

Documento TOL7.278.431

Jurisprudencia

Cabecera: Trabajo a turnos. Jornada reducida. Concrecion horaria

La trabajadora entiende que el acuerdo sobre concrecion horaria alcanzado en el acto de conciliacion de 27/06/2017 se está incumpliendo, por lo que solicita que se deje sin efecto la modificación de hecho efectuada, y en su caso, de considerarse que no es posible el cumplimiento literal del acta en los términos que recoge, se mantenga la **reduccion de jornada** actual y la concrecion horaria siguiente : utilizando la movilidad funcional actual, el que se fuera moviendo por las distintas subsecciones según necesidades operativas de la empresa, asegurando ella la asignación preferente del **turno de mañana** y la empresa la posibilidad de asignarle el puesto que necesite cubriendo así su propias necesidades operativas y organizativas, solución beneficiosa para ambas partes y que respeta el acuerdo actual.

Jurisdicción: Social

Ponente: [María Sol Alonso-Buenaposada Aspiunza](#)

Origen: Juzgado de lo Social

Fecha: 12/04/2019

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Tercera

Número Sentencia: 209/2019

Número Recurso: 155/2019

Numroj: SJSO 2250:2019

Ecli: ES:JSO:2019:2250

ENCABEZAMIENTO:

JDO. DE LO SOCIAL N. 3OVIEDO

SENTENCIA: 00209/2019

LLAMAQUIQUE S/N 33071 - OVIEDO

Tfno: 985234441/76

Fax: 985234564

NIG: 33044 44 4 2019 0000942

Modelo: N02700

PEF DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 0000155 /2019

Procedimiento origen: /

Sobre: ORDINARIO

DEMANDANTE/S D/ña: María Antonieta

ABOGADO/A: CELIA FERNANDEZ FIDALGO PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO/S D/ña: DIRECCION000

ABOGADO/A: MARIA MONTOTO GARCIA

PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

SENTENCIA nº 209/2019

En Oviedo, a doce de abril de dos mil diecinueve.

Doña M^a Sol Alonso Buenaposada Aspiunza, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social nº 3 de Oviedo, por sustitución, tras haber visto los presentes autos nº 155/2019 sobre CONCILIACIÓN VIDA LABORAL Y FAMILIAR (concreción horaria de reducción de jornada por guarda legal), ha pronunciado la siguiente SENTENCIA, siendo las partes, de una y como demandante, Doña **María Antonieta**, que comparece representada por la Letrada Doña Celia Fernández Fidalgo, y de otra, como demandada, la empresa **DIRECCION000 . (DIRECCION001)**, representada por la Letrada Doña María Montoto García.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 11 de marzo de 2019 tuvo entrada en este Juzgado la demanda rectora de los autos de referencia, en la que por la parte actora, tras alegación de hechos y fundamentos de derecho, se solicitó sentencia por virtud de la cual se estimare la demanda y se condenare a la demandada a estar y pasar por la reducción y concreción horaria recogida en el acta de conciliación de 27 de julio de 2017, dejando sin efecto la modificación de "hecho" efectuada y, en su caso, de entender que no es posible el cumplimiento literal del acta en los términos que recoge, se mantenga la reducción de jornada actual y la concreción recogida en el último párrafo del expositivo séptimo del escrito de demanda, a saber: "*utilizando la movilidad funcional actual, el que se fuera moviendo por las distintas subsecciones según necesidades operativas de la empresa, asegurando ella la asignación preferente del turno de mañana y la empresa la posibilidad de asignarle el puesto que necesite cubriendo así sus propias necesidades operativas y organizativas, solución beneficiosa para ambas partes y que respeta el acuerdo actual*".

SEGUNDO.- Por Decreto de 11 de marzo de 2019 se admitió la demanda, con señalamiento para la celebración de la conciliación ante la Letrada de la Administración de Justicia, y para el caso de que no se llegase a una avenencia, para el acto del juicio.

