

## 5. CONCLUSIONES

De cuanto acabamos de exponer, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

–En materia de presentación de escritos y documentos «in extremis» existe una manifiesta contradicción entre el tenor literal de los apartados 1 y 2 del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 45 de la Ley de Procedimiento Laboral.

–De lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición Derogatoria Única de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 2 del Código Civil, cabe inferir que el artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil supone la derogación tácita o indirecta del contenido del artículo 45 de la Ley de Procedimiento Laboral.

–En cualquier caso, sería conveniente la inminente derogación expresa o la reforma del mencionado artículo 45 de la Ley de Procedimiento Laboral con el fin de homogeneizar el sistema de presentación de escritos y documentos el último día de plazo, máxime cuando el régimen previsto a tal efecto en la Ley de Enjuiciamiento resulta menos complejo y evita las trabas derivadas de la intervención de un órgano jurisdiccional distinto al Juzgado o Sala de lo Social al que va dirigido el escrito o documento en cuestión.

–Hasta el momento de su previsible derogación expresa, tanto los Juzgados de Guardia como los Juzgados y Salas de lo Social deberán decidir de forma prudente y racional, atendiendo las circunstancias concretas de cada caso, a la hora de aceptar o rechazar la presentación de escritos y documentos en el último día del plazo previsto a tal efecto por cualquiera de los mecanismos que las normas procesales de los órdenes civil y social contemplan de forma atípica o irregularmente alternativa, en una interpretación literal de cuantos preceptos han sido anteriormente citados, pero teniendo siempre presente la deseable convivencia de los principios de justicia formal y justicia material.

## § 18

### Reducción de jornada por cuidado de un menor de seis años: determinación y concreción conforme a la Ley 39/1999, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral

por INMACULADA MARÍN ALONSO *Universidad de Sevilla*

*Sentencias comentadas:*

📌 SJS núm. 2 de Pamplona de 5 abril 2001 (AS 2001, 787)

## SUMARIO

- 1.. ANTECEDENTES DE HECHO
- 2.. CUESTIONES QUE PLANTEA LA SENTENCIA

La sentencia objeto de comentario tiene el interés de ser una de las primeras

resoluciones judiciales en torno a la aplicación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2800), sobre Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y en concreto, sobre un aspecto que hasta el momento venía siendo bastante controvertido: la determinación y concreción de la jornada en caso de reducción para el cuidado de un menor de seis años.

## 1. ANTECEDENTES DE HECHO

D<sup>a</sup> María José O. presta sus servicios profesionales por cuenta y bajo la dependencia de la empresa **Wolswagen Navarra**, en el taller de montaje de vehículos, desempeñando sus funciones en el turno de trabajo B.

Dicha trabajadora, al amparo del artículo 37.5 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) (en adelante, TRET), venía disfrutando del derecho a la reducción de jornada por razón del cuidado de un menor de seis años, disminución de jornada que se hacía efectiva trabajando únicamente las cinco primeras horas de cada turno de trabajo establecido en la empresa por convenio colectivo y, además, en función de la rotación correspondiente –mañana, tarde y noche–.

El 18 de diciembre de 2000 la trabajadora dirige a la empresa una comunicación individual solicitando el cambio del horario de prestación de sus servicios. La variación pretendida por la trabajadora, motivada en necesidades personales del cuidado del menor causante del derecho, consiste en el pase del anterior turno rotativo a un turno fijo de mañana en horario de 8:00 h a 13:00 h o, en su defecto, de 6:00 h a 11:00 h.

El 10 de enero de 2001 la empresa, en respuesta a la solicitud de la trabajadora, le comunica por escrito que no puede acceder a su solicitud de turno fijo de mañana por estar pactados turnos rotatorios en el convenio colectivo, además de considerar que los turnos fijados son indispensables para el correcto funcionamiento de su Dependencia. La empresa decide, por tanto, mantener la reducción de jornada de la trabajadora tal como hasta ese momento la viene disfrutando y denegar la petición de la misma.

La trabajadora acredita que es madre de un menor –nacido el 3 de junio de 1997– matriculado en la Ikastola donde realizó el primer curso de educación infantil, siendo su horario escolar de 9:00 h a 12:45 h y de 15:00 h a 16:30 h excepto los miércoles que no hay horario de tarde. Se constata, igualmente, que el padre del menor trabaja en empresa distinta a la de su esposa.

