



Sección a cargo de

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Estudios de práctica jurídica

Tiempo de trabajo y conciliación: reducciones y adaptaciones de jornada por razones familiares

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

*Profesora de Derecho del Trabajo
Universidad Nacional de Educación a Distancia*

1. INTRODUCCIÓN

El contrato de trabajo no es más que la prestación de un servicio durante un tiempo a cambio de una retribución, por lo que el salario y la jornada representan las dos condiciones básicas de la relación laboral. Precisamente por ello, la ordenación del tiempo de trabajo es una de las parcelas del Derecho del Trabajo en la que se manifiesta, con mayor claridad, la contraposición de intereses entre empresario y trabajadores. Originariamente, la regulación del tiempo de trabajo tendió al establecimiento de límites a la jornada. Sin embargo, en la actualidad, el debate se centra en la dimensión cualitativa de la ordenación del tiempo, de forma que hemos pasado de la reivindicación por la reducción de la jornada de trabajo a la reivindicación por la redistribución. La evolución legislativa, de hecho, evidencia que una de las pretensiones de las sucesivas reformas laborales ha sido otorgar al empresario la mayor flexibilidad posible, al objeto de que pueda adaptar el tiempo de trabajo a las concretas y cambiantes necesidades productivas.

En contrapartida, el ordenamiento jurídico prevé igualmente mecanismos de ajuste de jornada en interés

del empleado, cuyo fundamento descansa en cuatro tipos de causas: a) la necesidad de conciliar el trabajo y el estudio (art. 23.1 ET); b) la protección de las víctimas de la violencia de género y del terrorismo (art. 37.8 ET); c) la protección de la salud de las personas trabajadoras (arts. 14.2, 25 y 26 LPRL); y d) la necesidad de conciliar la vida laboral con las responsabilidades familiares (art. 34.8 ET y apartados 4, 5, 6 y 7 del art. 37 del mismo cuerpo normativo).

El análisis de todos los mecanismos de flexibilidad del tiempo de trabajo en interés del empleado excedería con creces el objeto del presente artículo. Por ello, nuestro estudio se centrará en el análisis de tres concretas medidas: a) la adaptación de jornada del art. 34.8 ET; b) el permiso por cuidado del lactante del art. 37.4 ET; y c) la reducción de jornada del art. 37.6 ET. El motivo que justifica esta limitación es doble: de un lado, la mayor frecuencia con la que se producen este tipo de solicitudes en el día a día de la gestión empresarial y, de otro, su renovado interés con motivo de recientes reformas legislativas.

2. LA ADAPTACIÓN DE JORNADA POR RAZONES DE CONCILIACIÓN

2.1. Evolución legislativa

La LO 3/2007⁽¹⁾ introdujo un nuevo apartado (el octavo) en el art. 34 ET, de acuerdo al cual se reconocía al trabajador el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establecieran en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegase con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla. Con posterioridad, el art. 9.2 Ley 3/2012⁽²⁾ añadió al precepto un nuevo apartado con el siguiente tenor: «A tal fin, se promoverá la utilización de la *jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas*».

La redacción del precepto llevó a algunos tribunales a entender que el acuerdo (individual o colectivo) era condición de eficacia del propio derecho, de forma que sin el mismo no podía postularse en sede judicial el reconocimiento del derecho de adaptación⁽³⁾. Dicho en otros términos, para esta corriente doctrinal, la pretensión de la persona trabajadora carecía de amparo legal en ausencia de previsión convencional o pacto individual. Una segunda corriente, sin embargo, basándose en la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, entendió que si nada decía el convenio, las partes debían intentar llegar a un acuerdo negociando de buena fe, de manera que el empresario debía tomar en consideración la petición del trabajador, valorarla y discutirla y, en caso de no estimarla, contestar de manera fundada, justificando los motivos de la negativa y, en su caso, las razones y los intereses empresariales que justifican la imposibilidad de llegar a un acuerdo⁽⁴⁾.

Pues bien, el RD-Ley 6/2019⁽⁵⁾ ha llevado a cabo una profunda revisión del derecho a la adaptación de jornada

con el fin de garantizarle una mayor efectividad. En las gráficas palabras del profesor Gómez Abelleira⁽⁶⁾, la reforma ha conferido al art. 34.8 ET un esqueleto y una musculatura de la que carecía hasta el momento. Aunque una rápida lectura pudiera llevarnos a pensar que la reforma ha limitado el ejercicio del derecho (pues antes se reconocía el derecho a adaptar y ahora únicamente se prevé el derecho a solicitar la adaptación), compartimos la opinión de quien sostiene que la regulación actual va a resultar más efectiva porque exigirá que la denegación de la empresa siempre deba estar fundada por razones objetivas⁽⁷⁾.

Este nuevo régimen jurídico guarda además estrecha conexión con las previsiones de la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE.

2.2. La actual regulación del derecho a la adaptación de jornada

a) La configuración del derecho

Desde un punto de vista subjetivo, el legislador ha configurado la adaptación de jornada por razones de conciliación como un derecho de titularidad neutra, individual y general: a) neutra, dado que alcanza por igual a hombres y mujeres; b) individual, en la medida en que no se impide el ejercicio simultáneo (incluso en el supuesto de que varios trabajadores de la misma empresa soliciten el derecho con base en un mismo sujeto causante); y c) general, por cuanto se reconoce a cualquier trabajador con independencia del tipo de contrato, el tipo de jornada o la antigüedad. Se mejora con ello la regulación de la Directiva 2019/1158, pues el art. 9.4 de dicha norma permite que el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible se supedita a períodos de trabajo anterior o a una antigüedad en la empresa que no puede ser superior a seis meses.

(1) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23-3-2007, núm. 71).

(2) Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7-7-2012, núm. 162).

(3) AGUSTÍ MARAGALL, Joan. «El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento». Jurisdicción Social. *Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Juezas para la Democracia*, 2019, abril, p. 30.

(4) STSJ País Vasco 18-12-2018, Rº 2392/2018.

(5) Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE 7-3-2019, núm. 57).

(6) GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. «El nuevo derecho a solicitar adaptaciones razonables por conciliación de la vida familiar y laboral». 5-4-2019. Recuperado de <https://forodelabos.blogspot.com/2019/04/el-nuevo-derecho-solicitar-adaptaciones.html>.

(7) GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. «El nuevo derecho a solicitar adaptaciones razonables por conciliación de la vida familiar y laboral». 5-4-2019. Recuperado de <https://forodelabos.blogspot.com/2019/04/el-nuevo-derecho-solicitar-adaptaciones.html>.



De otro lado, desde un punto de vista objetivo podemos afirmar (siguiendo a Lousada Arochena⁽⁸⁾), que estamos ante un derecho de textura abierta, en la medida en que el legislador no anuda una consecuencia jurídica unívoca a un concreto presupuesto de hecho.

Y, por último, el legislador ha configurado la adaptación como un derecho de carácter condicionado. En efecto, no estamos ante un derecho subjetivo perfecto a adaptar la jornada de trabajo, sino ante un derecho a solicitar la adaptación en los términos establecidos en la negociación colectiva. No obstante, a falta de previsión convencional, la solicitud de la persona trabajadora desencadena un proceso de negociación individual, concluido el cual la empresa debe: a) tomar una decisión; b) notificarla por escrito; y c) de forma fundada. Además, ante la negativa de la empresa, se otorga al trabajador la posibilidad de reivindicar su derecho en sede judicial, donde se ponderarán los intereses de ambas partes, bajo un criterio de razonabilidad y proporcionalidad. No basta, por tanto, con la concurrencia del presupuesto de hecho y la voluntad de ejercicio del derecho por parte de la persona trabajadora.

b) La situación protegida

La redacción actual del precepto ya no se hace referencia a la conciliación de la vida personal y laboral.

Con la reforma llevada a cabo con el RD-Ley 6/2019, la situación protegida por el legislador es la necesidad de conciliación de la vida familiar y laboral. Y adviértase a este respecto que el legislador ni concreta un grado de parentesco, ni exige que el familiar no pueda valerse por sí mismo. Únicamente exige, en el caso de que la causa de la solicitud sea la necesidad de cuidado de un hijo o una hija, que estos sean menores de doce años (mejorando con ello la regulación contenida en la Directiva que sitúa el umbral en los ocho años de edad). De esta redacción parece desprenderse que la necesidad de cuidado existe cuando los hijos son menores de esa edad. Sin embargo, cuando se trate de hijos con una edad superior o de otros familiares con necesidades de cuidado, el presupuesto de hecho debe ser acreditado⁽⁹⁾.

Pues bien, en la medida en que el art. 34.8 ET se remite sin más a las necesidades de conciliación, comparto la

opinión de quien entiende que, la noción de familiar no puede quedar circunscrita a los términos previstos para la reducción de jornada en el art. 37.6 ET, sino que la solicitud puede plantearse más allá de los mismos⁽¹⁰⁾, siendo irrelevante por tanto el grado de parentesco. Es más, a la luz de la Directiva 2019/1158, creo que hay que realizar una interpretación extensiva del precepto, pues la norma europea reconoce la posibilidad de acudir a fórmulas de trabajo flexible a aquellos trabajadores que tengan hijos de hasta ocho años de edad, como mínimo, o que tengan la condición de cuidadores (art. 9.1). Y, a tal efecto, el art. 3.1.d) de este mismo cuerpo normativo define al cuidador como aquel «trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y necesite asistencia y cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro». Por lo tanto, la posibilidad de acudir a este tipo de fórmulas no queda condicionada a la existencia de una relación de parentesco. Es más, el art. 3.1.e) incluye dentro del concepto de familiar a las parejas de hecho.

c) El contenido del derecho y su duración

Teniendo en cuenta la nueva redacción del precepto, el derecho recogido en el art. 34.8 ET puede tener, en la práctica, un contenido sumamente diverso: En primer lugar, el derecho a la adaptación puede concretarse en una variación «de la duración» de la jornada de trabajo, valorada en su dimensión cuantitativa (una licencia no retribuida con base en una situación de necesidad no prevista de forma expresa en el art. 37.3 ET, una reducción de jornada no comprendida en los porcentajes contemplados en el art. 37.6 ET, con concreción vertical o para la atención de familiares no amparados por tal precepto, etc.). En segundo lugar, la adaptación de jornada se puede concretar en una variación «de la distribución» de la jornada, valorada en su dimensión cualitativa (pasar de una distribución regular a una irregular, beneficiarse de una flexibilidad en la hora de entrada y/o en la de salida, reducir la pausa para la comida con el objeto de salir antes, convertir una jornada partida en una jornada continuada, etc.). En tercer lugar, la adaptación puede suponer una variación en la ordenación del tiempo de trabajo

(8) LOUSADA AROCHENA, José F. «El derecho de adaptación de la jornada de trabajo con finalidad de conciliación (ET art. 34.8)». *Actum Social*, 2019, núm. 149-150.

(9) NUÑEZ CORTÉS CONTRERAS, Pilar. *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*. Madrid: Dykinson, 2019, p.103.

(10) En el mismo sentido, LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. «El derecho a la adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto-Ley 6/2019». *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2019, núm. 437-438, p. 101.