TERCERO.- Abierto el acto del juicio, celebrado el 10 de abril de 2019, la parte actora se ratificó en su demanda, pidiéndose de contrario su desestimación por razón de las alegaciones que constan en la correspondiente grabación. Recibido el juicio a prueba, se practicó la documental propuesta por ambas partes, así como la testifical de Don Valentín (miembro del Comité de empresa) a propuesta de la actora, y de Doña Celia (Jefa Sección UHT) y Don Jose Luis (Jefe de fábrica), a instancia de la demandada, con el resultado que obra en autos. En conclusiones, insistieron las partes en sus pretensiones. Quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han cumplido todas las formalidades prescritas por la Ley.

PRIMERO.- La trabajadora demandante, Doña María Antonieta, con DNI NUM000, cuyas demás circunstancias personales obran en autos, viene prestando servicios para la empresa DIRECCION000 . (en adelante DIRECCION001) desde el 30 de abril de 2008, en virtud de contrato de trabajo indefinido desde 11/11/2010, a tiempo completo (40 horas semanales), ostentando la categoría de especialista de 1^a (operadores de máquinas para tratar la lecha y elaborar productos). Percibe un salario diario de 74 euros incluida prorrata pagas extras. La jornada laboral era de lunes a domingo, descansando jornadas rotatorias, en tres turnos de mañana (06:00 a 14:00h), tarde (14:00 a 22:00 h) y noche (22:00 a 6:00h). La relación laboral se rige por el Convenio Colectivo de la empresa (indiscutido).

SEG UNDO.- Doña María Antonieta tiene un hijo menor (indiscutido). La trabajadora y Don Juan Ramón están inscritos como unión de hecho en el Registro Municipal de Uniones de Hecho del Ayuntamiento de DIRECCION002 (doc. 12 actora). Don Juan Ramón presta servicios para la empresa DIRECCION003 . como gestor comercial (indiscutido). El horario del padre varía en función de las necesidades de los clientes dado lugar a visitas programadas fuera del horario de la jornada de trabajo y a frecuentes viajes fuera de Asturias (doc. 11 actora).

TERCERO.- La actora informó a la demandada que iba a ejercer el derecho previsto en el art 37.6 del Estatuto de los Trabajadores reduciendo la jornada de trabajo por guarda legal de su hija. Desde el 1 de octubre de 2015 venía reduciendo su jornada rotatoria en dos horas diarias.

CUARTO.- Posteriormente, en marzo de 2017, solicitó realizar su jornada únicamente en turno de mañana (de 7:00 a 14:00 h), con reducción de una hora, siéndole denegada por la empresa. La trabajadora formuló demanda en materia de conciliación personal, familiar y laboral que dio lugar a los autos 431/2017 del Juzgado de lo Social nº2 de Oviedo.

El 27 de junio de 2017 se celebró el acto de conciliación ante la Letrado de la Administración de Justicia llegando las partes al siguiente acuerdo (doc. 2 actora):

La parte actora se afirmó y ratificó en su demanda.

La empresa accede a la reducción de jornada por cuidado de hijo solicitada en un octavo de su jornada. No obstante, por las razones organizativas y productivas que detalladamente le ha expuesto el jefe de fábrica, la empresa no puede acceder a la pretensión de realizar su jornada laboral únicamente en el turno de mañana , aunque la reducción de jornada sea de una hora diaria, como propone, en vez de las dos que venía realizando.

Tras las conversaciones mantenidas en las que la demandante ha expuesto sus circunstancias concretas, la empresa le comunica que, al igual que ha hecho algún compañero en situaciones familiares, podría solicitar voluntariamente un cambio de sección y pasar a prestar servicios en la sección de recuperación y reacondicionamiento, con la categoría de especialista de segunda, donde sería posible adscribirla al turno de mañana. Esta sería la opción 1 que le puede ofrecer.

