

Elección del procedimiento adecuado, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo -art. 138 LRJS- o derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral -art. 139 LRJS-; uso de la facultad judicial del art. 102.2 LRJS reconducción del procedimiento en el caso de inadecuación.

Óscar López Bermejo

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Andalucía).

Resumen: *Trabajadora solicita a su empresa la reincorporación al puesto de trabajo tras excedencia -ex art. 46-3 ET- para el cuidado de su segundo hijo menor y, en la misma solicitud, incluye su petición de reducción de la jornada de trabajo por guarda legal de hijo en los mismos términos -mismo porcentaje de reducción y misma concreción horaria- que ya disfrutó con el nacimiento de su primer hijo. Ante esta segunda petición, la empresa le comunica que acepta la reducción propuesta del 50% de la jornada ordinaria, pero no la concreción de horario interesada por la trabajadora, pues durante el periodo de tiempo en que estuvo suspendida su relación laboral el horario de atención al público ha cambiado en la demandada por la reestructuración habida como consecuencia de la reorganización del trabajo y del personal. La persona trabajadora interpone demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo -art. 138 LRJS-, acumulando la pretensión de vulneración de derechos fundamentales, que es estimada en la instancia e, interpuesto recurso de suplicación por la mercantil demandada, la Sala del Tribunal Superior de Justicia aprecia de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento y desestima la demanda, asentando su decisión en que la demandante tenía una jornada a tiempo completo justo en el momento anterior a hacerse efectiva la excedencia disfrutada, de manera que la negativa de la empresa relativa a la concreción horaria no supone una modificación de ninguna condición de trabajo. La trabajadora debió reaccionar ante la negativa de la empresa en cuanto a la concreción horaria a través de la modalidad procesal de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral -art. 139 LRJS- La Sala IV del Tribunal Supremo en la sentencia analizada asume en parte el pronunciamiento del Tribunal de Suplicación, de manera que sí admite el criterio procesal relativo a la inadecuación de procedimiento pero no la decisión de desestimación al ser esta última una medida excepcional, y entiende que debe cobrar presencia la facultad del art. 102.2 LRJS, por lo que procede dar el asunto la tramitación del procedimiento del artículo 139 LRJS, acordando devolver actuaciones al Juzgado de lo Social.*

Palabras clave: *No modificación de condiciones de trabajo. Negativa concreción horaria en admitida reducción de jornada por guarda legal. Procedimiento adecuado. Prioridad de ejercitar la facultad judicial para reconducir el procedimiento.*

Abstract: *Worker woman requests his company to return to work after leave -ex art. 46-3 ET- to care for her second minor child and, in the same application, she includes*

the request for reduction of working hours due to legal custody of children on the same terms -same rate of reduction and same time specification- as she already enjoyed with the birth of her first child before the leave which ends. In response to this second request, the company informs that it accepts the proposed reduction of 50% of the normal working day, but not the specificity of schedule interested by the worker because, during the period in which their employment relationship was suspended, the hours of public service have changed in the defendant due to the restructuring as a result of the reorganization of work and staff. The worker brings an action for substantial modification of working conditions -art. 138 LRJS- and joins the claim of infringement of fundamental rights, which is upheld in the First Instance; filed an application by the defendant, the Chamber of the High Court of Justice assessed ex officio the procedural inadequacy and dismissed the application, settling its decision that the applicant had a full-time working day at the time before the leave was taken, so that the company's refusal to specify the time does not imply a modification of any working condition. The worker had to react to the company's refusal to specify time through the procedural modality of rights of reconciliation of personal, family and work life -art. 139 LRJS- The Fourth Chamber of the Supreme Court in the judgment analyzed shares partly the pronouncement of the Court of Appeal, so that it does accept the procedural criterion of procedural inadequacy, but not the decision to dismiss -the latter being an exceptional measure-, and understands that the faculty of art 102.2 LRJS must be present, so it is appropriate to give the case the processing of the procedure of article 139 LRJS, agreeing to return proceedings to the Social Court.

Keywords: *No change in working conditions. Negative hourly concretion in reduction of time by legal guardianship. Appropriate procedure, priority to exercise the judicial authority to redirect the procedure.*

I. Introducción

La sentencia nº 396/2023 de la Sala IV del TS (Rec. 2212/2020)^[1], de fecha 5 de junio de 2023, objeto de comentario, trata dos cuestiones procesales de interés.

