



Roj: STSJ AND 3951/2017 - E

Id Cendoj: 41091340012017100395

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Sevilla

Sección: 1

Fecha: 09/02/2017

Nº de Recurso: 3540/2016

Nº de Resolución: 443/2017

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: FRANCISCO MANUEL

Tipo de Resolución: Sentencia

Recurso nº 3540/16 -AC- Sentencia nº 443/17

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Ilmo.Sr.Magistrado

DON LUIS

Ilmo. Sr. Magistrado

DON FRANCISCO MANUEL

Ilma.Sra.Magistrada

DOÑA MARÍA DEL

En Sevilla, a nueve de febrero de dos mil diecisiete.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 443 /17

En el recurso de suplicación interpuesto por "Asociación de Ayuda a Minusválidos Psíquicos de Cádiz y su provincia" (Afanas Cádiz), contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de los de Cádiz en sus autos nº 16; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don FRANCISCO MANUEL

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por Dña. Marta contra "Asociación de Ayuda a Minusválidos Psíquicos de Cádiz y su provincia" (Afanas Cádiz), sobre reclamación de derecho se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 13-7-16 por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO.- La demandante es auxiliar de enfermería prestando servicios con antigüedad del 2 de febrero de 1999 trabajando siete horas con 35 minutos diarios.

SEGUNDO.- La jornada de octubre al 31 de mayo es de lunes a jueves hasta las cinco de la tarde y hasta las tres los viernes; cuando la jornada es intensiva en verano se trabaja de nueve a tres.

TERCERO.- En 2013 a 2015 la trabajadora pretende un cambio y se denegó por entender la empresa que debía mantenerse obligatoriamente durante todo el año la reducción y correspondiente retribución reducida

CUARTO.- En el presente año la trabajadora presentó un escrito solicitando suspender la reducción de jornada desde el 1 de junio de 2016 a 30 de septiembre de 2016 y volver a horario reducido desde uno de octubre al 31 de diciembre de 2016

QUINTO.- La empresa lo deniega por escrito donde indica que a su criterio la situación personal familiar no cambia en los meses solicitados.

SEXTO.- La trabajadora haya solicitado este derecho para poder atender al cuidado de hijos por las tardes.

El artículo 57 del XII convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad señala el derecho reducción de jornada para quien precise encargarse del cuidado directo de familiares en su punto dos señora que la concreción horaria de la reducción de jornada corresponde a la persona trabajadora,

SEPTIMO.- La empresa deniega la solicitud el 27 de mayo indicando que la situación personal y familiar de la trabajadora no cambia en los meses de jornada intensiva y la reducción no puede hacerse por meses sino en cómputo anual."

TERCERO.- Contra dicha **sentencia** se interpuso recurso de suplicación por el demandado, que fue impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La **sentencia** dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Cádiz de fecha 13 de julio de 2016 estimó parcialmente la demanda interpuesta por la trabajadora, auxiliar de enfermería de profesión, declarando su derecho " *a que la reducción de jornada se aplique en los meses en que no existe jornada intensiva; cuando esta exista no habrá reducción de jornada. 2.-Condenando a la demandada a aplicarlo a partir de mañana. 3.-Se desestima la compensación, según se indicó y la indemnización* ". Se alza frente a la misma en suplicación la empleadora, aduciendo diversos motivos al efecto.

SEGUNDO.- Plantea en primer término su recurso al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , poniendo de relieve la infracción de los artículos 80 y 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Entiende que la parte actora desistió de su acción de concreción horaria, reconduciendo la demanda a una reclamación de cantidad en cambio, al solicitar el salario completo del periodo de junio a septiembre de 2016. Considera que el procedimiento que debió seguirse era el de la conciliación de la vida familiar y laboral y no el de cantidad, como habría planteado la actora en el acto del juicio.

Se hace preciso establecer una sintética exposición de los hechos acaecidos en las presentes actuaciones en orden al adecuado examen de las cuestiones planteadas en el recurso. El horario habitual en la empresa durante los meses de octubre a mayo de cada año, venía siendo de 9,15 a 17,00 horas de lunes a jueves, y de 9,15 a 15,00 horas los viernes. La demandante tenía reconocida una reducción de jornada por la empresa los lunes y miércoles para cuidado de hijos menores en horario de 15,00 a 17,00 horas.

Mediante solicitud de 12 de mayo de 2016, vino a solicitar sustancialmente que la reducción sólo le fuera aplicada durante los meses no comprendidos entre junio y septiembre de cada año, ya que la jornada en la empresa pasaba a ser intensiva durante los mismos, de 9,00 a 15,00 horas para la totalidad del personal.

Mediante comunicación de la empleadora de 30 de mayo de 2016, se le indicó que el horario aplicado hasta el momento venía a exceder el límite legal de reducción aplicable conforme al artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores , por lo que se procedería a aplicarle un nuevo horario, de 9,00 a 15,00 horas de lunes a viernes durante los meses de junio a septiembre, y el resto del año de 9,00 a 15,00 horas los lunes, miércoles y viernes, y de 9,00 a 17,00 horas los martes y jueves, realizando así las 1.398,32 horas correspondientes al 88% de su jornada, debiendo verse reducido el salario en la misma proporción.

La trabajadora interpuso demanda solicitando la anulación de la orden de 30 de mayo de 2016, con admisión de los términos de la solicitud formulada el 12 de mayo anterior, la imposición a la empleadora del pago una indemnización por vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo por importe de 6.251 €, así como el abono de 525 € en compensación de las cantidades injustamente detraídas en 2015 y 2016 al habersele impuesto la reducción de jornada durante todo el año.

Habida cuenta de lo expuesto y tras el visionado de la grabación del acto del juicio, debe ponerse de relieve que no se produjo desistimiento alguno por parte de la actora, no siendo dicha afirmación sino la consecuencia que viene a extraer la recurrente de las prolijas y en ocasiones poco claras, alegaciones ampliamente formuladas por las partes intervinientes en el proceso, incluida la propia trabajadora demandante. No puede dudarse tampoco de que el proceso seguido en las actuaciones sea otro que el de conciliación de la vida personal,

familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente que regula el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Dentro de cuyo objeto puede sin duda articularse esta pretensión formulada por la trabajadora, de básica discrepancia con la solución ofrecida por la empresa a su petición de reducción de jornada para atender al cuidado de hijos, que regula el actual artículo 37.6 Estatuto de los Trabajadores /15.

Se adujo en juicio además la infracción de derechos fundamentales y la indemnización derivada de dicha circunstancia, lo que determina la posibilidad de recurso en este tipo de procedimientos a tenor de lo señalado en el artículo 191.2 f) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Ello permite a su vez el examen de las restantes cuestiones suscitadas en el mismo.

Debe ponerse de relieve la falta de citación del Ministerio Fiscal en las presentes actuaciones, cuando en puridad la misma debería haberse realizado a tenor de lo ordenado por el artículo 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . No obstante lo anterior, no debe acordarse la declaración de nulidad de actuaciones, al tratarse de un extremo que las partes no han invocado, ni hecho constar tampoco que se haya producido su indefensión. Ello a tenor de lo dispuesto por el criterio jurisprudencial, señalando al efecto la **sentencia** del **Tribunal** Supremo de 28 de enero de 2009 , que " *La segunda cuestión de orden procesal que se suscita en el presente proceso se refiere a la presencia en el mismo del Ministerio Fiscal. Esta presencia del Ministerio Fiscal como parte en los procesos de tutela de los derechos fundamentales se exige por el artículo 175.3 de la Ley de Procedimiento Laboral y la Sala en su **sentencia** de 29 de junio de 2001 ha extendido la necesidad de la actuación como parte del Ministerio Fiscal a los procesos en que, sin estar incluidos en la modalidad especial regulada en los artículos 175 a 182 de la Ley de Procedimiento Laboral , lo que se pide es una tutela frente a la lesión de un derecho fundamental. El Ministerio Fiscal debía haber sido parte en este proceso por despido que está incluido en el artículo 182 de la Ley de Procedimiento Laboral . Pero la Sala ha señalado también y lo reitera la citada **sentencia** de 19 de abril de 2005 que, salvo en aquellos supuestos en que la intervención del Ministerio Fiscal está vinculada a la defensa de un interés público directo en el proceso, la falta de citación del Ministerio Fiscal en los procesos en que la tutela reclamada se concreta en un interés de parte no debe determinar la nulidad de actuaciones, salvo que concurran las condiciones que prevé a estos efectos el artículo 205.c) de la Ley de Procedimiento Laboral , lo que no sucede en el presente caso, pues no se ha formulado un motivo de casación alegando este defecto, ni la ausencia del Ministerio Fiscal ha determinado una real indefensión para las partes. "*

TERCERO.- Se plantea el recurso al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para examinar la infracción de normas sustantivas o de jurisprudencia, invocando como conculcado el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores , con carácter subsidiario a la petición anterior.

Dispone el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores /15 aplicable al tiempo de la solicitud formulada por la trabajadora, que " 6. *Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad 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 aquella.*

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, guardador con fines de adopción o acogedor 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 aquella, 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 dieciocho 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 este 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. " Este precepto resulta de contenido similar al del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores /95.

El motivo de recurso se centra en la petición de la actora de percepción de igual salario que sus compañeras durante los meses estivales, lo que vendría a entrañar según el criterio de la recurrente, el intento de la misma de percibir un salario **superior** como si trabajase a jornada completa.



Debe tenerse en cuenta sin embargo que si la finalidad de la norma es la de permitir a la trabajadora compatibilizar en lo posible la necesidad de asistencia de sus hijos menores con las del trabajo, por lo que considerar como existente dicha reducción de jornada a partir de las 15,00 horas cuando ninguna persona de su centro de trabajo realiza actividad a partir de la misma durante los meses estivales, supone una ficción ajena a la realidad. En el caso de la actora y en atención a la jornada de trabajo ordinaria de su empresa, la reducción sólo tiene sentido en cuanto que se aplique en los meses en los que no se desenvuelva una jornada intensiva, que le permita salir del trabajo a la misma hora en que lo hace en los periodos de reducción efectiva de su jornada. Cuestión distinta será la del cómputo de dicha reducción en relación a la jornada ordinaria, y la determinación de si aparece establecida en los límites legalmente señalados, comprendidos entre la octava parte y la mitad de aquélla, de acuerdo con los términos legalmente previstos. Cálculo sobre el que no se ha argumentado en el presente recurso, que deberá desestimarse en consecuencia.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

I.-Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por "Asociación de Ayuda a Minusválidos Psíquicos de Cádiz y su provincia" (Afanas Cádiz) contra la **sentencia** dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Cádiz de fecha 13 de julio de 2016 en el procedimiento seguido a instancias de Dña. Marta frente a la empresa recurrente en reclamación de derechos, confirmando la **sentencia** recurrida.

Notifíquese esta **sentencia** a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este **Tribunal**, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del **Tribunal** Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la **sentencia** o **sentencias** que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) que las "**sentencias** invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las **sentencias** invocadas, que "Las **sentencias** que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Se acuerda la imposición de costas a la recurrente comprensivas de honorarios de letrado o Graduado Social de la parte contraria por importe de 400 euros. Procede la pérdida de los depósitos y consignaciones efectuadas por la recurrente para interponer el presente recurso de suplicación a los que se dará el destino legal oportuno.

Asimismo la parte recurrente que no goce del beneficio de la **justicia** gratuita o de la exención de la obligación de constituir depósitos si recurre deberá presentar en esta Secretaría resguardo acreditativo del depósito de 600 euros en la cuenta corriente de «Depósitos y Consignaciones» núm., abierta a favor de esta Sala en el Banco Español de Crédito (BANESTO), especificando en el campo concepto que se trata de un recurso y mantener la consignación efectuada en la instancia.

Una vez firme esta **sentencia**, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta **sentencia** al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala. Así por esta nuestra **sentencia**, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En Sevilla a 9-2-17.