En otro caso, (y como opción 2) si la actora estuviese conforme, siempre que en su sección acudan a trabajar cuatro especialistas de primera en el turno (mínimo de presencias necesarias para atender llenadoras /UHT) la empresa le garantiza que , aunque por su calendario anual le correspondiera prestar servicio en la tarde o en la noche, se le asignará el turno de mañanas, preavisándola con un mínimo de 48 horas si dicha asignación no fuera posible. Para facilitar al mando de esta asignación , la reducción de jornada (de una hora diaria) se acumulará en jornadas completas, pudiéndolas disfrutar en las tardes y noches que estén garantizadas con cuatro presencias de especialistas de primera en dichos turnos. La empresa le abonará su salario en relación a la reducción de jornada que en virtud de este acuerdo efectivamente realice. Si finalizado el año la reducción acumulada en jornadas completas no hubiese alcanzado un octavo de su jornada no generará compensación de descansos en su favor. Finalmente hace constar que si la demandante en el futuro decidiera que esta solución no le satisface y plantease judicialmente la reducción de jornada solicitando trabajar únicamente en el turno de mañana, el presente acuerdo dejaría de vincular también a la empresa.

La parte actora acepta el ofrecimiento contenido como opción dos. La parte demandada se adhiere a dicha opción y el acuerdo entrará en vigor a partir del lunes 3 de julio de 2017.

QUINTO.- El 1 de junio de 2018 el Juzgado de lo Social nº2 de Oviedo dictó sentencia estimatoria en los autos de conflicto colectivo nº 76/2018 por la que se declaraba inaplicable el dictamen emitido por el Director General de Trabajo de 15 de diciembre de 2017, sobre varios aspectos (vigencia temporal, organización de trabajo /flexibilidad, grupos profesionales , niveles de acceso, revisión salarial, incrementos fijos y variables por años, antigüedad, otras medidas, sanciones), en tanto no se integrare en el convenio colectivo suscrito por las partes. La parte empresarial formuló recurso de suplicación nº 2111/2018 que fue estimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en sentencia de 4 de diciembre de 2018 (doc 12 DIRECCION001).

SEXTO.- Mediante escrito fechado el 14 de diciembre de 2018 (doc. 3 actora) la empresa comunicó a la actora la necesidad de modificar el acuerdo individual a que se ha hecho referencia a consecuencia de la variación de las circunstancias que se exponen:

"Cuando en enero de este año, la empresa empezó a aplicar el Dictamen del DGT y a reconocer la categoría de especialista de primera a todos los trabajadores de la sección, aunque éstos seguían realizando las mismas funciones, pendientes de recibir formación, y posteriormente, ir cogiendo la experiencia necesaria para considerarlos trabajadores polivalentes, la empresa se dio cuenta que no podía seguir manteniendo el acuerdo con usted, pues aunque desde ese momento "formalmente" figuraban 4 especialistas de primera por calendario, es decir, el mínimo que en el acuerdo se indicaba como necesario, para facilitarle la prestación de servicios en el turno de mañana, lo cierto es que la aplicación del Dictamen modifica las circunstancias y, al ser todos los trabajadores especialistas de primera, organizativamente se hace preciso que el número de presencias mínimas necesarias a tener en cuenta sea el total de la sección en cada turno.

Cuando se le iba a comunicar que este hecho alteraba los términos del ofrecimiento de la empresa y posterior acuerdo, en febrero la representación de los trabajadores denunció judicialmente la aplicación del Dictamen. Por ello, se decidió esperar a la resolución del asunto.

En un primer momento la sentencia de instancia consideró inaplicable el Dictamen volviendo a figurar en el calendario os especialistas de primera y los de segunda, es decir, todo volvió a la situación anterior que posibilitaba el acuerdo.

Sin embargo, el pasado 4 de diciembre de 2019, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias estimó el recurso de suplicación presentado por la empresa frente a la sentencia de instancia y declaró que el Dictamen suscrito por el Director General de Trabajo es de aplicación.