Por un lado, como primera, la disputa sobre qué procedimiento especial debe regir para encauzar la cuestión objeto de debate, que en este caso fluctúa entre el de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo -art. 138 LRJS- o derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral -art. 139 LRJS-, siendo precisamente una realidad fáctica de los acontecimientos la que arroja luz para ello, como es que la actora trabajaba a jornada completa antes de entrar en excedencia para el cuidado de hijo menor, de manera que al reincorporarse lo debe hacer en esta misma condición - como trabajadora a jornada completa-; y, al instar conjuntamente la reincorporación a su puesto y la reducción de jornada con concreción, denegando la demandada sólo la cuestión del horario efectivo propuesto por la interesada, permite clarificar que sólo ataca la cuestión de la concreción horaria dentro de una reducción de jornada lo que es propio del procedimiento previsto en el art. 139 LRJS, y no el del art. 138 LRJS como siguió la instancia.

En segundo lugar, que en estos supuestos de inadecuación de procedimiento deben los órganos judiciales realizar un esfuerzo para reconducir el procedimiento, haciendo uso de la potestad prevista en el art. 102.2 LRJS, y la desestimación de la demanda se presenta como una solución excepcional y secundaria.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 396/2023, de 5 de junio.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 2212/2020.

ECLI:ES:TS:2023:2483

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los hechos del caso litigioso

- La actora presta sus servicios para la demandada, en virtud de contrato indefinido a tiempo completo, con la categoría de Delineante 1ª.

- La jornada habitual de la actora es de lunes a viernes de 10:00 a 13:30 horas y de 16:30 a 20:00 horas, y los sábados de 10:00 a 14:00 horas. Dicho horario coincide con el horario de apertura y cierre del establecimiento.

- Tras el nacimiento de su primer hijo, en 2013, la actora redujo su jornada de trabajo por guarda legal a partir del 11.03.2013, en un porcentaje de 50% de su jornada ordinaria, concretada de 10:00 a 13:30 horas de lunes a viernes y los sábados de 10:00 a 12:00 horas.- Desde **el mes de marzo de 2017 la actora realizaba su jornada a tiempo completo.**

- En abril de 2017 la actora inicio un periodo de IT por complicaciones en el embarazo, dio a luz a su segundo hijo en 2017 y, tras el periodo de 16 semanas de baja por maternidad, en el mes de noviembre de 2017 solicito un periodo de excedencia del artículo 46.3 del ET para el cuidado de hijo menor por un periodo de un año, debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo el día 03.12.2018.

- La parte demandante solicita a la demandada el 02.11.2018, por correo electrónico, la reincorporación al puesto de trabajo tras la excedencia, y al mismo tiempo la reducción de la jornada de trabajo por guarda legal en los mismos términos que en el año 2013, con el nacimiento de su primer hijo, en un porcentaje de 50% de su jornada ordinaria, concretada de 10:00 a 13:30 horas de lunes a viernes y los sábados de 10:00 a 12:00 horas.

- El 22.11.2018 la empresa comunica a la actora a través de burofax que ya no existe ese horario de atención al público por la reestructuración habida como consecuencia de la reorganización del trabajo y del personal, a la que se ha visto abocada, y que los nuevos horarios de atención al público son de lunes a viernes de 16 a 21 horas y sábados de 10 a 14 horas. Por ello, la mercantil demandada le indica que se reincorpore a su puesto dentro de los éstos, siendo los únicos disponibles.

- Es un hecho probado que el establecimiento tiene un horario de apertura al público de 10:00 a 13:30 horas y de 16:30 a 20:00 horas, y los sábados de 10:00 a 14:00 horas, y que las funciones de atención al público durante la jornada de mañana son realizadas por la administrativa Dª Joaquina.

2. El juicio en instancia

Contra la denegación de la concreción horaria, la trabajadora interpone demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo -en adelante MSCT-, acumulando una pretensión de vulneración de derechos fundamentales, recayendo su conocimiento en el Juzgado de lo Social nº 3 de Santiago de Compostela que, en su sentencia nº 217/2019, de 16 de mayo de 2019, estima la demanda y declara nula la modificación de las condiciones de trabajo que afecta a horario y distribución del tiempo de trabajo, condenando a la empresa a llevar a efecto la reposición de la trabajadora en sus anteriores condiciones de trabajo. La sentencia declaró que se

habían vulnerado los derechos fundamentales de la trabajadora a la igualdad y no discriminación y a la protección de la salud e integridad -artículos 14 y 15 CE- y condena a la empresa a indemnizar a la trabajadora con 4.000 euros por daños morales.