(pasar de un trabajo a turnos a un trabajo de horario fijo o pasar de un trabajo nocturno a un trabajo diurno). Y, por último, aunque el art. 34.8 ET se encuentra ubicado en el ámbito de la regulación de la jornada, su radio de acción se extiende mucho más allá⁽¹¹⁾ y ampara igualmente la modificación de la forma de prestación del servicio (pasar de un trabajo presencial a un teletrabajo, quedar eximido de realizar viajes, ser traslado a otro centro de trabajo más próximo al domicilio⁽¹²⁾, etc.).

Por su parte, la delimitación temporal del derecho a la adaptación de jornada dependerá del presupuesto de hecho en que se funde. Por lo que respecta a las necesidades de conciliación derivadas del cuidado y atención de los hijos, el propio legislador señala que el derecho podrá ejercerse hasta que el menor cumpla los doce años de edad. Pero si la solicitud de adaptación de jornada se basa en necesidades de conciliación derivadas de la atención y el cuidado de hijos mayores de esa edad o de otros familiares o personas del entorno, el legislador no prevé limitación temporal expresa, por lo que habrá que estar a cada caso en concreto.

De otro lado, el propio art. 34.8 ET advierte que la persona trabajadora tiene derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior *«una vez concluido el período acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el período previsto»*. Esta redacción contraría en parte lo establecido en el art. 9.3 de la Directiva 2019/1158, pues dicho precepto prevé dos hipótesis distintas con consecuencias jurídicas dispares: a) en caso de que no haya finalizado el período de tiempo inicialmente acordado entre las partes, el Derecho de la Unión reconoce a la persona trabajadora el derecho a solicitar el retorno a su modelo de trabajo original, siempre que se haya producido un cambio de circunstancias que justifiquen esta petición, por lo que el regreso anticipado queda sujeto a consideraciones organizativas. Sin embargo—y aquí radica la diferencia con la norma interna—, en el supuesto de que haya concluido el término inicialmente pactado, la posibilidad de retorno al modelo

de trabajo original se configura como un derecho subjetivo perfecto, no condicionado al acuerdo.

En cualquier caso, debemos aclarar que el derecho al retorno se atribuye exclusivamente a la persona trabajadora. El empresario no tiene reconocida de forma expresa esta posibilidad. En consecuencia, de imponer al trabajador el regreso a la situación anterior, estaríamos ante una modificación sustancial que debería canalizarse por la vía del art. 41 ET.

d) *El papel de la negociación colectiva*

De acuerdo con el art. 34.8 ET, en la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio del derecho a la adaptación de jornada, 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. Pues bien, en la medida en que el art. 34.8 ET hace alusión de forma genérica a la negociación colectiva, es evidente que la regulación puede estar contenida en un convenio colectivo o de un acuerdo de empresa⁽¹³⁾.

De otro lado, de la literalidad del precepto, parece desprenderse que el legislador otorga preferencia a la solución pactada de forma colectiva, pues el proceso de negociación individual sólo se iniciará en ausencia de regulación convencional. De ser así, si el convenio colectivo aplicable o el pacto de empresa concretasen los parámetros del derecho de adaptación, habría que estar a lo expresamente acordado. Sin embargo, comparto la tesis de quien defiende que las previsiones del convenio no pueden cerrar las posibilidades de actuación individual. En efecto, partiendo de la propia textura abierta del derecho siempre será posible pedir adaptaciones no necesariamente previstas por los agentes sociales o para supuestos distintos a los contemplados en el convenio⁽¹⁴⁾. Además, teniendo en cuenta que el derecho a la conciliación tiene dimensión constitucional no puede quedar eliminado o distorsionado por la negociación colectiva, por lo que no serían admisibles condicionantes que, de

(11) GOERLICH PESET, José María. «La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019». *El laboralista*, 20-12-2019.

(12) Según PASTOR MARTÍNEZ, Albert. «Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad». *IUSlabor*, 2019, núm. 1, p. 206, una interpretación amplia permitiría amparar solicitudes de cambio de centro de trabajo cuando ello fuese razonable y proporcionado.

(13) LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. «El derecho a la adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto-Ley 6/2019». *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2019, núm. 437-438, p. 113. BARRIOS BAUDOR, Guillermo. «Adaptación de jornada de trabajo por motivos de conciliación de vida familiar y laboral». *Aranzadi Doctrinal*, 2019, núm. 9, p. 12 de la versión digital.

(14) GOERLICH PESET, José María. «La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019». *El laboralista*, 20-12-2019.



modo general y sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, pudieran establecer los convenios colectivos⁽¹⁵⁾.

e) *El procedimiento a seguir*

La inactividad de los agentes sociales no merma el contenido del derecho a la adaptación de jornada, pues, a falta de previsión convencional sobre su ejercicio, se impone a las partes la obligación de negociar por un período máximo de treinta días.

El procedimiento se inicia a instancia del trabajador y, de la literalidad del precepto, no parece desprenderse la necesidad de que dicha solicitud revista formalidad alguna. No obstante, sí que es necesario que la petición esté motivada, pues deberá ser *«razonable y proporcionada en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa»*. De esta forma, en la solicitud, la persona trabajadora deberá concretar cuál es el presupuesto de hecho que funda su pretensión, qué adaptación solicita para dar respuesta a dicha situación de necesidad y por cuánto tiempo se prolongaría el cambio, sin que quepa la mera alusión a una genérica necesidad de atención familiar⁽¹⁶⁾.

El art. 34.8 ET no prevé de forma expresa la obligación de negociar de buena fe⁽¹⁷⁾. No obstante, es evidente que todo derecho debe ejercerse conforme a sus exigencias (art. 7.1 CC). Es más, el precepto estatutario incorpora alguna de las manifestaciones más clásicas de esta regla como es el deber de contestar de forma motivada y por escrito⁽¹⁸⁾. De otro lado, en la medida en que el plazo de treinta días para negociar se ha configurado como un período máximo, no sería necesario agotarlo⁽¹⁹⁾. Y, de hecho, teniendo en cuenta la perentoriedad de las concretas necesidades de conciliación alegadas por la persona trabajadora en su solicitud, su agotamiento por

parte de la empresa podría ser valorado como contrario a la buena fe⁽²⁰⁾.

Concluido el período de negociación, la empresa debe contestar por escrito: a) aceptando la petición de la persona trabajadora; b) denegándola; o c) planteando una propuesta alternativa. La norma indica que, en caso de denegar la solicitud, la empresa debe proporcionar las razones objetivas de su decisión. No obstante, parece razonable extender este requisito cuando la empresa propone una propuesta alternativa⁽²¹⁾.

En consecuencia, el proceso de negociación puede concluir: a) con acuerdo en el caso de que la empresa acepte la solicitud de adaptación en los términos inicialmente planteados o en el supuesto de que la empresa proponga una solución alternativa que sea aceptada por la persona trabajadora; y b) sin acuerdo, en el caso de que la empresa deniegue la solicitud u ofrezca una solución alternativa que no sea aceptada de contrario. Y, en tal caso, es evidente que no caben *«negativas injustificadas, caprichosas o vagas basadas en un hipotético y genérico interés empresarial o el mejor funcionamiento de la empresa»*⁽²²⁾.

Además, ante la falta de acuerdo, la decisión de la empresa puede ser objeto de posterior control judicial, pues la persona trabajadora puede presentar una demanda ante el Juzgado, articulando su pretensión a través del cauce previsto en el art. 139 LJS.

3. EL PERMISO POR CUIDADO DEL LACTANTE

3.1. Evolución legislativa

El permiso por cuidado del lactante encuentra su antecedente en el antiguo permiso por lactancia cuyo origen se remonta al año 1900. En efecto, el art. 9.2 Ley 13-3-1900, sobre el trabajo de las mujeres y de los niños

(15) BALLESTER PASTOR, María Amparo. «El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol», *Temas Laborales*, 2019, núm. 146, p. 36.

(16) SJS Salamanca 7-6-2019, procedimiento 344/2019.

(17) Como sí lo hacen, sin embargo, los arts. 40.2, 41.4, 44.9, 47.1 o 51.2 ET.

(18) PASTOR MARTÍNEZ, Albert. «Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad». *IUSlabor*, 2019, núm. 1, p. 208.

(19) BARRIOS BAUDOR, Guillermo. «Adaptación de jornada de trabajo por motivos de conciliación de vida familiar y laboral». *Aranzadi Doctrinal*, 2019, núm. 9, p. 14 de la edición digital.

(20) LOUSADA AROCHENA, José F. «El derecho de adaptación de la jornada de trabajo con finalidad de conciliación (ET art. 34.8)». *Actum Social*, 2019, núm. 149-150.

(21) GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. «El nuevo derecho a solicitar adaptaciones razonables por conciliación de la vida familiar y laboral». 5-4-2019. Recuperado de <https://forodelabos.blogspot.com/2019/04/el-nuevo-derecho-solicitar-adaptaciones.html>.

(22) IGARTUA MIRÓ, María Teresa. «Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET». *Revista General de Trabajo y Seguridad Social*, 2019, núm. 53, p. 87.

(23), reconocía a las mujeres el derecho a un permiso de una hora al día, dentro de las horas de trabajo, «*para dar el pecho a sus hijos*». Y esta hora de ausencia se podía dividir en dos periodos de treinta minutos, a disfrutar, uno, en el horario de mañana y, otro, en el horario de tarde. Además, la norma aclaraba que la concreción del momento de disfrute correspondía a la trabajadora(24) y que el permiso tendría en todo caso carácter retribuido(25). Por lo tanto, originariamente, el derecho se atribuía a la madre con objeto de amamantar a sus hijos biológicos y así se mantuvo la configuración del permiso hasta 1976.

En ese año, la Ley 16/1976(26) limitó temporalmente el derecho hasta los nueve meses de edad del hijo y ya no hacía alusión al amamantamiento, por lo que posibilitaba la inclusión de la lactancia artificial dentro del presupuesto de hecho que justificaba la ausencia (art. 25.5). Además, admitió la posibilidad de que la mujer, por su voluntad, sustituyera este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad. Y esta redacción se trasladó sin modificaciones al art. 37.4 ET 1980.

Planteada una cuestión de inconstitucionalidad por la Magistratura de Trabajo de Guipúzcoa, alertando de una posible contradicción entre el art. 37.4 ET y los arts. 14 y 35 CE (por cuanto el legislador atribuía la titularidad del permiso a la madre trabajadora cuando la lactancia artificial podía ser perfectamente atendida por el padre), la STC 109/1993 consideró que dicha redacción no vulneraba el principio de igualdad y no discriminación, en la medida en que la situación de la mujer no era equiparable a la del hombre. En definitiva, según el Tribunal, la norma tenía por objeto el hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado de su hijo recién nacido y ello justificaba constitucionalmente el precepto, destinado a remover obstáculos que impidieran la igualdad real en el trabajo.

Con la Ley 3/1989(27), la titularidad del permiso por lactancia continuó siendo de la mujer, pero se admitió su

cesión al padre. No obstante, esta cesión se condicionaba a la concurrencia de dos requisitos: que la madre trabajara(28) y, además, que lo hiciera por cuenta ajena(29). En consecuencia: a) si el padre no trabajaba, la madre podía hacer uso del permiso por lactancia porque era la titular directa del derecho; b) si la madre no trabajaba o si lo hacía por cuenta propia, el padre carecía de derecho alguno puesto que se configuraba con un derecho derivado o subsidiario; y c) si ambos trabajaban, sólo uno de ellos podía disfrutar del derecho, por lo que la titularidad no era individual sino compartida. Una regulación que, como manifestó la STJUE 30-9-2010, asunto Roca Álvarez, estaba contribuyendo a perpetuar un reparto tradicional de roles.

La Ley 39/1999(30) sustituyó la expresión «*la reducción de la jornada normal*» por la «*reducción de su jornada*». Y, en consecuencia, a raíz de esta reforma legislativa, se entendió que el derecho quedaba referido a la jornada que efectivamente desarrollase el trabajador, fuese ésta la ordinaria u otra inferior. De esta forma, ni puede haber una negativa al derecho de lactancia por el hecho de tener reducida la jornada laboral, ni puede reconocerse de forma proporcional al tiempo efectivamente trabajado(31).

Años después, la LO 3/2007 modificó dos concretas cuestiones: De un lado, incrementó proporcionalmente la duración del permiso en caso de parto múltiple. De otro, permitió acumular el permiso por lactancia en jornadas completas; una opción que ya había admitido el Tribunal Supremo en su STS 20-6-2005, Rec. 83/2004, cuando el convenio colectivo preveía esta posibilidad, argumentando que la negociación establecía una regulación que suponía una mejora del régimen legal.

Posteriormente, la Ley 3/2012 aclaró que el derecho alcanzaba tanto a la filiación biológica como la adoptiva, así como a los supuestos de acogimiento. Además, el permiso se reconoció por fin de forma neutra, pues se

(23) Gaceta de Madrid 14-3-1900, núm. 73.

(24) «*Estas medias horas serán aprovechadas por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, al entrar en ellos, la hora que hubieren escogido*».

(25) «*No será en manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia*».

(26) Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE 21-4-1976, núm. 96).

(27) Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo (BOE 8-3-2989, núm. 57).

(28) «*Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen*».

(29) SSTSJ Galicia 2-11-1999, Rec. 3785/1996, Andalucía 19-5-2000, Rec. 299/2000, País Vasco 24-4-2001, Rec. 408/2001, Asturias 5-12-2003, Rec. 3179/2002 y Navarra 24-6-2008, Rec. 172/2008.

(30) Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE 6-11-1999, núm. 266).

(31) SSTSJ Cataluña País Vasco 24-4-2001, Rec. 423/2001, Comunidad Valenciana 25-4-2002, Rec. 1695/2000, Comunidad Valenciana 24-5-2002, Rec. 2188/2000, Cataluña 18-3-2003, Rec. 4839/2002 e Islas Canarias 20-2-2006, Rec. 902/2003.



configuró como un «un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres». No obstante, el precepto seguía advirtiendo: «pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen». Ante esto, se produjo una división en la doctrina judicial: basándose en la literalidad del precepto, varios tribunales entendieron que si un progenitor no trabajaba (porque se encontraba, por ejemplo, en situación de excedencia por cuidado de hijos, de baja por maternidad o desempleado) el otro no tenía derecho al permiso por cuanto el cuidado del lactante ya estaba garantizado⁽³²⁾. Otra corriente entendía, sin embargo, que el art. 37.4 ET únicamente establecía una limitación cuando ambos progenitores trabajaban, pero no preveía salvedad alguna cuando solo trabajaba uno de ellos⁽³³⁾.

Con el Real Decreto Legislativo 2/2015 se amplió el derecho a los supuestos de guarda con fines de adopción y, finalmente, el RD-Ley 6/2019 ha desvinculado el permiso de la mera necesidad de alimentación del lactante y lo ha configurado como un derecho para el cuidado de un hijo (biológico o adoptivo) o de un menor acogido, de titularidad neutra e individual. Además, ha permitido la ampliación del derecho hasta los doce meses en determinadas condiciones, como tendremos oportunidad de analizar en las siguientes líneas.

3.2. La configuración actual del derecho por cuidado del lactante

a) Titularidad

El legislador ha perfilado el permiso por cuidado del lactante como un derecho de titularidad neutra, individual e intransferible: a) neutra, en la medida en que se reconoce indistintamente en favor de hombres y de mujeres; b) individual, por cuanto se admite su disfrute simultáneo y al margen de si el otro progenitor trabaja o no trabaja; y c) intransferible, pues no cabe la acumulación de ambos permisos en favor de un único progenitor. De hecho, el único límite que prevé el art. 37.4 ET es en el supuesto de que ambos progenitores trabajen en la misma empresa y soliciten el ejercicio del derecho con base en el mismo sujeto causante. En tal caso, se reconoce a la dirección de la entidad la posibilidad de limitar su ejercicio simultáneo «por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito».

b) Contenido

El permiso por cuidado del lactante se concreta en el derecho a una hora de ausencia al trabajo que se puede dividir en dos fracciones (no necesariamente iguales). Y debemos tener en cuenta que, en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, la duración del permiso se incrementa de forma proporcional.

Además, quien ejerza este derecho, puede sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. A pesar de que no se diga expresamente, esta posibilidad parece referida a la jornada ordinaria, por lo que se concretaría en entrar al trabajo media hora más tarde o concluir la jornada media hora antes. Y en la medida en que el precepto se refiere a «su jornada», el permiso por cuidado del lactante no se reduce en caso de que la persona trabajadora preste servicios a tiempo parcial y resulta perfectamente compatible con la reducción de jornada por guarda legal. Sin embargo, no parece que pueda compaginarse con la baja por nacimiento y cuidado a tiempo parcial con base en la Disp. Adic. Primera.7 RD 295/2009⁽³⁴⁾. De otro lado, si la persona trabajadora realizara una jornada superior a la ordinaria, la doctrina judicial ha reconocido el derecho a una hora de ausencia por cada turno de ocho horas⁽³⁵⁾.

Continuando con las modalidades de ejercicio de este derecho, debemos tener en cuenta que el art. 37.4 ET también admite la posibilidad de que la persona trabajadora acumule este derecho en jornadas completas. Ahora bien, esta opción no se configura como un derecho subjetivo perfecto, sino que se condiciona a los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario. Por lo tanto, en palabras del propio Tribunal Supremo, «si no hay previsión convencional o acuerdo con el empresario, no habrá acumulación». Es más, según esta sentencia, si el convenio colectivo prevé la posibilidad de acumular el permiso por cuidado del lactante habrá que estar a lo expresamente pactado, teniendo éste libertad de fijar los concretos días en que se traduce dicha acumulación (independientemente de si se trata o no de un parto o adopción múltiples). En palabras del propio Tribunal, «conforme a la ley, un convenio colectivo podría establecer, [...] un tope de

(32) STSJ Castilla y León 12-7-2012, Rec. 459/2012, Andalucía 5-11-2015, Rec. 1634/2015, Andalucía 18-7-2016, Rec. 1323/2016, 19-1-2017, Rec. 3139/2016 y 25-4-2019, Rec. 932/2019.

(33) SSTSJ Murcia 23-1-2015, Rec. 273/2013, Madrid 5-10-2015, Rec. 425/2015, Cataluña 9-3-2018, Rec. 7001/2017, Asturias 19-2-2019, Rec. 2855/2018.

(34) Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE 21-3-2009, núm. 69).

(35) STSJ Castilla y León 14-12-1998, Rec. 715/1998.

acumulación de 14 días, un tope con un número de días superior o inferior, o excluir incluso la acumulación»⁽³⁶⁾.

Pues bien, con respecto a esta concreta posibilidad, conviene aclarar que si el convenio o pacto establece el derecho a la acumulación sin más concreción, lo acumulable es la ausencia de una hora y no la reducción de media hora⁽³⁷⁾ y su resultado debe quedar referido a días laborables y no naturales⁽³⁸⁾. ¿Y qué ocurre si tras el disfrute acumulado del permiso por cuidado del lactante se produce la suspensión o la extinción del contrato de trabajo? Supongamos que la persona trabajadora no llega a incorporarse a la empresa y solicita, sin solución de continuidad, una excedencia por cuidado de hijos. Es evidente que si el convenio permite la acumulación habrá que estar a los términos de lo acordado. En su defecto, entiendo que la empresa podría descontar a la persona trabajadora, en el momento de liquidar los haberes pendientes, los días de permiso que realmente no ha devengado. No podemos olvidar que estamos ante permiso retribuido y, como tal, su devengo queda condicionado a que se realice un trabajo efectivo. Al disfrutar el permiso de forma acumulada, estamos convirtiendo ausencias futuras en ausencias presentes, pero ello no desvirtúa su naturaleza. Por lo tanto, si no hay trabajo efectivo tras el reingreso, no se genera el derecho a la ausencia y su disfrute acumulado de forma anticipada se debe considerar indebido, por lo que la empresa podría descontar su importe, salvo que otra cosa se desprenda, como decía, de la regulación convencional.

Para concluir con el contenido del derecho y las diferentes modalidades de disfrute, únicamente resta por aclarar dos cosas: a) que el trabajador no tiene por qué justificar ante la empresa el sentido de su opción⁽³⁹⁾; y b) que la concreción horaria del permiso corresponde a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria (art. 37.7 ET). No obstante, el empresario puede disentir de dicha concreción y, en tal caso, la discrepancia será resuelta por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 LJS.

c) Duración

El permiso por cuidado del lactante puede disfrutarse hasta los nueve meses. Y, a este respecto, es importante

advertir que el *dies a quo* se sitúa en la fecha de nacimiento del menor. Por lo tanto, el disfrute de la baja por nacimiento y cuidado no pospone el inicio del cómputo del plazo. Pero esta regla general presenta, no obstante, una concreta excepción: Tras la modificación operada por el RD-Ley 6/2019, el legislador reconoce que cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho «con la misma duración y régimen, el período de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses». Y, en contrapartida, se ha creado una nueva prestación de Seguridad Social que suple esta merma retributiva.

La ampliación del permiso se configura como un premio a la corresponsabilidad y, por ello, esta diferenciación en dos fases se condiciona a que ambos progenitores hagan uso de este derecho⁽⁴⁰⁾. El problema es que se exige que uno y otro lo disfruten «con la misma duración y régimen», lo que plantea algunas dudas interpretativas. Si parece razonable que ambos progenitores deban disfrutar del derecho durante el mismo período de tiempo, pues el objetivo de esta ampliación es, precisamente, fomentar la corresponsabilidad. Pero, ¿qué debemos entender por mismo régimen? ¿que ambos disfruten del derecho de acuerdo a la misma modalidad de ejercicio (como una hora de interrupción, como media hora de reducción, como ausencia acumulada)? ¿Y qué sentido tendría eso? De un lado, puede ser más beneficioso para el cuidado del menor el que cada uno de los progenitores lo haga en un régimen o modalidad distinta. De otro lado, es posible que los convenios colectivos aplicables a los progenitores sean distintos y prevean una regulación diferente (y que un convenio, por ejemplo, admita la acumulación del permiso y el otro no)⁽⁴¹⁾. A mayor abundamiento, si ponemos en conexión el art. 37.4 ET con el art. 183 LGSS, la única situación protegida, a efectos de la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, es la reducción de jornada en media hora. Precisamente por ello entendemos que se trata de un claro ejemplo de mala técnica legislativa y que la ampliación sólo se produce cuando ambos cónyuges hagan uso de la

(36) STS 11-11-2009, Rec. 133/2008.

(37) STS 19-4-2018, Rec. 1286/2016.

(38) STSJ Navarra 12-1-2017, Rec. 545/2016.

