

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

Sentencia 24/2012, de 16 de enero de 2012

Sala de lo Social

Rec. n.º 1187/2011

SUMARIO:

Tiempo de trabajo. Reducción de jornada por guarda legal. *Trabajadoras que solicitan cambio de turno por cuidado de hijo.* Dada la trascendencia de la materia cabe recurso de suplicación. Desestimación. El cambio de turno exige la previa reducción de jornada.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 34.8 y 37.6.

PONENTE:

Doña María Begoña Hernani Fernández.

RSU 0001187/2011

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.5

MADRID

SENTENCIA: 00024/2012

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO SOCIAL-SECCION 5ª

MADRID

Sentencia nº 24

Ilma. Sra. Dª Begoña Hernani Fernández

Presidente :

Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro Pulido Sanz

Ilma. Sra. Dª Alicia Catalá Pellón

En Madrid, a dieciséis de enero de dos mil doce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

en el recurso de suplicación nº 1187/11-5ª, interpuesto por Dª Modesta y Dª Penélope representadas por el Letrado D. Fernando Luján de Frías, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 24 de los de Madrid, en autos núm. 1172/10 y acumulados siendo recurrida S.A.C.Y.R. S .A.U. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. Dª Begoña Hernani Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por Dª Modesta y Dª Penélope , contra S.A.C.Y.R. S.A.U., en reclamación de derechos, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha 3 de diciembre de 2010 , en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

Segundo.

En dicha sentencia, y como HECHOS PROBADOS , se declaraban los siguientes:

"PRIMERO. Las demandantes, cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, prestan servicios por cuenta y orden de la empresa demandada con la categoría profesional de Peón de Limpieza y turno de tarde en Alcalá de Henares (Madrid). D^a Modesta tiene un contrato de relevo por el 85% de la jornada laboral. D^a Penélope tiene contrato fijo indefinido.

D^a Modesta es madre de dos hijos menores y D^a Penélope de un hijo menor de edad.

El Convenio Colectivo aplicable es el de la empresa SACYR S.A.U.

SEGUNDO. Con fecha 17 de mayo de 2010 la demandante D^a Modesta solicitaron el cambio de turno por motivos de conciliación familiar. D^a Penélope pido, el 13 de agosto de 2009 el cambio de turno al de noche o mañana y reiteró la petición para el cambio al turno de noche el día 17 de mayo de 2010, el 2 de julio reiteró el cambio al turno de noche durante el periodo vacacional y de mañana durante el resto del año; el 5 de julio la empresa le comunicó la imposibilidad de atender sus peticiones.

TERCERO. Desde hace unos veinte días hay dos vacantes en el turno de tarde que no han sido cubiertas; se han producido por el cambio voluntario de dos trabajadores que hacían ese turno al turno de tarde. Se pidieron voluntarios para ese cambio porque en la mañana había excedente de personal.

CUARTO. La empresa contrató a D. Jaime el 23 de septiembre de 2009 con la categoría de peón, a D. Leopoldo el 7 de diciembre de 2009 y a D. Mateo el 27 de octubre de 2009, todos ellos tienen categoría de peón y prestan servicios en el turno de mañana. Estos trabajadores hacen relevos de trabajadores acogidos a jubilación parcial.

En los años 2009 y 2010 falleció un trabajador y otro fue despedido.

CUARTO. La Comisión Paritaria, en reunión de fecha 27 de mayo de 2009 acordó delimitar el significado de los conceptos de liberación de plaza del artículo 13 y de existencia de plaza del artículo 37; la conclusión primera de la reunión dice textualmente:

"La referencia contenida en el artículo 13, párrafo tercero "cuando se libere una plaza de forma definitiva en los turnos de mañana, turno partido, turno de tarde o turno de noche, por las diferentes causas que se pueden dar" se considera efectuada al siguiente supuesto:

Cuando exista un puesto en la empresa que quede libre de forma definitiva por causas como baja voluntaria, despido, jubilación por edad, muerte del trabajador o situaciones análogas en las que el trabajador cesa definitivamente en su relación laboral se procederá conforme se establece en el art. 13.

