



Roj: **STS 6119/2000** - ECLI: **ES:TS:2000:6119**

Id Cendoj: **28079140012000101121**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2000**

Nº de Recurso: **3799/1999**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación. Unificación de doctrina**

Ponente: **LUIS RAMON MARTINEZ GARRIDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. José Lledo Moreno, en nombre y representación de la empresa MAHOU, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de septiembre de 1.999, por la que se resuelve el de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup>. Mariana , representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Cayetana de Zulueta Luschinger, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid, de 16 de noviembre de 1.998, en autos seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Mariana contra MAHOU, S.A., D. Gabriel , D. Ángel Daniel , D<sup>a</sup>. Amparo , D. Víctor , D. Gerardo , D. Pedro Francisco , D. Salvador y D. Felipe , sobre reclamación de cantidad.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de noviembre de 1.998, el Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimo la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. Mariana contra MAHOU, S.A., D. Gabriel , D. Ángel Daniel , D<sup>a</sup>. Amparo , D. Víctor , D. Gerardo , D. Pedro Francisco , D. Salvador y D. Felipe , sobre DERECHOS, absolviendo a los citados demandados de los pedimentos formulados en su contra".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- La actora cuyas circunstancias personales obran en autos, presta servicios para la empresa MAHOU, S.A. desde el mes de octubre de 1.998 con categoría de Jefe de Segunda y salario de 387.357 pts. mensuales incluida la parte proporcional de pagas extras.- 2º. El 12-10-94 nació el primer hijo de la actora.- 3º. El 30.10.94 la actora solicitó y obtuvo de la empresa demandada la reducción de jornada al amparo de lo establecido en el art. 37 E.T. por razones de guarda legal, minorando en dos horas y cuarenta minutos diarios. Tras dicha reducción la actora tuvo asignado inicialmente el horario que a continuación se detalla:

- 07'00 a 15'00 horas: la reducción de 2 horas y 40 minutos la disfruta al principio del turno.

- 08'00 a 16'00 horas: la reducción de 2 horas y 40 minutos la disfruta al principio del turno.

- 15'00 a 23'00 horas: la reducción de 2 horas y 40 minutos la disfruta al final del turno.

- 23'00 a 07'00 horas: en turno de noche no se puede concretar cuando podrá hacerse efectiva la reducción de jornada por las circunstancias especiales que concurren en su funcionamiento. No obstante, cuando le corresponda el turno de noche, se le avisará con antelación suficiente el momento en el que podrá disfrutar dicho derecho (al principio o al final del turno).- Tal horario se cumplió durante dos semanas; modificado posteriormente, quedó el mismo señalado de nueve horas y cuarenta minutos de mañana hasta quince horas. La anterior variación de horario de la actora, quedando fijada su jornada en turno de mañana, se llevó a cabo con el consentimiento de sus compañeros, que aceptaron y consensuaron un reparto entre ellos de los restantes turnos a cubrir por la actora.- 4º. El 20.7.1996 la demandante tuvo su segundo hijo.- 5º. El 12-11-96 la actora



solicitó la excedencia por periodo de un año al amparo de lo establecido en el artículo 46.3 del ET, siéndole concedida la misma por escrito de 19-11-96.- 6º. El 7-11-97 la demandante solicitó su ingreso con efectos de 1-12-97. Dicha solicitud fue contestada por la demandada en escrito de 18-11-97 en el que tras comunicar a la misma su traslado al centro de trabajo que la empresa tiene en Alovera con efectos de 1-2-98, le señaló: "Transitoriamente, a partir del 1 de diciembre y hasta el día 31 de enero de 1.998, dado que a la empresa debe cumplir lo establecido en el artículo 9 del Convenio Colectivo, salvo que Vd. decida incorporarse definitivamente y de inmediato al nuevo centro de trabajo, trabajará en el Centro de Trabajo de Paseo Imperial, 32, con el siguiente horario:

- 07'00 a 15'00 horas: la reducción de 2 horas y 40 minutos la disfruta al final del turno.

- 15'00 a 23'00 horas: la reducción de 2 horas y 40 minutos la disfruta al final del turno.

