que dicha acción se ejercita y le habilita para rechazar la excepción por considerar que no se produce indefensión y que por el contrario su estimación supondría una innecesaria dilación en la resolución de un conflicto directamente relacionado con materias que tiene prevista una tramitación urgente como son los derechos retributivos de la trabajadora y la conciliación de la vida familiar (artículo 75 de la LPL).

5. Esta Sala estima pues que la decisión adoptada por el Magistrado de instancia, es correcta y ajustada a derecho sin que la misma cause indefensión alguna a la parte recurrente ni vulnere sus derechos constitucionales o las garantías procesales. Y ello porque en el presente caso, la acción ejercitada por la actora tiene un plazo de caducidad que no vincula al proceso ordinario, porque el tiempo transcurrido entre la interposición y traslado de la demanda y la celebración del juicio contradice las alegaciones de indefensión y justifica la aplicación del principio de celeridad en la ordenación del procedimiento (artículos 74 y 75 de la LPL). Y por último porque la exención del trámite de conciliación previa que ampara para la modalidad procesal inicialmente ejercitada el Art 64 LPL, no puede considerarse perjudicial para la parte actora quien en conciliación judicial efectuada el 6 de abril con la trabajadora, sobre concreción de horario de la reducción de jornada, conocía ya de la existencia del presente pleito, no mostrando voluntad de pactar sobre el mismo, disponiendo además del trámite previsto en el artículo 84 LPL para alcanzar un acuerdo, en términos y condiciones similares a las que concurren en el Servicio de medición previo a la vía judicial, cuya única finalidad es la evitación de un procedimiento judicial.

Por lo tanto la resolución recaída cumple los requisitos legales, y formales que establecen las normas procesales en garantía del derecho constitucional de tutela efectiva (Art 24 CE), y la decisión sobre la



ordenación del proceso iniciado como proceso especial y concluido como proceso ordinario, no ocasiona a la parte recurrente indefensión alguna, resultando por el contrario conforme a los principios recogidos en los artículos 74 y 75 de la LPL, habiéndose garantizado por el Magistrado de instancia los principios de defensa, contradicción y audiencia.

**SEGUNDO.-** 1. En el segundo motivo de suplicación se solicita la revisión de hechos probados (Art. 191.b LPL), y se propone a la vista de la prueba documental practicada (documentos obrantes en los folios 147 a 213) la adición de un nuevo hecho probado con el "cardinal 17"(sic) cuyo texto literal consta en el escrito de suplicación y se tiene por reproducido a efectos de la presente. Con su propuesta sin embargo la parte pretende introducir en el relato fáctico de la sentencia las conclusiones que ella misma extrae de las sentencias aportadas en dichos documentos y recaídas en procedimientos similares al aquí resuelto y de los distintos escritos internos que en materia de personal, reducción de jornada y plus de responsabilidad se han emitido por la propia demandada.

2. La documental propuesta no produce sin embargo los efectos revisorios pretendidos, en primer lugar porque todos estos documentos han sido debidamente valorados por el Juzgador junto con el resto de prueba practicada (fundamento primero) sin que de lo alegado por la parte se evidencie error alguno en la valoración de los concretos documentos en los que apoya su propuesta. En segundo lugar porque la adición propuesta carece de trascendencia a efectos de la presente resolución en la medida que el conflicto suscitado no puede resolverse en función de cual haya venido siendo la práctica habitual de la empleadora en relación a la supresión del plus de responsabilidad asociada a la reducción de jornada de sus trabajadoras y por último porque las sentencias dictadas por otros Juzgados y Tribunales, aun cuando hayan recaído en pleitos similares al aquí tratado no resultan vinculantes de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.6 del CC. (STS11/12/2003)

**TERCERO.-** 1. El tercer motivo del presente recurso, se formula con amparo procesal en los apartados b y c del artículo 191 de la LPL, y en el la parte denuncia infracción del artículo 376 de la LEC, con la consecuente indefensión al no haberse valorado la prueba testifical de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Pretensión que apoya en una sentencia dictada por esta misma Sala el 12/12/2003.

2. Entendemos que no concurren los presupuestos que de forma excepcional motivaron el pronunciamiento judicial aludido y que no se ha producido en el presente caso indefensión alguna. La prueba testifical practicada únicamente es valorada por el Juzgador de instancia para la fijación de algunos datos del hecho probado 14 y el hecho probado 15 (fundamento primero) sin que de los testimonios vertidos en juicio se pueda concluir, a la vista de los hechos consignados en atención a los mismos, que el Magistrado ha realizado una valoración arbitraria y diametralmente opuesta a las reglas de la sana crítica, siendo además los hechos aludidos, hechos complementarios no determinantes del fallo de la sentencia, cuya omisión en nada alteraría el sentido de su pronunciamiento.

3. Añadir a todo lo anterior que la propuesta efectuada en este tercer motivo es del todo contraria a la naturaleza extraordinaria y reglada de recurso de suplicación cuya finalidad y función debe desarrollarse con estricta sujeción a la legalidad vigente que pasa por la tasación de motivos y la no aplicación extensiva de los mismos, recordando en todo momento que nos encontramos ante un recurso excepcional y no ante una segunda instancia, por lo que está vedada la revisión de toda la prueba práctica en juicio (salvo error documental o pericial manifiesto), tal y como parece pretender la parte recurrente en atención a sus alegaciones, motivo por el cual debemos desestimar igualmente su pretensión.

**CUARTO.-** 1. Por último y con amparo procesal en el apartado c del artículo 191 de la LPL la parte demandada denuncia en el motivo cuarto y quinto de su recurso la infracción del artículo 1281 y siguientes del Código Civil así como de la Jurisprudencia que los interpreta con cita expresa de la STS 3/05/2005. Y la infracción de los artículos 3.1c, 26 y 37.5y 6 del Estatuto de los trabajadores y 1089 y 1091 del Código civil.

2. En definitiva son dos las cuestiones de fondo que plantea la recurrente. La primera se suscita en torno a la interpretación que del pacto de retribución y conceptos retribuidos (consignado en el hecho 2) hace la sentencia recurrida, interpretación de la que obviamente difiere. Y la segunda acerca de la norma en base a la cual debe entenderse, a criterio de la demandada, que la concreción de un horario fijo ligado a la reducción de jornada implica la extinción de la obligación de retribución del plus de responsabilidad (artículos 26 y 37.5 del ET). Ambas cuestiones sin embargo están íntimamente ligadas porque en la medida que se delimite el alcance y contenido de la obligación contractual pactada, podrá aplicarse o no la causa extintiva de la misma.

3. Respecto de la primera de las cuestiones planteada en el recurso, debemos recordar que en materia de interpretación de las cláusulas contractuales la Sala IV sostiene entre otras en la reciente STS 12/04/2011, recurso 171/2010, y con referencia a la STS 21/12/2009, recurso 11/2009 que: " cuando los términos de un contrato son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación ( STS 13/03/07 -



recurso 93/06 - ; 03/04/07 -recurso 716/06 - ; 16/01/08 -recurso 59/07 - ; 27/05/08 -recurso 4775/06 - ; y 27/06/08 recurso 107/06 -), puesto que las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación ( STS de 01/02/07 -recurso 2046/05 - )"

Por lo tanto en el caso que nos ocupa si atendemos al tenor literal de la cláusula adicional donde las partes pactaron la retribución de la trabajadora vemos como literalmente se dice que "el complemento de responsabilidad se pacta atendiendo a la mayor dedicación y responsabilidad." Dichos términos permiten afirmar sin duda que el plus pactado gratifica la disponibilidad y flexibilidad de horario (al margen del sistema de remuneración de horas extraordinarias) que exige el desempeño específico de las funciones del puesto de trabajo contratado,(enumeradas en el hecho 3) Y por lo tanto en la medida que esa mayor presencia está íntimamente ligada a las responsabilidades y funciones del puesto de trabajo y a los resultados alcanzados por la trabajadora no puede desligarse el "plus" de la responsabilidad inherente a las funciones del puesto y la cualificación que exige e implica el desempeño de tales funciones, no hay que olvidar que el citado complemento constituye casi un 40% del salario total pactado. Y ello a pesar de las alegaciones de parte que entienden que tal complemento se pactó única y exclusivamente para remunerar una ampliación de horario citando la expresión literal " para prever con antelación ciertos imprevistos que le obligan a una presencia superior a la jornada normal" olvidando que esa mayor presencia no se le exige a la trabajadora por su condición de trabajadora con horario flexible y disponibilidad superior a la jornada legal, sino por su condición de alto mando con funciones de organización y supervisión .Siendo precisamente estas funciones y no otras las que requieren o justifican una presencia superior y no previsible de antemano en todos los casos, y que la reducción de jornada y la fijación de un horario, pueden además compaginarse con asistencias para imprevistos o en su caso con el estricto cumplimiento de los objetivos pactados.