No se incluyen en el apartado 3 del citado art. 13 los siguientes supuestos:

- Incapacidad permanente en cualquiera de sus grados objeto de revisión, al no liberarse el puesto de forma definitiva.

- Jubilación parcial, puesto que, en este caso, resulta necesaria la cobertura de la plaza mediante un contrato de relevo, en los términos previstos legalmente así como en art. 36 del Convenio Colectivo".

QUINTO. Las demandantes presentaron reclamación previa con fecha 6 de agosto de 2010".

Tercero.

En esta sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimando las demandas presentadas por D^a Modesta y D^a Penélope , frente a S.A.C.Y.R., S.A.U., debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones contenidas en las demandas".

Cuarto.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D^a Modesta y D^a Penélope , no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

Quinto.

Por S.A.C.Y.R., S.A.U. representada por la Letrada D^a Irene Zamora Olaya, se presentó escrito con fecha 3 de enero de 2012, solicitando nulidad de actuaciones por no haberle dado traslado el Juzgado para impugnar el recurso interpuesto de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda formulada en reclamación de derechos, se interpone recurso de suplicación ante esta Sala, por la representación letrada de la parte actora, denunciando en un único motivo, al amparo del art.191 c) LPL , la infracción del artículo 34.8 del ET , en relación con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar con la laboral.

Conforme con el relato de hechos probados pero disconforme con la fundamentación jurídica y el fallo de la sentencia, la cuestión que se plantea en le presente recurso es el derecho de las actoras a realizar jornada de mañana de lunes a viernes con el fin de cuidar a hijos menores.

Lo primero que esta Sala debe plantearse es si cabe el recurso de suplicación. Así, aun cuando el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de junio de 2008 declaró procedente el recurso de suplicación, lo normal será que, en esta clase de asuntos, no quepa admitirlo, dado que el art. 37.6 ET precisa que las discrepancias surgidas entre la empresa y el trabajador sobre la sucesión horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apdos. 4 y 5 de dicho precepto serán resueltos por la jurisdicción correspondiente a través del procedimiento establecido en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral , y este artículo establece que la sentencia que se dicta en la instancia será firme. Por otra parte, la Disposición Adicional Decimoséptima del ET , introducida por la Ley Orgánica 3/2007, remite en cuanto a las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores con relación al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente al procedimiento establecido en el art. 138 bis LPL .

A nuestro modo de ver, dada trascendencia de esta materia, que de hecho supone una modificación de las condiciones de trabajo relacionada con relevantes aspectos constitucionales, debería darse acceso al recurso de suplicación, al no ser suficiente el argumento de su exclusión por razones de urgencia y preferencia de estos procedimientos, ya que también lo son los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales y, pese a ello, tienen acceso al recurso de suplicación.

Ante la duda suscitada, y ponderando el TS, en sentencia de 18 de junio 2008 , declaró procedente su admisión, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva, la Sala entra a conocer del recurso.

Segundo.

El art. 37.5 ET reconoce a quienes, por razones de guarda legal, tengan a su cuidado directo algún menor de ocho años o persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, el derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. El señalamiento de un tope máximo pretende evitar que la jornada del trabajador se reduzca de tal forma que resulte "improductiva" su prestación laboral y se produzcan perjuicios importantes dentro de la organización y marcha normal de la empresa. Se trata de un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres; si bien, en el caso de que dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

El art. 37.6 del mismo texto legal precisa que la concreción horaria corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria, quien deberá preavisar al empresario con 15 días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria. Las discrepancias surgidas entre el empresario y el trabajador sobre la concreción horaria serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral .

En los últimos años en España, en el campo de la conciliación de la vida profesional y laboral, se han realizado importantes acometidas legales, primero con la aprobación de la Ley 39/1999 , de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, y sus sucesivas reformas, y más recientemente con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres.

La Sentencia dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2008, recaída en el recurso para la unificación de la doctrina 897/2007 , resolvió el conflicto declarando la inexistencia de un genérico derecho al cambio de horario al margen de la reducción de la jornada. En este mismo sentido, se ha pronunciado la Sentencia de 18 de junio de 2008 -rec. 1625/2007 -.

