

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

Sentencia 1066/2013, de 16 de diciembre de 2013

Sala de lo Social

Rec. n.º 1538/2013

SUMARIO:

Tiempo de trabajo. Conciliación de la vida laboral y familiar. *Trabajadora que solicita reducción de jornada por cuidado de hijo con adscripción al turno fijo de mañana. Negativa de la empresa al venir prestando la jornada en turnos rotativos de mañana y tarde. Desestimación del recurso presentado por la trabajadora. Si se accediera a la petición de la trabajadora la empresa se vería obligada a modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de sus compañeros en beneficio de la actora, además la reducción de jornada se debe realizar dentro de la jornada ordinaria y no establecer una jornada distinta perjudicando al resto de los trabajadores.*

PRECEPTOS:

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

PONENTE:

Don José Ignacio de Oro-Pulido Sanz.

Magistrados:

Don ALICIA CATALA PELLON

Don JOSE IGNACIO DE ORO-PULIDO SANZ

Don MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO SOCIAL-SECCION 5ª

MADRID

Sentencia nº 1066

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

Presidente :

Ilma. Sra. Dª Aurora de la Cueva Aleu :

Ilma. Sra. Dª Alicia Catalá Pellón :

En Madrid, a dieciséis de diciembre de dos mil trece.

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

S E N T E N C I A

en el recurso de suplicación nº 1538/13-5ª, interpuesto por Dª Noemi representada por el Letrado D. Antonio Sánchez Mora, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 29 de los de Madrid, en autos núm. 1185/12 siendo recurrida BULGARI ESPAÑA S.A.U., representada por el Letrado D. Alberto Sancho León. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro Pulido Sanz.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por D^a Noemi , contra Bulgari España S.A., 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 24 de enero de 2013 , 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.- La demandante Dña. Noemi viene prestando servicios para la empresa BULGARI ESPANA SA desde el 7-3-2005, con la categoría profesional de vendedora, realizando conforme a lo pactado en el contrato de trabajo, una jornada de 40 horas de trabajo semanales de lunes a domingo, en turnos rotativos de mañana y tarde. Percibe un salario mensual de 2424,12 euros con prorrata de pagas extras.

Segundo.

El centro de trabajo donde presta servicios está situado en el centro comercial del Corte Inglés de Castellana de Madrid, que actualmente abre al público todos los días del año de 10 a 22h. En dicho centro prestan servicios ocho vendedores organizados tres de ellos en el turno de mañana de 9,30h a 16,00h y cuatro en el turno de tarde de 15,30 h a 22h, en el que hay más afluencia de público y mas actividad de la empresa.

Tercero.

- Una trabajadora del centro D^a Carmen , reclamó en el año 2008 el derecho a realizar el turno fijo de mañana en jornada de lunes a viernes por razones de conciliación con la vida familiar y le fue reconocido por la empresa. La demandante y otras dos trabajadoras, impugnaron entonces la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, mediante demanda planteada en fecha 10-10-2008 ante el Juzgado Social nº 6 de Madrid (autos 1245/2008), de la que desistieron tras alcanzar un acuerdo con la empresa en virtud del cual la actora disfruta de un turno especial de dos semanas de trabajo turno de mañana y una semana de trabajo de tarde (folio 34 de autos).

Cuarto.

La demandante solicitó una primera reducción de jornada de 6 horas de trabajo semanales al amparo del art 37.5 del ET que le fue reconocida por la empresa el 15-11-2010 quedando fijada a partir del 1-12-2010 una jornada de lunes a domingo en turnos rotativos de mañana y tarde de 10 a 15,40h y de 16,20h a 22h, respectivamente.

Quinto.

Ese mismo turno alterno de 2 semanas de mañana y una de tarde fue asignado posteriormente a otra trabajadora, D^a Nicolasa , que también había solicitado la asignación de un tuno fijo de mañana para cuidado de su hijo menor de 8 años.

Sexto.

