

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 16 de septiembre de 2013

Sala de lo Social

Rec. n.º 2326/2012

**SUMARIO:**

*Conciliación de la vida laboral y familiar. Solicitud de cambio de turno, sin reducción de jornada, para el cuidado de un hijo menor. Contra la sentencia de instancia no cabe recurso de suplicación, ya que desde la introducción de la disp. adicional decimoséptima del ET, por la Ley Orgánica 3/2007, se remite cualquier discrepancia en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral al procedimiento establecido en el art. 138 bis de la LPL (actual 139 de la Ley 36/2011), precepto que dispone con toda claridad que la sentencia que se dicte será firme. No altera esta conclusión la posible incidencia de la pretensión ejercitada en hipotéticos derechos fundamentales del demandante, ya que la protección de estos queda garantizada a través del recurso de amparo. Se rectifica la doctrina de la STS, de 24 de abril de 2012, rec. núm. 3090/2011.*

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 2/1995 (TRLPL), art. 138 bis.

Ley 36/2011 (LRJS), art. 139.

**PONENTE:**

*Doña Milagros Calvo Ibarlucea.*

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Septiembre de dos mil trece.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de RESTAURACION DE AEROPUERTOS ESPAÑOLES, S.A. (RAESA) contra la sentencia dictada con fecha 16 de abril de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación núm. 2049/2011, formalizado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Madrid, de fecha 12 de enero de 2011, en autos núm. 1582/2010, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Enma frente a RESTAURACIÓN DE AEROPUERTOS ESPAÑOLES S.A. (RAESA), sobre DERECHOS.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea,

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 12 de enero de 2011 el Juzgado de lo Social núm. 24 de Madrid dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por Enma contra RAESA RESTAURACIÓN DE AEROPUERTOS ESPAÑOLES S.L. DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la empresa demandada de los pedimentos formulados en su contra."

**Segundo.**

En dicha sentencia, y como hechos probados, se establecen: PRIMERO- Enma ha prestado servicios por cuenta de la empresa RAESA RESTAURACIÓN DE AEROPUERTOS ESPAÑOLES S.L. desde el 01.06.2000 con la categoría profesional de DEPENDIENTE DE PRIMERA con un salario bruto mensual con inclusión de pagas extras de 2.131,57 EUROS en el centro de trabajo del Aeropuerto de Madrid-Barajas. SEGUNDO- El NUM000 .2006 nace su hijo. Mediante escrito fechado el 14.12.2009 la empresa concede la reducción de jornada de trabajo a 35 horas semanales con libranza fines de semana en horario fijo de 10.00 a 17.00 horas a partir del 14 de diciembre de 2009, otorgando dicho turno hasta el 10.12.2010. La reducción de jornada hasta que el hijo cumpla 8 años. Mediante comunicación de la empresa de 5.11.2010 se le deniega el turno de trabajo fijo en turno de

mañana, manteniéndose la reducción de jornada reconocida al 87,50 %, La actividad del centro de trabajo es en turnos de mañanas y de tarde. TERCERO- Resulta de aplicación el Convenio Colectivo de Hostelería de la Comunidad de Madrid. CUARTO- La actora no ostenta cargo sindical alguno. Se ha celebrado acto de conciliación sin efecto."

#### **Tercero.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D<sup>a</sup> Enma, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia con fecha 16 de abril de 2012, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación Letrada de la actora DOÑA Enma contra la sentencia número 5/2011, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 24 de Madrid, en autos número 1582/2010, de 12 de enero de 2011, que revocamos, con la consecuente estimación de la demanda rectora del procedimiento, declarando su derecho al turno fijo de mañana librando fines de semana y condenando a la empresa RAESA RESTAURACION DE AEROPUERTOS ESPAÑOLES SL, a estar y pasar por tal declaración. Sin costas. Dese a los depósitos y consignaciones el destino legal."

#### **Cuarto.**

Por la representación procesal de RESTAURACIÓN DE AEROPUERTOS ESPAÑOLES, S.A. (RAESA) se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 14 de septiembre de 2009, en el recurso de suplicación núm. 3100/2009 .

#### **Quinto.**

Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerar el recurso procedente. E instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de septiembre de 2013, en el que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

La demandante, que ha venido prestando servicios por cuenta de restauración de Aeropuertos Españoles (RAESA), dio a luz un hijo el NUM000 de 2006, concediéndosele el 14 de diciembre de dicho año reducción de la jornada a 35 horas semanales con libranza los fines de semana en horario fijo de 10.00 a 17.00 horas a partir del 14 de diciembre del 2009 y hasta el 10 de diciembre de 2010 y la reducción de jornada, hasta que el hijo del beneficiario cumpla ocho años. El 5 de noviembre de 2010 se le comunica que mantiene una reducción de jornada del 87,50% y se deniega el turno fijo de mañana. El Juzgado de lo Social dictó sentencia desestimatoria de la demanda e interpuesto recurso de suplicación, la sentencia fue revocada con estimación de la pretensión actora, declarando su derecho al turno fijo de mañana, con derecho a librar los fines de semana.

