

Roj: STSJ BAL 1062/2011
Id Cendoj: 07040340012011100355
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 1
Nº de Recurso: 189/2011
Nº de Resolución: 392/2011
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: ANTONIO OLIVER REUS
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00392/2011

Nº. RECURSO SUPPLICACION 189/2011

Materia: OTROS DERECHOS LABORALES

Recurrente/s: TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U.

Recurrido/s: D^a Rafaela

Juzgado de Origen/Autos: JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO TRES DE PALMA DE MALLORCA (BALEARES)

Demanda: 284/2010

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

DON FRANCISCO J. WILHELMI LIZAU

MAGISTRADOS:

DON ANTONIO FEDERICO CAPÓ DELGADO

DON ANTONI OLIVER REUS

En Palma de Mallorca, a veinte de Septiembre de dos mil once.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, ha pronunciado

EN NO MBRE DE S. M. EL REY

la siguiente

S E N T E N C I A NÚM. 392/2011

En el Recurso de Suplicación núm. **189/2011**, formalizado por la Sra. Letrada D.^a Isabel Martín Ortigosa, en nombre y representación de Telefónica España, S.A.U., contra la sentencia de fecha 31/05/10, dictada por el Juzgado de lo Social Número 3 de Palma de Mallorca (Baleares), en sus autos demanda número 284/2010, seguidos a instancia de D.^a Rafaela , representada por la Sra. D.^a Isabel Ripoll Bonnín, frente a la citada parte recurrente, en reclamación por Otros Derechos Laborales, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONI OLIVER REUS , y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.- La parte actora, DNI nº NUM000 , viene trabajando para la empresa demandada desde el 22-12-1999, ostentando la categoría de Operador Técnico de planta interna.

SEGUNDO.- La actora venía disfrutando de una reducción de jornada por cuidado de hijo desde el mes de julio del año 2007, en jornada de mañana de 8,26 a 15 horas.

TERCERO.- En el mes de enero de 2010 se instauró en el departamento de la actora en Palma un doble turno de mañana y tarde, mientras que hasta esa fecha el turno era exclusivamente de mañana.

CUARTO.- La actora solicitó que se le mantuviera el turno de mañana que venía haciendo antes de instaurarse el turno de mañana y tarde, lo que le fue denegado por la demandada por carta de 24-8-2009. Una vez establecido, la actora reiteró su petición de hacer turno de mañana en fecha 16-2-2010, lo que le fue denegado por la empresa demandada, reiterándose en su anterior escrito, en que le permitía escoger el horario pero debiendo realizar el turno de mañana y tarde.

QUINTO.- Se agotó el trámite de conciliación previa sin efecto.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

Que estimando la demanda interpuesta por DOÑA Rafaela , frente a **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** sobre MODIFICACIÓN DE TURNO DE REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES, debo declarar y declaro el derecho de la actora a seguir disfrutando de la reducción de su jornada de trabajo por cuidado de hijo en turno exclusivo de mañana, entre las 8,28 y las 15 horas, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a reponer a la actora en dicha jornada.

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por la Letrada D.^a Isabel Martín Ortigosa, en nombre y representación de Telefónica España, S.A.U., que posteriormente formalizó y que fue impugnado por la representación de D.^a Rafaela ; siendo admitido a trámite dicho recurso por esta Sala, por Providencia de fecha 15 de Abril de dos mil once.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso que formula la representación de la empresa Telefónica España SAU incluye un motivo amparo por el *art. 191 b) LPL* y otro amparo por la vía del *art. 191 c) LPL* a lo que se une la reproducción de las excepciones de falta de acción y falta de litisconsorcio pasivo necesario a fin de que sean resueltas con carácter previo.

En cuanto a la excepción de falta de acción se rechaza de plano porque trata de fundarse en hecho que no se han declarado probados, sin que se formule ningún motivo por la vía del *art. 191 b) LPL* para su inclusión en la relación de hechos probados.

En cuanto a la falta de litisconsorcio pasivo necesario corre igual suerte desestimatoria, toda vez que la estimación de la demanda no implica ninguna modificación automática de condiciones de trabajo para ningún compañero de la demandante, es una decisión que la empresa podrá adoptar, en su caso, al igual que podría adoptar otras y que, en todo caso, los afectados podrán impugnar por el procedimiento adecuado sin que lo que aquí se resuelva produzca efectos de cosa juzgada salvo en lo relativo al derecho de la demandante.

SEGUNDO . - En cuanto a la solicitud de modificación de hechos probados para que se rectifique en el hecho probado tercero la mención al mes de enero de 2010 por la del mes de agosto de 2009, como aquella en la que instauró el régimen de turnos de mañana y tarde, se acepta porque se trata de un simple error como lo evidencia el hecho de que la primera solicitud de la demandante se formulara el 24 de agosto de 2004, como se recoge en el hecho probado cuarto.

TERCERO . - Por la vía del *art. 191 c) LPL* se denuncia infracción del *art. 34.8 ET ., art. 37.5 y 6 ET* y *art. 106 ap. 3.6* de la Normativa Laboral de la empresa demandada. Se sostiene que las normas cuya infracción se denuncia y en las que se ha fundamentado la sentencia recurrida, reconocen un derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal y, ligado a éste, un derecho a la concreción horaria de la reducción y del horario resultante, pero no un derecho autónomo a cambiar el horario.