3. Sentencia de suplicación

La sentencia de fecha 25 de mayo de 2020, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia -en adelante Sala de lo Social del TSJG- en el recurso de suplicación núm. 68/2020^[2], aprecia de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento y, revocando la sentencia recurrida en suplicación, desestima en instancia la demanda, dejando impregunada la cuestión de fondo cuestionada, debiendo plantear la actora la acción ejercitada a través de la modalidad procesal de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del art. 139 LRJS. Razona la sentencia de suplicación en su fundamento de derecho segundo, y sobre los hechos declarados probados, que *"...la empresa no ha adoptado decisión alguna que modifique el horario o la jornada de la trabajadora, que estaba disfrutando de una excedencia por cuidado de hijo, sino que lo que se produce es, ante la reincorporación solicitada por la actora, aceptar la misma, e interesando la trabajadora igualmente la reducción de jornada, por cuidado de hijo menor de 12 años, en el 50% y dentro del horario que más arriba se indica, indicarle que no era posible y que tenía que hacerlo dentro del horario de atención al público, que indicaba era de lunes a viernes de 16 a 21 horas y sábados de 10 a 14 horas, es decir señalar que no se niega a la reducción de jornada solicitada, pero sí al horario que la parte demandante interesa."*

Por otra parte, la Sala de lo Social del TSJG no hace mención a la posibilidad de ejercitar la facultad del art.102.2 LRJS.

IV. Posición de las partes

1º Frente a la decisión de la Sala de Suplicación del TSJG la trabajadora recurre en casación para la unificación de doctrina -en adelante RCUd-, apoyada en dos motivos:

- El primero, defiende la adecuación del procedimiento de modificación de condiciones de trabajo e invoca de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2015 (rec. 5364/2015)^[3].

- El segundo, denuncia la infracción del artículo 102.2 LRJS, al haber dejado impregunada la cuestión de fondo planteada y aporta como referencial la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 3 de junio de 2016 (rec. 1345/2016).

2º La empresa, que fue recurrente en fase de suplicación, en el recurso de casación para unificación de doctrina opta por ni siquiera personarse, a pesar de haber sido emplazada en legal forma.

3º El Ministerio Fiscal informa en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado por falta de contradicción o, subsidiariamente, estimar el primer motivo con devolución de las actuaciones al Tribunal de instancia a fin de que resuelva la cuestión planteada.

V. Normativa aplicable al caso

1. Normas sustantivas

- Art. 34.8 ET^[4]: *"Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa."*

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto".

- Art. 41.1 ET: "La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.*
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.*
- c) Régimen de trabajo a turnos.*
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.*
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.*
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39".*

2. Normas adjetivas

- Art. 102.2 LRJS^[5]: "si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma."

- Art. 138.1 LRJS: "1. El proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, plazo que no comenzará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación, sin perjuicio de la prescripción en todo caso de las acciones derivadas por el transcurso del plazo previsto en el apartado 2 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores".

- Art. 139 LRJS: “1. El procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por las siguientes reglas:

a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador.

El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia.

b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

2. El procedimiento anterior será aplicable igualmente al ejercicio de los derechos de la trabajadora víctima de violencia de género establecidos en la ley, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. Podrá acumularse a la referida demanda la acción de daños y perjuicios directamente causados a la trabajadora por la negativa o demora del derecho. Podrá instarse, en su caso, la adopción de las medidas cautelares reguladas en el apartado 4 del artículo 180”.

VI. Doctrina básica

La sentencia de la Sala de lo Social del TS trata dos cuestiones procesales de gran interés práctico y que se encuentran vinculadas.

La primera, determinar qué procedimiento rige, para lo que se habrá de estar a la naturaleza de la decisión del empresario que se desea atacar por no estar conforme. En este caso, la trabajadora, al tiempo de entrar en situación de excedencia para cuidado de hijo, disfrutaba de sus normales condiciones pactadas, que eran a jornada completa, y al comunicar la trabajadora a la empresa el fin de la excedencia con el objetivo de reincorporarse también solicita la reducción de jornada por guarda legal, proponiendo una concreción horaria que no es aceptada por la empresa. Por lo tanto, no hay decisión de la empleadora de modificar condición de trabajo alguna, sino simple denegación de la concreción horaria interesada por la trabajadora para su reducción de jornada por guardia legal, la cual la empresa no ponía en cuestión. Y esto provoca que no proceda articular la demanda por la modalidad procesal de MSCT -art. 138 LRJS-, sino que haya lugar el procedimiento de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral -art. 139 LRJS.

