



Roj: **STSJ GAL 8787/2012 - ECLI: ES:TSJGAL:2012:8787**

Id Cendoj: **15030340012012104959**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **24/10/2012**

Nº de Recurso: **4835/2009**

Nº de Resolución: **5225/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO DE SUPPLICACIÓN Nº 4835/2009 vv

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

ILMO. SR. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a veinticuatro de Octubre de dos mil doce.

Habiendo visto las presentes actuaciones la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia 001, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, 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

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0004835 /2009, formalizado por el/la Sr/a. Letrado D/Dª. FABIAN VALERO MOLDES, en nombre y representación de Evangelina , contra la sentencia, dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de VIGO en sus autos número DEMANDA 0000190 /2009, seguidos a instancia de Evangelina frente a EUXA SERVICIOS SOCIO SANITARIOS SL, en reclamación por OTROS DCHOS. LABORALES, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

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

HECHOS PROBADOS

Primero .- D. Evangelina , cuyas circunstancias constan en el encabezamiento de la demanda, presta servicios para la empresa demanda con la categoría de monitora en turno fijo de tarde, de lunes a viernes y con horario de 14.00 a 21.00 horas. **Segundo** .- Que la actora solicitó que la reducción de jornada por cuidado de hijo en los



términos que constan en el escrito que incorporado a autos- folio 48- aquí se da por reproducido, interesando el cambio de turno. La empresa contestó el 26.01.09 en sentido negativo en los términos que constan en el escrito incorporado a autos- folio 15- y que aquí se da por reproducido. En fecha 2.02.09 la empresa reduce la jornada a 35 horas semanales, en el turno fijo de la actora.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: **FALLO** : Que desestimando la demanda que ha sido interpuesta por la parte actora, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos esgrimidos en su contra.

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 demanda que dio lugar a las presentes actuaciones pretendía se declarara el derecho de la actora a que se le reconozca el derecho de reducción de jornada por cuidado de hijos y su adscripción al turno de mañana. Aunque ciertamente la pretensión sobre reducción de jornada sí fue atendida por la empresa demandada -de ahí que no se alcance a comprender la petición que se hace en el suplico de la demanda-, no así la de cambio de turno. La sentencia de instancia, desestima la pretensión actora, y absuelve a la empresa demandada.

Esta decisión es impugnada por la representación letrada de la demandante, articulando un primer motivo de recurso por el cauce del apartado a) de la LPL -entonces vigente-, interesando la nulidad de actuaciones por infracción de normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión. Se alega por la parte recurrente que la demanda planteada por esta parte señalaba con claridad que nos encontramos ante el ejercicio de una pretensión cuyo conocimiento se ha de encuadrar, necesariamente, dentro del procedimiento especial previsto en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral para la reducción de jornada por motivos familiares, más si cabe, teniendo en cuenta que se acumulaban las pretensiones de reducción de jornada y cambio de turno para cuidado de menores, y al haberse seguido el procedimiento ordinario se ha incurrido en inadecuación de procedimiento, con vulneración de los términos establecidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de enero del año 2007 (Sentencia 3/2007), y con infracción del artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , prescindiendo el Juzgado del procedimiento especial contemplado en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral para estos supuestos, optando por el contrario por reducir el pleito a una cuestión de mera legalidad ordinaria, cita Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre del año 2001 , así como a la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1987 .

No acogemos dicho motivo de nulidad. Debe tenerse presente que la nulidad de actuaciones es siempre un remedio extraordinario y excepcional, contrario al principio de economía procesal propio del proceso laboral que debe limitarse a aquellos supuestos en que se cause material indefensión (STC de 15 de noviembre de 1991 , RTC 1991\218, y de 21 de noviembre de 1995 , RTC 1995\172); y esa material indefensión no se da en el supuesto enjuiciado, porque no se ha producido la indefensión denunciada en el recurso. En efecto, en el auto de admisión de demanda de fecha 23-02-2.009 (folio 9 de las actuaciones) el Juzgado de lo Social n ° 3 de Vigo optó por seguir el procedimiento ordinario, auto notificado a la parte actora y con el cual mostró su conformidad, no impugnándolo. Dicho auto, vista la dualidad de la pretensión actora, se considera que es correcto en cuando al procedimiento elegido, dado que en dicha demanda no se reclama solamente el reconocimiento del derecho a la reducción de jornada que había solicitado la actora, y que fue aceptado por la empresa demandada, sino que también se pidió el cambio del turno, pasar del turno de tarde, al de mañana, y esta pretensión cae fuera de lo que es el objeto del proceso en materia de permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares, regulado en el art. 138 bis) de la LPL , a la sazón vigente, modalidad procesal que tiene un objeto limitado a resolver las discrepancias relacionadas con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre los que no se encuentra el cambio de turno de trabajo. Por tal razón rechazamos dicho motivo de nulidad, al no haber infringido ninguna norma de procedimiento que haya ocasionado indefensión a la parte actora.