La empresa organiza al resto de vendedores de su plantilla del referido centro de trabajo en turnos rotatorios semanales alternos de mañana y tarde, si bien dos de ellas han dejado de rotar por la mañana para facilitar el disfrute del turno especial de la demandante, de Nicolasa y de Carmen y la última vendedora contratada Irache refuerza el trabajo los fines de semana para que los demás vendedores puedan librar más sábados y domingos (folio 81 de autos).

Séptimo.

La actora tiene tres hijos menores de edad, el último de los cuales nació el 12-4-2012. La demandante solicitó en fecha 7-9-2012 la reducción de jornada para el cuidado del menor y la concreción del horario de disfrute

en el turno fijo de mañana de 10h a 15h de lunes a sábado y, subsidiariamente, de lunes a domingo con dos días de descanso semanales, hasta que su tercer hijo cumpla los 8 años de edad.

Octavo.

La empresa, mediante carta de fecha 13-9-2012, accedió a la reducción de jornada a 30 horas de trabajo semanales, pero denegó la concreción horaria en el turno fijo de mañana solicitado, al que no puede acceder por razones organizativas y por colisionar con los intereses del resto de trabajadores del centro, instando a la demandante a proponer un horario dentro de su jornada de trabajo reducida en los turnos rotatorios de mañana-tarde".

Tercero.

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

"Que, desestimando la demanda promovida por Dña. Noemi frente a BULGARI ESPAÑA SA, absuelvo a esta última de las pretensiones deducidas en la demanda".

Cuarto.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D^a Noemi , 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda formulada por la demandante contra la empresa BULGARI ESPAÑA SAU, que pretendía que se declarara su derecho a la reducción de su jornada laboral por motivos familiares, guarda legal, hasta que su hijo menor Simón cumpla 8 años, fijándose la jornada en el turno de mañana, entre las 10,00 y las 15,00 horas de lunes a domingo, se interpone el presente recurso de suplicación por la trabajadora que se articula en tres motivos, todos ellos formulados al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. El primero de ellos denuncia la infracción del artículo 14 de la Constitución Española, el segundo vuelve a denunciar la infracción del referido precepto, en relación con los artículos 39 y 24 de ese mismo texto legal y, finalmente el último, denuncia la infracción de los apartados 5 y 6 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 34.8 de ese cuerpo legal.

Sostiene la recurrente, en primer término, que la trabajadora demandante ha sido objeto de discriminación, dado que una petición idéntica a la que ahora interesa la recurrente le fue concedida a otra trabajadora del centro en el año 2008, añadiendo que recientemente ha tenido un bebé y que el trabajo a turnos plantea dificultades para su cuidado y hace especialmente gravosa la conciliación de la vida laboral y familiar y, para finalizar, precisa que la concreción del horario consistente en la reducción horaria y supresión del trabajo a turnos, no constituye un uso abusivo por parte de la trabajadora, sino establecer la jornada que mejor se aviene a la conciliación de la vida laboral y familiar.

El artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores dispone: "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 aquélla.

A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas".

Los apartados 5 y 6 del artículo 37, por su parte señalan: "5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

El progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquélla, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

Las reducciones de jornada contempladas en el presente apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si 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.

6. La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social".

En el supuesto que es objeto de los presentes autos la trabajadora demandante tiene reconocido el derecho a disfrutar de una jornada reducida para el cuidado de su hijo menor, por lo que la cuestión se circunscribe a determinar si tiene derecho a que se declare que su jornada la debe realizar o no exclusivamente en turno de mañana, que es lo que pretende la actora.

No tiene duda esta Sala que la jornada de trabajo que la trabajadora realiza de lunes a domingos en turnos rotativos de 10,00 a 15,40 horas -dos semanas- y de 16,20 a 22,00 horas -ordinales cuarto y quinto del relato fáctico- produce en la actora muchas más disfunciones que el que le ocasionaría realizar en todo momento el horario de mañana que pretende. Dicho esto, también resulta obvio que la realización de una jornada en turnos alternos provoca normalmente más disfunciones no solo a la trabajadora demandante, sino a todos los trabajadores que la realizan, como también lo es que la realización del turno de tarde es normalmente menos satisfactorio al dificultar de forma más acusada la conciliación de la vida laboral y la vida familiar. A esta conclusión llegó la propia actora en el año 2008, cuando la empresa demandada concedió a una compañera, doña Carmen un turno fijo de mañana, por razones de conciliación de la vida familiar -ordinal tercero del relato fáctico-, que tuvo consecuencias en los horarios que deberían realizar los restantes trabajadores, hasta el punto que la demandante y otras dos trabajadoras presentaron una demanda de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de la que desistió una vez se alcanzó un acuerdo ante el Juzgado de lo Social, por el cual la actora pasó a disfrutar de un turno especial, de tal forma que pasó a prestar servicios dos semanas en turno de mañana y uno en turno de tarde, en lugar de uno en turno de mañana uno en turno de tarde, ordinal tercero del relato fáctico.