La segunda, que en casos de apreciación de la inadecuación de procedimiento, porque la modalidad procesal oportuna era la del artículo 139 LRJS, no necesariamente ello debe conducir a desestimar la demanda y a declarar que la acción sea ejercitada por la modalidad procesal de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sino que existe el encargo legal de entrar en

funcionamiento la potestad de reconducción prevista en el art. 102.2 LRJS, con el objetivo de evitar la citada desestimación, siendo éste el remedio subsidiario y excepcionalísimo. Por tanto, el órgano judicial en estos casos se encuentra compelido a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas.

VII. Parte dispositiva

La Sala Social del TS acuerda:

1. Estimar parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la persona trabajadora.

2. Casar y anular la sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de mayo de 2020 (rec. 68/2020). Resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar el recurso de tal clase interpuesto por la empresa y revocar la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santiago de Compostela 217/2019, 16 de mayo de 2019 (autos 903/2018).

3. Devolver las actuaciones al Juzgado de lo Social núm. 3 de Santiago de Compostela para que, tras dar al asunto la tramitación del artículo 139 LRJS, completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según esta última modalidad procesal, resuelva, con libertad de criterio, la demanda de la trabajadora.

4. No imponer costas.

VIII. Pasajes decisivos

1º La propia sentencia de la Sala IV, que ahora analizamos, establece que el recurso de casación unificadora a resolver tiene por objeto valorar la corrección de la inadecuación de procedimiento apreciada de oficio por la sentencia de suplicación respecto de la demanda de MSCT, y si es oportuno que la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJG desestime la demanda y deje imprejuzgada la cuestión de fondo suscitada, remitiendo a la parte actora el plantear la acción por la modalidad procesal de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

2º Sobre la base de los dos motivos -ya expuestos en el ordinal 1º de las posiciones de las partes- en que la demandante sustenta su RCUD, la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo sí observa contradicción de sentencias de suplicación en cuanto al primero sobre la adecuación del procedimiento, pero no sobre el segundo relativo a la infracción del artículo 102.2 LRJS, al haber dejado imprejuzgada la cuestión de fondo.

3º Al resolver el único motivo vivo del RCUD -inadecuación del procedimiento de MSCT- nuestro TS considera ajustada a derecho la motivación de la sentencia del TSJ recurrida en casación unificadora cuando declara que la modalidad procesal adecuada para la demanda interpuesta por la trabajadora -ahora recurrente en casación unificadora- no es la de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (artículo 138 LRJS), sino la de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (artículo 139 LRJS), argumentando para ello lo siguiente: *“En efecto, la trabajadora solicitó la reincorporación tras el periodo de excedencia por cuidado de hijos del artículo 46.3 ET. Y, con anterioridad a ese periodo de excedencia, realizaba desde marzo de 2017 su jornada a tiempo completo. Es en el momento de reincorporación tras la excedencia por cuidado de hijos cuando la trabajadora solicita la reducción de jornada por guarda legal, proponiendo una concreción horaria que no es aceptada por la empresa. Pero la entidad empleadora no había procedido a modificación de condición de trabajo alguna, sino que simplemente alegaba que no podía aceptar la concreción horaria que interesaba a la trabajadora para su reducción de jornada por guardia legal, que la empresa no ponía en cuestión”*.

4º Y llegado aquí, una vez advertida la inadecuación del procedimiento seguido del artículo 138 LRJS y, de conformidad con lo previsto expresamente para estos

supuestos por el artículo 102.2 LRJS, lo que se tenía que haber procedido es a dar el asunto la tramitación del procedimiento del artículo 139 LRJS completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según esta última modalidad procesal.

IX. Comentario

Aún a riesgo de ser reiterativos, el análisis de la presente sentencia de nuestra más alta Sala de lo Social permite otorgar claridad a dos cuestiones procesales de especial relevancia, que generan más conflictos de lo que a priori podemos pensar, y que pueden marcar el éxito o fracaso de la cuestión de fondo en disputa entre las partes; así:

1º La **excepción de inadecuación de procedimiento**, cuando chocan el procedimiento sobre MSCT del art. 138 LRJS con el de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del art. 139 de la misma ley procesal laboral, donde con sencillez, claridad y rotundidad la Sala de lo Social nos indica en esta sentencia examinada que lo relevante es observar tanto cuál es la situación de las condiciones laborales de la trabajadora, como qué decisión del empresario se quiere combatir por el trabajador, elementos que en el caso objeto del RCUD serían, por un lado, que la demandante realizaba desde marzo de 2017 su jornada a tiempo completo -antes de entrar en excedencia-, y de otro, que la disputa gravita sólo sobre la concreción horaria, dentro de una reducción de jornada sí admitida por la empleadora. Y estos elementos de hecho que flotan en esta relación laboral causan la prioridad de la modalidad procesal del art. 139 LRJS.