SEGUNDO .- Al amparo del artículo 191.b) de la antigua LPL , la parte actora articula un segundo motivo de Suplicación, para revisar los hechos declarados probados. Y a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas se proponen las revisiones de los hechos declarados probados, y adiciones nuevas al relato fáctico, todo ello en los términos siguientes:

*Para modificar el hecho declarado probado primero proponiendo que la redacción del mismo sea del siguiente tenor literal: "Doña Evangelina , cuyas circunstancias constan en el encabezamiento de la demanda, presta servicios para la empresa demandada con la categoría de Monitora en turno fijo de tarde, de lunes a viernes



y con horario de 14:00 a 21:00 horas. Igualmente presta servicios en el mismo centro de trabajo Don Manuel , con la categoría de Monitor y turno fijo de mañana".

*Se propone adicionar un hecho declarado probado tercero en los siguientes términos: "Que el horario de la guardería de Doña Santiago , es de 13:30 a 20:30 con merienda".

Estas dos modificaciones se acogen, por tratarse de hechos conformes, admitidos por la empresa recurrida, tal como se hace constar en el escrito de impugnación del recurso, si bien resultan irrelevantes para alterar el signo del fallo.

*También se interesa adicionar un hecho declarado probado cuarto, con la siguiente redacción: "Que Don Romulo , marido de la demandante, presta servicios para la mercantil Bureau Ventas. S.A.F. realizando la labor de Inspector de Buques, con una jornada laboral de 08:00 a 14:00 y de 16:00 a 18:15. La actividad del mismo conlleva la necesidad de desplazarse fuera de Vigo por lo que en ocasiones su jornada de trabajo se prolonga fuera de dicha localidad. Del mismo modo la formación requerida del trabajador es recibida habitualmente fuera de Vigo implicando el desplazamiento y la estancia en la localidad correspondiente".

*Finalmente Se propone una última adición de un hecho declarado quinto, en los siguientes términos: "Que en la localidad de Vigo no residen familiares ni parientes de la demandante ni de su marido".

También acogemos estas dos adiciones, porque así resultan de prueba documental eficaz, consistente, por un lado, en el escrito que emite la empresa para la que viene prestando servicios el marido de la actora (folio 27 de los autos), y, de otra parte, en las Certificaciones del Padrón Municipal.

TERCERO.- En sede jurídica, y al amparo del artículo 191.c) se articula un tercer motivo de Suplicación, por infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando la infracción del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores en sus puntos 5 y 6 respecto de las reducciones de jornada y las concreciones horarias por motivo de la conciliación de la vida laboral y familiar. Se denuncia igualmente infracción del art. 39 de la Constitución Española y de la doctrina jurisprudencial, citando la STS de 11 de diciembre de 2001 dictada en interpretación del art. 138 bis) LPL , así como infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 2007, Sentencia 3/2007 . Se denuncia también infracción de los arts. 110 , 154 y 162 del Código Civil , y se concluye afirmando que el cambio de turno entre trabajadores no produciría perjuicio alguno a la empresa, ni alteraría su ritmo de trabajo, ni tampoco su horario, mientras que mantener a la actora en el turno de tarde supone un evidente sacrificio para la mejor atención y cuidado de su hijo.

Partiendo de los hechos declarados probados, con las modificaciones introducidas vía motivo de revisión, la cuestión litigiosa consiste en determinar, si la actora tiene derecho a elección de horario o turno de trabajo, por cuanto la otra pretensión relativa a la reducción de jornada, no se discute, ya que fue aceptada por la empresa, obrando al folio 15 de los autos, escrito remitido a la actora en el que se afirma: "...debemos reiterarle que no hay inconveniente en proceder a la reducción de jornada que Ud. Solicita (cinco horas semanales)...". Y la pretensión litigiosa, sobre cambio de horario o de turno de trabajo, pasando del de tardes, al de mañanas, para ocuparse del cuidado del hijo menor, no puede ser acogida, ya que según declara la doctrina jurisprudencial, el derecho que establece al trabajador el art. 37-6 ET de fijar la concreción horaria, está vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones; de ahí que no sea admisible la modificación unilateral del sistema de trabajo a turno.