Sostiene el TS que la solicitud de la trabajadora carece de amparo legal, ya que el derecho que establece 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; por tanto, no se comprende la modificación unilateralmente del sistema de trabajo a turnos.

El Alto Tribunal concluye que no puede acceder a lo pretendido sin violar el principio de legalidad a que debe someter su resolución por imposición expresa del art. 117 de la Constitución y ello con independencia de los

criterios fijados por la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero, en un supuesto semejante. Asimismo, confirma que a la misma conclusión habrá de llegar en los supuestos planteados tras la entrada en vigor de la mencionada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, modificadora del art. 34 ET, ya que el derecho queda condicionado a los términos en que se establecerán en la negociación colectiva o en el acuerdo que se llegue con el empresario, ya que lo contrario sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador.

No obstante, la sentencia del TS contiene voto particular, en que se discrepa de la interpretación realizada por la mayoría de la Sala y que propugna una interpretación y aplicación de la norma controvertida teniendo en cuenta la especial naturaleza y trascendencia del derecho reclamado y la realidad social a día de hoy, entendiéndose que la laguna legal puede ser llenada por la jurisprudencia de forma que cabe entender que es posible la adaptación o modificación del horario de trabajo o jornada laboral, sin reducción de la misma, de quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo a algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, ya que difícilmente se sería respetuoso con el objetivo de la reforma operada por la mencionada Ley 39/1999, si se realizara una interpretación literal y la única posibilidad fuera la de la reducción de la jornada de trabajo.

Tercero.

El debate planteado debe solucionarse siguiendo los criterios interpretativos fijados por la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, 3/2007, de 15 de enero, recurso de amparo 6715/2003. La citada Sentencia establece que " La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego ".

Como afirma la Sentencia de esta misma Sala del TSJ de Madrid de 6-3-2009 -rec. 4779/2008 : " Desde un prisma de legalidad ordinaria, la generalidad de los términos en que está redactado el párrafo primero del artículo 37.6 del Estatuto Laboral al referirse a la concreción horaria de la reducción de jornada por motivos familiares, como aquí sucede, en modo alguno autoriza a excluir cualquier posibilidad de que tal especificación o, en otras palabras, el ajuste del horario a la nueva duración de la jornada reducida, pueda comportar un cambio en el régimen de trabajo a turnos, llegando, incluso, a establecerse un único turno fijo, al tratarse, como se dijo, de un derecho cuya titularidad viene atribuida por mandato legal al trabajador o trabajadora que se acoge a la reducción en cuestión, siempre, por supuesto, que cumpla los requisitos que exige el artículo 37.5 del mismo texto legal, y sin que, como expusimos, el legislador haya determinado la forma en que debe efectuarse tal concreción, ni tampoco cuál de entre los intereses enfrentados goza de preferencia. Ahora bien, si la empresa se opone a la concreción horaria propuesta, será entonces cuando habrá que ponderar casuísticamente todas las circunstancias concurrentes, debiendo decantarse el conflicto entre el derecho de la persona afectada a compatibilizar su vida familiar y laboral, de un lado, y la necesidad de respetar el poder de organización del empleador, de otro, a favor de aquél cuyo interés resulte prevalente por favorecer la efectividad de los derechos constitucionales en juego, y no irrogar ningún perjuicio trascendente a la marcha de la actividad productiva de la empresa. Será menester, pues, valorar la situación sobrevenida en su dimensión constitucional, que, como nos recuerdan las sentencias antes transcritas, tanto de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional, usando para ello expresiones idénticas, «ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa» ".

El trabajo a turnos, definido en el art. 36.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) como una forma de organización del trabajo en equipo en la que los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando la necesidad de prestar servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas, es contemplado como una vicisitud de la relación laboral, cuya modificación unilateral por decisión del empresario, en el ejercicio de su poder de organización, es calificada en el art. 41.1 c) ET de esencial, sometida a la motivación de concurrencia de circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción y, en cuanto a su eficacia, a que sea aceptada por el trabajador, puesto que éste, si resulta perjudicado por la modificación sustancial operada, tiene derecho a rescindir su contrato de trabajo percibiendo la indemnización de 20 días de salario por año trabajado.

