

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA**

Sentencia 1634/2013, 15 de marzo de 2013

Sala de lo Social

Rec. n.º 2434/2010

SUMARIO:

Reducción de jornada por cuidado de hijo. Trabajador con jornada de turnos rotativos que solicita reducción de jornada y la adscripción a un turno fijo. Desestimación del recurso presentado por el trabajador. La jornada ordinaria del trabajador se desarrolla en turnos rotativos de mañana y tarde y la empresa le ha reconocido el derecho a reducción dentro de su jornada ordinaria pactada.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 37.5.

PONENTE:

Don Emilio Fernández de Mata.

Magistrados:

Don EMILIO FERNANDEZ DE MATA
Don RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS
Don ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2008 0001048

402250 SECRETARIA SR. GAMERO LOPEZ-PELAEZ IP

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002434 /2010

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000254 /2008 JDO. DE LO SOCIAL nº 004 de A CORUÑA

Recurrente/s: Guillermo

Abogado/a: JOSE MIGUEL LOPEZ PEREZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: TELEFONICA DE ESPAÑA SA

Abogado/a: JORGE CASTRO DIAZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

ROSA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

EMILIO FERNANDEZ DE MATA

RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a quince de Marzo de dos mil trece.

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

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0002434 /2010, formalizado por el/la D/Dª DON JOSE MIGUEL LOPEZ PEREZ, Letrado en nombre y representación de Guillermo , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 4 de A CORUÑA en el procedimiento DEMANDA 0000254 /2008, seguidos a instancia de Guillermo frente a TELEFONICA DE ESPAÑA SA, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª EMILIO FERNANDEZ DE MATA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

D/Dª Guillermo presentó demanda contra TELEFONICA DE ESPAÑA SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia, de fecha quince de Enero de dos mil diez

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

Primero.

Que el actor viene prestando servicios para la demandada, desde el 1 de Agosto de 2.005, ostentando la categoría profesional de encargado de planta interna.

Segundo.

Que la jornada ordinaria pactada con el trabajador se desarrollaba en turnos rotatorios de mañana y tarde.

Tercero.

Que, con fecha de 24 de Julio de 2.007, el actor solicitó a la empresa que le fuese reconocido su derecho a elegir turno estable. Dicha petición fue rechazada y nuevamente reiterada por escrito de 28 de Noviembre de 2.007, con idéntico resultado denegatorio.

Cuarto.

Que, desde el 10 de Septiembre de 2.007 hasta el 9 de Marzo de 2.009, disfrutó de jornada reducida por cuidado de hijo menor de 6 años. Tras interesarlo así, con esta fecha, obtuvo el reingreso en la jornada completa.

Quinto.

Que, el 13 de Febrero de 2.008, se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SM_AC, con resultado de sin avenencia.

Tercero.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: FALLO: Que, desestimando la demanda promovida por don Guillermo , contra la empresa "TELEFONICA ESPANA, S. A. U." debo absolverla y la absuelvo de las pretensiones articuladas en su contra.

Cuarto.

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Guillermo formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

Quinto.

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 21 de mayo de 2010.

Sexto.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 14 de marzo de 2013 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

La sentencia de instancia desestima la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones articuladas en su contra.

Frente a este pronunciamiento se alza la parte actora, que interpone recurso de suplicación e interesa la revocación de la sentencia y que se dicte otra por la que se estime la demanda y se reconozca que el actor tiene derecho a efectuar la elección de turno y concreción horaria en la cual debe prestar sus servicios durante el tiempo en el que tenga reconocido su derecho de reducción de jornada laboral por cuidado de hijo, todo ello con imposición de las costas a aquella parte que se oponga al recurso.

Segundo.

Con este objeto, en el primero de los motivos del recurso y con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral , interesa la revisión del relato fáctico de la sentencia y concretamente que se añadan cuatro nuevos hechos probados, el sexto, el séptimo, el octavo y el noveno.

El sexto pretende que tenga la siguiente redacción: "(Que tanto el actor como su esposa no son nativos de A Coruña, y consecuentemente no tienen ayuda de ningún familiar que pueda colaborar en los cuidados del menor. La esposa del actor Doña Elisa , también es empleada de la entidad demandada, siendo en la actualidad delegada sindical, por lo que como consecuencia de dicha situación, en muchas ocasiones está fuera de su residencia, agravándose en mayor medida las consecuencias de la no concesión del derecho reclamado", con base en los documentos obrantes a los folios 21, 150 a 167 de autos y la testifical prestada.

Respecto al séptimo, solicita que quede redactado en la siguiente forma: "En el departamento en el que está integrado el actor existe más personal que también disfruta de jornada recudida, pudiendo efectuar dicha reducción en el tramo horario que mejor le conviene, sin haber puesto ningún tipo de impedimento en esos casos la entidad demandada", con base en la testifical prestada.