La empresa, por su parte, hace notar que, en la actualidad, cincuenta y tres trabajadores de la misma hacen uso del derecho de reducción de jornada por motivos varios, procediendo en ocasiones al cambio de puesto de trabajo del trabajador en determinadas circunstancias.

## 2. CUESTIONES QUE PLANTEA LA SENTENCIA

La aplicación e interpretación de la reciente ley de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, cuyos artículos 2.2 y 2.3 modifican respectivamente la redacción del artículo 37.5 y 37.6 del TRET, es el objeto principal de la sentencia que comentamos. No obstante, también suscita otras dos cuestiones importantes: por un lado, la relación ley-convenio colectivo cuando aquélla altera lo estable-

cido en un convenio colectivo en vigor y, por otro lado, la falta de sintonía entre el derecho sustantivo y el adjetivo o procesal en cuanto aquél, en su nueva versión, regula tanto el derecho de los trabajadores a la reducción de la jornada por cuidado de un menor de seis años como la posibilidad de determinar y concretar la reducción de la jornada por el trabajador beneficiario de la medida en atención a sus particulares necesidades familiares; la norma adjetiva, sin embargo, en caso de desacuerdo entre el trabajador y el empleador sobre la determinación y concreción de la jornada de aquél, dificulta seriamente la verdadera efectividad del derecho del trabajador, pues le posiciona en su estatus habitual: el de demandante en el proceso.

2.1. Interpretación del artículo 37.5 TRET tras la nueva redacción dada al mismo por la Ley 39/1999 sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. El Estatuto de los Trabajadores establece que «quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o a un minusválido físico, psíquico o sensorial que no desempeñe otra actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de aquella».

Recordemos que, en principio, las novedades más evidentes respecto de la anterior redacción consisten, por un lado, en la inclusión en el ámbito de protección de la norma de los disminuidos sensoriales y, por otro lado, en el dato de que la «actividad retribuida» se refiere ya claramente al causante de la reducción y no al trabajador beneficiario de la medida<sup>1</sup>. No obstante, la verdadera innovación del precepto transcrito se encuentra en el elemento finalista del mismo, es decir, en que la reducción de la jornada por cuidado de determinados familiares especificados en la ley —en el caso comentado, los menores de seis años— se constituye en uno de los principales mecanismos para compatibilizar los intereses familiares y laborales de los trabajadores en sentido genérico pues, como expresamente indica la norma, se trata de un derecho individual de éstos, hombres o mujeres, y cuyo disfrute sólo podrá limitarse por el empleador cuando los cónyuges trabajen para la misma empresa y ambos pretendan ser los beneficiarios simultáneos de la reducción de jornada para atender al mismo causante.

2.2. La determinación del período de disfrute y la concreción horaria. En la sentencia objeto de comentario no se cuestiona ni el derecho de la parte demandante al disfrute de la reducción de jornada por el cuidado de un menor de seis años que reúne los requisitos establecidos en el artículo 37.5 TRET, ni la determinación del período de disfrute del derecho sino que, en principio, sólo se discute la concreción horaria de la reducción.

No obstante, la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada y la concreción horaria se regulan conjuntamente en el apartado 6 del artículo 37 TRET aunque, obviamente, tienen significados diversos. En tal sentido, la determinación del período de disfrute parece referirse al lapso de tiempo durante el que se aprovecha el derecho dentro del marco fijado por la regulación legal, mientras que

1. Más detenidamente, MARÍN ALONSO, I. y J. GORELLI HERNÁNDEZ: *Familia y trabajo: Régimen jurídico de su armonización*, edit. Laborum. Murcia, 2001, pgs. 58 y ss.

la concreción horaria se encamina a la determinación del momento específico de disfrute dentro de la jornada ordinaria del trabajador y no, por tanto, de la jornada ordinaria de la empresa<sup>2</sup>, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

El artículo 37.6 TRET, modificado por el artículo 2.3 de la Ley 39/1999, establece taxativamente que decidir tales aspectos de la reducción de jornada por cuidado de un menor de seis años corresponde al trabajador **dentro de la jornada ordinaria** de la empresa teniendo éste únicamente la obligación de preavisar al empresario la reincorporación a **su jornada ordinaria** con quince días de antelación.