Por lo que ahora la empresa viene nuevamente obligada a la equiparación de la categoría de especialista de primera y especialista de segunda, produciéndose la situación anteriormente detallada. Por eso, no es posible organizar el trabajo en la sección con esta fórmula de disfrute de su reducción de jornada y, por tanto, la empresa se ve en la obligación de comunicarle con un preaviso de 15 días (lo que implica que lo acordado se mantendrá solo hasta el próximo 31 de diciembre de 2018.

No obstante la empresa le propone otra alternativa, a saber: Siempre que su sección de UHT cuente con 12 o más presencias por turno desde el domingo (turno de noche) hasta el viernes (turno de noche) y 10 o más presencias el sábado, la empresa le garantiza que, aunque por su calendario anual le corresponda prestar servicio en la tarde o en la noche, se le asignará el turno de mañanas preavisándola con un mínimo de 48 horas si dicha asignación no fuera posible. Para facilitar al mando de esta asignación, la reducción de jornada (de una hora diaria) se acumulará en jornadas completas, pudiéndolas disfrutar en las tardes y noches que estén garantizadas de conformidad con lo anterior. Si finalizado el año la reducción acumulada en jornadas completas no hubiese alcanzado un octavo de su jornada no generará compensación de descansos en su favor. (doc. 4 DIRECCION001)

SÉPTIMO.- El 31 de diciembre de 2018 la actora remitió email al Departamento de Relaciones Laborales del siguiente tenor literal:

" A medio del presente les comunico que no estoy conforme ni acepto la modificación del acuerdo de reducción y concreción horaria alcanzado en julio de 2017 y que se ha venido llevando hasta la fecha de forma satisfactoria para ambas partes sin ningún tipo de problemas. No existe causa alguna que impida seguir cumpliendo lo pactado, y ello por cuanto seguiremos siendo el mismo personal, por lo que la causa alegada para dejar este acuerdo sin efecto no es real, constituyendo el mismo una modificación unilateral de mi reducción de jornada contraria a derecho, por lo que están obligados a respetar el mismo o en su caso consensuar un cambio pero no imponerlo dejando sin efecto ni derecho a conciliar sin causa alguna" . (doc. 4 actora). La empresa reiteró su propuesta en correo electrónico de 10 de enero de 2019 (doc. 5 actora y DIRECCION001).

OCTAVO.- El 11 de enero de 2019, la trabajadora envía correo electrónico:

</i>

"Estimado Eleuterio : como ya te había manifestado en mi correo de 31 de diciembre pasado, mi voluntad y no es una elección arbitraria sino de imperiosa necesidad, es la de mantener la reducción y concreción horaria que ambas partes firmamos en el acta de conciliación judicial de julio de 2017 y que se ha venido llevando a cabo hasta la actualidad de forma muy satisfactoria tanto para la empresa como para mí, dicha concreción es la única que me permite conciliar y cuidar de mi hijo menor dada la situación laboral de marido que le imposibilita hacerlo. No comparto la argumentación de que ha habido un cambio, dado que con independencia de la categoría reconocida a los trabajadores el personal de la sección es el mismo, luego no existe cambio alguno, la situación es la misma que en julio de 2017.

Lo que ruego es que me confirmes por favor si se va a mantener la concreción pactada o la vais a modificar unilateralmente y la fecha, ello por cuanto con tanta imprecisión no sé aún si me la vais a mantener o si la vais a modificar unilateralmente y desde cuando, y ello para que, si así es pueda ejercer mis derechos en la sede competente y además poder organizar el cuidado de mi hijo, pero lo que necesito es una aclaración concisa de la situación en que me encuentro ¿se mantiene el acuerdo de julio de 2017 que ha venido llevando hasta hoy o me lo vais a modificar vosotros unilateralmente y desde cuando?. Sin otro particular" (doc 6 DIRECCION001).

