

NUEVO REVÉS JUDICIAL A LA REFORMA LABORAL: LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL NO SE AGOTA EN LA «DIARIA»

Comentario a la [Sentencia de la Audiencia Nacional 49/2015, de 23 de marzo](#)

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

«La organización política sería imposible si... un número considerable de ciudadanos no reconociera a sus gobernantes como autoridades... Los sentimientos de validez y las desinteresadas actitudes de respeto hacia las instituciones establecidas son el fundamento mismo de toda vida políticamente organizada, del Derecho y del Estado...»

A. Ross

Lógica de las normas

1. EL NUEVO MARCO LEGAL: VOLUNTAD DEL LEGISLADOR VERSUS FINALIDAD DE LA LEY

Dentro del grupo de «medidas de favor hacia la flexibilidad de gestión interna», la reforma laboral de 2012 introdujo una modificación en el régimen «legal» de la reducción de jornada de trabajo por cuidado de hijo menor –entonces de 8 años, hoy de 12– o de otros familiares dependientes, *ex* artículo 37.5 del [Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), tan trascendental en su pretensión gubernamental como concreta en su formulación textual: la concreción de esa reducción le corresponderá al trabajador –o, según la situación lamentablemente normal en la práctica, a la trabajadora–, sí, pero debe acotarla dentro de la «jornada ordinaria *diaria*». No solo por su sencillez, sino también por el silencio que el Gobierno-Legislador, en primera instancia, y luego el Legislador, guarda sobre las razones del cambio, pudiera parecer un cambio inocuo respecto al régimen «jurídico» precedente. Nada más alejado de la realidad, porque se trata de un silencio muy elocuente, que quiere producir, sin alertar sobre ello, un cambio radical, no tanto en el régimen legal, que se mostraba impreciso y abierto, sino en la práctica jurídica precedente. Me refiero a una doctrina constitucional, también ambigua pero favorable, por lo general, a que el derecho de concreción no se agotara en un parámetro único y restrictivo temporal, sino que permitiese un mayor mar-

gen de autodeterminación razonable a favor del interés de la persona titular del derecho –mujer u hombre–. Por lo tanto, esa omisión explicativa del Gobierno-Legislador para nada dificulta al intérprete fijar cuál es la principal razón de ser del cambio. También en este caso, como tantos otros de la reforma, la novedad mira de una forma muy directa a la corrección de una comprensión o hermenéutica judicial favorable a un uso garantista de este derecho de conciliación y, por tanto, obstaculizadora de un uso más transaccional y equilibrado con la función productiva de la empresa. En suma, la lectura del enunciado normativo, o de la norma formal, conforme tanto al sentido literal de la palabra –jornada diaria– cuanto a la realidad práctica precedente, así como al «plan de la Ley» –art. 3 Código Civil (CC)–, llevaría a una regla de aplicación restrictiva del derecho, pretendiendo poner fin a prácticas anteriores de reducción de jornada concretada no solo en determinados días, normalmente los de mayor actividad productiva pero menor posibilidad de conciliación –fin de semana–, sino también en la modificación del régimen de turnos.

De este modo, la flexibilidad quedaría, pues, agotada en la posibilidad de que cada día, dentro de los límites legales (entre un octavo y la mitad de la jornada), se aplicara una reducción distinta, pero no más. Eso sí, y aquí aparece el verdadero punto débil –deficiente– de la pretensión legislativa, clave, como veremos, para comprender la doctrina judicial que aquí comentamos de la Audiencia Nacional (AN), esta norma legal restrictiva no obstará a que, ya mediante acuerdos individuales –autonomía privada–, ya, sobre todo, mediante acuerdos colectivos, puedan darse otros usos más flexibles del derecho. Así lo prevé la otra novedad relevante a nuestros efectos que añade al artículo 37.6 del ET: la concreción corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria (diaria, habría que añadir), pero conforme a las pautas que los convenios establezcan para la reducción de jornada, en atención tanto a los derechos de conciliación del trabajador como a las necesidades organizativo-productivas de la empresa.