En cuanto al octavo, pide que tenga el siguiente tenor literal: " En el departamento en el que estaba integrado el trabajador demandante existían nueve encargados de planta y la distribución por turnos de los encargados era de siete por la mañana y dos por la tarde, por lo que el actor hacía un promedio de cinco tardes al mes ", con base en los documentos obrantes a los folios 23 a 149 de autos.

Finalmente el noveno, solicita que tenga la siguiente redacción: " El 17 de diciembre de 2007 el actor reclamó a la entidad demandada que desde el mes de septiembre de 2.007 no se le estaban abonando las horas trabajadas en horario de tarde. Y dicha reclamación fue contestada por Telefónica de España S.A.U. indicándole que "en respuesta a su reclamación le informo que dado que Ud no realiza una jornada continuada ordinaria, no tiene derecho a percibir esta compensación Atentamente RRHH Galicia". Siendo dicha contestación una grave

discriminación contra el actor por el hecho de estar disfrutando de una reducción de jornada por cuidado de hijo ", con base en el documento obrante al folio 7 de autos

Para que proceda la modificación de hechos probados, al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral , es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se señale concretamente el hecho cuya revisión se pretende y se proponga texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder.

b) Que la revisión pretendida pueda devenir trascendente a efectos de la solución del litigio.

c) Que se identifique documento auténtico o prueba pericial obrantes en autos, de los que se deduzca de forma patente, evidente, directa e incuestionable, el error en que hubiera podido incurrir el Juzgador de instancia, a quien corresponde valorar los elementos de convicción.

d) La valoración de la prueba efectuada por el Juez «a quo» en uso de la facultad-deber que el ordenamiento jurídico le confiere, no puede ser sustituida por el parcial e interesado criterio valorativo de la parte.

Con base en esta doctrina no procede acceder a la pretendida adición del hecho probado sexto, pues si bien del documento invocado -libro de familia- se extrae directamente que ni el actor recurrente ni su esposa son naturales de A Coruña, dicha situación es irrelevante para la resolución de la litis, siendo el resto de la redacción una interesada conclusión de parte, huérfana de todo apoyo documental. Lo mismo ocurre respecto del apartado segundo, pues, además de que tanto el documento aportado y que obra al folio 150 de autos -copia de correo electrónico-, como la testifical prestada no son hábiles a los pretendidos efectos revisorios, de parte del resto de la documental aportada - billetes de avión- tan solo puede deducirse que una persona llamada Paula o Elisa -que no tiene porqué ser la esposa del actor, dada la abundancia de mujeres que se llaman y apellidan así- realizaba diversos viajes, por motivos desconocidos y el resto de la documentación son billetes de tren, de metro, de autobús, facturas de taxi, facturas de autopista y facturas de establecimientos de restauración, en los que no consta cual es el motivo del gasto, ni la persona que los abona.

Lo mismo debe decirse del hecho séptimo, pues la testifical no es prueba hábil a los efectos revisorios del relato fáctico, que debe basarse siempre en documental o pericial.

Debe rechazarse igualmente la adición del hecho probado octavo, pues su redacción es fruto de la interpretación que la parte da una un total 126 documentos, no siendo facultad de la Sala la revisión de un conjunto tan amplio de documentos para extraer conclusiones, quedando reservada al juez a quo.

Finalmente, tampoco puede accederse a la adición del hecho probado noveno, por cuanto, además de que, como antes se ha dicho, la copia de un correo electrónico no es documento hábil al respecto, introduce, en su inciso final, una interpretación de la parte predeterminante del fallo.

Tercero.

Finalmente pretende la parte, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral , que se ha producido la infracción del artículo 37.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores , y de la doctrina jurisprudencial que los ha desarrollado, citando diversas sentencias del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia y de Juzgados de lo Social, argumentando, en síntesis, que la interpretación de los preceptos legales citados debe hacerse de forma extensiva y acorde con el espíritu y finalidad de los mismos, debiendo reconocerse, salvo supuestos excepcionales de inexistencia de buena fe o abuso de derecho, que le corresponde al trabajador la elección de turno y concreción horaria de la forma más favorable a la protección del menor, impidiéndose, en caso contrario, la efectividad del derecho reconocido y la consecución de los fines que la norma pretende.

A renglón seguido, sin realizar denuncia de norma sustantiva o de la jurisprudencia, señala que la sentencia vulnera el principio de perpetuatio jurisdictionis, el de perpetuatio legitimaciones y de inmodificabilidad del objeto del proceso, debiendo resolverse sobre la cuestión planteada, al no ser descartable que el actor pueda pedir nuevamente la reducción de jornada o tener otro hijo.

Debe señalarse, en primer lugar, que la segunda de las denuncias realizadas lo ha sido de forma defectuosa, al no señalar como infringido, en amparo de su pretensión, precepto sustantivo ni jurisprudencia aplicable, lo que impide entrar a conocer sobre la denuncia realizada.

