



Roj: STSJ LR 113/2005 - ECLI:ES:TSJLR:2005:113

Id Cendoj: 26089340012005100101

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Logroño

Sección: 1

Fecha: 02/06/2005

Nº de Recurso: 119/2005

Nº de Resolución: 121/2005

Procedimiento: RECURSO SUPLICACION

Ponente: LUIS ANTONIO LOMA-OSORIO FAURIE

Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.LA RIOJA SALA SOCIAL

LOGROÑO

SENTENCIA: 00121/2005

Sent. Nº 121-2005

Rec. 119/2005

Ilmo. Sr. D. Miguel Escanilla Pallás. :

Presidente. :

Ilmo. Sr. D. Luis Loma Osorio Faurie. :

Ilmo. Sr. D. José Manuel Pellejero Tomás. :

En Logroño, a dos de junio de dos mil cinco.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 119/2005 interpuesto por D^a Diana asistido de Ldo. D. Pablo Rubio Medrano contra la sentencia 69/2005 del Juzgado de lo Social nº UNO de La Rioja de fecha 1 DE MARZO DE 2005 , y siendo recurrido QUIROS, S.A., asistido de Ldo. D. David López González., ha actuado como PONENTE EL ILMO. SR. DON Luis Loma Osorio Faurie.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, por D^a Diana se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social número UNO de La Rioja, contra QUIRÓS, S.A. en reclamación de RECONOCIMIENTO DE DERECHO.

SEGUNDO.- Celebrado el correspondiente juicio, con fecha 1 DE MARZO DE 2005 recayó sentencia cuyos hechos probados y fallo son del siguiente tenor literal:

"HECHOS PROBADOS:

PRIMERO.- La actora, doña Diana , presta servicios para la empresa demandada, Quirós, S.A., dedicada a la actividad de comercio textil, desde el 2 de Mayo de 1991, con la categoría profesional de dependienta, y salario mensual según convenio.



SEGUNDO.- Doña Diana y sus hermanos son hijos de don Sergio , nacido el 11 de Julio de 1932, y doña Ángela , nacida el 29 de Marzo de 1933. La residencia de ambos está en la localidad de Villamediana de Iregua, si bien doña Ángela se empadronó el 14 de Junio de 2004 en el domicilio de su hija Diana , en Logroño, CALLE000 NUM000 , NUM001 NUM002 .

En el año 1996 doña Ángela fue declarada afecta de incapacidad permanente total y se le reconoció la condición de minusválido con un grado de minusvalía del 33%.

TERCERO.- El 21 de Octubre de 2003 doña Diana y la empresa Quirós S.A., acordaron la reducción de jornada de aquella, con el siguiente horario: de Lunes a Sábados de 17 a 20,30 horas, en el periodo de 1 de Octubre de 2003 a 30 de Septiembre de 2004.

CUARTO.- Mediante carta de fecha 21 de Mayo de 2004 doña Diana comunicó a la empresa su intención de disfrutar de reducción de jornada para el cuidado de su madre, desde el 7 de Junio de 2004, realizando la jornada de trabajo de mañana. Martes a Sábado de 10 a 13,30 horas, más 1 hora y 45 minutos semanales acumulados cada dos semanas en la tarde de un Lunes. La empresa no accedió a tal solicitud.

QUINTO.- Instado el 21 de Octubre de 2004 el preceptivo acto de conciliación ante el Organismo competente del Gobierno de La Rioja, tuvo lugar el día 8 de Noviembre de 2004, siendo su resultado "intentado sin efecto".

F A L L O : Desestimo la demanda formulada por doña Diana contra Quirós S.A., y en su virtud absuelvo a dicha demandada de las pretensiones en su contra deducidas."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte actora, siendo impugnado por QUIROS S.A.. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 10 de noviembre de 2004 tuvo entrada en el Juzgado de lo Social número Uno de La Rioja demanda interpuesta por la actora, en la que, en base a tener que encargarse del cuidado directo de su madre, quien no puede valerse por sí misma y no desempeña actividad retribuida, solicita que se reconozca su derecho a la reducción de la jornada de trabajo del 50 por 100 sobre la jornada ordinaria a tiempo completo, en horario de mañana, de martes a sábado de las 10 a las 13 horas 30 minutos, que se corresponde al turno de mañana del establecimiento, más 1 hora y 45 minutos semanales cada dos semanas en la tarde del lunes, y se condene a la empresa demandada a estar y pasar por tal reconocimiento. Seguidos los autos por los trámites del proceso ordinario, se celebró el juicio el 14 de febrero de 2005, y se dictó Sentencia nº 69, de 1 de marzo de 2005 , desestimatoria de la demanda.

Contra dicha sentencia se ha interpuesto por la representación letrada de la actora recurso de suplicación. Articula el mismo a través de cuatro motivos dirigidos a la revisión fáctica por el cauce procesal del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral , y de dos motivos destinados a la censura jurídica sustantiva, con adecuada cita amparadora del apartado c) del mismo artículo y Ley.

Por la representación letrada de la empresa recurrida se sostiene, en su primer motivo de impugnación del recurso, que se debe declarar por la Sala la nulidad de la providencia del Juzgado que admitió a trámite el recurso, tanto porque, reclamándose reducción de jornada por cuidado de familiar directo al amparo del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores , en la fundamentación jurídica del escrito de demanda se señalaba el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral , regulador de modalidad procesal en la que la sentencia dictada en la instancia es firme, como porque en el propio fallo de la sentencia dictada se expresa que contra la misma no cabe interponer recurso alguno.

SEGUNDO.- Es conveniente recordar que las normas reguladoras del proceso son imperativas y no disponibles por las partes, por su naturaleza de orden público, y que, tratándose de un problema de competencia funcional, el mismo debe ser valorado y apreciado de oficio, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo -sirva de ejemplo su Sentencia de 5 de noviembre de 2003 (RCUD nº 4856/2002) -. Y, por ello, tampoco la Magistrado de instancia está facultada para elegir libremente el procedimiento que debe utilizar, sin tener en cuenta que cada una de las modalidades procesales está perfectamente delimitada en la regulación procesal en relación con su objeto, legitimación de las partes y especialidades procedimentales. En el presente caso, a pesar de la indicación de la actora en su escrito de demanda, la Magistrado no aplicó las normas reguladoras de la modalidad procesal especial prevista en el Libro II, título II, capítulo V, sección 5ª, artículo 138 bis, de la Ley de Procedimiento Laboral , sino las del proceso ordinario, regulado en el título I, capítulo II, secciones 1ª a 4ª, artículos 80 a 101, del mismo Libro II.



Como precisó la Sentencia nº 2182/03 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 24 de junio de 2003 (RS nº 123/2003), el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, modalidad procesal especial introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras -concretamente por su artículo 9-, regula un «procedimiento para la concreción horaria y la determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares», norma que se refiere a los permisos previstos en los artículos 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se dispone que «Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo»; 37.4.bis «En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario»; y 37.5 «Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una 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 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».

En relación con estos permisos, el artículo 37.6 del mismo texto legal dispone que «las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral».

Igualmente, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2003 decía que "no cabe desconocer que el art. 138 bis del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, de reciente introducción en el Texto Procesal, como consecuencia de la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, claramente establece que el procedimiento para la concreción horaria y la determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares, será de carácter urgente y de tramitación preferente y que a su vez, la sentencia que se dicte en la instancia tendrá la característica de firme, razón por la que, no cabe interponer frente a la misma recurso de suplicación".

El propio artículo 9 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, en su apartado 3, modificó la redacción del primer párrafo del apartado 1 del artículo 189 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el sentido de incluir, entre las sentencias no susceptibles de ser recurridas en suplicación, "las que recaigan en los procesos relativos a ... concreción horaria y determinación del período de disfrute en permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares".

Se deduce de todo ello que la modalidad procesal prevista en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, introducida por el artículo 9.2 de la Ley 39/1999, que entró en vigor el 7 de noviembre de 1999, fue concebida por el Legislador para resolver las discrepancias surgidas entre trabajador y empresario, en materia de permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares, en dos aspectos concretos, a) la concreción horaria y b) el período de disfrute, propuestos por aquél. Pero cuando lo que se debate no son esos dos aspectos concretos del disfrute del derecho, sino, como aquí ocurre, la concurrencia de los requisitos legales necesarios para el reconocimiento del derecho mismo, ha de sustanciarse por los trámites del proceso ordinario, como acertadamente entendió la Juez "a quo". Y la sentencia dictada en él es recurrible en suplicación conforme a la regla general del artículo 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, al no estar incluida en ninguna de las salvedades que el mismo precepto establece, ya que no se trata ni de la concreción horaria ni de la determinación del período de disfrute. Por ello, fue correcta la admisión a trámite del recurso de suplicación, a pesar de que en el fallo de la sentencia la Juez de instancia había advertido, erróneamente, a las partes que contra la misma no cabe interponer recurso alguno.

TERCERO.- El motivo inicial del recurso pretende la adición, al final del hecho probado segundo, del siguiente texto: "En la actualidad - a fecha 1 de marzo de 2005-, la madre de la actora, Doña Ángela, tiene 72 años y es pensionista por Jubilación de la Seguridad Social". Ofrece para acreditarlo los documentos obrantes en los folios 37 y 38, que contienen respectivamente volante de empadronamiento de 14 de junio de 2004, en el que consta el alta en el Padrón General de Logroño en la misma fecha, y fotocopia de partida de inscripción de nacimiento de la actora en el Registro Civil de Villamediana, en la que consta como fecha de nacimiento de su madre, D^a Ángela, el 29 de marzo de 1933.

Como con reiteración ha venido declarando esta Sala, para que pueda prosperar la revisión de los hechos declarados probados por el Magistrado de instancia, han de cumplirse los siguientes requisitos:



- a) Que se señale concretamente el hecho cuya revisión se pretende y se proponga texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder.
- b) Que la revisión pretendida pueda devenir trascendente a efectos de la solución del litigio.
- c) Que se identifique documento auténtico o prueba pericial obrantes en autos, de los que se deduzca de forma patente, evidente, directa e incuestionable, el error en que hubiera podido incurrir el Juzgador de instancia, a quien corresponde valorar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba-.
- d) La valoración de la prueba efectuada por el Juez "a quo" en uso de la facultad-deber que el ordenamiento jurídico le confiere, no puede ser sustituida por el parcial e interesado criterio valorativo de la parte.
- e) La alegación de inexistencia de pruebas, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", carece de eficacia revisoria en suplicación, dadas las amplias facultades que el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral otorga al Juzgador "a quo" para la apreciación de los elementos de convicción.
- f) En el caso de dictámenes periciales contradictorios, debe aceptarse, en principio, el que haya servido de base a la resolución recurrida, es decir, el admitido como prevalente por el Juez "a quo", a no ser que se demostrase palmariamente el error en que éste hubiere podido incurrir en su elección, por tener el postergado o rechazado una mayor credibilidad, dada la categoría científica del facultativo que lo haya emitido o por gozar de mayor fuerza de convicción.
- g) El error debe ser concreto, evidente y cierto, y debe advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos, ni puede basarse en documentos o pericias a las que se hayan opuesto documentos o pericias por la otra parte, precisándose, por ello, de una actividad de ponderación por parte del juzgador.

Así lo ha declarado esta Sala de lo Social en Sentencias, entre otras muchas, de 3 de febrero, 4 de abril, 4 y 25 de mayo, 20 de junio, 7 y 21 de noviembre y 26 de diciembre de 2000; 4 y 23 de enero, 15 de febrero, 27 y 29 de marzo, 8 y 22 de mayo, 3 de julio y 13 de noviembre de 2001; 21 de febrero, 12 y 19 de marzo, 16 y 25 de abril, 14 y 30 de mayo, 20 de junio, 4, 18 y 30 de julio, 2 de septiembre, 29 de octubre, 5 y 30 de diciembre de 2002, 25 de febrero, 29 de mayo, 9 de septiembre, 2 de octubre, 4 y 6 de noviembre de 2003, 29 de junio, 1 de julio, 26 de octubre y 2 de diciembre de 2004, 22 de febrero y 21 de abril de 2005, y las que en ellas se citan.

Sentado lo anterior, el motivo fracasa por su intrascendencia. En el mismo hecho probado ya afirma, entre otras cosas, la Juzgadora que la actora es hija de "doña Ángela, nacida el 29 de Marzo de 1933", que "se empadronó el 14 de Junio de 2004 en el domicilio de su hija Diana, en Logroño", y que "en el año 1996 doña Ángela fue declarada afecta de incapacidad permanente total", de tal manera que la adición pretendida constituiría una inútil reiteración y, además, el hecho de tener cumplida la edad de 72 años o el de que su pensión de incapacidad permanente total ahora se denomine pensión de jubilación, no acreditan por sí mismos la concurrencia del requisito de no poder valerse por sí misma. El artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social, en su apartado 4, añadido por el artículo 8.4 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, dispone "Las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo".

CUARTO.- El motivo segundo insta la adición de un nuevo hecho probado, bajo el ordinal tercero y con desplazamiento del homónimo y los posteriores, para el que ofrece la siguiente redacción: "TERCERO.- La madre de la actora presenta, a juicio del Médico Titular de Atención Primaria de Villamediana de Iregua, importantes problemas de movilidad, dificultades de visión, problemas de orientación espacial y otras limitaciones respecto a su autonomía personal.

Asimismo, el marido de la actora, Don Javier, presta actividad por cuenta ajena, en concreto como profesor de Enseñanza Secundaria".

Para avalar su pretensión revisora, cita el documento obrante en el folio 39, que consiste en certificado médico expedido el 26 de enero de 2005 por el Dr. D. Lucas, y los documentos obrantes en los folios 40 y 41, que incorporan, respectivamente, fotocopia de la página del Libro de Familia en que aparece anotado el matrimonio de la actora y fotocopia del encabezamiento de un recibo de salarios a nombre de Javier.

El motivo también fracasa por las siguientes razones: a) El informe médico en que el motivo se apoya, el cual, por cierto, no fue ratificado en el acto del juicio lo que relativiza su valor, ya fue específicamente valorado, en sana crítica, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, así que lo que, en definitiva, pretende la trabajadora recurrente es que la Sala efectúe una nueva valoración de dicha prueba, para lo que legalmente carece de competencia, y que sustituya el imparcial, objetivo y soberano criterio de la Juez de instancia en la valoración de la misma, por el propio, subjetivo y, naturalmente, interesado criterio de la parte, lo cual no es admisible. b) Carece de trascendencia la consignación en los hechos probados de cuál es a



juicio de un determinado Médico la situación de la madre de la actora en tanto no sea la real a juicio de la Magistrado de instancia. c) La mera fotocopia de parte de un recibo de salarios, no reconocida ni averada, carece de virtualidad alguna revisoria. d) Además, el hecho de que el marido de la actora trabaje como profesor de Enseñanza Secundaria resulta intrascendente a efectos de acreditar las circunstancias legales que condicionan el acceso al derecho reclamado.

QUINTO.- El motivo tercero propone la adición, al final del hecho probado cuarto, de un nuevo párrafo del siguiente tenor literal: "La negativa de la empresa, expresada mediante carta de fecha 21 de septiembre de 2004, se basa en que, a juicio de la empresa, la incapacidad permanente total de la madre de la actora, recogida en una certificación de minusvalía de 27 de mayo de 1996, es una situación que no requiere asistencia de tercera persona y que la certificación de minusvalía de 1996 es contradictoria con el Informe de 21 de mayo de 2004 de un médico de la Seguridad Social, por lo que asumen el criterio de la Dirección Provincial del INSS de 1996". Cita para acreditarlo la carta dirigida por el Director de Personal de la empresa a la actora el 21 de septiembre de 2004, obrante en los folios 56 y 117 de los autos, en el ramo de prueba de ambas partes.

Tampoco este motivo prospera por su intrascendencia. En efecto, lo relevante a efectos modificadores del signo del fallo no es lo alegado por la demandada en la carta en que comunica a la actora que, por la documentación presentada, le resulta imposible acceder a la reducción de jornada que solicita, sino la acreditación por parte de la actora, conforme a lo previsto en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda.

Como tampoco puede prosperar el motivo cuarto, en el que la recurrente pretende la supresión del texto que conforma el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida desde "... pero no que la actora precise encargarse del cuidado directo de su madre..." hasta "... sin especificar no obstante la profesión de médico de quien los emite, las enfermedades padecidas y el grado o entidad de las limitaciones que le originan". Y, sin cita de documento ni pericia alguno, dice que pretende tal supresión "al entender que no existe base probatoria que recoja las afirmaciones señaladas en la misma". Resulta, por tanto, obvio que el motivo no cumple las exigencias que, para los de su clase, imponen los artículos 191,b) y 194.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, que lo que plantea la recurrente es una mera "obstrucción negativa", ineficaz, como ya se ha dicho, en esta sede de suplicación, y que, a mayor abundancia, lo único que pretende es suprimir las conclusiones fácticas a las que, en uso de las facultades que le confiere el artículo 97.2 de la citada Ley, llegó la Juzgadora "a quo", y dejar a la sentencia huérfana de motivación.

SEXTO.- Ya en vía de censura jurídica sustantiva, tanto el motivo quinto como el sexto denuncian la infracción del artículo 37.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, por lo que ambos motivos serán estudiados y resueltos conjuntamente.

Los apartados 5 y 6 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, modificado el primero y añadido el segundo por los apartados 2 y 3 del artículo 2 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, disponen lo siguiente:

"5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una 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 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.

La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

6. La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral".



Como decía la Sentencia nº 6742/03 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de octubre de 2003 (R.S. nº 2873/2003), "Tras la promulgación de esta Ley, el panorama de las causas de suspensión del contrato y de permisos retribuidos por razón de maternidad y cuidado de familiares ha cambiado profundamente. Precisamente, el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores es una muestra de ello, y si hubiera que buscar el fundamento último del derecho allí contemplado, se encontraría en el artículo 39.3 de la CE, que impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los casos en que legalmente proceda. Por tanto, lo que pretende la norma es la tutela del niño en los primeros años de su vida por los cuidados que necesita; del disminuido psíquico, físico o sensorial, sin límite de edad, por la especial atención que los mismos requieren; y finalmente del familiar, cuando por razones de edad, de accidente o de enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, exigiendo para ello el cuidado directo del trabajador".

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha señalado, en Sentencias de 20 de julio de 2000 (RCUD nº 3799/1999) y 11 de diciembre de 2001 (RCUD nº 1817/2001), que «en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa».

Ha de recordarse también que la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ha venido a completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa comunitaria, en particular en las Directivas del Consejo 1992/85, de 19 de octubre, y 1996/34, de 3 de junio, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas.

El Estatuto de los Trabajadores impone al trabajador, como deber básico, el de "cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia" -art. 5 a)-; la obligación de "realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue" -art. 20.1-; "debe al empresario la diligencia y colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección", debiendo someterse ambos "a las exigencias de la buena fe" -art. 20.2-, y establece que "la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo" -art. 34.1-. El artículo 37 regula el derecho de los trabajadores a un descanso mínimo semanal, a determinadas fiestas laborales y permisos retribuidos, y la norma contenida en su apartado 5 contempla en el primer párrafo el supuesto del trabajador que tiene la guarda legal de un menor de seis años o de un minusválido; mientras que en el segundo párrafo se considera el supuesto de otros familiares, respecto a los que no exista el deber de guarda legal, en los que la situación de desvalimiento o de necesidad de asistencia y atenciones por una tercera persona, derive de enfermedad, accidente o edad avanzada.

A este último supuesto es al que refiere la actora su pretendido derecho a una reducción del 50 por 100 de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario. Para poder acceder a ese derecho, el precepto exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) Que el trabajador necesite encargarse del cuidado directo de un familiar; b) que el grado de parentesco entre ambos sea el primero o segundo de consanguinidad o de afinidad; c) que dicho familiar no pueda valerse por sí mismo, bien sea por razones de edad (avanzada), o de accidente, o de enfermedad, y d) que el mismo familiar no desempeñe actividad retribuida.

Advierte el párrafo tercero del artículo 37.5: "La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa". Ello implica que si generan ese derecho dos o más trabajadores de diferentes empresas, porque cada uno de ellos acredita el cumplimiento de los requisitos incluida la necesidad de encargarse del cuidado directo, ninguna objeción legal existe a que todos ellos puedan disfrutar de la reducción de jornada.

Por su parte, el apartado 6 del mismo artículo 37, cuya infracción también se denuncia, dispone: "La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral".

Es palmario que no es aplicable este último precepto si no se ha generado el derecho a la reducción de jornada, por faltar alguno de los requisitos que lo condicionan. Y eso es lo que ocurre en el presente caso,



en el que, si bien la actora tiene una madre -familiar de primer grado de consanguinidad- de 72 años de edad -edad que puede calificarse como avanzada- y que no desempeña actividad retribuida -es pensionista de jubilación por transformación de incapacidad permanente total-, no ha acreditado, a pesar de la carga que al respecto le impone el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni que aquélla precise encargarse de su cuidado directo, ni que ésta no pueda continuar valiéndose por sí misma -la referencia que hace la Sentencia nº 197/2003 del Tribunal Constitucional, de 30 de octubre, al "ordinario declive de las facultades por razón de edad que presume el régimen de jubilación" es obvio que no autoriza a presumir que la jubilación implique imposibilidad de valerse por sí mismo-, requisitos legales imprescindibles para generar el derecho reclamado. Por el contrario, es significativo que la madre de la actora reside en Villamediana de Iregua junto a su esposo, del que no consta, ni siquiera se alega, que no pueda encargarse de su cuidado, y ello a pesar de que el 14 de junio de 2004, tras la solicitud de reducción de jornada, la madre se empadronó en Logroño en el domicilio de la actora. Y también lo es el que se presentaran dos informes médicos, expedidos por su médico generalista de su localidad de residencia, Villamediana de Iregua, el 21 de mayo de 2004 -fecha de la solicitud de reducción de jornada- y el 26 de enero de 2005 -más de dos meses después de la presentación de la demanda-, en ninguno de los cuales se especifica las dolencias que la madre de la actora padece. Y no lo es menos que el inicio del pretendido derecho viene a coincidir con la finalización de una reducción de jornada, por otras causas, establecida de mutuo acuerdo entre la trabajadora demandante y la empresa para el período comprendido entre el 1 de octubre de 2003 y el 30 de septiembre de 2004.

No ha incurrido, por tanto, la sentencia de instancia en las infracciones legales que se le atribuyen en los motivos quinto y sexto, los cuales también se desestiman.

SÉPTIMO.- En coherencia con cuanto se ha expuesto, procede desestimar el recurso de suplicación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida. Conforme a lo previsto en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, no ha de pronunciarse condena en costas, al gozar la recurrente del beneficio de asistencia jurídica gratuita, en su condición de trabajadora, según le reconoce el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

: Que DESESTIMAMOS EL RECURSO DE SUPLICACIÓN interpuesto por la representación letrada de D^a. Diana contra la Sentencia nº 69 del Juzgado de lo Social número Uno de La Rioja, de fecha 1 de marzo de 2005, dictada en autos promovidos por la recurrente frente a la empresa QUIRÓS, S.A., en reclamación sobre RECONOCIMIENTO DE DERECHO (REDUCCIÓN DE JORNADA), y CONFIRMAMOS DICHA SENTENCIA. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 215 y siguientes y concordantes de la Ley de Procedimiento Laboral. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse en la cuenta que esta Sala tiene abierta con el nº 2268-0000-66-0119-05 del BANESTO, Código de entidad 0030 y Código de oficina 8029 pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, y el depósito para recurrir de 300,51 euros deberá hacerse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

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

E./

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Magistrado-Ponente, Ilmo. Sr. D. Luis Loma Osorio Faurie, celebrando audiencia pública la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de lo que como Secretaria de la misma certifico.