Pero también al trabajador puede interesarle no realizar un determinado turno de trabajo, regulando el ET en el art. 23.1 a) su preferencia a elegirlo, si es el trabajo a turnos el instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional, derecho que ha de interpretarse con

"amplitud de miras" y no restrictivamente para dotarlo de eficacia real. Incluso la no realización del trabajo a turnos puede erigirse como obligación a cargo de los empresarios, adaptando las condiciones del puesto de trabajo, en el marco del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cuando la evaluación de los mismos revele una exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del nasciturus, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico.

La reducción de jornada por cuidado de un menor o persona discapacitada, con disminución proporcional de salario, es un derecho de titularidad individual de los trabajadores, hombres o mujeres, cuya concreción horaria corresponde a éstos "dentro de su jornada ordinaria", conforme regula el art. 37.5 y 6 ET, y puede comportar en algunos casos un cambio en el régimen de trabajo a turnos e, incluso, llegar a establecerse un único turno fijo, aun cuando el legislador, posiblemente de manera intencionada, y no por un lapsus, ha preferido no determinar la forma en que debe efectuarse esa concreción cuando se produce colisión entre el poder directivo empresarial, por razones productivas u organizativas, y la conciliación de la vida laboral y familiar del trabajador. La polémica se centra, a veces, en la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada, pues, aunque tras la Ley 39/1999 corresponde incuestionablemente "al trabajador, dentro de su jornada ordinaria", según el art. 37.6 ET, ello no lo es de modo absoluto y sin límite alguno, sino que este derecho debe ejercitarse de acuerdo con las exigencias de la buena fe y la interdicción del abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, de modo que se compatibilicen los intereses del menor -y, consiguientemente, del trabajador que tenga encomendada su guarda legal- con las facultades empresariales de organización del trabajo. Así pues, aunque la concreción horaria de la reducción es, en principio, un derecho individual del trabajador, puede decaer. La forma de ejercicio del derecho por ambas partes puede ser determinante de que, en cada caso, prevalezca el criterio o las necesidades concretas del trabajador o, en supuestos excepcionales - fundamentalmente por mala fe, menoscabo excesivo para la empresa o abuso de derecho- las organizativas de la empresa.

Pero lo que no está previsto es que, sin reducción de la jornada de trabajo y del horario, el trabajador peticione un cambio de turnos, posibilidad inviable atendiendo a la reciente doctrina unificada del TS por carecer de apoyo legal, al no estar comprendida en el art. 37 ET, pues se entiende que ello sería tanto como convertir a los órganos judiciales en una tercera cámara legislativa, aunque, a juicio de autorizada doctrina, esta interpretación jurisprudencial parece pugnar con el nuevo apdo. 8 adicionado al art. 34 ET por el apartado Tres de la Disposición Adicional Decimoprimera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIMH). En este sentido, es chocante y sorprendente que se reconozca un derecho preferente al trabajador para elegir turno de trabajo por razones de estudio - art. 23.1 a) ET - y, sin embargo, no se haga lo mismo de manera abierta respecto a la mujer u hombre trabajador para conciliar su vida laboral y familiar, adaptando el trabajo a la persona, si no es a cambio de reducir su jornada y horario, con la consecuente pérdida proporcional de salario.

En España son pocos los convenios colectivos que contienen previsiones dirigidas a cumplir con el mandato contenido en el art. 36.5 ET, relativo al principio de adaptación del trabajo a la persona en el trabajo a turnos, y en concreto de quienes tienen menores o incapacitados a su cargo, muestra palpable de que la conciliación de la vida laboral y familiar no ha trascendido como debiera a la negociación colectiva.

La conciliación de la vida laboral no se consigue únicamente trabajando menos horas, sino permitiendo que las horas que se trabajen se puedan articular adecuadamente para hacerlas compatibles con la atención del menor, sin especiales gravámenes o perjuicios directos o indirectos.