Por otra parte también recoge el relato fáctico que en el centro en el que presta servicios la actora, el Corte Inglés de la calle Castellana abre todos los días del año entre las 10 y las 22 horas y en el prestan servicios 8 vendedores, que trabajan 3 en turno de mañana, entre las 9,30 y las 16 horas, 4 en turno de tarde, entre las 15,30 y las 22 horas y una última vendedora que ha sido contratada para reforzar el trabajo los fines de semana y que las restantes trabajadoras puedan librar más sábados y domingos - ordinales segundo y sexto del relato fáctico- y que además de la trabajadora que realiza su jornada de forma exclusiva en turno de mañana y la actora que realiza el turno especial antes mencionado, existe una tercera trabajadora a la que se ha concedido el mismo turno que a la actora, por idénticos motivos -ordinal quinto del relato fáctico-.

Sentados los anteriores extremos, solo puede concluirse que si se accediera a la petición que ha solicitado la actora, la empresa se vería obligada a modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de sus compañeros y que estos verían incrementada su jornada de tarde, que como ya hemos dicho dificultaría la conciliación de su vida laboral y familiar, en beneficio de la actora, por lo que entendemos que es correcta la conclusión a la que llega la juez de instancia, máxime cuando el derecho que concede el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores a los trabajadores por razón de guarda legal consiste en disfrutar de una jornada reducida "dentro de su jornada ordinaria", es decir, una reducción de la jornada que tienen fijada y no el establecimiento de una jornada distinta a la que tenían y para fijar una jornada distinta, es claro que ello no podría llevar consigo un perjuicio para el resto de los trabajadores o tendría que venir dado por la negociación colectiva - artículo 34.8 y 37 del Estatuto de los Trabajadores -.

Por último debe resaltarse que esta Sala entiende que la actora no ha sido discriminada respecto a la trabajadora a la que se concedió el derecho que ahora reclama la actora en el año 2008, pues es evidente que en aquel momento la empresa no tuvo en cuenta las repercusiones que iba a tener esa medida y que fue la propia demandante y otras dos compañeras que presentaron la demanda a la que nos hemos referido anteriormente las que pusieron de manifiesto los perjuicios que ocasionaban a los trabajadores esa medida, que obviamente se incrementarían sustancialmente si se hiciera efectiva en otro trabajador en el momento presente, lo que lleva consigo que deba desestimarse el recurso y que se confirme la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por doña Noemi , contra la sentencia dictada el 24 de enero de 2.013 por el Juzgado de lo Social núm. 29 de los de Madrid , en los autos número 1185/12, seguidos a instancia de la parte recurrente, contra la empresa BULGARI ESPAÑA SAU y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos íntegramente. 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 Ángel 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.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación (o casación para la unificación de doctrina) contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, modificada por Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero, con el escrito de interposición del recurso habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concorra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la misma, ascendiendo su importe fijo con carácter general a 750 euros, salvo en el caso de trabajadores, sean por cuenta ajena o propia, o beneficiarios del régimen público de Seguridad Social, en cuyo caso su montante será de 300 euros, amén de la cuota variable de la citada tasa en atención a la cuantía del recurso a que hace méritos el artículo 7.2 y 3 de la misma norma , con una exención, también en este caso, del 60 por 100 si se trata de trabajadores o beneficiarios del Sistema de la Seguridad Social, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación, norma reglamentaria en vigor desde el 17 de diciembre de 2012.

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, 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.