Reurre la demandada en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 14 de septiembre de 2009 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid . En la sentencia de comparación se declaró de oficio la nulidad de actuaciones desde la notificación de la sentencia de instancia al considerar que la misma no era susceptible de recurso de suplicación. La cuestión sometida a debate versaba sobre petición de una trabajadora que disfrutaba de reducción de jornada del 68,75 %, por cuidado de un hijo menor de 18 meses, con turnos rotativos de mañana, tarde y noche, de cambio de turno, en horario de 9,30 a las 15 horas.

Entre ambas resoluciones concurre la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la Ley de la Jurisdicción Social si bien al someter a debate previo la competencia funcional de los órganos jurisdiccionales intervinientes, la decisión sobre ese particular está excluida de tal exigencia. En ese sentido baste recordar la doctrina de la Sala en Sentencias del Tribunal Supremo de 22-10-2007 (R.C.U.D. 2061/2006 ), 17-9-2009 (R.C.U.D . 2323/2008), de 24-4-2012 ( R.C.U.D. 3090/2011 ) entre otras muchas para lo que el examen inclusive de oficio de la competencia funcional excluye la exigencia de la previa contradicción en el análisis de la recurribilidad de la sentencia.

#### **Segundo.**

La recurrente alega la infracción de los artículos 37.5.º y 37.6.º del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, en relación con el artículo 138. bis del Texto Refundido de la ley de Procedimiento Laboral 2/1995 de 7 de abril.

Se plantea por la recurrente la cuestión relativa a la naturaleza de la sentencia recaída, dado el objeto de la pretensión actora, modificación del turno asignado a quien goza de una reducción de jornada por cuidado de un menor, en orden a su susceptibilidad ser recurrida en suplicación. La sentencia de instancia incluyó en su parte dispositiva el carácter firme de la resolución y que contra la misma no cabía formular recurso. No obstante, la demandante presentó escrito de formalización del recurso de suplicación, evacuando el Ministerio Fiscal informe contrario a la recurribilidad. Las actuaciones fueron elevadas al Tribunal Superior de Justicia, habiendo recaído la resolución objeto del presente recurso, en la que ante la impugnación de la recurrida se dio respuesta favorable a la recurribilidad en suplicación de la sentencia.

De nuevo se suscita la cuestión, esta vez como núcleo esencial de recurso y la respuesta viene dada por la reciente doctrina emitida a través del Pleno de la Sala en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2013 (R.C.U.D. núm., 957/2012 ), de la que a continuación reproducimos parte de su Único fundamento de Derecho, cuyo tenor literal es el siguiente:

"5. La sentencia del Pleno de la Sala del 13 y 18 de junio de 2008 ( R. 897 y 1625/2007 ), en decisión reiterada por STS de 24-4-2012 (R. 3090/11 ), analizando sendas solicitudes de adecuación de jornada y horario, en las que, según se decía, no se postulaba reducción alguna en la jornada de los demandantes, llegaron a la conclusión de que cabía la utilización del proceso ordinario, no la modalidad prevista entonces en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, y, por ello, admitieron que la sentencia dictada en instancia no era firme, que frente a ella cabía recurso de suplicación y, en consecuencia, resolvieron los recursos de casación unificadora interpuestos contra las sentencias de las respectivas Salas de lo Social de lo Social de los TSJ ("...la tramitación dada por el Juez de lo Social a la demanda, por la vía procesal del procedimiento ordinario, era adecuado, pues como argumenta en el fundamento jurídico tercero de su sentencia, lo pedido en la demanda era la declaración del derecho a disfrutar de un horario por parte del trabajador en un supuesto no comprendido en el mismo y cuya decisión requiere una interpretación extensiva del alcance del artículo 37-6 del Estatuto de los Trabajadores en un supuesto de no reducción de jornada, que es el contemplado en este artículo": STS 18/6/08 ).

6. No obstante, un nuevo análisis de la referida cuestión procesal nos lleva ahora a una solución diferente, teniendo en cuenta, sobre todo, la fecha en la que se interpuso la demanda origen de las presentes actuaciones, cuando, al menos en las dos precitadas sentencias del Pleno, tanto las fechas de las peticiones iniciales (4-11-2004 y 3-2-2006 ) como incluso las dos resoluciones de instancia (29-4-2005 y 14-7-2006 ) fueron anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 (24-3-2007).

Como vimos, la demanda tuvo entrada en el Juzgado el día 4 de marzo de 2009 y en tal fecha, en virtud de lo establecido en la Disposición adicional undécima, veinte, en relación con su Disposición final octava (vigencia: 24-3-2007), de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ya resultaba de aplicación la nueva Disposición adicional decimoséptima del Estatuto de los Trabajadores, cuyo tenor literal conviene reproducir aquí: "Las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral".