2º El TS lanza un claro -y reiterado- mandato a los órganos judiciales de que en caso de observa la anterior excepción procesal practiquen y hagan un **uso activo de la facultad de reconducción prevista en el art. 102.2 LRJS**, y no desestimar la demanda, con el fin de conseguir una sentencia sobre el fondo del asunto. Así, a modo de ejemplo se cita en esta STS la sentencia de 24 de marzo de 2015 (rec. 8/2014) que, si bien se refiere a un proceso de conflicto colectivo, en esencial destaca la idea de que *"la desestimación de una demanda por inadecuación de procedimiento se ha convertido en remedio subsidiario y excepcionalísimo."*

X. Apunte final

Finalmente, tras el anterior estudio de la Sentencia núm. 396/2023 de la Sala IV, de 5 de junio de 2023, queremos hacer unas valoraciones sobre las dos figuras procesales allí tratadas, con referencias al caso analizado y también a otros pronunciamientos con temática parecida; así:

A) En cuanto a la incertidumbre sobre qué **procedimiento** debe vehicular las pretensiones de las partes en supuestos como el analizado por la Sala de lo Social, se trata de una cuestión procesal más común de lo a priori pensado, como se pone de manifiesto en que haya existido ya un pronunciamiento de contraste con sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2015 (rec. 5364/2015).

Pero es que hay más supuestos donde han surgido esta duda procesal. Así, otro ejemplo en que se manifiesta esta fricción de las mismas dos modalidades de procedimiento citadas se da en la sentencia de 17 de mayo de 2023 (Recurso de suplicación nº 759/2023)^[6] de la Sala Social del TSJA con sede en Sevilla, donde se analiza el caso de una trabajadora que disfruta de un turno de mañana tras pedir a su empresa la concreción horaria por guarda legal de hijo menor, pero con posterioridad la empleadora adopta una MSCT por causas organizativas, al existir dos compañeras de la actora que piden la misma concreción por las mismas causas, debiendo la empresa establecer turnos rotativos para atender a los intereses de todas las trabajadoras. Pues bien, siendo desestimada la demanda por el Juzgado de lo Social nº 2 de Jerez de la Frontera, por entender que estamos ante una MSCT y que concurre la causa de la misma, en fase de suplicación la misma trabajadora sostiene dos motivos de censura jurídica, uno por infracción del art. 41 ET relativo a la MSCT y, otro, por conculcar el art. 34.8 ET relativo a la conciliación de la vida laboral familiar.

Ante esta denuncia, la Sala de Suplicación de Sevilla entiende que no pueden coexistir las dos situaciones, o se está ante una MSCT o ante una conciliación de la vida laboral y familiar, y por ello fundamenta lo siguiente: “Así, estamos ante una cuestión de orden público, como es la indebida acumulación de acciones, lo que nos lleva a disentir con que la acción principal ejercitada sea la de conciliación, dado que la actora ya tenía reconocido el turno fijo por desde el año 2012 por cuidado de hijos menores de 12 años -así se desprende de los elementos fácticos de la instancia-, y lo que en verdad se impugna es la MSCT de carácter individual de un turno fijo de mañana ya reconocido por motivo de conciliación por guarda de hijo menor de 12 años, por lo que no se puede acumular la acción de conciliación del art. 139 LRJS, y ello por tres razones: Primera, el art. 26.1 LRJS impide la acumulación de estas dos acciones: “...no podrán acumularse entre sí ni a otras distintas en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvención, las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos, las de impugnación de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores y las de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas”; Segunda, lo impugnado por la actora es la MSCT decidida por la empresa y notificada en forma -HP 7°-; Tercero, los hechos reales generadores de este litigio no son subsumibles en el art. 34.8 ET, esto es, no partimos de que se haya solicitado por la trabajadora y denegado por la empresa la ordenación y concreción del tiempo de trabajo con todos sus requisitos formales, sino que tal trámite y evento está agotado con la pasada concesión del turno fijo de mañana que venía disfrutando la demandante, y que ahora se ve alterada por la MSCT, que es lo se discute.