La contraposición de los intereses del trabajador y el empleador en tales casos resulta obvia, pues en liza se encuentran las necesidades familiares de aquél y la organización empresarial de éste que, como regla general, obedecen al mecanismo de la obediencia debida del trabajador al empresario y, por tanto, al sometimiento del trabajador al poder de dirección de este último.

Sin embargo, ha de recordarse que, pese al vacío normativo existente en la materia, los pronunciamientos jurisprudenciales anteriores a la modificación del TRET por la Ley 39/1999, se inclinaban ya por otorgar las facultades de determinación y concreción horaria al trabajador<sup>3</sup>. La empresa, no obstante, podía rechazar la pretensión del trabajador si con ella se producía un grave perjuicio a la misma, perjuicio que, en todo caso, había de demostrarse, no siendo suficiente el mero alegato de producción de daño a los esquemas organizativos de la empresa sino que debía evidenciarse, además, que la opción del trabajador era la peor de las posibles para la organización empresarial.

Al día de hoy, las dudas se disipan y la ley es contundente al respecto: la determinación y concreción horaria de la reducción corresponde hacerla al trabajador que se encuentre en el ámbito de aplicación del artículo 37.5 TRET, debiendo el empleador adaptar la organización del trabajo a la decisión unilateral del mismo<sup>4</sup>.

Esta postura, que produce prácticamente un supuesto de «ius variandi» por parte del trabajador<sup>5</sup>, debe valorarse, a nuestro juicio, en función de la finalidad que pretende la Ley 39/1999 ya que, como dice el juzgador «a quo» en el caso que nos ocupa, la norma intenta «configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre hombres y mujeres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la vida privada, trasponiendo a la legislación española las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas». Añade, además, que el artículo 37 TRET forma

2. Entre otras, STSJ de Madrid de 5 de marzo de 1998 (AS 1998, 785), STSJ de Andalucía de 18 de febrero de 1997 (AS 1997, 332) o STSJ del País Vasco de 24 de octubre de 1995 (AS 1995, 3725).

3. Entre otras, STS de 16 de junio de 1995 (RJ 1995, 4905), STSJ País Vasco de 1 de diciembre de 1994 (AS 1994, 4981) y STSJ Aragón de 17 de abril de 1999 (AS 1999, 1025).

4. Algunos autores critican la falta de previsión de la ley en orden a facilitar el cambio organizativo por parte del empresario. Sugieren que, siempre que ello fuera posible, se habrían aliviado los trastornos organizativos del empresario con el mero establecimiento de un deber de preaviso para que éste pueda preparar por anticipado la respuesta organizativa ante el vacío dejado por el trabajador que se ausenta. Al respecto, CRUZ VILLALÓN, J.: *El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral)*, Texto original de la conferencia pronunciada en las XI Jornadas del Orden Jurisdiccional Social en Andalucía, 1999, pg. 22.

5. En igual sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable...», en *Ob. cit.*, pg. 22.

parte del desarrollo del mandato constitucional establecido en el artículo 39 de la Norma Fundamental «y estableciéndose aquí la protección de la familia y de la infancia, debe ser ésta la finalidad a la que debe servir el precepto de la norma laboral».

En tal dirección, nos parece admisible que la concreción de la jornada por el trabajador pueda suponer una alteración del horario de trabajo disfrutado con anterioridad al ejercicio del referido derecho, siempre que, como se ha dicho, la alteración suponga el cumplimiento del fin buscado por la Ley 39/1999. Si para conseguir este objetivo deben modificarse los turnos rotativos de trabajo fijados en la empresa, el empleador deberá proceder a su consecución de la mejor y más rápida manera posible, sin perjuicio de la existencia del convenio colectivo que rijan las condiciones de trabajo en dicha empresa y establezca, en concreto, turnos de trabajo rotativos para el resto de la plantilla de trabajadores.