Para resolver la cuestión debe aclararse primero que es lo que ha acontecido.

No estamos ante una reducción del jornada por guarda legal del *art. 37.5 ET*. Eso ocurrió en julio de 2007 y partir de ese momento la demandante pasó a realizar una jornada de mañana con horario de 8,26 h. a 15 h. (Hecho probado 2).

Tampoco estamos, propiamente, ante una solicitud de asignación de turno fijo de mañana, porque la demandante ya venía trabajando con horario de mañana.

Lo ocurrido en agosto de 2009 fue una modificación sustancial de condiciones de trabajo que instauró en el departamento de la demandante turnos rotatorios de mañana y tarde (hecho probado tercero). No consta como se llevó a efecto tal modificación.

Lo que cabalmente pretende la parte es que se le mantenga el horario fijo de mañana.

Por tanto, no es aplicable el *art. 37.5 ET* . La situación tampoco es la regulada en el *art. 34.8 ET* en el que se establece lo 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 aquélla".

En el presente caso, la demandante no pretende que se adapte su jornada sino que se mantenga como está.

Si lo solicitado fuera una adaptación o cambio de jornada habría de concluirse que el *art. 34.8 ET* . no ampara su derecho dada la inexistencia de norma colectiva o acuerdo individual en que así se establezca. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia núm 24/2011 de 14 de marzo en la que se declara que "el legislador ha considerado conveniente condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada que examinamos, a lo que se disponga a través de la negociación colectiva o acuerdo entre los propios interesados (empresario y trabajador/a)".

En el presente caso, la demandante no ejercita su derecho a la adaptación de jornada, más bien se opone a la modificación de su jornada de mañana y la asignación de otra de mañana y tarde en turnos rotatorios.

Incluso para un supuesto en el que se solicitaba la adaptación de la jornada el Tribunal Constitucional en sentencia núm. 26/2011 , dictada en la misma fecha que la anterior, con la que entra en cierta contradicción aun valorando una causa de discriminación distinta, como es la derivada de las circunstancias personales y familiares, anuló la sentencia recurrida en amparo por no haber valorado tales circunstancias, ni la concretas condiciones en que se prestaba el servicio para ponderar si la negativa empresarial a asignar turno fijo constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de la vida familiar y profesional, destacando como circunstancias familiares concurrentes a tener en cuenta, el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario solicitado pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Se añade que también era necesario valorar si la organización del trabajo en la empresa demandada permitía la asignación del turno fijo de mañana a la demandante sin poner el funcionamiento del departamento en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones.

En el presente caso, la necesidad de valorar estas circunstancias se hace aun más necesaria, pues, como se ha dicho, no se trata de una solicitud de la trabajadora para que se adapte su jornada sino de una solicitud de mantenimiento de su jornada y la cuestión debe resolverse a la vista de los hechos probados, no pudiendo considerarse otros hechos en que la empresa pretende justificar no sólo la introducción del sistema de turnos rotatorios sino la imposibilidad de mantener a la demandante en turno fijo de mañana, manteniendo de este modo el horario que venía cumpliendo desde que en el año 2007 se procedió a la reducción de su jornada.

Pues bien, es evidente que el horario de mañana es el más adecuado para que la demandante pueda encargarse de la guarda de sus hijos, sin duda por ello, optó por esa concreción horaria al tiempo de procederse a la reducción de su jornada y, además, es notorio que normalmente el horario de mañana es el más adecuado para compatibilizar el cuidado de los hijos con el trabajo, dado que se trata de un tiempo en que los permanecen en la escuela.

Siendo ello así, no se declara probado hecho alguno en el que justificar la inclusión de la demandante en un sistema de turnos rotatorios, no habiendo, por tanto, base para aceptar la modificación de su horario y al haberlo entendido así la sentencia recurrida no ha incurrido en las infracciones denunciadas, que no son aplicables a la situación cuya legalidad se somete a la consideración de esta sala. En consecuencia, se desestima el motivo y con ello le recurso con expresa confirmación de la sentencia recurrida con los efectos establecidos en los *art. 202.2 y 233.1 LPL* .

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

SE DESESTIMA el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación de Telefónica España, S.A.U., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Tres de Palma de Mallorca (Balears), de fecha treinta de Mayo de dos mil diez , en los autos de juicio nº 284/2010 seguidos en virtud de demanda formulada por D.ª Rafaela , frente a Telefónica de España, S.A.U. y, en su virtud, **SE CONFIRMA** la sentencia recurrida.

Una vez firme la presente resolución se decreta la pérdida del depósito de 150,25 # constituidos para recurrir.

Dése a la consignación efectuada el destino legal procedente.

Se fija en concepto de honorarios de la Letrada de la parte impugnante, Sra. D.ª. Isabel Ripoll Bonnin, la suma de 300 euros, a cuyo pago queda condenada la parte recurrente TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA ante la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los *artículos 216* y siguientes, y con las prevenciones determinadas en los *artículos 227 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral* .

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el Banco Español de Crédito, S.A.(BANESTO), Sucursal de Palma de Mallorca, cuenta número 0446-0000-65-0189-11 a nombre de esta Sala el importe de la condena o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Conforme determina el *artículo 227 de la L.P.L* . el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de un depósito de 300 euros, que deberá ingresar en la entidad bancaria Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO), sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, cuenta número 0446- 0000-66-0189-11.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrese testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.