Fue contestado el 15 de enero siguiente: Buenos días, María Antonieta : Acusamos recibo de su correo y le damos respuesta a la mayor brevedad posible. Atentamente".

NOVENO.- El 31 de enero de 2019 la trabajadora presentó papeleta de conciliación ante la UMAC de Oviedo, dando lugar al expediente nº NUM001 , en la que se solicitaba que la conciliada se aviniera a mantener la reducción de jornada y concreción horaria reconocida en el Acta de conciliación de fecha 27/6/2017. El acto conciliatorio se celebró el 13 de febrero de 2019, con el resultado de sin avenencia, entregándose a la trabajadora carta fechada el 8 de febrero de 2019 del siguiente tenor literal:

"Muy Sra. Nuestra:

El día 6 de febrero de 2019, hemos recibido citación para el próximo 13 de los corrientes ante el UMAC de Oviedo. Sorprendentemente, en su papeleta de conciliación reconoce que no se ha modificado, hasta la fecha, los términos de la reducción de jornada , que viene disfrutando desde el año 2017m, sino que ejercita esta acción, simplemente porque la comunicación de la empresa del pasado 14 de diciembre, tras ratificarse por el ISJ de Asturias, que el Dictamen del DGT era de aplicación y las consecuencias para la organización de tal pronunciamiento, le ha ocasionado "malestar y zozobra".

Es cierto que se le indicó en diciembre que, el compromiso alcanzado por la empresa, relativo a la forma de disfrutar su reducción de jornada de un ahora diaria, acumulada en jornadas completas, asignándole el turno de mañanas preferentemente, se veía afectado por los cambios organizativos operados por aplicación del Dictamen y no se iba a poder mantener. Pero es absolutamente falso que no se haya llevado a cabo con usted ningún tipo de negociación. Al contrario, tal y como reconoce en su papeleta "ninguna de las propuestas (alternativas) que le hizo la empresa le sirve". Propuestas que son las mismas que las ofrecidas al resto de sus compañeras en su misma situación. Y tampoco nos consta que haya propuesto usted ninguna alternativa, para que pudiera ser estudiada.

Aclarado lo anterior, esta parte continúa analizando si hay alguna otra opción y, si no la hubiera, se le reiterarán las ya ofrecidas y por escrito, y con el debido preaviso se le comunicará la modificación de la situación actual. Lo que ponemos en su conocimiento, entendido que esta comunicación aclara cualquier duda que pueda tener al respecto y deja vacía de contenido la reclamación objeto del expediente NUM001 .

Le ruego acuse recibo de la recepción de la presente, para la debida constancia". (docs. 6. y 7 actora)

< /i>

DÉCIMO.- La trabajadora formuló demanda ante los Juzgados de lo Social el 7 de marzo de 2019, cuyo conocimiento correspondió por turno de reparto a este Juzgado, que aquí se resuelve.

UNDÉCIMO.- *Por la empresa le fue remitida carta fechada el 26 de marzo de 2019 (doc. 8 actora) del siguiente tenor literal:*

< /i>

Muy Sra. nuestra:

Por medio de la presente, nos ponemos en contacto con usted, tras serle notificada a la empresa su demanda sobre conciliación de vida familiar y laboral, autos 155/19 del Juzgado de lo Social nº3 de Oviedo y, en orden a aclarar una serie de cuestiones:

La empresa sigue respetando (en tanto trata de alcanzar con usted un nuevo acuerdo sobre el disfrute de su reducción de jornada- que se adapte a la nueva realidad organizativa de la sección UHT) el espíritu del pacto alcanzado en sede judicial el pasado 27 de junio de 2017, en virtud de cual es asignada al turno de mañana , dentro de su sección, siempre que, en el turno que le corresponda por calendario, acudan a trabajar cuatro especialistas de primera, con los conocimientos y la experiencia necesaria para manejar las llenadoras.