(39) STSJ Galicia 23-1-2018, Rec. 4399/2017.

(40) BALLESTER PASTOR, María Amparo. «El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol», *Temas Laborales*, 2019, núm. 146, p. 34.

(41) MORENO SOLANA, Amanda. «La nueva regulación de la maternidad y la paternidad: nacimiento, cuidado de menor y corresponsabilidad en el cuidado del lactante en el RDL 6/2019». En: PUEBLA PINILLA, Ana de la y MERCADER UGUINA, Jesús R. (dirs.). *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 313.



reducción de jornada; no así, pues, cuando se hagan uso de la hora de ausencia o de su acumulación⁽⁴²⁾.

d) *Naturaleza y caracteres*

Como cualquier otra ausencia remunerada, el disfrute del permiso por cuidado del lactante requiere «previo aviso y justificación»; concretamente, la persona trabajadora debe preavisar, salvo causa de fuerza mayor, con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso (art. 37.7 ET). Estamos, además, ante un permiso de carácter remunerado y, a este respecto, conviene aclarar que la retribución debe ser íntegra⁽⁴³⁾. No obstante, del noveno al duodécimo mes se trata de un permiso no remunerado, aunque sí subsidiado a través de una prestación pública del sistema de Seguridad Social (si bien, tan sólo para uno de los progenitores).

e) *La nueva prestación del sistema público de pensiones*

Ya hemos advertido que la segunda fase del permiso no tiene carácter remunerado, por lo que su disfrute conlleva la pérdida proporcional del salario. No obstante, lo anterior, el legislador ha creado una nueva prestación pública para suplir esta disminución de las rentas de activo, cuya regulación se encuentra contenida en los arts. 183 a 185 LGSS.

Lo primero que sorprende es que, a efectos de causar la prestación de la Seguridad Social, únicamente se considera situación protegida la reducción de salario que se deriva de la reducción de jornada por el ejercicio responsable del cuidado del lactante desde los nueve hasta los doce meses de edad. De esta forma quedan fuera del ámbito de aplicación las restantes modalidades de disfrute, cuando en apariencia no existe razón para que queden desprotegidas⁽⁴⁴⁾ (salvo la razón económica, claro, pues no es lo mismo suplir la pérdida salarial correspondiente a una hora de ausencia al trabajo que la relativa a media hora de reducción de jornada).

Lo segundo que sorprende es que la titularidad del derecho a la prestación corresponde a uno solo de los

progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores. En efecto, de conformidad con el art. 184.2 LGSS, «cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos». Una regulación que, sin duda, casa mal con la lógica de la reforma que pretende, precisamente, potenciar la corresponsabilidad⁽⁴⁵⁾. Lo lógico hubiera sido reconocer a ambos el derecho al subsidio.

Pues bien, para tener derecho a esta prestación es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) que el beneficiario se encuentre en alta o en situación asimilada a la de alta y acredite el período de cotización exigido para causar el subsidio por nacimiento y cuidado (art. 184.1 LGSS, en relación con el art. 178 del mismo cuerpo legislativo); y b) que ambos progenitores trabajen y ejerzan el derecho a la reducción de jornada con la misma duración y régimen. Y precisamente por ello, se debe presentar certificación de la reducción de jornada por parte de las empresas en que ambos trabajen (art. 183 LGSS).

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. La gestión de este subsidio corresponde directamente a la entidad gestora y no cabe fórmula alguna de colaboración.

3.3. *Propuestas de lege ferenda*

En primer lugar, entiendo que se deberían introducir correctivos para que las familias monoparentales no se vieran penalizadas en el ejercicio del permiso por cuidado del lactante. De un lado, teniendo en cuenta que la situación protegida es la atención del menor, se debería permitir la duplicación del permiso cuando estamos ante un único progenitor, adoptante o acogedor para garantizar a los menores idénticas horas de cuidado que si se hubieran integrado en otra modalidad familiar. De otro lado, en la medida en que la ampliación del permiso de los nueve a los doce meses exige que ambos progenitores

(42) BLASCO JOVER, Carolina. «La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de la jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación». *ADAPT*, 2019, vol. 7, núm. 2, p. 63.

(43) STS 9-12-2009, Rº 8/2008, aplicada posteriormente por la SAN 20-3-2018, Rº 8/2018.

(44) MORENO SOLANA, Amanda. «La nueva regulación de la maternidad y la paternidad: nacimiento, cuidado de menor y corresponsabilidad en el cuidado del lactante en el RDL 6/2019». En: PUEBLA PINILLA, Ana de la y MERCADER UGUINA, Jesús R. (dirs.). *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 313.

(45) En el mismo sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. «Trabajo y necesidades familiares: la reducción y adaptación del tiempo de trabajo». *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2019, núm. 20, p. 67.

ejerzan este derecho con la misma finalidad y régimen, el legislador niega frontalmente a los menores integrados en familias monopaentales la posibilidad de ser atendidos hasta los doce meses de edad, lo que vulneraría la Constitución. Como sabemos, el constituyente propugna el principio de igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y prohíbe cualquier discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE). Además, el art. 39.2 CE consagra la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación.

En segundo lugar, se debería modificar el *dies a quo* en los supuestos de filiación adoptiva, al objeto de que el plazo de nueve meses compute, no desde la fecha del nacimiento del menor, sino desde la fecha de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Teniendo en cuenta los trámites de los procesos de adopción (especialmente en los supuestos de adopción internacional) esta limitación temporal supone, en la práctica, la inoperatividad del derecho, pues resulta sumamente improbable que el menor pueda integrarse en su familia adoptiva con una edad inferior a los nueve meses. Ello obligaría a modificar el nombre del permiso por cuanto el menor quizá ya no sea un lactante y situar el foco de atención en la necesidad de estrechar vínculos afectivos entre la familia y el menor recién integrado.

Y, finalmente, creo que convendría reconocer la posibilidad de acumulación como un derecho de la persona trabajadora no condicionada a la regulación convencional o al acuerdo⁽⁴⁶⁾.

4. LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR RAZONES FAMILIARES

4.1. Evolución legislativa

El derecho a la reducción de jornada por razones familiares fue incorporada al estatuto jurídico del trabajador a través del art. 25.6 Ley 16/1976, que reconocía a quien tuviese a su cuidado directo algún menor de seis años o a un «*minusválido físico o psíquico*» que no desempeñase otra actividad retribuida, el 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. Se trataba, no obstante, de un

derecho que sólo podía ser ejercido «*por uno de los cónyuges*».

Esta regulación se recogió posteriormente en el art. 37.5 ET Ley 8/1980⁽⁴⁷⁾ y en el art. 37.5 RDLeg 1/1995⁽⁴⁸⁾; si bien ya no se hacía alusión a la imposibilidad de un disfrute simultáneo y se esclarecía que el fundamento de la solicitud era la guarda legal, por lo que la titularidad dejó de atribuirse a los padres con carácter exclusivo.

La Ley 39/1999 amplió las situaciones de necesidad protegidas, admitiendo el derecho a la reducción de jornada para atender las necesidades de cuidado 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*». Además, la reforma aclaró que la titularidad del derecho era individual; si bien, permitió limitar su ejercicio por razones justificadas de funcionamiento de la empresa cuando dos o más trabajadores de la misma generaran este derecho por el mismo sujeto causante. Advirtió, finalmente, que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute correspondía al trabajador dentro de su jornada ordinaria y que las discrepancias que pudieran surgir al respecto serían resueltas por la Jurisdicción Social a través de un proceso especial (el art. 138 bis de la entonces vigente LPL).

Con la LO 3/2007, el legislador elevó la edad del menor al cuidado de los seis a los ocho años y adaptó la terminología relativa a las «*personas con discapacidad*», superando las denominaciones empleadas con anterioridad. Además, fomentó el ejercicio de este derecho, admitiendo una reducción de la jornada de trabajo «*entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla*». Dado que el legislador no especificaba el módulo de cómputo de la jornada, en la práctica, se entendía que la persona trabajadora podía reducir la jornada tanto horizontal como verticalmente. En el primer caso, reducía su jornada diaria durante todos o una parte de los días de trabajo; en el segundo, la reducción se aplicaba a la totalidad de las horas de trabajo de uno o varios días, suprimiéndolos íntegramente. Dicho en otros términos, la reducción se concentraba en determinados días de la semana (no trabajar los sábados, por cuanto el centro de día se encontraba cerrado) o en determinados

(46) En el mismo sentido, BALLESTER PASTOR, María Amparo. «El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol», *Temas Laborales*, 2019, núm. 146, p. 34 y MORENO SOLANA, Amanda. «La nueva regulación de la maternidad y la paternidad: nacimiento, cuidado de menor y corresponsabilidad en el cuidado del lactante en el RDL 6/2019». En: PUEBLA PINILLA, Ana de la y MERCADER UGUINA, Jesús R. (dirs.). *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 314.

(47) Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE 14-3-1980, núm. 64).

(48) Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (29-3-1995, núm. 75).



periodos del año (no trabajar durante los meses de verano para atender al menor durante sus vacaciones escolares).

Pero la Ley 3/2012, sin aclarar en la exposición de motivos las razones del cambio, rectificó la redacción del precepto al objeto de que únicamente cupiera solicitar el derecho para reducir la jornada de trabajo «diaria» y dio entrada a los convenios colectivos para negociar los criterios de concreción. Por último, el RD-Ley núm. 16/2013⁽⁴⁹⁾ ha admitido la reducción de jornada por guarda legal hasta que el menor cumpla los doce años de edad; una ampliación que se justifica «en la urgente necesidad de introducir medidas que favorezcan la conciliación de la vida familiar y laboral que, a su vez, contribuirán a la creación de empleo, sobre todo, de las mujeres» (exposición de motivos).

4.2. La regulación actual

a) La configuración del derecho

La reducción de jornada prevista en el art. 37.6 ET constituye un derecho de titularidad neutra (que alcanza por igual a hombres y mujeres) e individual, en la medida en que no se impide su ejercicio simultáneo. En consecuencia, un mismo sujeto causante puede generar el nacimiento del derecho en favor de titulares distintos. Se prevé, no obstante, un límite al respecto: «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».

De otro lado, la posibilidad de reducir la jornada de trabajo por razones familiares se ha configurado como un derecho subjetivo de la persona trabajadora, que no queda condicionado al acuerdo. Y la razón parece encontrarse en que, en este caso, el trabajador asume un sacrificio pues renuncia, con la reducción, a parte de su salario.

b) La situación de necesidad protegida

En la actualidad, el art. 37.6 ET reconoce a las personas trabajadoras el derecho a la reducción de jornada ante las siguientes situaciones de necesidad:

- Tener al cuidado directo, por razones de guarda legal, a un menor de doce años o a una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida. Y, a estos efectos, conviene aclarar dos cosas: a) que la noción de guarda legal que utiliza la norma laboral es más reducida que la definida por la legislación común (art. 215 CC), pues teniendo en cuenta que el precepto exige el cuidado directo, sólo quienes ejerzan la patria potestad o la tutela podrán ejercitar este derecho; y b) que tienen la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado igual o superior al 33%. Y se entiende que cumplen esta exigencia «los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad» (art. 4.2 RDL 1/2013)⁽⁵⁰⁾.

- Estar al 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.

Como se aprecia de lo expuesto, el legislador no ha incorporado al cónyuge como posible sujeto causante. A pesar de ello, la doctrina académica⁽⁵¹⁾ y judicial⁽⁵²⁾ ha entendido que las facilidades contenidas en el art. 37.6 ET han de extenderse a quienes estén unidos por vínculo conyugal por imperio del deber de socorro (art. 68 CC).

c) Contenido y efectos

El derecho reconocido en el art. 37.6 ET se concreta en la posibilidad de reducir la jornada de trabajo entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. Y la jornada que debemos tomar como referencia para efectuar la reducción es la efectivamente realizada por la persona trabajadora.

Corresponde a la persona trabajadora la concreción horaria y del período de disfrute dentro de su jornada ordinaria, lo que representa una prerrogativa de enorme relevancia, pues la conciliación no se consigue únicamente trabajando menos horas, sino permitiendo que las horas que se trabajen se puedan articular adecuadamente

(49) Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE 21-12-2013, núm. 305).

(50) RD-Ley 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE 3-12-2013, núm. 289).

(51) En este sentido, BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel. «Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador». *Revista de Derecho Social*, 2017, núm. 78, p. 109, concluye que el concepto de guarda legal ha de ser interpretado desde una perspectiva extensiva al objeto de que abarque cualquier situación, de hecho o de derecho, que implique una obligación de cuidado.

(52) SSTSJ Madrid 17-6-1997, Rec. 60/1997 y Galicia, 25-2-2016, Rec. 4786/2015.

para hacerlas compatibles con la necesidad de cuidado. No obstante, esta facultad está sometida a una serie de límites que introducen rigideces en las posibilidades de concreción horaria del trabajador, potenciando y preservando las facultades organizativas de la empresa.

En primer lugar, el legislador reconoce expresamente al empresario la capacidad de discrepar de la solicitud de la persona trabajadora; una facultad legítima de la empresa cuyo fundamento se encuentra en los arts. 33 y 38 CE que puede representar, en la práctica, un verdadero derecho de veto a la concreción inicialmente propuesta⁽⁵³⁾.

En segundo lugar, tras la reforma operada por la Ley 3/2012, la reducción de la jornada ha de realizarse en cómputo diario, lo que parece impedir la posibilidad de acumulación o concentración más allá del mismo. No tendrían cabida por tanto, en el art. 37.6 ET, las reducciones en cómputo superior (semanal, mensual o anual), aunque nada impediría que por acuerdo individual o colectivo se mejorara la regulación legal y se permitiera una reducción de la jornada en concreción vertical y no horizontal⁽⁵⁴⁾.

En tercer lugar, la concreción horaria y la determinación del período de disfrute corresponde al trabajador «dentro de su jornada ordinaria» (art. 37.7 ET), por lo que no cabría cambiar la conceptualización de ésta⁽⁵⁵⁾. Y, con base en la literalidad de este precepto, los tribunales han llegado a entender que no tendría encaje en el art. 37.6 ET: a) la posibilidad de convertir una jornada partida en una jornada continuada⁽⁵⁶⁾; b) prestar servicios en períodos durante los cuales el centro de trabajo se encuentra cerrado o sin actividad⁽⁵⁷⁾, pues una cosa es permitir a la persona trabajadora la reducción del horario «y otra el establecimiento de una jornada especial para ella»⁽⁵⁸⁾; o c) desafectarse del trabajo a turnos y quedar adscrito a un

turno fijo⁽⁵⁹⁾. Sin embargo, este no es ni mucho menos un sentir unánime, pues otra corriente judicial acepta la posibilidad de elegir turno⁽⁶⁰⁾, partiendo de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. Lo que sí puede considerarse pacífico es que la posibilidad de solicitar un cambio de horario o de turnos sin una correlativa reducción de la jornada y del salario no tendría encaje en el art. 37.6 ET, sino en el art. 34.8 ET, pues lo contrario, en opinión del Supremo, sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador carente de apoyo legal⁽⁶¹⁾.

Por último, con motivo de la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2012, los convenios colectivos pueden establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la persona trabajadora y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. Un giro legislativo que, como ha advertido la doctrina, supone un empobrecimiento de los derechos de conciliación⁽⁶²⁾.

Por lo que respecta a sus efectos, el ejercicio del derecho a la reducción de jornada conlleva la correlativa disminución proporcional del salario, lo que tiene a su vez impacto en materia de cotización. Concretamente, el art. 66 RD 2064/1995⁽⁶³⁾ hace extensivas las reglas especiales correspondientes a los contratos a tiempo parcial, a aquellos trabajadores que, habiendo sido contratados a jornada completa, pasen a realizar una jornada reducida, en los supuestos previstos en el art. 37 ET. En consecuencia, la cotización se efectúa en función de la retribución que perciba la persona trabajadora sin que, en ningún caso, la base de cotización pueda ser inferior a la cantidad resultante de multiplicar las horas realmente trabajadas en el mes a que se refiere la cotización por las bases mínimas horarias establecidas para los trabajadores a tiempo parcial.

(53) GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. «Trabajo y necesidades familiares: la reducción y adaptación del tiempo de trabajo». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018, núm. 48, p. 3.

(54) SSTs 18-5-2016, Rec. 198/2015 y 15-9-2016, Rec. 260/2015.

(55) STS 24-7-2017, Rec. 245/2016.

(56) SAN 13-7-2016, Rec. 138/2016, confirmada posteriormente por la STS 24-7-2017, Rec. 245/2016.

(57) SSTSJ Comunidad Valenciana 12-7-2012, Rec. 1477/2012, Andalucía 30-1-2014, Rec. 2280/2013.

(58) STSJ Asturias 8-2-2013, Rec. 3105/2012.

(59) SSTSJ Galicia 24-10-2012, Rec. 4835/2009, Galicia 15-3-2013, Rec. 2434/2010, Madrid, 16-12-2013, Rec. 1538/2013 y Cataluña 7-3-2017, Rec. 7164/2016.

(60) SSTSJ Islas Canarias 15-2-2016, Rec. 1251/2015, Islas Canarias 26-10-2018, Rec. 849/2018, Asturias 22-1-2019, Rec. 2815/2018 e Islas Canarias 27-8-2019, Rec. 533/2019.

(61) SSTs 13-6-2008, Rec. 897/2007, 18-6-2008, Rec. 1625/2007, 20-5-2009, Rec. 2286/2008, 19-10-2009, Rec. 3910/2008 y 20-10-2010, Rec. 3501/2009.

(62) BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel. «Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador». *Revista de Derecho Social*, 2017, núm. 78, p. 118.

(63) Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (BOE 25-1-1996, núm. 22).



5. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES DURANTE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

5.1. La protección frente al despido

La protección de los trabajadores durante el ejercicio de los derechos de conciliación, en materia de despido, presenta las siguientes manifestaciones: En primer lugar, de conformidad con los arts. 53.4.b) y 55.5.b) ET, es nulo el despido sin causa de los trabajadores que estén disfrutando de alguno de los derechos a los que se refieren los arts. 37.4, 5 y 6 ET y el art. 46.3 ET; esto es: a) el permiso por cuidado del lactante (art. 37.4 ET); b) el permiso por nacimiento de hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado a continuación del parto (art. 37.5 ET); reducción de jornada por guarda legal con motivo de tener a cargo un menor de doce años o una persona con discapacidad (art. 37.6 ET, 1^{er} párrafo); d) reducción de jornada por el cuidado de un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad o no puede valerse por sí mismo y no desempeña actividad retribuida (art. 37.6 ET, 2^{do} párrafo); e) reducción de jornada para el cuidado de un menor a cargo gravemente enfermo (art. 37.6 ET, 3^{er} párrafo); y f) la excedencia por cuidado de hijos o de familiares (art. 46.3 ET). Es más, esta protección se extiende también a quienes hayan solicitado alguno de estos derechos, aun cuando en la práctica no se encuentren disfrutándolo⁽⁶⁴⁾.

Pues bien, es importante aclarar que nos encontramos ante un supuesto de nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación, por lo que no resulta aplicable el mecanismo de la prueba indiciaria. No obstante, no se trata de una nulidad automática, por cuanto admite prueba en contrario. En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico no prohíbe el despido de quien se encuentra disfrutando de un derecho de conciliación (tutela preventiva), sino que declara nula la decisión extintiva en el supuesto de que ésta se produzca sin causa (tutela reparativa). Y esta declaración de nulidad es, incluso, apreciable de oficio por el juzgador⁽⁶⁵⁾.

Además, con respecto a la extinción del contrato por causas objetivas, ya no basta acreditar la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción para fundar el despido. Tras la reforma llevada a cabo por el art. 2.13 RD-Ley 6/2019 —que ha modificado la redac-

ción del art. 53.4 ET—, es necesario demostrar «suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida», con lo que nuestro ordenamiento se acomoda a la doctrina sentada por la STJUE 22-2-2018, asunto Porras Guisado.

Como se aprecia de lo anteriormente expuesto, el legislador no ha previsto de forma expresa la protección frente al despido de los trabajadores que están disfrutando de la adaptación de jornada del art. 34.8 ET, aunque, obviamente, la nulidad puede ser declarada conforme a las reglas generales, si se acredita un panorama indiciario de vulneración de derechos fundamentales y la empresa no justifica suficientemente el motivo de su decisión extintiva. Esta regulación ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina⁽⁶⁶⁾; si bien, algunos autores consideran que esta decisión legislativa puede ser razonable, dada la amplísima configuración del derecho de adaptación de la jornada⁽⁶⁷⁾. Y, de hecho, el art. 12.1 Directiva 2019/1158 parece partir de la misma premisa, pues no incluye dentro de la protección frente al despido a quienes hayan solicitado o disfrutado cualquier fórmula de trabajo flexible para ocuparse de sus obligaciones de cuidado, sino sólo a quienes hayan solicitado o disfrutado «el tiempo de ausencia del trabajo previsto en el art. 9».

En segundo lugar, el legislador introduce un correctivo a efectos del cálculo de la indemnización por despido. Como sabemos, para calcular el salario regulador de la indemnización partimos del salario bruto anual que cobraba el trabajador en la fecha de efectos de la decisión extintiva. No obstante, a raíz de la reforma introducida por la LO 3/2007, en los supuestos de reducción de jornada por guarda legal (art. 37.6 ET) el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización es el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción. Y con la modificación legislativa llevada a cabo por el RD-Ley 6/2019, la totalización del salario regulador de la indemnización por despido se hace extensiva a la reducción por cuidado del lactante prevista en el art. 37.4 ET (Disp. Adic. 19^a ET).

La tercera manifestación es de creación judicial y se concreta en la introducción de un criterio corrector a efectos del cálculo de los salarios de tramitación. Para la Sala 4^a del Tribunal Supremo, en la medida en los salarios

(64) Aplicado por la STSJ Galicia 15-7-2019, Rec. 1647/2019.

(65) STSJ Cataluña 13-11-2002, Rec. 3557/2002.

(66) IGARTUA MIRÓ, María Teresa. «Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET». *Revista General de Trabajo y Seguridad Social*, 2019, núm. 53., p. 97.

(67) GOERLICH PESET, José María. «La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019». *El laboralista*, 20-12-2019.

de trámite tienen naturaleza indemnizatoria y no salarial, deben calcularse considerando los emolumentos que hubieran correspondido al trabajador como si la reducción de jornada no se hubiese producido⁽⁶⁸⁾. En su opinión, la DA 19ª ET admite una interpretación extensiva «*en tanto que se refiere de manera genérica y plural al cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley, lo que permite incluir bajo ese ámbito cualquier tipo de indemnización en la que esté en juego la cuantía del salario, y no solo la indemnización por despido vinculada en sentido estricto a la pérdida del empleo*».