Por otra parte, la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (art. 10.º, n.º 78 ), en vigor al sexto mes de su publicación en el BOE del 4 de noviembre de 2009, es decir, desde el 5 de mayo de 2009, modificó la rúbrica de la Sección 5ª -que sólo incluye el art. 138 bis-, Capítulo V, Título II, Libro II, de la LPL, para mencionar de modo expreso, no ya los "permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares", como antes decía, sino los "derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente". La fórmula se reitera de manera literal en el propio precepto ( art. 138 bis LPL, en la redacción dada por la Ley 13/2009), que, en fin, dispone con toda claridad que la sentencia que se dicte "será firme".

En idéntico sentido se contempla la cuestión en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), cuando, en el n.º 2 de su art. 139, después de haber advertido en el n.º 1.b) que, en términos generales, "no procederá recurso" contra la sentencia que se dicte, establece también forma contundente que el procedimiento que regula "será aplicable igualmente al ejercicio de los derechos de la trabajadora víctima de violencia de género establecidos en la ley, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa".

Pues bien, aunque por razones temporales no resulten de aplicación al caso de autos las novedades introducidas en la LPL/1995 por la Ley 13/2009 ni la nueva LRJS/2011, pues, como ya tuvimos ocasión de

comprobar, la demanda se interpuso el 4 de marzo de 2009 y aquellas novedades entraron en vigor en mayo de ese año y mucho después la nueva Ley, lo que no ofrece duda alguna es que, ya desde el 24 de marzo de 2007, la propia Ley Orgánica 3/2007, que, como también vimos, introdujo la Disposición adicional decimoséptima al ET, remitía cualquier discrepancia en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, estuvieran reconocidos los derechos invocados legal o convencionalmente, al procedimiento establecido en el art. 138 bis de la LPL, superando de esta forma la doctrina de esta Sala arriba referenciada. Y como quiera que este último precepto ya establecía entonces el carácter firme de la sentencia dictada en instancia, es obvio que así hemos de reconocerlo ahora en este caso, con la consecuencia de declarar la nulidad de todas las actuaciones practicadas con posterioridad, incluida, desde luego, la sentencia dictada en suplicación por la Sala del TSJ de Canarias.

Deben realizarse algunas precisiones adicionales. En primer lugar, el que la sentencia de instancia y la recurrida entiendan que cabía el recurso de suplicación, partiendo posiblemente de lo dispuesto en el art. 34.8 del ET, en nada altera la conclusión que hemos expuesto porque las pretensiones fundadas en tal precepto son también pretensiones de conciliación que se encauzaban -insistimos- por la vía del art. 138.bis de la LPL en los términos ya señalados. Y tampoco altera nuestra conclusión la posible incidencia de la pretensión ejercitada en hipotéticos derechos fundamentales del demandante porque, además de no invocarse directamente en la propia demanda cualquiera de tales derechos, lo cierto es que el propio actor no optó por el proceso de tutela sino por la referida modalidad procesal cuando articula la demanda para la "concreción horaria por cuidado de hijo menor". No puede sostenerse que el recurso sea una garantía adicional que haya de aplicarse a un procedimiento que lo excluye, precisamente, para lograr así las garantías de una solución rápida y eficaz respecto a las reclamaciones de conciliación, cuando, además, la protección de cualquier derecho fundamental que pudiera considerarse vulnerado quedaría garantizada, en su caso, a través del recurso de amparo."

A la vista de la fecha de interposición de la demanda, 15 de diciembre de 2010, resulta cumplidamente de aplicación la doctrina anteriormente expuesta reiterada en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de junio de 2013 (R.C.U.D. núm. 4213/2011 ), por razones de homogeneidad y seguridad jurídica, al no existir nuevos motivos que justifiquen su modificación.

En consecuencia, procede, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal la estimación del recurso, y declarando la falta de competencia funcional de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, anulando las actuaciones desde el momento de notificación de la sentencia de instancia, declarando asimismo su firmeza. Sin costas y con devolución a la recurrente del depósito constituido para recurrir.

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

### **FALLAMOS**

Estimamos el Recurso de Casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de RESTAURACION DE AEROPUERTOS ESPAÑOLES, S.A. (RAESA) contra la sentencia dictada con fecha 16 de abril de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación núm. 2049/2011, formalizado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Madrid, de fecha 12 de enero de 2011, en autos núm. 1582/2010, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Enma frente a RESTAURACIÓN DE AEROPUERTOS ESPAÑOLES S.A. (RAESA), sobre DERECHOS. Casamos y anulamos la Sentencia recurrida y anulamos las actuaciones desde el momento de la notificación de la sentencia de instancia y declarar su firmeza. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional 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. María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.