De hecho, desde el mes de noviembre de 2018 que refiere en su escrito de demanda, la empresa únicamente no le ha asignado el turno de mañana los días que se detallan a continuación. Año 2018: noviembre 26 y 27. Año 2019: enero, 2,3,4,14 y 28; febrero: 14 y marzo: 4,5,15,16,21,22,25 y 26.

Durante los meses de noviembre del año 2018 a marzo del año 2019, de un total de 94 días de trabajo efectivo, únicamente no se le ha cambiado al turno de mañana en 16 ocasiones. Y esos días no se le pudo asignar por no contar, en el turno que a usted le correspondía por calendario (tardes o noches) con cuatro especialistas de primera, (además de usted) que estuvieran capacitados para manejar las llenadoras.

Como sabe , desde que se confirmó que el Dictamen de la DGT era de aplicación, el calendario de la sección pasó a ser único (ya no hay un calendario para los operarios de llenadoras) y todos los trabajadores perciben su retribución como especialistas de primera, mientras reciben formación , para poder en su turno de trabajo llegar a atender todas las posiciones , no estando adscritos a una sola tarea. Ello significa que, cuando estén formados y acreditada su polivalencia, será necesario un mínimo de 11 presencias por turno.

Por ello, ya se le ha adelantado la nueva situación (que motivo que interpusiera una conciliación ante el UMAC el pasado 13 de febrero) y se le ha explicado como la misma afecta al Acuerdo alcanzado en 2017. No obstante, se le han ofrecido otras opciones, para que pueda prestar servicios en la empresa preferentemente en el turno de mañana, en la sección que haya una necesidad, avisándola el viernes de la semana anterior para que pueda elegir. También se ha mantenido una reunión el pasado 18 de marzo con la letrado que la representa, en la idea de buscar una solución válida para ambas partes.

La idea es agotar primero la vía de la negociación y, de no alcanzar ningún acuerdo, se le comunicará formalmente, a partir de cuando se dejará de aplicar el acuerdo, con un mínimo de 15 días de preaviso, para que pueda ejercitar cualquier acción que en derecho considere". (doc. 8 actora).

DUODÉCIMO.- Desde noviembre de 2018 hasta la interposición de la demanda, el 7 de marzo de 2019, la empresa no ha asignado a la actora el turno de mañana los días 26 y 27 de noviembre de 2018 ni el 2, 3, 4, 14 y 28 de enero, 14 de febrero y 4 y 5 de marzo de 2019 (10 días). Los motivos han sido: no contar con el numero de personas que pudiesen atender llenadoras (4 personas), por calendario o por ausencias justificadas de compañeros de turno de tarde o noche quedando el mismo sin el número de presencias necesarias, así como para garantizar el descanso diario legalmente establecido entre jornadas de 12 horas (doc. 9 certificado responsable de Relaciones Laborales DIRECCION001).

DÉCIMOTERCERO.- *La actora interpuso la presente demanda el 7 de marzo de 2019.*

DÉCIMO CUARTO.- *En la fábrica de Granda donde presta servicios la actora, trabajan a turno unas 400 personas en producción, de las cuales unas 10 tienen concreción horaria (Brigida , Candelaria , Catalina y Claudia trabajan bien las primeras /últimas horas del turno de trabajo según calendario,*

Constanza y Covadonga , acumulan pese a la jornada reducida las horas en jornadas completas ofrecidas por la empresa según sus necesidades. A otras trabajadoras, Delfina , Elisa y la propia actora) se les posibilita el cambio de turno al de mañana (no fijo) cuando las razones organizativas lo permiten , esto es, cuando en los demás turnos se dé el nº de presencias mínimas (hecho probado quinto Sentencia doc. 13 DIRECCION001 y testifical Sr. Valentín).