2.3. Relación ley-convenio colectivo. A este respecto, obvio resulta que la ley puede alterar lo pactado en convenio colectivo en virtud del rango superior jerárquico que aquélla ostenta respecto del convenio colectivo, incluso aunque la modificación tenga lugar durante la vigencia de la norma convencional.

La relación de suplementariedad que la ley y el convenio mantienen cuando con carácter general la norma de superior rango establece un mínimo mejorable por otra norma de distinta fuente parece quebrarse en estos supuestos, al menos de forma temporal y puntual, debido a que la norma de menor rango deja de mejorar a aquélla en sus contenidos.

No obstante, una vez transcurra el tiempo fijado en la norma de rango superior, el mencionado principio de aplicación de la norma laboral recobrará su contenido y significado habitual, abarcando de nuevo la norma colectiva en todos sus aspectos al trabajador que por necesidades familiares excepcionó algunos puntos de la misma.

En definitiva, no se produce una derogación de lo dispuesto en convenio colectivo sobre los turnos de trabajo rotativos establecidos en la empresa **Volkswagen Navarra**, sino que sólo se produce una inaplicación temporal de la norma colectiva para determinados supuestos contemplados en la ley que, en su momento, volverá a expandir su contenido a todos los trabajadores que sufrieron una determinada circunstancia personal y familiar contemplada en la Ley de Conciliación 39/1999.

En caso contrario, estimamos que el trabajador puede llegar incluso a considerar innecesaria la propia reducción de la jornada laboral y, por tanto, inexistente el derecho en sí mismo si con ello no puede atender satisfactoriamente sus obligaciones familiares.

Aplicando tales extremos al caso concreto de la sentencia comentada puede decirse que la trabajadora beneficiaria de la reducción de jornada por cuidado de un menor de seis años, tras justificar las necesidades que le llevan a solicitar un turno fijo de mañana y la concreción del horario en dicho turno —la atención que requiere su hijo menor tras la finalización de la escuela— fundamentan suficientemente el disfrute del derecho por la trabajadora y, sobre todo, la protección y cuidados del menor.

En este supuesto, además, el empleador no puede ejercitar la única excepción

que, desde la propia ley y concurriendo todos los requisitos establecidos en ésta, le permitiría reducir el disfrute del mismo, pues el cónyuge de la trabajadora beneficiaria de la medida legal no presta sus servicios profesionales en la misma empresa.

2.4. La falta de sintonía entre el artículo 37.6 TRET y el artículo 138 bis LPL (RCL 1995, 1144 y 1563). El último inciso del apartado 6 del artículo 37 TRET establece que «las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute [...] serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral»<sup>6</sup>.

Esta regulación permite al empresario discrepar sobre la concreción horaria que el trabajador estima conveniente para atender satisfactoriamente sus obligaciones familiares y, además, exige que el trabajador, en el plazo de 20 días ejerza la acción procesal oportuna<sup>7</sup>.

Con ello, el empresario permanece en la posición más cómoda de parte pasiva en el proceso que le servirá, además, para revalidar su posición si el trabajador no reacciona procesalmente ante su disconformidad. El resultado puede ser, por tanto, que la discrepancia entre trabajador y empresario paralice el ejercicio del derecho. Es por ello que, a nuestro juicio, hubiese sido preferible que fuese el empresario quien tuviese que soportar la carga de demandar y no el trabajador<sup>8</sup>.

Ahora bien, mientras se resuelve el procedimiento judicial, ¿puede el trabajador disfrutar de la concreción horaria que comunicó a la empresa?<sup>9</sup> La respuesta a esta pregunta es delicada pues, si el derecho subjetivo es atribuido al trabajador, existe en nuestro ordenamiento una máxima jurídica que obliga al trabajador a cumplir las órdenes del empresario, en primer lugar, y después, en caso de desacuerdo, reclamar («solve et repete»), fundamentándose este principio en el poder de dirección del empresario reconocido en el artículo 38 de la Constitución Española de 1978 (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) y en los artículos 1.1 y 20 TRET.