El art. 37.5 del E.T , establece en lo que aquí interesa: "Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años ó un minusválido físico, psíquico ó sensorial que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de jornada de trabajo, con la reducción proporcional del salario entre, el menos un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquellos".

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

De una correcta interpretación de dicho precepto se deduce, como bien dice la sentencia recurrida, que dicho artículo reconoce el derecho a una reducción de jornada, de carácter meramente cuantitativo, afectando al número de horas a trabajar, y, de otra parte, a la concreción horaria de dichas horas, careciendo la actora de amparo legal para el cambio de turno, ya que el derecho que establece al trabajador el art. 37.6 del ET , de fijar la concreción horaria, esta vinculada a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones; por tanto no se comprende, la modificación unilateralmente del sistema de trabajo a turno, que es lo que aquí se pretende (en igual sentido, STS de 13 de junio de 2008, rcud 897/2007).



CUARTO .- Se afirma en la referida Sentencia de la Sala IV del TS de 13 de junio de 2008 (criterio que sigue también la de 18 de junio de 2008, rcud 1625/2007), que de lo anterior se deduce como primera conclusión, que no cabe que mediante una interpretación extensiva del art. 37.5 y 6 del ET , teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 39 en relación con el 14, ambos de la C .E. , y la necesidad de conciliar la vida familiar y laboral dado las circunstancias que concurren en la actora, esencialmente, tener un hijo menor de seis años a su cuidado, que se aplique lo dispuesto en dicha norma al presente supuesto.

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

Finalmente, y en cuanto a la denuncia que se hace en el recurso de la infracción de la doctrina del TC contenida en la Sentencia 3/2007 , el Alto Tribunal aborda también esta cuestión en las referidas Sentencias de 13 y 18 de junio de 2008, estableciendo que "La Sala conoce la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 de 15 de enero, dictada en un supuesto en el que el Juzgado deniega la reducción de jornada y cambio de horario solicitado, recurriendo en amparo directamente, lo que fue estimado devolviendo las actuaciones al Juzgado, para que valorando las circunstancias concretas allí concurrentes, analizando, en que medida la reducción de jornada resultaba necesaria para la atención del menor, ni cuales fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, planteándose la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía ó no un obstáculo para la compatibilidad de su vida profesional y familiar, decidir si ello suponía no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del art. 14 C.E . de la cuestión planteada, y en tal sentido su denegación constituiría una discriminación por razón de sexo, de acuerdo con la doctrina constitucional en esta materia; pero éste no es el caso de autos, pues aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, como en la sentencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en el art. 37.5 y 6 del E.T , sino solo de una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el art. 37 del E.T en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir los Órganos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando los artículos necesarios del E.T, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el art. 34 del E.T . en la reciente Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta Sala en definitiva, sin dudar de que la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares porque de lo contrario no hubiera solicitado el cambio de horario, considera que no puede dar lugar a lo que allí pedido sin violar el principio de legalidad a que debe someter su resolución por imposición expresa del art. 117 de la Constitución y por ello, aun conociendo la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en un supuesto muy semejante, aunque allí con base legal, ha de atenerse a las estrictas previsiones legales a las que está vinculada".

La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado, comporta la desestimación de la pretensión actora, al no contar con amparo legal la modificación unilateral del sistema de trabajo a turno, pretendida por la parte recurrente. Y tal como se deja expuesto, a análoga conclusión se llega aplicando la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de igualdad efectiva de hombre y mujeres, y la Sentencia STC 3/2007 , dictada en un supuesto en el que se negaba la reducción de jornada y cambio de horario solicitado, pero no la considera aplicable al caso porque en el de autos no se pretende reducción de jornada, ya que esta pretensión fue reconocida por la empresa, sino un cambio de horario de trabajo, un cambio de turno, pretensión que no cuenta con amparo legal, no pudiendo hacerse una interpretación extensiva del art. 37.5 y 6 del ET . Procede, por tanto, rechazar la censura jurídica que se dirige contra la sentencia recurrida, y desestimar el recurso de la parte actora. Por todo lo expuesto,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la actora DOÑA Evangelina , contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Vigo , en proceso sobre reducción e jornada y cambio de turno, promovido por la referida recurrente, frente a la empresa demandada EUXA SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.



Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

-La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala en el Banco Banesto, nº 1552 0000 80 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

-El depósito de 600 euros en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 37 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

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.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOC