

RECURSO N.º: Recurso de suplicación
663/2022
NIG PV 4000.47201556
NIG CGPJ 4000.47201556

SENTENCIA N.º: 963/2022

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 17 de mayo de 2022.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D^a MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por [REDACTED] S.A.U. contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 6 de los de Bilbao de fecha 27 de octubre de 2021, dictada en proceso sobre RPC, y entablado por [REDACTED] frente a [REDACTED] y **MINISTERIO FISCAL**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, quien expresa el criterio de la Sala.

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: Dña. [REDACTED]: viene prestando servicios para [REDACTED] SA, con categoría de responsable de sección.

Tiene dos hijos en edad susceptible de disfrutar una reducción de jornada.

Segundo: Habría solicitado una reducción de jornada por guarda legal en 2012 (33,75%), logrando de los tribunales el 12-9-2012 una sentencia que estimaba su petición en estos términos:

1ª semana: de lunes a miércoles de 9.30 a 15 horas, jueves y viernes de 9.30 a 14.30.

2ª semana: de martes a jueves de 9.30 a 15 horas, viernes y sábado de 9.30 a 14.30.

Alternando las semanas en las que se trabaje en sábados, uno de mañana y otro de tarde (de 15 a 20 horas).

Tercero: En abril de 2013, y tras serle solicitada por la empresa la ampliación de su dedicación, la actora demanda una nueva jornada de 35 horas, rechazando la empresa la organización horaria propuesta. No obstante, y desde entonces, la actora habría descrito este horario de actividad:

De lunes a viernes de 9.30 a 16.30 horas, en horario continuado con una pausa de 15 minutos.

Sábados, a semanas alternas:

- De 9.30 a 16.30
- Libre
- De 13 a 20.

Domingo no se trabajaba.

De forma excepcional (con una periodicidad de 10 ocasiones al año), la trabajadora habría prestado servicios con anterioridad a las 9.30 horas y con posterioridad a las 16.30 horas. También de forma excepcional, habría prestado servicios los domingos (8 ocasiones al año).

Este horario vendría a dar satisfacción a las necesidades de la demandante a propósito del momento en el que debía dejar a los niños en el colegio, cuya entrada está prevista para las 9:00 de la mañana.

Cuarto: La empresa dispone de 12 responsables de sección, de los que sólo la actora disfruta de una reducción de jornada.

Cada responsable de sección hace unas 22/22 jornadas como jefe de emergencia al trimestre. Estas tareas consisten, esencialmente, en encargarse de atender cualquier situación excepcional de peligro. Asimismo, el jefe de emergencia es la persona encargada de abrir o cerrar la tienda (7,45 horas o 23, según el turno).

Quinto: En una reunión celebrada en 2019 se sugirió a la actora retomar su rol como jefa de emergencia, a lo que la actora accedió, toda vez que tal circunstancia no afectaba a los horarios que venía disfrutando.

Sexto: La planificación de cada trimestre pasa por que el responsable de sección haga una propuesta de dedicación relativa a ese periodo. La actora elevó la suya en septiembre de 2021, en la que incluía 5 sábados libres.

La empresa le sugiere una adaptación de esta propuesta por considerar la empresa que necesita una mayor dedicación en los sábados. La trabajadora responde presentando una nueva solicitud en la que interesa el disfrute de 13 sábados dentro del periodo.

Séptimo: El 9-9-2021 la empresa emite un documento electrónico a través de la intranet, por el cual se le asigna la función de jefa de emergencias en determinadas fechas dentro del 4º trimestre de 2021.

Ello suscita este diálogo de la demandante con sus superiores:

Día 9-9-2021

C.G.: *"Hola [redacted] me ha informado de la situación del cuadro de emergencias, necesitas que veamos algo al detalle?" Ahora estoy en vicio, pero mañana si estás disponible y crees que sería interesante intercambiar, me dices y nos organizamos".*

Actora: *"Mañana libro, pero creo que es importante que hablemos sobre esto. El sábado estoy en horario de mañana.*

C.G.: *"Pues lo vemos si quieres la semana que viene, vemos qué día coincidimos y lo vemos porque el sábado descanso yo, no coincidimos."*

Actora: *"Genial"*.

Día 13-9-2021

C.G.: *"[redacted] estoy arriba en la zona de pausa. Estoy con [redacted] también. Así estamos juntos".*

Octavo: El 18-9-2021 se remite a la actora una comunicación electrónica por parte de C.G. del siguiente tenor:

“Hola [REDACTED], no te he querido molestar hoy que veo que tienes día libre. Estoy revisando como hablamos todos los planning del equipo de responsables de la tienda, este último trimestre como intercambiamos en el punto sincro del pasado martes es un último trimestre donde nos jugamos una oportunidad fantástica de conquistar al máximo de clientes.

Revisando tu planificación, me sorprende ver que no te has puesto a trabajar ningún sábado del trimestre y después de la reunión que tuvimos el pasado lunes en donde te presenté junto con [REDACTED] la posibilidad de ir poco a poco adaptando tu horario (en base a tus posibilidades para poder colaborar con los demás compañeros en los turnos de jefe de emergencia, recordarás que vimos la posibilidad de ir haciéndolo poco a poco), me sorprende que después de darnos un par de días para reflexionar (han pasado cinco) no te hayas puesto ninguno de ellos por la tarde.

Necesito de manera urgente que reflexiones sobre tu planificación del último trimestre en dos situaciones concretas:

- Sábados (después de todo el tiempo que llevas en la empresa conoces lo que nos jugamos en estos días y más en invierno) y estoy seguro que entre trabajarlos todos y librarlos todos (como te has puesto) hay una escala de grises.*
- Turnos de jefes de emergencia, puedes hacernos una propuesta rápida para cerrar el cuadro y así que esta situación concreta no afecte a tus compañeros en su organización.*

Siento ser pesado con este tema, lo hablamos desde el lunes 13 y no he tenido respuesta tuya en toda la semana por eso este lunes, antes de las 14 horas necesito tener de manera concreta un planning coherente al oficio que desempeñas.

Muchas gracias y espero que entiendas la premura con la que te lo pido sabiendo que el 23 es nuestro deadline para comunicar todos los plannings.”

Noveno: Llegado el 20-9-2021, el mismo remitente traslada una nueva comunicación, esta relativa a la planificación del cuarto trimestre de la actora. En la misma se indica: *“Tu planteamiento de poder librar todos los sábados del cuarto trimestre y de no trabajar ninguna tarde en todo el trimestre, es un planteamiento que no podemos validar dada la importancia que tiene tu rol en la animación de las personas de tu equipo y dado el nivel de facturación que nos jugamos en este último trimestre. He entendido que tu respuesta a la propuesta que te hicimos ha sido esta y por eso el sábado me lancé a poder ofrecerte un poco más de tiempo de reflexión, hoy veo que sigue siendo la misma posición y que no hay variación sobre ella.*

Con esta situación no me ha quedado más remedio que antes de que llegue el plazo legal de comunicación de los planings (23 de septiembre) rehacer tus planning de una manera coherente a la actividad que necesitamos, igualmente como entiendo que esto puede trastocar tu planificación con el equipo, no he querido esperar hasta el último día para poder hacerlo y así

dejarte el tiempo que necesites para modificar el planning de tu equipo en base al tuyo si lo consideras necesario y que puedas estar dentro de los plazos de la planificación trimestral.

Igualmente, estoy 100 × 100 disponible para poder modificar cualquiera de los días que te propongo antes del día 23 de septiembre, para, como hablamos, poder adaptarnos al máximo posible a tus necesidades personales también.”

Décimo: El nuevo plan a que menciona el anterior ordinal programó estas fechas y actividades:

Octubre 2021:

- Día 2 (sábado): 9 a 13 y de 16 a 19.
- Día 5 (martes): 7,45 a 14,45 (jefa emergencia)
- Día 20 (miércoles): 7,45 a 14,45 (jefa emergencia)
- Día 21 (jueves): 13 a 20.
- Día 29 (viernes): 14 a 21.

Noviembre 2021:

- Día 9 (martes): 16 a 23 (jefa emergencia).
- Día 13 (sábado): 10 a 14 y de 17 a 20.
- Día 16 (martes): 7,45 a 14,45 (jefa emergencia)
- Día 18 (jueves): 13 a 20.
- Día 24 (miércoles): 13 a 20.
- Día 27 (sábado): 16 a 23 (jefa emergencia).

Diciembre 2021:

- Día 1 (miércoles): 16 a 23 (jefa emergencia).
- Día 7 (martes): 14 a 21.
- Día 14 (martes): 7,45 a 14,45 (jefa emergencia)
- Día 16 (jueves): 13.30 a 20.30
- Día 18 (sábado): 10 a 13 y de 16 a 19.
- Día 22 (sábado): 7,45 a 14,45 (jefa emergencia)

Día 23 (jueves): 14 a 21.
Día 28 (martes): 13 a 20.
Día 30 (jueves): 13.30 a 20.30"

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

"Que, estimando en lo sustancial la demanda interpuesta por Dña. [REDACTED] frente a [REDACTED] (MSCT 985/2021, con garantías añadidas vinculadas a la tutela de DDFF, y en los que fue parte el MF), declaro nula la modificación de condiciones de trabajo promovida sobre los horarios del cuarto trimestre de 2021, por perjudicar su derecho fundamental a la no discriminación, debiendo la trabajadora ser respuesta en el disfrute de las condiciones inmediatamente anteriores a la imposición unilateral por parte de la empresa de aquellos horarios, al tiempo que condeno a la empresa satisfacer una compensación por daños basada en la lesión del derecho fundamental, cuantificada en 7501 euros."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social nº 6 de los de Bilbao dictó sentencia el 27-10-2021 en la que estimó la demanda interpuesta por la trabajadora y declaró que había concurrido una modificación sustancial de condiciones de trabajo y una quiebra de los derechos fundamentales, por lo que otorga la indemnización por ello y condena a la empresa a reintegrar a la trabajadora al disfrute de las condiciones inmediatamente anteriores a la imposición unilateral de los nuevos horarios.

Entiende el Magistrado de instancia que la trabajadora venía disfrutando desde 2013 de un horario con franjas laborales que no superaban determinados umbrales, los que desde la programación que figura el Hecho Probado décimo se habría modificado, con un talante de permanencia y de incremento.

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia interpone recurso de suplicación la empresa y a través de un único motivo por la vía del apdo. b) del art. 193 LRJS, pretende modificar los Hechos Probados tercero y octavo.

Respecto al Hecho Probado tercero señalar que el Magistrado de instancia ha precisado que nos encontramos ante un hecho conforme, por lo que debiera acreditarse no solo la discrepancia respecto a las circunstancias transcritas, sino, y ello es lo más importante, que de la prueba documental que se cita se desprenda de forma clara y precisa aquello que se postula (requisitos generales de toda revisión, STS 15-12-2021, recurso 195/21). Observamos que, en primer término, el recurrente refiere como elemento que sustenta su pretensión la “*documental que consta*” en autos, y ello supone una remisión a un bloque documental, siendo que es necesario no solo concretar el documento sino especificar en el mismo aquello que se pretende (STS 19-10-2017, recurso 117/17).

Como nos recuerda la impugnación del recurso nos encontramos ante un recurso de naturaleza extraordinaria, y por tanto diferente a la apelación o nuevo juicio (STS 14-9-2021, recurso 2/20), y ello imposibilita a la Sala suplir la actividad que ha instrumentalizado la parte.

La segunda modificación referida al Hecho Probado octavo también es rechazable: en primer término, porque se intenta valorar un documento ya ponderado en la instancia (elemento que no es admitido para la revisión, STS 10-12-2020, recurso 41/19); y, en segundo término, porque lo que se busca es valorar determinados elementos, para introducirnos en una hipótesis, en la que se menciona el Convenio Colectivo, el que es una norma, y no un hecho como tal, por cuanto que aparece publicado en el B. Oficial del Estado (STS 21-12-2017, recurso 252/16, sobre la no inclusión de normas jurídicas en el relato fáctico).

De todas formas, volvemos a reiterar, el Hecho Probado octavo en la redacción que se postula no es sino una simple hipótesis respecto a cierta correspondencia o concordancia entre lo planificado y lo regulado, obviando la ponderación que realiza la instancia, que presenta un criterio objetivo e imparcial frente al legítimo de la parte (STS 5-4-2016, recurso 159/15), y nos introduce en una línea de concordancia entre la normativa y lo actuado prescindiendo de que la argumentación de instancia se refiere a ciertas circunstancias consolidadas por la trabajadora y que son variadas unilateralmente sin acomodarse a un sistema instrumentado adecuadamente.

Llegados a este punto recordaremos que, ya lo hemos precisado, nos encontramos ante un recurso de naturaleza extraordinaria, y cuando solamente se impugna el relato fáctico en la suplicación no procede analizar ninguna otra cuestión, debiéndose desestimar el recurso de conformidad a constante doctrina que así lo señala (STS 21-11-2018, recurso 88/17).

La desestimación del recurso implica la imposición de costas por aplicación del art. 235 LRJS.

Vistos: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Bilbao de 27-10-2021, procedimiento 985/21, por doña [REDACTED] Letrada que actúa en nombre y representación de [REDACTED] S.A.U., la que se confirma, imponiendo las costas del recurso a la recurrente, cifrándose en 900 euros, más IVA, los honorarios de letrado de la parte impugnante y pérdida de depósitos y consignaciones, a los que se les dará el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0663-21.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0663-21.

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.