En otros términos, la ley confía a la autonomía colectiva la gestión flexible del derecho de conciliación, en la plena confianza –curiosa esta ingenuidad del Gobierno-Legislador aquí, no en otros ámbitos– de que los interlocutores sociales son los sujetos mejor preparados para el logro del nuevo equilibrio perseguido por la reforma entre el derecho individual y la función productiva. El Gobierno-Legislador delegaba en los interlocutores sociales las condiciones de ejercicio de este derecho, pensando que una norma paccionada, como es el convenio, no solo atendería al interés particular del trabajador –gestión más útil del derecho para el cuidado del sujeto beneficiario: familiar dependiente–, sino también, cómo no, a las razones organizativas o interés productivo del empleador. En suma, el Gobierno establece dos condicionantes para un uso más flexible del derecho individual que el previsto, y más restrictivo, por la ley: uno de legitimación procedimental, que se regule por convenio –o por autonomía privada, aunque no lo diga expresamente–, de un lado, y otro de legitimación sustantiva, que asegure un equilibrio concreto entre la razón del trabajador y la razón de la empresa, llamando a modulaciones más limitadas y ciertas para la empresa, de otro.

Ahora bien, hay que tener en cuenta otros tres datos jurídicos para entender de forma precisa el marco legal en materia. En primer lugar, por lo evidenciado, aunque la pretensión o voluntad legislativa es clara y se inserta de una forma coherente en el entero plan de la ley, favorable a una gestión más productivista de las relaciones de trabajo en las empresas, una vez más, la

ejecución ha sido muy deficiente, pecando, paradójicamente, de exceso de confianza en la autonomía colectiva para vencer inercias negativas a tal fin precedentes. Así, en contraste con otras normas de reforma laboral, donde se traduce un fuerte componente imperativo y muy «dirigista» del Gobierno –estructura de la negociación colectiva *ex art.* 84.2 *ET*; *art.* 12.5 *ET* en relación a plazos de preaviso–, y en línea con otras –distribución irregular de la jornada laboral *ex art.* 34.2 *ET*; regla de ultra-actividad *ex art.* 86.3 *ET*–, aquí el Gobierno ha dejado muy abiertas todas las opciones convencionales, incluida la de continuidad de la tradición garantista. En segundo lugar, esta materia no solo tiene fuertes condicionamientos constitucionales, también comunitarios, que limitan el poder legislativo de concreción restrictiva del derecho individual.

En tercer lugar, y finalmente, es necesario recordar que existe también una regulación procesal de esta materia en el artículo 139 de la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* –LRJS–. En este precepto se prevé una modalidad procesal específica para resolver las controversias, de carácter individual o plural, que pudieran darse en materia. Ahora, el objeto de la modalidad procesal se concreta, tras la ampliación por la reforma laboral, precisamente, en «el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos» –ya sea legal o convencionalmente–, integrando cualquier pretensión conciliadora al respecto. Al menos, en principio, aunque veremos que hay otra vía colectiva que, además, abre la vía de recurso de casación ordinaria, no así la modalidad procesal especial, que no admite ya ni el de suplicación. Todas estas cuestiones son analizadas en la SAN 49/2015, de 23 de marzo.

2. EL CASO CONCRETO: RESUMEN DEL SUPUESTO DE HECHO

La sentencia se dicta a raíz de las demandas presentadas por la Federación de Servicios Públicos de la UGT y la CSI-F en procedimiento de conflicto colectivo. En ellas se planteaba cuáles son las condiciones de ejercicio por los/as trabajadores/as de la empresa demandada, Transcom Worldwide Spain, S.L.U., de su derecho a reducción de jornada por motivos familiares. A esta empresa se le aplica el *Convenio Colectivo estatal del Contact Center (antes telemarketing)*, por lo que la normativa de aplicación en juego es tanto el artículo 37.5 del *ET* como los artículos 32 y 33 del convenio colectivo citado.