Lo anterior, nos lleva a concluir que estamos únicamente ante un acción -y procedimiento- de impugnación de MSCT, teniendo por no ejercitada la relativa a procedimiento previsto en el art. 139 LRJS sobre “Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente”. Y esto determina que sólo se resolverá el motivo de censura que tiene por objeto el art. 41 ET, pero no el art. 34.8 ET”.

Finalmente, sobre esta cuestión de la modalidad procesal adecuada, sólo lanzar una duda o reflexión vinculado al caso tratado por la Sala IV, como sería qué hubiera ocurrido si la trabajadora en vez de estar en situación de jornada completa antes de la excedencia, siguiese vigente la reducción de jornada con concreción horaria. En este escenario, creemos que sí hubiese sido plausible articular la demanda por el procedimiento de MSCT, y no el de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente, pero no deja de ser una opinión más.

B) En cuanto al mandato legal que se impone a los órganos judiciales de emplear la **postetad de reconducción prevista en el art. 102.2 LRJS**. En este sentido, en la sentencia examinada en este artículo, la Sala IV no admite por ausencia de contradicción el segundo motivo del RCUd sobre la eficacia del art. 102.2 LRJS, pero al mismo tiempo siendo cuestión de orden público y apreciable de oficio -aún cuando la Sala Social del Supremo no use estos términos en su sentencia de casación por unificación- el meritado Tribunal considera que debe activarse tal recurso procesal y por eso devuelve las actuaciones al Juzgado de instancia para que reconduzca la acción a través del procedimiento oportuno.

Y unido a ello, por medio de distintos pronunciamientos de nuestra Sala IV se puede inferir un criterio flexible y laxo que garantice el empleo de esta facultad -no olvidemos un deber legal dirigido a los Juzgados y Tribunales- incluso en caso de chocar dos procedimientos laborales especiales, que con sus peculiares actos de tramitación podrían llevar a pensar en la imposibilidad de reconducción. Así, ocurre entre los regulados en los arts. 138 y 139 LRJS, pues por ejemplo en el primero -sobre

MSCT- regula el potestativo informe de la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social, mientras el segundo prevé en el art. 139.1 letra a) tercer párrafo que *“El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia”*. Y a pesar de estas disparidades se debe tender a reconducir.

No obstante, y visto de lo anterior, la jurisprudencia también es rigurosa y marca pautas para el buen uso de esta potestad, destacando por curiosa la STS de 7 de octubre de 2022 (RCUD. Nº 293/2020)^[7] que ante un caso de excedencia voluntaria con petición de la persona trabajadora de reincorporarse y negativa de la empresa por ausencia de vacantes, la actora interpone demanda por despido y así se tramita, en lugar del procedimiento ordinario como marca lo propia jurisprudencia social, admitiendo nuestra Sala IV en este caso la concurrencia de una peculiaridad que permite continuar por el procedimiento despido -y no el ordinario- como es que la trabajadora afirmó que sí que había una vacante y sostuvo que se produjo un despido tácito. Pues bien, en esta STS se defiende que no procede declarar la nulidad de actuaciones y reconducir el proceso, y para ello razona que: *“El art.102 de la LRJS se aplica cuando hay una discordancia entre la pretensión ejercitada y la modalidad procesal que, a juicio de la parte demandante, debe tramitarse. En este pleito, tanto en la instancia como en suplicación se formuló una pretensión de despido, que debía articularse a través de la modalidad procesal de despido. No era posible aplicar la regla de subsanación del art. 102 de la LRJS porque la modalidad procesal de despido se adecuaba a la pretensión realmente ejercitada”*. Destacar que esta STS de 7 de octubre de 2022 (RCUD. Nº 293/2020) tiene un voto particular en contrario, en el sentido de afirmar que el procedimiento adecuado es el ordinario, sin que la elección de uno u otro procedimiento corresponda a la trabajadora, y debió reconducirse en instancia.

Todo lo anterior manifiesta la complejidad de índole procesal que despiertan las cuestiones aquí trata.

Referencias:

1. ^ *Sentencia nº 396/2023 de la Sala IV del TS (Rec. 2212/2020).*
2. ^ *Sentencia de fecha 25 de mayo de 2020, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 68/2020.*
3. ^ *Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2015, recurso de suplicación nº 5364/2015.*
4. ^ *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*
5. ^ *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.*
6. ^ *Sentencia de 17 de mayo de 2023, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, recurso de suplicación nº 759/2023.*
7. ^ *Sentencia de la Sala IV del TS de 7 de octubre de 2022, Rec. nº 293/2020.*