En cualquier caso no se apreciaría la infracción de los principios señalados, toda vez que el juez a quo ha dado respuesta no sólo a la falta de acción que entiende concurre, con adecuada fundamentación jurídica, sino que también y aún cuando señala que lo hace a efectos meramente dialécticos, justifica, en el fundamento de derecho cuarto, por qué entiende que el actor no tiene derecho a la elección de turno, entrando a conocer sobre el fondo del asunto y desestimando expresamente la pretensión del actor, y, que caso de no haberse hecho así, no tendría objeto la primera de las denuncias formuladas, referida al fondo del asunto.

Cuarto.

En cuanto a la primera de las denuncias realizadas, debe señalarse, en primer lugar, que las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y por los Juzgados de lo Social, no

tienen la consideración de Jurisprudencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil , por lo que no pueden servir de base y fundamento para justificar la interposición del motivo del recurso.

El resto de las denuncias realizadas no pueden prosperar, pues la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (sentencias de 13 y 18 de junio de 2008 , 20 de mayo de 2009 y 19 de octubre de 2.009), viene manteniendo que no cabe tampoco elaborar a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre Conciliación de la Vida Familiar y Laboral un nuevo catálogo de derechos, al arbitrio de una de las partes, lo cual ha de llevarnos a afirmar, sin perjuicio de las normas que de carácter programático se establecen entre otros en los artículos 14.8 y 44 de la Ley Orgánica 3/2.007 , de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que en todo caso y desde el punto vista jurisdiccional habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar y aplicar las normas jurídicas, que en el ámbito de la relación laboral no existen otros derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar que aquellos que sean objeto de reconocimiento por las fuentes propias de la relación laboral (artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores), esto es, por la ley, el convenio o el pacto individual, por lo que hay que estar a los requisitos del derecho, establecidos en la regulación legal, convencional o pactada individualmente, que condicionan su ejercicio.

El artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores solo permite al trabajador reducir la jornada y concretar el horario dentro de su jornada ordinaria, que funciona como límite para el ejercicio del derecho, de modo que el trabajador puede reducir su jornada, pero no imponer una jornada distinta. Así, el indicado precepto, después de reconocerse el derecho a reducir la jornada por cuidado de un menor y hasta que alcance los 8 años entre un octavo y la mitad en el artículo 37.5.1 del mismo texto legal , dispone: "La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute...de la reducción de jornada....corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria...", remitiéndose en el párrafo segundo para dirimir las discrepancias surgidas entre el empresario y el trabajador sobre concreción horaria y determinación del periodo de disfrute al procedimiento especial previsto en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento laboral .

Por ello, en el presente caso, en el que, tal y como se señala en el hecho probado segundo, la jornada ordinaria pactada con el trabajador se desarrollaba en turnos rotatorios de mañana y tarde, no procede acceder a su petición de que se le reconozca el derecho a elegir turno estable, habiéndose reconocido el derecho a reducción de jornada dentro de su jornada ordinaria pactada, es decir, a turnos de mañana y tarde.

En este sentido se pronuncia sentencia de la Sala de 19 de marzo de 2009 , en un supuesto análogo, siendo de destacar que el actor no ha conseguido acreditar, mediante la correspondiente modificación del relato fáctico, que a otros compañeros con reducción de jornada por cuidado de hijo, se les haya permitido por la empresa la elección de turno que el actor pretende, ni tampoco que la reducción de jornada dentro del sistema de turnos ocasione perjuicio al hijo menor de 8 años, siendo buen ejemplo de ello que el actor, a pesar de que su hijo sigue siendo menor de 8 años, haya interesado y obtenido de la empresa el reintegro en jornada completa, también a turnos, como se señala en el hecho probado cuarto.

En consecuencia el recurso debe ser desestimado y la resolución recurrida confirmada en su integridad.

Por ello y vistos los preceptos legales de general y especial aplicación;

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el LETRADO D. JOSÉ MIGUEL LÓPEZ PÉREZ, en nombre y representación de D. Guillermo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de los de A Coruña, en fecha quince de enero de dos mil diez , en autos seguidos a instancia del RECURRENTE frente a la EMPRESA TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., debemos confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida, sin que proceda hacer imposición de costas.

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 220 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 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 35 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

La interposición de recurso de casación en el orden Social exige el ingreso de una tasa en el Tesoro Público. Los términos, condiciones y cuantía de este ingreso son los que establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los artículos 3 (sujeto pasivo de la tasa), 4 (exenciones a la tasa), 5 (devengo de la tasa), 6 (base imponible de la tasa), 7 (determinación de la cuota tributaria), 8 (autoliquidación y pago) y 10 (bonificaciones

derivadas de la utilización de medios telemáticos). Esta Ley tiene desarrollo reglamentario en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

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.

PUBLICACION. 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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.