El problema concreto surge con ocasión de la petición de una trabajadora –supuesto más típico, vuelvo a lamentar, en términos sociales– de la empresa que solicitó la concreción horaria por cuidado de hijos dentro de su *jornada ordinaria* «*semanal*», respondiendo la empresa que tras la reforma laboral la reducción de la jornada de trabajo podía ser solo «*diaria*». En consecuencia, y teniendo en cuenta que su contrato de trabajo establece que la distribución de su jornada semanal es de lunes a domingo, su reducción de jornada aprobada el 19 de febrero de 2014 debe incluir los fines de semana que por convenio le corresponda trabajar, descansando los fines de semana que establece el convenio colectivo de aplicación en su artículo 25 como lo venía haciendo hasta la fecha –hecho probado segundo–. El vigente *Convenio Colectivo de Contact Center* (BOE n.º 179, de 27 de julio de 2012) no establece en su artículo 33 ninguna restricción cuantitativa distin-

ta a la previsión legislativa anterior a la reforma, por lo que remite de forma inconcreta a la «jornada ordinaria», sin más. En suma, el convenio es posterior a la reforma laboral, pero reproduce exactamente lo mismo que la norma legal anterior a aquella –inercia convencional previsible para todos/as salvo, sorprendentemente, para el Gobierno-Legislador y sus consultoras asesoras en el proceso de reforma, a lo que se ve–.

Presentada denuncia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, esta procede a formular requerimiento a la referida sociedad para que, con carácter inmediato, dé cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 32 y 33 del convenio colectivo de aplicación, sin perjuicio de las acciones que se puedan ejercitar ante la jurisdicción competente. A su vez, convocada para el 12 de diciembre de 2014 la reunión de la Comisión Paritaria de interpretación del V Convenio de Contact Center, no se lograría acuerdo alguno sobre concreción horaria. De ahí, la demanda de conflicto colectivo.

La pretensión sindical es clara. Se solicita de la Audiencia Nacional que se declare el derecho de los trabajadores a que la concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal se disfrute sin más requisitos o limitaciones que las que aparecen contempladas en los artículos 32 y 33 del convenio y, en consecuencia, sin que la empresa les pueda exigir que dicha concreción horaria se realice obligatoriamente dentro de su jornada ordinaria «diaria». No menos clara es la oposición de la empresa. El representante de la empresa demandada alegó:

- a) La excepción de inadecuación de procedimiento, por cuanto debería seguirse de forma individual la modalidad procesal especial *ex* artículo 139 de la [LRJS](#).
- b) Y, en cuanto al fondo, que, desde la reforma laboral del [Real Decreto-Ley 3/2012](#), la concreción horaria de la reducción de jornada *ex* artículo 37.5 del [ET](#) solo es posible dentro de la jornada «diaria». Habiéndose suscrito el convenio con posterioridad a la entrada en vigor del [Real Decreto-Ley 3/2012](#), que no era definitiva, consolidándose cuando entró en vigor la [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), que ratifica la redacción del real decreto-ley, fue negociado antes. En todo caso, en las actas del periodo de negociación se remiten a los mínimos, salvo cuestiones objeto de negociación expresa sin que se pueda declarar el derecho absoluto reclamado sin límite alguno (FJ Segundo).

3. LA JUSTICIA DEL CASO: PRINCIPALES RAZONAMIENTOS DE LA SENTENCIA

Ninguna de estas dos posiciones empresariales tendrá favorable acogida por la Audiencia Nacional. En lo que respecta a la *excepción procesal de inadecuación de procedimiento*, la Audiencia Nacional asume que la modalidad procesal de conflicto colectivo es la adecuada para resolver la cuestión, no obstante la anterior referencia a la modalidad especial del artículo 139 de la [LRJS](#).

En lo que concierne al asunto de fondo, la Audiencia Nacional rechazará la posición empresarial, con la consiguiente favorable acogida de la sindical, en atención a cuatro razonamientos jurídicos:

1. Un argumento estrictamente técnico-conceptual («jurisprudencia de conceptos»). La previsión del artículo 37.5 del **ET**, al acotar la referencia de concreción en la jornada diaria, sería «norma de Derecho necesario relativo», no una «norma imperativa absoluta» o de *ius cogens*, como entiende la empresa. Por tanto, es mejorable por negociación colectiva, siendo el artículo 33 del **convenio** de referencia esa norma de mejora. Da igual que el convenio sea anterior o posterior a la reforma –FJ Cuarto, punto 5–.
2. Un argumento de técnica hermenéutica contractual. Siendo el convenio colectivo fuente de las relaciones de trabajo mixta, contractual por su origen y normativa por su eficacia, habría de primarse la hermenéutica o interpretación contractual del artículo 1281 del **CC**, conforme al cual hay que estar al sentido de las palabras cuando no son ambiguas. Para la Audiencia Nacional, erróneamente a mi juicio, por lo que luego se dirá, los términos empleados serían «plenamente claros y no ofrecen discusión», deduciendo con precisión del artículo 33 del convenio «*la voluntad de los negociadores* –sin precisar... otros parámetros hermenéuticos–» que atribuye el derecho de concreción al trabajador dentro de su jornada ordinaria (FJ Cuarto, punto 6).
3. Un argumento principal o valorativo («jurisprudencia axiológica o valorativa»). La Audiencia Nacional recuerda, brevemente y al final de su razonamiento, que toda regla jurídica ha de comprenderse conforme a lo más favorable al marco constitucional, de modo que, siguiendo la precedente doctrina constitucional –**STCO 3/2007**, que cita; y **SSTCO 24 y 26/2011**, que no cita–, su lectura del convenio sería la más adecuada a ese marco, que incluye la protección de un derecho fundamental: la prohibición de discriminación –sea indirecta, por razón de sexo; sea, aunque no lo dice de manera expresa, directa, por razones familiares– (FJ Cuarto, punto 7, *ab initio*).
4. Argumento de carácter realista («jurisprudencia sociológica») y/o «de intereses». En último lugar, y casi a modo de *obiter dicta*, recuerda que una interpretación de la *norma legal* que no haga útil para el titular del derecho, y efectiva para «el fin de la ley», la *regla práctica socialmente aplicable*, que resulta del referido proceso interpretativo o hermenéutico, contradiría abiertamente la «realidad sociológica». Esta realidad, criterio hermenéutico normativo, según el artículo 3 del **CC**, se conformaría tanto con «el derecho de incorporación de la mujer al trabajo, como el tratamiento de igualdad y mantenimiento que ello supone, dentro de la tendencia actual al equilibrio, y al reparto de los costes de reproducción en los distintos ámbitos privados, tanto empresariales como domésticos» (FJ Cuarto, punto 7, *in fine*).

4. MÁS ALLÁ DEL CASO: SOBRE LA TRASCENDENCIA DEL FALLO Y LA PREVISIBILIDAD DE SU CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA

A la vista del fallo de la sentencia comentada, es manifiesta su trascendencia, no solo teórica, en el plano procesal y sustantivo, sino también, y sobre todo, práctica, por cuanto está llamada a tener un extraordinario impacto para la gestión de personal en las empresas, de los impropia- mente llamados «recursos humanos», que hoy sigue teniendo en la conciliación de la vida laboral y familiar un reto fundamental. Es la primera decisión judicial que entra de manera frontal a interpretar el sentido de este concreto aspecto de la reforma laboral, que también aquí ha suscitado agrias controversias en la doctrina científica, pues un nutrido sector venimos considerando que el tenor literal del artículo 37.5 del **ET** no solo vacía de sentido práctico o efecto útil sino que vulnera el marco constitucional –e incluso comunitario–. En sede jurisdiccional no ha habido, hasta el momento, tanta conflictividad, pero porque muchas decisiones judiciales han obviado el precepto legal, ignorándolo en su aplicación –ej. *Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 27, de los de Madrid, 392/2013, de 13 de noviembre*; comentada anteriormente en esta Revista–.