El análisis de la problemática que aquí nos ocupa no debe ceñirse exclusivamente a las cuestiones de mera legalidad ordinaria sino que entra de lleno en la vertiente constitucional, habida cuenta de que las responsabilidades familiares suponen un factor de discriminación o trato desigual en el acceso y promoción profesional en el trabajo. Ha existido tradicionalmente, producto de pautas culturales, hábitos, inercias y estereotipos, una asignación desigual de responsabilidades y roles sociales entre mujeres y hombres. Para lograr romper con esta inercia el art. 42 LOIMH traza como uno de los objetivos prioritarios de la política de empleo aumentar la participación de la mano de obra femenina en el mercado de trabajo, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado.

En este injusto y desigual escenario tradicional de asignación de roles entre hombres y mujeres éstas son las que han llevado la peor parte al encontrarse esclavizadas por la doble jornada, la de la empresa y la del hogar, pues son las féminas las que en la mayoría de los casos concilian el trabajo con la asunción de las responsabilidades familiares. La mujer es objeto de una doble discriminación: por su condición femenina y por su posición en la familia, lo cual supone una competencia desigual entre hombres y féminas en el acceso al mercado de trabajo y en la promoción dentro del mismo. La doble jornada a que frecuentemente viene abocada la mujer, con una vida desgarrada, descompensada y compulsiva, es el escenario propicio para la violencia de género y, por ello, la erradicación de esta lastimosa realidad habrá de afrontarse no solamente en el ámbito privado sino también mediante mecanismos de intervención pública, creando una corriente de opinión favorable a la solución de estos problemas. Por otra parte, de nada sirve innovar legislativamente si la propia sociedad no cambia sus pautas de comportamiento, concienciándose, aún más, de que a los padres corresponde asumir, al menos, el

mismo grado de compromiso y dedicación en la realización de las tareas domésticas y atención a los hijos que a las mujeres. Es necesario, pues, armonizar la condición de progenitor con la de trabajador bajo una óptica de paridad.

En ocasiones, lo que se pide por las mujeres y hombres trabajadores es pasar directamente de un turno rotatorio al fijo, por ser más adecuado a los intereses y obligaciones familiares, sin reducción alguna de jornada y horario, existiendo algunos pronunciamientos favorables de los tribunales del orden jurisdiccional social, incluso antes de la entrada en vigor de la LOIMH, partiendo de una interpretación teleológica y finalista de los apdos. 5 y 6 del art. 37 ET , y siempre que no se perjudique gravemente a la empresa.

Cuarto.

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid no se sustrajo a estas interpretaciones teleológicas para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, destacando la de 19 de diciembre de 2007 (rec. 4598/2007), y la de 19 de mayo de 2008 (rec. 479/2008), esta última examinando el caso de un trabajador que precisaba cambiar de turno de trabajo para poder atender a su hijo con un grave trastorno cognitivo. Pero tuvo que cambiar de criterio en su Sentencia de 27 de febrero de 2009 (rec. 4739/2008), analizando el supuesto de una trabajadora con dos hijos nacidos el 15 de octubre de 2003 y 28 de agosto de 2005, que prestaba sus servicios para el Organismo Autónomo 112 como operadora de Emergencias, realizando su trabajo en turno rotativo de mañana, tarde y noche, estando previsto también un turno de retén. Solicitó un turno fijo de mañana, de 7:00 a 15:00 horas para poder atender al cuidado de sus hijos, sin reducción de jornada, que le fue denegado por la empresa atendiendo a que ese turno no está previsto en el Convenio y existir mecanismos para la conciliación de la vida laboral y familiar tales como reducción de jornada y excedencia por cuidado de hijos. Razona la Sentencia que, en principio, una interpretación de los arts. 37.5 y 6 y 34.8 ET -precepto este último en vigor cuando la actora solicitó el cambio de turno- acorde a la nueva realidad social derivada de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, así como a la necesidad de remover los obstáculos que impidan a las féminas acceder al mismo en condiciones de igualdad con los hombres, sin olvidar la dimensión constitucional de la problemática, que exige atender a la protección jurídica, económica y social de la familia, ex art. 39 de la Constitución de 1978 , permitiría, en línea con el valor al alza de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar en las Leyes 39/1999 y LOIMH, aceptar la interpretación