A la sección de UHT están adscritos unos 48 trabajadores. La sección de UHT tiene siete líneas, una por cada llenadora, y cada línea precisa al menos 11 presencias de lunes a viernes, y 9 presencias el sábado porque una línea de envasado se detiene en fin de semana. En caso de necesidad se acude a trabajadores eventuales o ETT. Con anterioridad las llenadoras eran atendidas sólo por especialistas de 1ª, aunque algún especialista de 2ª podía manejarla. Se establecía un calendario para especialistas 1ª y otro para el resto del personal. Tras finalizar un procedimiento judicial de conflicto colectivo, que concluyó con sentencia favorable para la parte empresarial, actualmente, se está realizando un proceso de formación de los trabajadores, que han sido reclasificados pasando a tener categoría de especialistas de 1ª. Mientras dura este proceso de formación del personal, la empresa sigue respetando el acuerdo individual de 27 de junio de 2017: siempre que haya presencias suficientes en su turno (4 personas que sirvan para usar las llenadoras) se adscribe a la actora al turno de mañana. Cuando todos los trabajadores estén formados, pasará a establecerse un calendario único. (testifical Sra. Celia y Sr. Jose Luis)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La trabajadora entiende que el acuerdo sobre concreción horaria alcanzado en el acto de conciliación de 27 de junio de 2017 se está incumpliendo, por lo que solicita que se deje sin efecto la modificación de "hecho" efectuada, y en su caso, de considerarse que no es posible el cumplimiento literal del acta en los términos que recoge, se mantenga la reducción de jornada actual y la concreción horaria siguiente: "utilizando la movilidad funcional actual, el que se fuera moviendo por las distintas subsecciones según necesidades operativas de la empresa, asegurando ella la asignación preferente del turno de mañana y la empresa la posibilidad de asignarle el puesto que necesite cubriendo así sus propias necesidades operativas y organizativas, solución beneficiosa para ambas partes y que respeta el acuerdo actual".

La empresa demandada se opone alegando en primer lugar que la actora carece de acción porque no se ha dejado de aplicar el acuerdo de 27 de junio de 2017. Que desde noviembre de 2018, y durante 94 días, la empresa se ha visto imposibilitada para asignarla al turno de mañana únicamente en 16 ocasiones, y ello por no tener en el turno de tarde o noche al que estaba adscrita un número mínimo de 4 trabajadores que supieran manejar llenadoras. En cuanto al fondo, sostiene problemas organizativos en el futuro para justificar la negativa a la concreción horaria que viene disfrutando la actora pues la reclasificación de todos los trabajadores en especialistas de 1ª, una vez que adquieran la formación suficiente para manejar las llenadoras, que requiere práctica, supondrá conseguir una polivalencia de los trabajadores, por lo que aumenta el número de presencias exigible.

SEGUNDO.- El artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores reconoce que "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". Según el vigente artículo 37.6 del TR del Estatuto de los Trabajadores 2/2015 "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 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". Según el apartado 7 del mismo precepto. "7. La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 6, 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 6, 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 periodos de disfrute previstos en los apartados 4, 5 y 6 serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social ".

Dicho lo anterior, en cualquier caso, la facultad o derecho del trabajador, lógicamente, debe ejercitarse siempre conforme a las exigencias derivadas del principio de buena fe que rige las relaciones jurídicas contractuales (art. 7 del CC), y especialmente la relación jurídica-laboral (art. 5 a) y 20. 2 del Estatuto de los Trabajadores), de manera que puede concluirse que su ejercicio será abusivo o contrario a tales exigencias derivadas del principio de buena fe y, por lo tanto, no podrá ampararse judicialmente, cuando suponga, dadas las circunstancias que concurran en cada caso, un grave perjuicio para la subsistencia de la empresa o afecte gravemente a la producción, o exista la posibilidad de satisfacer el derecho del trabajador en otro horario compatible con el proceso productivo de la empresa.