Que no haya habido gran conflictividad no quiere decir que no exista. Así, sentencias como la del *Juzgado de lo Social n.º 3 de Navarra, 366/2012, de 10 de octubre –Autos 915/2012–*; en la misma línea *Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de Navarra, 60/2015, de 9 de febrero –Autos 1091/2014–*, otorgan preferencia a la posición de la trabajadora –obsérvese que siempre, o casi, se trata de mujeres–. En esta decisión se valorará –juicio de razonabilidad de la decisión– que «*la propia trabajadora haya postulado un horario alternativo que precisamente implique que también el marido asume sus obligaciones...*» –principio de corresponsabilidad–. Otras, en cambio, como la del *Juzgado de lo Social n.º 4 de Almería, 167/ 2012, de 1 de abril –Autos 273/2012–*, cargan el coste del trabajo reproductivo sobre la mujer –en este caso también se pedía modificación del turno–. En esta, tras reconocer algo obvio –«no se trata de un derecho absoluto», sino limitado «por el resto del ordenamiento jurídico»–, favorecerá la posición empresarial, añadiendo valoraciones tan sorprendentes como esta: «La actora no ha acreditado que sea viuda o que no haya un padre que se pueda hacer cargo de la niña, asimismo pueden existir familiares o jóvenes adolescentes que por un bajo coste se presten a realizar funciones de canguro...».

Pero, a diferencia de estas decenas de decisiones judiciales, que no tienen recurso en vía ordinaria –sí en amparo–, la sentencia aquí comentada *tiene recurso directo de casación ordinaria*, por lo que habrá, sin duda, oportunidad de que el Tribunal Supremo fije jurisprudencia al respecto. Y esta cualidad ya es en sí misma muy reseñable, porque el Tribunal Supremo, que en esta materia, en especial en su conexión, no siempre bien armonizado, con el artículo 34.8 del **ET** –derecho a la adaptación razonable del horario–, había mantenido una posición muy restrictiva respecto de las novedades legales tuitivas de 2007, va a tener otra oportunidad para fijar una posición que esté mucho más acorde con el propio rango constitucional del derecho subjetivo a la conciliación en juego y con la realidad actual, esa realidad sociológica referida en la sentencia comentada. Una realidad que, pese a lo expresado por la Audiencia Nacional, evidencia que el coste de la reproducción sigue siendo cosa de las trabajadoras, sin que haya «reparto equilibrado».

Al respecto, la *STS de 3 de diciembre de 2013, RCU D 775/2013*, reiterando doctrina fijada ese mismo, recuerda que no cabe recurso desde la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 3/2007*. A partir de esta fecha, todas las pretensiones que se formulen en materia de conciliación entre la vida familiar y el trabajo tienen su cauce obligado en la modalidad procesal del artículo 139 de la *LRJS*. Y ello es así al margen de que se invoquen los artículos 37.5 y 6 del *ET* o el artículo 34.8 del mismo texto legal. A él hay que acudir tanto si se pretende «la reducción de jornada y su concreción horaria dentro de la distribución ordinaria del tiempo de trabajo, como si lo que se pide es una alteración, con o sin reducción horaria, del régimen de distribución del tiempo de trabajo cambiando los periodos normales de ejecución de trabajo». Es lógico que así sea, dice, porque «lo importante es que ese es el procedimiento que el legislador ha considerado... el más adecuado para sustanciar estas pretensiones..., pues todas ellas, requieren una solución rápida...». Sin embargo, no estamos ahora ante una pretensión individual, sino colectiva, relativa al sentido de una norma aplicable a un conjunto de trabajadores, y, por lo tanto, típica de un conflicto colectivo, con lo que se abre la vía del recurso de casación ordinaria ante el Tribunal Supremo, que seguramente ejercerá la empresa que ha visto contradichos sus argumentos. Por eso, adquiere especial relevancia el análisis de la Sentencia de la Audiencia Nacional, porque adolece de graves deficiencias en el plano sustantivo, incluso de errores técnicos, que generan interrogantes prácticos significativos en su más que previsible, a mi juicio, configuración como comprensión o lectura dominante del artículo 37.5 y 6 en relación al artículo 38.4 del *ET*.