No obstante, estamos de acuerdo con la doctrina que entiende que si el trabajador se ausentara del trabajo en el momento por él elegido para atender sus necesidades familiares conforme a lo prevenido en la Ley 39/1999 y, hasta que recaiga sentencia que resuelva la disconformidad, el empresario no podrá sancionar al trabajador

6. Téngase en cuenta que cuando la cuestión es dilucidar la oposición del empresario a la concesión del derecho a la reducción de jornada ha de acudir al proceso ordinario. Al respecto, LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidos por la ley 39/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2800)», en *AL*, núm. 25, 2000, pg. 447.

7. Sobre si dicho plazo es de prescripción o caducidad, véase, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *RRLL*, núm. 23, 2000, pg. 13.

8. No obstante, hay quien obvia crítica alguna a esta opción normativa en cuanto entiende que «en el fondo resulta de un enorme pragmatismo desde el instante en que el carácter dependiente y subordinado consustancial al trabajo asalariado condiciona materialmente el ejercicio de todos estos derechos subjetivos; los mismos deben pasar por el tamiz de la aceptación del empresario, pues resulta inexcusable su intervención a tenor de poderes organizativos que le corresponde y le reconoce explícitamente la legislación laboral»: CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable...», en *Ob. cit.*, pg. 23.

9. El art. 138 bis LPL (RCL 1995, 1144 y 1563) establece 20 días para la presentación de la demanda desde la comunicación por el empresario de su disconformidad, procediéndose al acto de la vista dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda y dictándose sentencia —que será firme— en el plazo de tres días. Este procedimiento urgente y de tramitación preferente modifica también el art. 189 LPL estableciéndose que no cabrá recurso de suplicación.

por tal conducta. En cualquier caso, será la jurisprudencia la que en su momento concrete este aspecto, recurriendo a elementos como la buena fe y las necesidades organizativas de la empresa. Pero lo que los tribunales de justicia no podrán olvidar en esta ocasión es que la posición del empresario en este proceso judicial «ad hoc» es diversa a la de otras reclamaciones laborales con ocasión del ejercicio de los poderes directivos del empresario.

2.4. En conclusión, estimamos correcta la solución dada al caso de la trabajadora M<sup>a</sup> José O. contra la empresa **Volkswagen Navarra** en cuanto el juzgador valora en su justa medida la finalidad pretendida por la nueva Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, estableciendo el derecho de aquélla a ejercer la reducción de la jornada por cuidado de un hijo menor de seis años, en turno fijo de mañana de 8:00 h a 13:00 h.

## § 19

### La calificación jurídico-laboral de la representación comercial

por ANA ISABEL PÉREZ CAMPOS *Universidad Rey Juan Carlos*

*Sentencias comentadas:*

🔗 STSJ Navarra 16 febrero 2001 (AS 2001, 786)

Nos encontramos nuevamente con un esfuerzo de la doctrina judicial por intentar delimitar el complejo entramado que supone calificar las actividades consistentes en promover y concluir operaciones mercantiles por cuenta ajena. Ahora bien, a diferencia de los últimos pronunciamientos judiciales que se centran en diferenciar las relaciones jurídico laborales de las mercantiles en el ámbito de la representación comercial, esta vez, se cuestiona el deslinde, dentro del Ordenamiento laboral, entre una relación laboral común de otra especial.

Transcurrida más de una década desde la promulgación de los Reglamentos de desarrollo de las relaciones laborales de carácter especial, tipificadas en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), debiera haber quedado clarificada la delimitación entre una relación laboral común de otra relación laboral de carácter especial; sin embargo, la sentencia objeto de comentario junto con otras resoluciones judiciales a las que se hará referencia es buena prueba de que, a pesar del tiempo transcurrido, la complejidad existente para establecer los límites entre las mencionadas modalidades contractuales subsiste.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra desestima el recurso de suplicación presentado contra la sentencia de instancia que, a su vez, desestimó la demanda por despido de un trabajador en solicitud de que la relación jurídica habida entre las partes fuera considerada común y no especial en materia de representación comercial.

Entre los hechos probados de la sentencia cabe destacar que el trabajador suscribió con la empresa un contrato de representación comercial consistente en la promoción y venta de las cervezas que comercializa su empresa, así como las gestiones de cobro relacionadas con dichas ventas. Las características más destacables de la prestación de servicios ejecutada por el trabajador son las de desempeño de funciones, con