- 23'00 a 07'00 horas: en turno de noche no se puede concretar cuando podrá hacerse efectiva la reducción de jornada por las circunstancias especiales que concurren en su funcionamiento. No obstante, cuando le corresponda el turno de noche, se le avisará con antelación suficiente el momento en el que podrá disfrutar dicho derecho (al principio o al final del turno).- 7º. Por carta de 27-11-97 la actora solicitó la reducción de jornada al principio de los turnos de mañana y tarde y no al final como se le había asignado, petición a la que accedió la empresa por carta de 27-11-97 fijando las 9 horas y cuarenta minutos como horario de incorporación a la empresa.- 8º. Por carta de 9-1-98 la empresa reiteró a la actora su traslado al centro de trabajo de Alovera el 1-2-98 continuando con los turnos de trabajo y horario de que venía disfrutando. Tras su incorporación en el nuevo centro de trabajo la demandante tuvo un periodo de adaptación y reciclaje.- 9º. En el año 97 la empresa demandada trasladó a la nueva fábrica de Alovera el personal de servicio de Tecnología Cervecera de la Dirección Técnica al que pertenece la demandante. En el mes de marzo de 1.998 y por necesidades de producción se estableció en el laboratorio donde presta servicios la actora un turno de noche de cuya cobertura pasaría a ser de 24 horas disfrutadas en los tres turnos normales de la fábrica y ocupadas por supervisores de control de calidad del siguiente modo: - 07'00 a 15'00 horas: 2 SCC (Superviso de C. Calidad).- 15'00 a 23'00 horas: 2 SCC.- 23'00 a 07'00 horas: 1 SCC.- Los supervisores de Control de Calidad rotan a la actora la obligación de participar en los distintos turnos semanalmente, turnos cuyo reparto y asignación confeccionan ellos mismos.- 10º. El 11-3-98 la empresa comunicó a la actora la obligación de participar en los distintos turnos horario, indicándole los correspondientes a las semanas 12 a 15 inclusive, requiriendo a la misma a fin de que concretase si la reducción de la jornada se llevaría a cabo al principio o al final de la misma.- 11º. Al objeto de cubrir la reducción de jornada de la actora cuando la misma presta servicios en turno de noche de 23:00 a 7:00 horas dicho turno se completa con un oficial de laboratorio.- 12º. El 16-3-98 la actora formalizó reclamación ante la Dirección de Tecnología Cervecera contra su inclusión en turnos, reclamación que fue contestada en sentido desestimatoria por carta de 18-3-98.- 13º. El 1-4-98 la actora solicitó una reducción de jornada en turno de noche de 23 a 4 horas y 20 minutos.- 14º. La actora ha disfrutado 14 días de vacaciones correspondientes al año 98 desde el 16-2 a 1-3-98 ambos inclusive.- 15º. La relación de personal de laboratorio a 1-2-98 es la que a continuación se detalla.- Gabriel , categoría Jefe de 2ª.- Ángel Daniel , categoría Jefe de 2ª.- Amparo , categoría Jefe de 2ª.- Víctor , categoría Jefe de 2ª.- Mariana , categoría Jefe de 2ª.- Gerardo , categoría Jefe de 1ª y a 1-9-98: Gabriel , categoría Jefe de 2ª.- Ángel Daniel , categoría Jefe de 2ª.- Amparo , categoría Jefe de 2ª.- Víctor , categoría Jefe de 2ª.- Mariana , categoría Jefe de 2ª.- Gerardo , categoría Jefe de 2ª.- Pedro Francisco , Titulado en prácticas.- Felipe , Titulado en prácticas.- Salvador , categoría oficial 1ª.- 16º. La relación de turnos asignada en el laboratorio en las semanas 6 a 44 son los que a continuación se detallan:

M T N

Amparo 8 9 4

Víctor 18 12 5

Gabriel 18.5 9.5 7

Ángel Daniel 17 11 6

Gerardo 16 12 6

Mariana 11 5 1

La relación de turnos efectivamente realizados en tales semanas ha sido:

Amparo 8 9 4

Víctor 18 12 5

Gabriel 18.5 9.5 7



Ángel Daniel 17 11 6

Gerardo 16 12 6

Mariana 11 5 1

De dichas relaciones se deduce que la trabajadora D<sup>a</sup>. Amparo ha realizado turno de tarde las semanas 10, 11 y 12 y de noche la semana 13. Por su parte D<sup>a</sup>. Mariana ha tenido asignado turno de tarde las semanas 13 y 14, de noche la semana 15 y de tarde la 16.- Consta acreditada la ausencia de acuerdo entre el personal del laboratorio para cubrir por reparto los turnos de tarde y noche de la actora caso de asignar a la misma únicamente turno de mañana.- 17º. La actora tiene dos hijos nacidos: Ángel Daniel el 12-10-94 e Mariana el 20-7-96, Ángel Daniel cursa 2º de educación infantil con un horario escolar de 15'15 a 17'05 horas e Mariana acude a la Escuela Infantil con horario de 8:00 a 18:00 horas.- 18º. Es aplicable el Convenio Colectivo de Mahou 97/98.- 19º. El 7-4-98 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC celebrándose el preceptivo intento sin avenencia el 27-5-98. Se formuló demanda el 8-6-98".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D<sup>a</sup>. Mariana , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia con fecha 7 de septiembre de 1.999, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Mariana , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social NUMERO VEINTIUNO DE LOS DE MADRID, de fecha dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, en autos seguidos a instancia de la recurrente contra la empresa MAHOU, S.A. y otros, y con revocación de la expresada sentencia, debemos declarar y declaramos el derecho de la actora a aplicar la reducción de jornada que le concede el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores al turno de mañana y en consecuencia debemos condenar y condenamos a las partes demandadas a estar y pasar por esta declaración y sus consecuencias".

CUARTO.- Por la representación procesal de la empresa MAHOU, S.A. se preparó recurso de casación para la unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 16 de abril de 1.998. El motivo de casación denunciaba la infracción, por violación, de lo dispuesto en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores.

QUINTO.- Por providencia de fecha 3 de mayo de 2.000, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de julio de 2.000, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Versa el presente recurso de casación para la unificación de doctrina sobre el modo de ejercicio del derecho de los padres a reducción de jornada por guarda de menor de seis años, regulado en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, antes de la reforma efectuada por la Ley 39/1.999. Se plantea la cuestión litigiosa por pretender la demandante que se le otorgue la posibilidad de elegir turno, cuando en la empresa existen tres y la madre no tiene posibilidad de atender adecuadamente a sus dos hijos más que en el turno de mañana. La empresa alega que el precepto regulador únicamente concede el derecho a la reducción de jornada, pero no a la elección de turno entre los existentes, con variación del régimen de jornada que afectaba a la madre trabajadora antes de la reducción de su duración.

2.- La sentencia de instancia desestimó la demanda en la que se postulaba se declarase el derecho de la trabajadora a realizar "una jornada de trabajo compatible con la finalidad de guarda y custodia y, por tanto, en turno de mañana". Interpuesto recurso de suplicación, fue estimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de septiembre de 1.999, y, con revocación de la de instancia, estimó la demanda en los términos solicitados.

3.- Frente a la anterior resolución la empresa MAHOU, S.A. preparó y formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, proponiendo, como sentencia de contraste, la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 16 de abril de 1.998. La recurrida impugna el recurso, alegando tres obstáculos procesales y oponiéndose a la cuestión de fondo. Con carácter previo hemos de resolver las cuestiones procesales planteadas.

SEGUNDO.- Alega la recurrida, en primer lugar, que no procede el recurso, por ser firme la sentencia de la Sala de suplicación, por aplicación de lo dispuesto en la Ley 39/1.999. Objeción que debe ser rechazada. La recurrida invoca que el nuevo procedimiento establecido en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento



Laboral, es aplicable a los procesos para la concreción horaria y en dicho precepto se establece que, contra las sentencias dictadas en la instancia, no cabe recurso alguno, por lo que entiende no debe admitirse el presente. Pero es lo cierto que la Ley 39/1.999, que estableció el nuevo proceso, no entró en vigor hasta el 7 de noviembre de 1.999 (se publicó en el BOE del días 6 y entraba en vigor al día siguiente). Y la sentencia que se recurre se dictó el 7 de septiembre y el recurso se preparó el 28 de dicho mes. Por tanto antes de la entrada en vigor de la norma invocada el proceso había finalizado las fases de instancia y recurso de suplicación y había comenzado su andadura en el de casación. La aplicación de los mandatos de la nueva Ley a su tramitación sería otorgarle una eficacia retroactiva máxima, no prevista en la norma.