Al respecto, tres son los aspectos sustantivos que merecen una especial referencia. El primero, el relativo al carácter imperativo absoluto o relativo de la regla que acota la reducción solo al parámetro de la jornada ordinaria diaria. En este sentido, y dejando a un lado la errada referencia al «principio de norma más favorable» ex artículo 3.3 del *ET* para solucionar la colisión, real o pretendida, entre la ley y el convenio colectivo, cuando queda claro que son los principios de jerarquía y norma mínima los llamados en causa, hay que destacar el claro conflicto existente entre la voluntad del legislador y la norma finalmente resultante en el texto de la ley. La primera era —es— fijar como parámetro imperativo, por tanto indisponible individualmente, la jornada diaria, salvo que un convenio estableciera unas condiciones de uso garantes de un equilibrio concreto entre el interés del trabajador/a y el interés productivo de la empresa, de modo que se descartaran los tradicionales puramente concesivos o de mejora, como sostiene, a mi juicio erradamente, la Audiencia Nacional. El texto, en cambio, deja completamente abiertas las opciones, por lo que también tienen cabida las cláusulas meramente concesivas. En suma, el legislador no quiso configurar la referencia a la jornada ordinaria como un mínimo mejorable libremente por convenio, sino como una *referencia imperativa, inderogable individualmente*, incluso por convenio, salvo

que en este –o por acuerdo individual– se fijasen, de forma específica, no genérica, condiciones más flexibles de ejercicio en interés concreto de ambas partes.

Consecuentemente, es también un craso error de la Audiencia Nacional afirmar que no hay ninguna ambigüedad en los términos del convenio, cuando se limita a reproducir sin más el viejo texto legal, cuya indeterminación dio lugar a decenas de sentencias tratando de fijar su contenido, sin alcanzar un resultado seguro nunca. De ahí, la solución ponderadora y transaccional que ha resultado finalmente y que, también siguiendo una tónica general de la reforma, la ley quiso desplazar desde el juez a la negociación, pero con una extrema deficiencia técnica. Esta tensión aparece claramente en la anterior doctrina de la Audiencia Nacional –*Sentencias de 8 de febrero de 2007 y 15 de febrero de 2010 (confirmada por STS de 21 de marzo de 2011)*–, que restringió el margen, dado al convenio, para fijar condiciones de ejercicio o uso del derecho individual más favorables al interés productivo que al personal del titular. Precisamente, la reforma laboral se orientaba en la dirección contraria, de asegurar que aquel interés limitaba suficientemente a este, si bien las fórmulas concretas se remitían a la negociación. En todo caso, no es disponible por convenio un derecho de reducción de jornada ya ejercido –*SJS n.º 1 de Huelva, 18/2013, de 11 de enero*–.

En segundo lugar, y en conexión con el primero, se plantea la cuestión de determinar si en ausencia de un convenio colectivo, ya de tipo clásico –remisión a la fórmula anterior como mínimo–, ya moderno –cláusulas transaccionales específicas entre ambos intereses opuestos–, lo que sucederá a menudo, dada la poca incidencia de estas cláusulas conciliadoras en los convenios colectivos, ya no es posible desconocer esa exigencia legal de fijación diaria. En ese caso, se crearía, de nuevo, una extremada brecha entre quienes sí disfrutaran del convenio y quienes no, a pesar de ser un derecho individual en que se concretan, a su vez, derechos y principios superiores. Por eso, y entramos en el tercer aspecto destacable, entiendo que el verdadero referente legitimador de la corrección del texto legal, más restrictivo, que opera la Audiencia Nacional debe ser ese marco constitucional. Este, en cambio, de modo absolutamente impropio, queda relegado al final, como un argumento adicional, a más abundancia, cuando es el único que puede realmente permitir, en términos de Derecho recto, una corrección, enmienda, o incluso abrogación, de la voluntad legislativa perseguida con esta reforma. En suma, una vez más, la decisión jurídicamente correcta en sustancia se argumenta en una errada hermenéutica jurídica, generando una excesiva, e injustificada, inseguridad, que el TS debería resolver a fin de garantizar una mayor previsibilidad de futuras decisiones, beneficiando así tanto a las/os trabajadoras/es como, también y sobre todo, a las empresas. Una vez más, la conclusión a alcanzar es que a estas les interesará mucho más negociar las propuestas formuladas por las/os trabajadoras/es, que la simple negativa a considerar las que se salgan del estricto marco de la «jornada ordinaria diaria», dado que el derecho a concretar de forma razonable esa reducción conforme a lo que más interese a la finalidad conciliadora no implica un derecho a modificar sustancialmente la jornada.