de la sentencia de instancia reconociendo el derecho de la actora a un turno fijo de mañana cuando, como en el supuesto debatido sucedía, la empresa no parecía haber dado razón convincente de las causas reales organizativas que impedían la asignación del turno fijo de mañana para que la actora pueda atender al cuidado y educación de sus dos hijos. Ahora bien, continuaba razonando, es necesario converger con el criterio de mayor autoridad sentado en unificación de doctrina por el TS en Sentencias de 13 y de 18 de junio de 2008 (recs. 897/2007 y 1625/2007 , respectivamente), las cuales exigen solicitar previamente la reducción de jornada, y siendo que la demandante no lo hizo así, sino que directamente pidió la asignación de un nuevo turno de trabajo de mañana, en lugar del rotatorio de mañana, tarde y noche asignados a los servicios del 112, terminó por estimar el recurso desestimando la demanda.

Quinto.

Al art. 34 del Estatuto de los Trabajadores , versión dada por la LOIMH, se le añade un nuevo apartado, del tenor literal siguiente: " El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquella ".

Es dudoso que actualmente, al decir de autorizada doctrina, con la interpretación que parece habrá de darse al nuevo apdo. 8 del art. 34 del Estatuto Laboral, pueda mantenerse la tesis de las SSTs de 13 y de 18 de junio de 2008 , denegando la modificación del horario y turno de trabajo, sin reducción de jornada, cuando no se perjudique en alguna medida la organización de la empresa, dado que el nuevo precepto habla no solamente del derecho a adaptar la duración sino también de la distribución de la jornada de trabajo. Verdad es que el precepto se remite al acuerdo a que se llegue con el empresario o a los términos reflejados en la negociación colectiva, pero en última instancia, a falta de acuerdo o de previsión convencional, será el órgano judicial social el que decidirá la justeza de la decisión denegatoria empresarial en función de los derechos constitucionales en juego cuando el empleador pueda asumirlo sin especial coste y se aprecie la necesidad de distribución de la jornada por el trabajador.

Pero lo cierto es, como antes se dijo, que del juego de los artículos 34 , 36 y 37 del ET , en la interpretación dada por el TS, incluso tras la LOIMH, el cambio de turno de trabajo exige la previa reducción de jornada, y sucede que en el concreto caso aquí debatido las trabajadoras piden el cambio de turno de tarde, pero

sin reducción de jornada, de manera que no está dentro del supuesto que invoca, por lo que bastaría este argumento para desestimar su recurso.

Además, la sentencia de instancia, argumenta de manera razonable "La solicitud de cambio de turno que se contiene en las demandas no puede ser acogida, en primer lugar porque no existe norma alguna en el Convenio Colectivo de aplicación que establezca este derecho, en segundo término porque no existe acuerdo con el empresario y, por último porque la misma sobrepasa el contenido del apartado 8 del artículo 34 del E.T ., todo ello sin perjuicio del derecho que asiste a las demandantes solicitar que se declare su derecho a cambio de turno con preferencia a otros trabajadores cuando exista una concreta vacante que haya de ser cubierta a través de los mecanismos que sean de aplicación".

Por lo razonado el recurso se desestima y la sentencia se confirma. Sin costas, en aplicación del art.233 LPL , sin que haya lugar a pronunciamiento alguno sobre el escrito presentado por S.A.C.Y.R., S.A.U., con fecha 3 de enero de 2012, solicitando nulidad de actuaciones, dado que consta en autos del Juzgado a los folios 171 y 173 el traslado a la recurrida del recurso formulado.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a Modesta y D^a Penélope contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 24 de los de Madrid, de fecha 3 de diciembre de 2010 en virtud de demanda formulada por las recurrentes contra S.A.C.Y.R., S.A.U., y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por correo certificado con acuse de recibo que se unirá a los autos, conforme establece el art. 56 LRJS, incluyendo en el sobre remitido copia de la presente resolución.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente número 2876 0000 00 (SEGUIDO DEL NÚMERO DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN) que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en la calle Miguel Angel 17, 28010, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito .

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala y expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de suplicación.

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal, habiéndoseme hecho entrega de la misma por el Ilmo. Magistrado Ponente, firmada por los tres Magistrados en esta misma fecha para su notificación. 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.