TERCERO.- En segundo lugar, la recurrida invoca que la cuestión debatida carece de contenido casacional al ser materia que, en el futuro, no tendrá acceso a los recursos. Objeción que, igualmente, ha de ser rechazada. Este recurso debe decidir la recta interpretación de un precepto legal susceptible de acceder al recurso en el momento en que fue planteado. La resolución de las posibles discrepancias existentes es función que corresponde a la casación unificadora, y ello independientemente de la posición que el legislador haya adoptado de cara al futuro.

CUARTO.- Finalmente, se opone la recurrida a la admisión a trámite del recurso por entender que la sentencia de contraste, no cumple el requisito de la contradicción, en los términos que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

El recurso de casación para la unificación de doctrina, tiene como objetivo legal inmediato, dar solución a la disfunción que se produce cuando, ante hechos y pretensiones idénticas, dos salas de suplicación o la misma sala, hubieran dado soluciones contradictorias. Debe el Tribunal Supremo establecer cual sea la doctrina que debe prevalecer con carácter general en la interpretación de la norma. Tal cometido unificador no existe cuando, diferencias de matiz en los hechos, determinan que las dos soluciones enfrentadas, aparentemente contradictorias, sean las dos ajustadas a Derecho. En este caso no hay doctrina que unificar. Ante hechos no idénticos se dan respuestas judiciales, no opuestas, sino diferentes, ajustadas ambas a la norma. No queda labor para la casación unificadora.

Pues bien, en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 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) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Por otra parte nada establece el precepto legal en orden a la concreción horaria de la reducción de jornada, ni si en tal actuación debe prevalecer el criterio o las necesidades concretas del trabajador o las organizativas de la empresa. Aparente laguna legal, 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. Es evidente que la forma de ejercicio del derecho por ambas partes puede ser determinante de que, en cada caso, proceda una u otra solución, según las circunstancias concurrentes. Tal acontece en los supuestos contemplados en las sentencias recurrida y de contraste. En la primera, resalta la Sala de suplicación que queda acreditada la buena fe de la trabajadora; que la empresa, por su dimensión, tiene fácil su sustitución, no existiendo problemas en cuanto a la organización del trabajo, de accederse a la petición de la actora. Igualmente se destaca que, tras la excedencia de la demandante a causa de maternidad, la empresa "no presenta ciertamente indicios de que su comportamiento denote un actuar conforme a las exigencias de la buena fe, tal y como exige el citado art. 20 del Estatuto de los Trabajadores". Ante estos datos complementarios concluye la Sala que corresponde a la trabajadora la elección de turno y concreción horaria del modo más favorable a la protección de los dos hijos menores. En la sentencia de contraste la Sala de Navarra afirma que corresponde al trabajador, que tiene encomendada la guarda legal del menor, la facultad de elegir el horario adecuado para el cuidado del hijo menor y que, de entrar en colisión tal derecho con el de la empresa, habrá que acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso incluida la buena fe. Ante la ausencia de datos de hecho que pudieran modular la decisión, la Sala se inclinó por mantener la obligación del trabajador de seguir prestando el trabajo en los turnos que venía realizando.

Existe por tanto una cierta coincidencia en los hechos. Pero en la recurrida hay tres datos que la separan de la de contraste: la probada buena fe de la trabajadora, que la sustitución no es problemática, extremo expresamente declarado. Y, finalmente, un principio de ausencia de buena fe de la empleadora. Estos datos diferenciales son suficientes para que hayan podido recaer soluciones diferentes, no existiendo por tanto doctrina que unificar.

La ausencia del requisito de la contradicción exigido por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, es causa de inadmisión del recurso que, en este trámite, deviene causa de desestimación con imposición de costas.



Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. José Lledo Moreno, en nombre y representación de la empresa MAHOU, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de septiembre de 1.999, por la que se resuelve el de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup>. Mariana , representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Cayetana de Zulueta Luschingier, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid, de 16 de noviembre de 1.998, en autos seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Mariana contra MAHOU, S.A., D. Gabriel , D. Ángel Daniel , D<sup>a</sup>. Amparo , D. Víctor , D. Gerardo , D. Pedro Francisco , D. Salvador y D. Felipe , sobre reclamación de cantidad.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Ramón Martínez Garrido hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.