4. La consecuencia de dicha interpretación, que mantiene la sentencia y consideramos ajustada a derecho, es la imposibilidad de vincular de forma automática el ejercicio del derecho de reducción de jornada previsto en el Art 37.5 del ET a la supresión del complemento salarial, en cuanto que la reducción de jornada con concreción horaria puede afectar a la disponibilidad horaria de la trabajadora (o no) pero no afecta, en principio, a las funciones que tiene atribuidas cuyo desempeño exige una cualificación y responsabilidad que a la vez retribuía el citado complemento a tenor del acuerdo suscrito inicialmente por las partes contratantes, en el que consta literalmente que "*....esta forma de retribución obedece a un sistema de contratación por resultados*"

Por otro lado tal y como expone debidamente la sentencia de instancia la cuestión aquí tratada es de enorme trascendencia en relación a las posibles discriminaciones que se derivarían de asociar la supresión del plus de responsabilidad de los cargos de mando al ejercicio de derechos en materia de conciliación, lo que contravendría abiertamente lo dispuesto en los artículos 41.VI y 54 del convenio colectivo de grandes almacenes aprobado el 23/09/2009, con vigencia hasta 2012(BOE 5/10/2009).

Es cierto que no estamos como bien reivindica la demandante ante un acto de discriminación directa por razón del sexo, en cuanto que la empresa no hace distinción en la aplicación de la medida entre los trabajadores y trabajadoras que percibiendo el plus de responsabilidad del grupo de mando, acceden a una reducción de jornada por guarda (artículo 37.5ET). Sin embargo del examen de la prueba documental presentada por la propia demandada (documentos 147 a 169) se observa claramente que cuatro de las seis demandas en las que se plantea la cuestión aquí tratada afectaban a trabajadoras que habían solicitado la guarda legal, mientras que en las otras dos demandas presentadas por trabajadores, el origen del litigio está relacionado con cuestiones ajenas a la conciliación familiar. Este dato no es sino una prueba más de que en la medida que se vincule la supresión automática del plus de responsabilidad de los grupos de mando a la reducción de jornada por guarda legal, la práctica empresarial aparentemente neutra, está ocasionando una discriminación indirecta por razón de sexo, al menos en el contexto social actual, en el que es la mujer trabajadora la que en la mayoría de los casos opta por hacer efectivas las medidas de conciliación familiar.

El artículo 6.2 de la Ley 3/2007 establece que "*Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados*"

5. Por último, hay que tener en cuenta que la resolución de la presente cuestión no puede tampoco quedarse al margen de la doctrina jurisprudencial que entiende que el Art 37.5 ET forma parte del desarrollo del mandato constitucional - Art 39 - que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que ha de servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa STS 21/03/2011 recurso 54/2010.

Por todo lo cual entendemos que la sentencia recurrida hace una correcta interpretación del acuerdo y de las consecuencias legales derivadas del mismo sin que tal como sostiene el propio Juzgador ello implique



que las nuevas condiciones laborales de la trabajadora, fijadas de acuerdo con la empresa y en ejercicio del derecho previsto en el Art 37.5 del ET y 41.VI del Convenio, no deban acompañarse de la minoración proporcional de sus ganancias, (art26 ET) tal y como viene especificado en la normativa invocada, pero en ningún caso esta minoración puede concretarse en la supresión automática de un plus que se pactó por las especiales características de ese puesto de trabajo que aun viene desarrollando y en el que las partes acordaron un sistema de retribución propio de una contratación de resultados en el que se incluía el citado plus. Tal interpretación es congruente además con recientes pronunciamientos de la Sala IV, como el contenido de la STS 28/10/2010, recurso 4416/2009 en el que ya ha admitido que la reducción de jornada con concreción en horario fijo no excluye la percepción de plus de disponibilidad consolidado como condición mas beneficiosa. Por lo tanto y desestimado este último motivo procede confirmar la Sentencia de instancia.

**QUINTO.-** 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 LPL, se acuerda la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

2. Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 233.1 LPL, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de CARREFOUR SA., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.16 de los de VALENCIA de fecha 19/05/2011, en virtud de demanda presentada a instancia de Angelica ; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida de las consignaciones, así como la necesidad de que se mantengan los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, en su caso, la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 300 euros.

Notifíquese la presente a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, con la advertencia de que quien no tenga la condición de trabajador, beneficiario del sistema público de la seguridad social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 300' 00 en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), cuenta número 4545, indicando la clave 35 y el número de procedimiento y el año Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en la misma cuenta, con clave 66. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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

**PUBLICACIÓN.-** La anterior Sentencia ha sido leída en audiencia pública por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que en ella consta en el día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.