Así, como ha declarado la doctrina unificada, como regla general la facultad para determinar el horario adecuado corresponde al trabajador ya que es el único capacitado para decidir cuál es el período mas idóneo para cumplir las obligaciones derivadas de la patria potestad que le competen, aunque, como excepción se indica que, "cuando ese derecho entrone en colisión con el derecho de dirección y organización empresarial se acudirá a las circunstancias concurrentes en cada caso incluida la de buena fe para atribuir esa facultad a uno o a otro " (STS de 16 de junio de 1.995).

TERCERO.- En el presente caso, se alega que hay un incumplimiento "de hecho" del acuerdo alcanzado en el acto de conciliación de 27 de junio de 2017, a saber: "siempre que en su sección acudan a trabajar cuatro especialistas de primera en el turno (mínimo de presencias necesarias para atender llenadoras /UHT) la empresa le garantiza que , aunque por su calendario anual le correspondiera prestar servicio en la tarde o en la noche, se le asignará el turno de mañanas, preavisándola con un mínimo de 48 horas si dicha asignación no fuera posible. Para facilitar al mando de esta asignación , la reducción de jornada (de una hora diaria) se acumulará en jornadas completas, pudiéndolas disfrutar en las tardes y noches que estén garantizadas con cuatro presencias de especialistas de primera en dichos turnos", desde noviembre de 2018.

Sin embargo, por la empresa se acredita que no ha asignado el turno de mañana los días 26 y 27 de noviembre de 2018 ni el 2,3,4,14 y 28 de enero, 14 de febrero y 4,5,15,16,21,22, 25 y 26 de marzo de 2019 (16 días). Diez días antes de la interposición de la demanda. Y que los motivos han sido: no contar con el numero de personas que pudiesen atender llenadoras (4 personas), por calendario o por ausencias justificadas de compañeros de turno de tarde o noche quedando el mismo sin el número de presencias necesarias, así como para garantizar el descanso diario legalmente establecido entre jornadas de 12 horas. Así resulta del certificado del responsable de Relaciones Laborales DIRECCION001 que se aporta, no desvirtuado de contrario. Por tanto, examinada la prueba practicada, no se aprecia que haya un incumplimiento de hecho del pacto, ni se aporta un término comparativo que permita apreciar un aumento de días en que la actora no ha podido disfrutar del turno de mañana, que permita llegar a esa conclusión. Los testigos de la parte demandada afirmaron con rotundidad que se sigue respetando el acuerdo pactado. Por tanto, no se aprecia en el momento actual conflicto alguno pues no se acredita el apartamiento de lo pactado, y sólo se evidencia el temor de la trabajadora a decisiones unilaterales de la empresa que aun no se han producido. En consecuencia debe estimarse la excepción alegada de falta de acción.

Por otro lado la empresa acredita en el marco de una reorganización de la producción en la sección de UHT a que está adscrita la actora, con la reclasificación de todos los trabajadores en la categoría del especialista de 1ª, y en el ámbito de un proceso de formación encaminado a que todos ellos adquieran la capacidad de manejar las llenadoras, pretende una negociación con la trabajadora en el entendimiento de que el pacto adoptado en 2017 no será factible en el momento en que todos los trabajadores estén capacitados para tales funciones. La propia trabajadora admite esa posibilidad al

proponer con carácter subsidiario una reducción de jornada y concreción "de entender que no es posible el cumplimiento literal del acta en los términos que recoge".

CUARTO.- *De conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , procede advertir a las partes que contra esta sentencia no cabe interponer recurso de suplicación.*

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO:

Que estimando la excepción de falta de acción de la demanda interpuesta por D. María Antonieta contra la empresa DIRECCION000 ., a la que se absuelve de la pretensión deducida en su contra.

Incorpórese esta Sentencia al correspondiente libro, expídase certificación literal de la misma para su constancia en los autos de referencia.

Notifíquese esta sentencia a las partes advirtiéndole que contra ella no cabe recurso alguno.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilma. Sra. Magistrada, estando celebrando audiencia pública, en el día de su fecha, de lo que yo la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.