5.2. Los criterios correctores en materia de Seguridad Social

Ya hemos advertido que, durante la reducción de jornada, se cotiza aplicando las reglas correspondientes a los trabajadores a tiempo parcial. No obstante, partiendo del bien jurídico protegido y teniendo en cuenta que esta menor cotización tiene una clara influencia en la intensidad de la acción protectora, el ordenamiento jurídico ha optado por complementar las bases de cotización. Así, a raíz de la modificación introducida por la Disp. Adic. 18.ª Doce LO 3/2007, las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de un menor se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada sin dicha reducción. Este incremento, vendrá exclusivamente referido al primer año «*en los demás supuestos de reducción de jornada contemplados en el primer y segundo párrafo*» del art. 37.6 ET.

Lo que ocurre es que el legislador no ha dispensado al beneficiario una protección plena. Desde un punto de vista objetivo, de acuerdo con la literalidad del art. 237 LGSS, este incremento de las bases de cotización únicamente se producirá «*a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1*», por lo que su alcance se limita a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Quedan, por tanto, fuera del alcance las prestaciones por incapacidad temporal, por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave, o por desempleo.

De otro lado, hemos de tener en cuenta que este concreto mecanismo de corrección deja fuera de protección otros supuestos de reducción de jornada, como los previstos en los apartados 5 (nacimiento de hijos prematuros

que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto) y 8º (violencia de género o terrorismo) del artículo 37 ET.

Y, finalmente, desde un punto de vista temporal, la cobertura se limita a un determinado período de tiempo: uno o dos años según cuál sea el motivo de la reducción (si el cuidado directo de un menor, de una persona con discapacidad o un familiar hasta el segundo grado); si bien es cierto que, finalizado este período de especial protección, el interesado podrá suscribir un convenio especial con la Seguridad Social a fin de mantener las bases de cotización en las cuantías por las que viniera cotizando con anterioridad a la reducción de jornada (art. 21 Orden TAS/2865/2003⁽⁶⁹⁾).

Por lo que respecta a la prestación por desempleo, la intensidad de la protección no se ve alterada por el hecho de que el beneficiario hubiera reducido su jornada de trabajo con carácter previo. En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 5, 6 y 8 del artículo 37 ET, «*las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial*». Además, si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máximas y mínimas se determinarán teniendo en cuenta el IPREM en función de las horas trabajadas «*antes de la reducción de jornada*» (art. 270.6 LGSS).

6. LA TUTELA JUDICIAL

6.1. El cauce para impugnar

Las controversias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resuelven por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el art. 139 LJS. Este precepto se encuentra ubicado en el Capítulo V del Título II, dentro del cual se contiene la regulación de otras modalidades procesales especiales (clasificación profesional, concreción de la fecha de vacaciones, ejercicio del *ius variandi*) que canalizan pretensiones relacionadas con la gestión ordinaria de la empresa y que necesitan una rápida resolución⁽⁷⁰⁾. Y de ahí que la mayor parte de dichos procedimientos presenten, como veremos, una peculiaridad común: su carácter urgente.

(68) STS 25-4-2018, Rec. 2152/2016.

(69) Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (BOE 18-10-2003, núm. 250).

(70) OLMOS PARÉS, Isabel. «La tutela judicial efectiva de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral». *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, 2015, núm. 176.



Originariamente, esta modalidad procesal estaba reservada a los conflictos que se suscitaban en torno a la concreción horaria y a la determinación del período de disfrute del permiso por lactancia y de la reducción de jornada por motivos familiares. En consecuencia, se canalizaban por este concreto cauce las discrepancias relativas al ejercicio de estos derechos, quedando al margen las cuestiones referentes a su reconocimiento, existencia o contenido (que se resolvían en el procedimiento ordinario). Pero a raíz de la reforma introducida por la LO 3/2007, se incorporó una nueva DA 17ª en el texto del Estatuto de los Trabajadores con el propósito de que este proceso especial sirviese de vía para canalizar cualquier pretensión relativa al ejercicio de un derecho de conciliación. Y, posteriormente, la Ley 13/2009⁽⁷¹⁾ modificó la redacción del art. 138 bis LPL (actual art. 139 LJS) para adaptarla a tal objeto.

Y aunque, en la actualidad, el art. 139 LJS indica que estamos ante el procedimiento «para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», su lectura completa evidencia que también se ha de impugnar por esa vía tanto la negativa del empresario, como su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador.

6.2. El plazo para accionar

De conformidad con el art. 139.1.a) LJS, el trabajador dispone de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social. La brevedad del plazo para

accionar (veinte días) y su similitud con el previsto en otras modalidades procesales especiales en las que el legislador sí se pronuncia de forma expresa sobre su naturaleza (despido, sanciones o modificación sustancial), nos lleva a pensar que estamos ante un plazo de caducidad. Y, de hecho, así lo ha entendido igualmente parte de la doctrina⁽⁷²⁾. Sin embargo, la propia Sala 4ª del Tribunal Supremo, en su STS 29-7-2012, Rec. 3387/2011, advierte que la caracterización del plazo como de «caducidad» es dudosa y sólo podría admitirse «si se aceptara al mismo tiempo que cualquier alteración de las circunstancias familiares o de trabajo que planteara o agravara un problema de conciliación trabajo-familia reabre el derecho del trabajador y la acción correspondiente. Desde este punto de partida tal vez sería preferible calificar el plazo no como de caducidad sino como plazo de ejercicio jurisdiccional, lo que permitiría reiniciarlo siempre que se hubiera producido una nueva petición-propuesta de concreción horaria al empresario, y éste la hubiera rechazado». Y añade: «Debe tenerse en cuenta, además, que la calificación de caducidad, con los efectos restrictivos que comporta, ni se menciona ni se insinúa en el enunciado legal». Y, con base en esta misma lógica, varios autores defienden que estamos ante un plazo de prescripción⁽⁷³⁾.

De otro lado, debemos tener en cuenta que el *dies a quo* del plazo para accionar coincide con la fecha de la notificación de la decisión empresarial. El problema se suscita en el supuesto de que la empresa no conteste de forma expresa la petición de la persona trabajadora. Una parte de la doctrina, cuyo criterio comparto, considera que el silencio de la empresa debe equipararse a una decisión denegatoria, lo que permitiría al trabajador impug-

(71) Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE 4-11-2009, núm. 266).

(72) Y así lo ha entendido LOUSADA AROCHENA, José F. «El principio de igualdad de mujeres y hombres: en especial, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social». Tesis Doctoral, 2013, p. 480. En acceso abierto en <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/11720>. En opinión de este autor, estamos ante un plazo de caducidad, lo que nos lleva a computar solo días hábiles. Si bien matiza: *Aunque el transcurso del plazo imposibilita reclamar frente a la discrepancia empresarial ante la concreta solicitud del trabajador, como los derechos de conciliación permanecen vigentes mientras haya necesidad de cuidados familiares, será posible volver a solicitar su reconocimiento mientras perdure dicha necesidad*. MARTÍNEZ MOYA, Juan. «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación». En: AAVV. *Trabajo y familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 392, también entiende que estamos ante un plazo de caducidad.

(73) FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. Los procesos especiales en la Jurisdicción Social. Albacete: Bomarzo, 2012, p. 102. En el mismo sentido, OLMOS PARÉS, Isabel. «La tutela judicial efectiva de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral». *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, 2015, núm. 176 y PUEBLA PINILLA, Ana de la. «Artículo 139. Tramitación». En: MERCADER UGUINA, Jesús (dir). *Ley reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2015, p. 889.

narla ante la Jurisdicción Social⁽⁷⁴⁾. Otra parte de la doctrina, sin embargo, entiende que la ausencia de contestación supone una aceptación tácita de la solicitud, «pues a esa conclusión conduce tanto la perentoriedad de las necesidades familiares objeto de protección legal como las exigencias de buena fe contractual»⁽⁷⁵⁾. En consecuencia, para esta corriente doctrinal, si la empresa no ha denegado la propuesta inicial, ni ha ofrecido una solución alternativa, la persona trabajadora carecería de acción⁽⁷⁶⁾.

6.3. Legitimación

La legitimación activa compete a la persona trabajadora y la pasiva a la empresa (art. 139.1 LJS), incluso en los supuestos en los que la concreción horaria del derecho de conciliación corresponde a aquélla. Por lo tanto, aunque el respeto a la voluntad del trabajador parece absoluto en los supuestos relacionados en el art. 37.7 ET, en la práctica es limitado pues no se garantiza el ejercicio incontestado y, ante la negativa del empresario, es la persona trabajadora la que debe demandar.

De otro lado, nada indica el legislador sobre la posible existencia de un litisconsorcio pasivo necesario cuando la estimación de la demanda pudiera afectar a otros compañeros de trabajo⁽⁷⁷⁾. A pesar de ello, comparto la opinión de quien entiende que los trabajadores que se vean directamente afectados por la medida de conciliación, deberían ser llamados al proceso como demandados⁽⁷⁸⁾. Parte de la doctrina defiende que este litisconsorcio pasivo sólo se produciría en caso de que la decisión empresarial impugnada consistiese en la negativa a permitir el ejercicio simultáneo de los derechos de conciliación, en cuyo caso debería demandarse al otro trabajador afectado⁽⁷⁹⁾.

Sin embargo, entiendo que, en tal caso, el otro trabajador no debería ser demandado sino demandante, de forma que el proceso debería entablarse por parte de ambos.

Además, si en la demanda se alegara la vulneración de derechos fundamentales, debería ser citado el Ministerio Fiscal (art. 178.2 LJS).

6.4. Caracteres del proceso

El proceso para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral se define por su carácter urgente y preferente. Si las vistas de los asuntos se señalan por el orden de su conclusión (art. 249 LOPJ), este tipo de pretensiones se despachan de forma prioritaria, sin perjuicio de la preferencia de otros procedimientos que la tienen reconocida de modo absoluto (conflicto colectivo y tutela de derechos fundamentales). El legislador, sin embargo, no ha previsto criterios para resolver la concurrencia con otros procedimientos urgentes, como los de vacaciones, movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Por su parte, la urgencia se concreta en las siguientes manifestaciones: a) La habilidad del mes de agosto (art. 43.4 LJS); b) La exoneración del requisito de intento de conciliación previa (art. 64.1 LJS⁽⁸⁰⁾); c) El carácter irrecurrible de la resolución de instancia; d) Y, por último, el acortamiento de los plazos de tramitación, que se reducen prácticamente a la mitad: El juez citará a las partes para los actos de conciliación y juicio en el plazo de cinco días desde la admisión de la demanda —frente a los diez días previstos en el proceso ordinario— y dictará sentencia en el plazo de tres desde la celebración del acto del

(74) OLMOS PARÉS, Isabel. «La tutela judicial efectiva de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral». *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, 2015, núm. 176. PUEBLA PINILLA, Ana de la. «Artículo 139. Tramitación». En: MERCADER UGUINA, Jesús (dir). *Ley reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2015, p. 889. BARRIOS BAUDOR, Guillermo. «Adaptación de jornada de trabajo por motivos de conciliación de vida familiar y laboral». *Aranzadi Doctrinal*, 2019, núm. 9, p. 17 de la versión digital.

(75) LOUSADA AROCHENA, José F. «El derecho de adaptación de la jornada de trabajo con finalidad de conciliación (ET art. 34.8)». *Actum Social*, 2019, núm. 149-150. En el mismo sentido, MARTÍNEZ MOYA, Juan. «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación». En: AAVV. *Trabajo y familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 397.

(76) NUÑEZ CORTÉS CONTRERAS, Pilar. *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*. Madrid: Dykinson, 2019, p. 65.

(77) A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en los procesos sobre concreción de la fecha de vacaciones o sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo ex arts. 125.d) y 138.2 LJS, respectivamente.

(78) OLMOS PARÉS, Isabel. «La tutela judicial efectiva de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral». *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, 2015, núm. 176, pp. 223 a 244.

(79) PUEBLA PINILLA, Ana de la. «Artículo 139. Tramitación». En: MERCADER UGUINA, Jesús (dir). *Ley reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2015, p. 889. MARTÍNEZ MOYA, Juan. «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación». En: AAVV. *Trabajo y familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 413.

(80) Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2012.



juicio —cuando, con carácter general, son cinco los días de los que dispone—.

6.5. Demanda y contestación a la demanda

El art. 139 LJS no prevé ninguna especialidad en relación a la demanda, por lo que rigen las exigencias generales recogidas en los arts. 80 y 81 LJS. Ahora bien, debemos tener en cuenta que las pretensiones relacionadas en el art. 139 LJS no pueden acumularse entre sí ni a otras distintas en un mismo juicio (art. 26.1 LJS). Teniendo en cuenta que estamos ante un proceso de carácter urgente, el principio de celeridad prevalece sobre el principio de economía procesal y de ahí que se haya limitado el objeto del proceso. No obstante, el propio legislador prevé una excepción al respecto, pues admite que en la demanda se acumule 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. El empresario podría quedar exonerado de esta pretensión si hubiera dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador. Además, debemos recordar que lo dispuesto en el art. 26.1 LJS se entiende sin perjuicio de reclamar los pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela en caso de que se invoque la lesión de un derecho fundamental (art. 26.2 LJS).

Por lo que respecta a la contestación a la demanda en el acto del juicio, es necesario advertir que la empresa no podría alegar razones diferentes a las que manifestó con carácter previo, cuando denegó al trabajador la solicitud en los términos planteados⁽⁸¹⁾.

6.6. Carga de la prueba

De acuerdo con el art. 139.1.a) LJS, «*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*». Será por tanto función del juzgador ponderar las circunstancias concurrentes para hacer compatibles los diferentes intereses en juego, por lo que «*no se pueden establecer soluciones generales apli-*

cables de forma indistinta a todos los casos, sino que ha de estarse necesariamente al caso concreto»⁽⁸²⁾.

Pues bien, a la hora de sopesar los argumentos esgrimidos por las partes, partimos de una premisa: La preponderancia del derecho del trabajador, con base en dos motivos. Primero, por la dimensión constitucional de las medidas tendentes a la conciliación de la vida familiar y laboral, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras, como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). Y esta dimensión ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa (SSTC 3/2007, 26/2011 y 149/2017). Por lo tanto, el análisis que corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar los derechos fundamentales en juego. Y segundo, por la propia concreción legal del derecho, que atribuye a la persona trabajadora la concreción y la determinación de los permisos y reducciones de jornada, previstos en los apartados 4 y 6 del art. 37 ET.

En consecuencia, la negativa de la empresa únicamente estaría justificada en caso de imposibilidad, sacrificio excesivo o daño desproporcionado, no bastando la dificultad organizativa, el mero trastorno o la conveniencia⁽⁸³⁾. Este argumento se vería, además, reforzado por la posibilidad de la empresa, en los supuestos de reducción de jornada, de minimizar el impacto a través de contratos de interinidad a tiempo parcial⁽⁸⁴⁾ (una opción que, sin embargo, no existe en caso de adaptación de jornada).

Ahora bien, es evidente que los derechos de conciliación no son ilimitados y que su ejercicio queda sometido a las exigencias de la buena fe [arts. 7.1 CC, 5.a) y 20.2 ET], sin que quede amparado el abuso de derecho (art. 7.2 CC). Y ejemplo paradigmático de lo expuesto es la SJS Valladolid 8-11-2018, procedimiento 653/2017, que llega a la conclusión de que el trabajador había solicitado el permiso por lactancia, así como la reducción de jornada por guarda legal como un mero instrumento de blindaje para facilitar la declaración de nulidad de su despido (en la medida en que se acreditó que la voluntad extintiva de la empresa era previa a la solicitud del trabajador y éste tenía poderosas razones para pensar que la relación laboral se iba a extinguir de forma inmediata). En consecuencia, ante la falta de causa que justificase la decisión de la

(81) NUÑEZ CORTÉS CONTRERAS, Pilar. *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*. Madrid: Dykinson, 2019, p.103.

(82) STSJ Galicia 22-7-2019, Rec. 1992/2019.

(83) Así, por ejemplo, la falta de formación de la persona trabajadora no podría ser causa justificativa para la denegación de la concreción horaria, cuando ésta no le ha sido ofrecida por la empresa para subsanar este problema organizativo (STSJ Islas Canarias 12-3-2019, Rec. 19/2019).

(84) SJS Burgos 10-7-2019, procedimiento 373/2019, pues la empresa puede «*contratar algún trabajador que supla el horario de la demandante*».

empresa, consideró que el despido debía ser calificado como improcedente (pero no como nulo). Y este mismo principio de buena fe es el invocado por la STSJ Andalucía 11-4-2019, Rec. 623/2019, para negar el derecho a una trabajadora a concretar el período de disfrute de una reducción de jornada, dado que ésta ya había llegado a un acuerdo previo con la empresa y ahora pretendía una nueva concreción del horario cuando no se había producido ningún cambio en sus circunstancias personales y familiares.

Pues bien, en la práctica, a la hora de ponderar los intereses en juego, los tribunales están tomando en consideración las siguientes variables:

- Las circunstancias relativas a la situación de necesidad de la persona trabajadora (como por ejemplo, el número, la edad y las circunstancias de escolarización de los hijos). Es frecuente, además, que se valore cuál es su estado civil, qué posibilidades tiene el otro progenitor de asumir las tareas de cuidado (su situación profesional, el régimen de visitas en los supuestos de separación y divorcio...), la existencia de otros familiares que puedan hacerse cargo, la posibilidad de que el menor coma en el comedor del colegio o se apunte a actividades extraescolares, etc.⁽⁸⁵⁾

- Las circunstancias relativas a la capacidad de respuesta de la empresa (número de trabajadores en plantilla⁽⁸⁶⁾, sistema de organización del trabajo y posibilidad de alteración, especialidad de las tareas⁽⁸⁷⁾, polivalencia del resto de empleados, volumen de actividad a lo largo de la jornada⁽⁸⁸⁾, etc.).

- Las circunstancias relativas al proceso mismo de negociación que evidencien si las partes han negociado de buena fe (número de reuniones mantenidas⁽⁸⁹⁾, existencia de contrapropuestas por parte de la empresa⁽⁹⁰⁾, motivación de la denegación por parte de la empresa, etc.).

- Las circunstancias relativas a otros terceros afectados, como por ejemplo el perjuicio que se causara al resto

de compañeros⁽⁹¹⁾. Se trata, no obstante, de una cuestión controvertida, pues algunos pronunciamientos judiciales advierten que la negativa de la empresa no puede ampararse en la incidencia en los turnos del resto de compañeros del mismo perfil profesional, «pues tal efecto es normalmente consustancial a la reducción de jornada debatida y, de apreciarse, la impediría de forma sistemática»⁽⁹²⁾.

Pues bien, en la medida en que la patria potestad compete a los padres, entiendo que debería resultar irrelevante la existencia de abuelos o de terceras personas que puedan hacerse cargo del menor. En palabras de la STSJ Galicia 28-5-2019, Rec. 1492/2019: «Es un hecho notorio la importancia de los abuelos en la sociedad actual y el importante soporte que son tanto para sus hijos como para sus nietos; pero la patria potestad, con todos los deberes y facultades que comporta, le corresponde a los padres (art. 154 y siguientes del Código Civil). Son los padres los que tienen que velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Y para ello necesariamente tienen que poder conciliar su vida laboral, con la personal y familiar». Y, por este mismo motivo, debería resultar irrelevante la posibilidad de apuntar al menor al comedor escolar o a las actividades extraescolares ofertadas por el centro.

Surgen dudas, no obstante, con respecto a si es posible ahondar en las circunstancias personales y profesionales del otro progenitor. Según el art. 44.1 LO 3/2007, «los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio». Con base en dicho precepto, ¿pueden los jueces decidir quién concilia en una pareja?⁽⁹³⁾ En respuesta a esta pregunta, la doctrina académica y judicial se encuentra claramente dividida: Una primera corriente, defendida por Joan Agustí Maragall (magis-

(85) STSJ Canarias 12-3-2019, Rec. 1596/2018, SJS Cáceres 15-7-2019, procedimiento 211/2019, SJS Zamora 26-7-2019, procedimiento 238/2019, SJS Salamanca 9-8-2019, procedimiento 546/2019, SJS Gijón 29-8-2019, procedimiento 380/2019, SJS Mataró 12-9-2019, procedimiento 642/2019.

(86) STSJ Canarias 12-3-2019, Rec. 1596/2018.

(87) SJS Gijón 29-8-2019, procedimiento 380/2019. No obstante, a este respecto la STSJ Islas Canarias 27-8-2019, Rec. 533/2019, realiza una interesante puntualización, pues advierte que el argumento de la especialización no puede valorarse salvo que se pruebe que la misma no puede extenderse a los demás trabajadores de plantilla mediante la debida formación.

(88) SJS Gijón 29-8-2019, procedimiento 380/2019.

(89) SJS Mataró 12-9-2019, procedimiento 642/2019, SJS Salamanca 9-8-2019, procedimiento 546/2019.

(90) SJS Gijón 29-8-2019, procedimiento 380/2019.

(91) SJS Gijón 29-8-2019, procedimiento 380/2019.

(92) STSJ Galicia 20-11-2017, Rec. 3626/2017. En el mismo sentido, SJS Salamanca 9-8-2019, procedimiento 546/2019.

(93) CASAS BAAMONDE, María Emilia. «Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez». Derecho de las relaciones laborales, 2018, núm. 10, p. 8 de la versión digital.



trado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), sostiene que el juzgador debe atender al mandato del art. 44 LO 3/2007. Y, a tal efecto, este autor realiza la siguiente distinción⁽⁹⁴⁾: Con respecto a los derechos de conciliación incondicionados (como la reducción de jornada o el permiso por cuidado del lactante), no cabría indagar sobre las circunstancias personales y familiares de la persona trabajadora. Sin embargo, con respecto a los derechos de conciliación condicionados (como adaptación de la jornada de trabajo), se debe fomentar la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares. Por lo tanto, para este magistrado, resulta indispensable recabar información respecto a la disponibilidad e implicación del otro progenitor en la atención de dichas responsabilidades familiares, pues otra interpretación —en su opinión— favorecería la perpetuación de roles y no ayudaría a su progresiva erradicación.

Una segunda corriente, defendida por María Emilia Casas Baamonde (ex Presidenta del Tribunal Constitucional) y José F. Lousada Arochea (magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia), considera que el juez no puede solicitar más información de la vida personal y familiar de quien desea conciliar que la indispensable para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, por lo que la medida judicial que ordena poseer determinados conocimientos familiares, o contar con ciertas pruebas, debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad familiar y la necesidad de cuidado familiar por quien se dispone a asumirlo.

No cabe duda de que estamos ante derechos personalísimos de la persona trabajadora, por lo que, en mi opinión, no sería necesario acreditar si el otro cuidador tiene o no posibilidad de conciliar⁽⁹⁵⁾. Y, de hecho, es perfectamente lícito que varios sujetos soliciten y obtengan

el derecho con base en un mismo sujeto causante. Además, debe garantizarse el derecho a la intimidad, que quedaría en entredicho si se obligara al empleado a revelar datos de su vida familiar al conocimiento ajeno y se permitiera al juzgado entrometerse en la propia organización de la familia. Por ello, comparto la opinión de quien afirma que el incumplimiento del deber legal de corresponsabilidad se debe sancionar en el mismo ámbito jurídico en el que se erige como deber legal, esto es, en el ámbito civil⁽⁹⁶⁾. Al Juez de lo Social, sin embargo, no le corresponde determinar quién debe ejercer el derecho de conciliación y qué motivación existe para su elección entre un progenitor u otro.

6.7. La sentencia

La sentencia debe dictarse en el plazo de tres días y, teniendo en cuenta las particularidades de esta modalidad procesal especial, se tratará de una resolución más de equidad que aplicativa de normas jurídicas⁽⁹⁷⁾, pues el juez deberá ejercer una ponderación de las necesidades de ambas partes. En palabras de Joan Agustí Maragall, la función del juez, en este caso, es «*más propia de un arbitraje que no de la típica resolución judicial ordinaria*»⁽⁹⁸⁾.

De otro lado, ya hemos advertido que contra la resolución de instancia no procede recurso alguno, en la medida en que el legislador ha considerado que las pretensiones de conciliación requieren una solución rápida que no puede demorarse [arts. 139.1.b) y 191.2.f) LJS]. No obstante, esta afirmación debe ser necesariamente matizada: En primer lugar, si cabe recurso cuando, en la demanda, se ha acumulado la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación. Y, a este respecto, debemos tener en cuenta que el art. 191.2.g) LJS sitúa este

(94) AGUSTÍ MARAGALL, Joan. «El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento». *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Juezas para la Democracia*, 2019, abril, p. 34.

(95) En este mismo sentido se ha pronunciado la STSJ Galicia 22-7-2019, Rec. 1992/2019: «*La sala discrepa del argumento de la sentencia de instancia relativa a que no se acredita por qué no puede ser el padre quien pida el cambio de horario o la reducción de jornada para hacerse cargo de las hijas, dado que al parecer éste goza de mayor flexibilidad horaria que la madre y por ello de mayor facilidad para subvenir a sus cuidados; y la sala discrepa del anterior argumento por cuanto que se trata de un derecho personalísimo de la trabajadora*».

(96) LOUSADA AROCHENA, José F. «El derecho de adaptación de la jornada de trabajo con finalidad de conciliación (ET art. 34.8)». *Actum Social*, 2019, núm. 149-150.

(97) PUEBLA PINILLA, Ana de la. «Artículo 139. Tramitación». En: MERCADER UGUINA, Jesús (dir). *Ley reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2015, p. 891. En sentido similar, MELLA MÉNDEZ, Lourdes. «Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar e indemnización de los daños causados por su no disfrute: algunos puntos de interés». *Actualidad Laboral*, 2014, núm. 4.

(98) AGUSTÍ MARAGALL, Joan. «El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento». *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Juezas para la Democracia*, 2019, abril, p. 32.

umbral en los 3.000 € y que habrá que estar al importe indemnizatorio solicitado en la demanda y ratificado en juicio o el fijado definitivamente en trámite de conclusiones⁽⁹⁹⁾. Por tanto, a estos efectos, resulta irrelevante la cuantía reconocida por el demandado o la fijada en la sentencia que estime parcialmente la demanda. Precisamente por ello, la doctrina ha llegado a afirmar que estamos en este caso ante una especie de recurso «a voluntad», sin precedentes en el proceso social⁽¹⁰⁰⁾.

Pues bien, si el recurso de suplicación se articula por tal motivo, ¿el debate quedaría circunscrito a la indemnización (a su reconocimiento o a su cuantía) o el tribunal podría entrar en otras cuestiones de fondo? A este respecto, la doctrina académica se encuentra dividida⁽¹⁰¹⁾. Y, con el objeto de arrojar algo de luz al debate, resulta de utilidad traer a colación la STS 3-2-2016, Rec. 2279/2014, que, aunque se trata de una resolución que versa sobre un conflicto en materia de clasificación profesional, puede servirnos de orientación, por cuanto la regulación de esta modalidad procesal es idéntica, a este respecto, a la prevista en el art. 139.1.b) LJS. En efecto, de acuerdo con el art. 137.3 LJS, la sentencia que pone fin a una reclamación en materia de clasificación profesional no admite recurso alguno, salvo que las diferencias salariales demandadas alcancen la cuantía requerida para el recurso de suplicación (art. 137.3 LJS). Pues bien, según aclaró la Sala 4ª en la sentencia anteriormente referenciada, el recurso procede no sólo contra el pronunciamiento relativo a la reclamación de cantidad, «sino contra todo lo que en la misma se haya resuelto», por lo que admite que en la fase de recurso se pueda entrar en otras cuestiones de fondo.

En segundo lugar, igualmente procedería recurso de suplicación cuando éste tenga por objeto la subsanación de una falta esencial del procedimiento, siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y haya producido indefensión [art. 193.a) LJS]. En este supuesto,

de estimarse el recurso, se declarararía la nulidad de las actuaciones y se repondrían los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción.

Y, finalmente, cabría igualmente recurso de suplicación cuando en la demanda se haya acumulado la pretensión de tutela de derechos fundamentales⁽¹⁰²⁾. Inicialmente, el Tribunal Supremo mantuvo de forma reiterada la imposibilidad de recurso con base en los siguientes argumentos: a) que el recurso no es una garantía adicional que haya de aplicarse a un procedimiento que lo excluye, puesto que lo que se persigue es precisamente lograr una solución rápida y eficaz respecto a las reclamaciones de conciliación; y b) la protección de cualquier derecho fundamental que pudiera considerarse vulnerado quedaría garantizada, en su caso, a través del recurso de amparo⁽¹⁰³⁾. Y este posicionamiento tenía lógica en la medida en que se trataba de supuestos en los que la persona trabajadora, teniendo capacidad de elección, no había optado por el proceso de tutela de derechos fundamentales y, además, no había invocado en la demanda la vulneración de un derecho fundamental. Lo que ocurre es que en la actualidad no existe tal opción. A raíz de la reforma operada por la Ley 13/2009, las pretensiones en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral deben canalizarse necesariamente a través de su modalidad procesal específica (art. 184 LJS). Y, en tal caso, el art. 178.2 LJS hace extensivas las reglas y garantías previstas con respecto al proceso de tutela de derechos fundamentales, dentro de las cuales habría que entender incluida la regla que establece la recurribilidad de la sentencia. Así lo entendió el Tribunal Constitucional, en su STC 149/2016, con respecto a un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo (que tampoco admite ulterior recurso) en el que se había invocado la lesión de un derecho fundamental. Y así lo ha entendido igualmente el Tribunal Supremo en relación con el proceso especial de concreción de la fecha de disfrute de las

(99) JUANES FRAGA, Enrique. «Artículo 191. Ámbito de aplicación». En: MERCADER UGUINA, Jesús (dir). *Ley reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2015, pp1.271 y 1.272.

(100) BALLESTER PASTOR, María Amparo. «El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2012, núm. 2, p. 24.

(101) En sentido negativo se pronuncia PUEBLA PINILLA, Ana de la. «Artículo 139. Tramitación». En: MERCADER UGUINA, Jesús (dir). *Ley reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2015, p. 891. Para BALLESTER PASTOR, María Amparo. «El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2012, núm. 2, p. 24, sin embargo, «Aunque la posibilidad del recurso se vincula a la posibilidad de indemnización, nada se establece en el art. 139 LJS acerca de que solo quepa impugnar la resolución de instancia en relación con los parámetros aplicables para la determinación de la indemnización». En consecuencia, para esta autora resulta claro que «el recurso será posible también por el fondo».

(102) En el mismo sentido: OLMOS PARÉS, Isabel. «La tutela judicial efectiva de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral». *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, 2015, núm. 176.

(103) SSTs 25-3-2013, Rec. 957/2012; 28-6-2013, Rec. 4213/2011; 16-9-2013, Rec. 2326/2012; 3-12-2013, Rec. 775/2013.



vacaciones⁽¹⁰⁴⁾, el proceso de impugnación de sanciones⁽¹⁰⁵⁾ y el proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo⁽¹⁰⁶⁾.

Para concluir, conviene tener presente que si la sentencia de instancia se recurre por cualquier de los motivos anteriormente expuestos, será ejecutiva desde el momento en que se dicte [art. 139.1.b].

6.8. La reparación del daño a través de la indemnización por daños y perjuicios

Ya hemos adelantado que, en la demanda, puede acumularse la acción de daños y perjuicios causados a la persona trabajadora. Como bien sabemos, los daños se dividen en patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros son los que sufre la víctima en su patrimonio y se clasifican a su vez en dos: daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente se concreta en el valor de la pérdida o, dicho de otra forma, en lo que el demandante perdió al no aceptarse su solicitud (coste del centro de día, coste del empleado de hogar contratado para cuidar al familiar, coste de la ampliación del horario de la guardería o de la clase extraescolar, etc.). Por su parte, el lucro cesante se define como la ganancia que se haya dejado de obtener (salario dejado de percibir por el hecho de haber tenido que solicitar una reducción de jornada o una excedencia, ante la negativa de la empresa a aceptar la mera adaptación, etc.⁽¹⁰⁷⁾).

Pero la conducta de la empresa podría ocasionar igualmente un daño de carácter extrapatrimonial: un daño corporal, que supone una agresión a la integridad física o psíquica de la persona y provoca la disminución de un bien como es la salud, y un daño moral, que se define como la lesión de un bien puramente espiritual⁽¹⁰⁸⁾.

Por lo que respecta a la prueba del daño, debemos partir de una regla general: El incumplimiento no implica necesariamente la producción de un daño, por lo que su existencia y su cuantía no se presumen y deben ser probadas por quien pretende la indemnización. Pero esta regla presenta las siguientes excepciones: a) cuando la propia norma anuda la consecuencia resarcitoria a la sola actuación antijurídica, como ocurre en caso de vulneración de derechos fundamentales (art. 183 LJS); y b) cuando el incumplimiento constituya *per se* un daño o perjuicio o frustración en intereses materiales o morales.

Pues bien, en opinión de la doctrina judicial, la negativa de la empresa, cuando no existen razones que justifiquen su decisión, supone un incumplimiento contractual que genera un daño de conformidad con el art. 1.102 CC, pues los efectos restitutivos anudados a la declaración de nulidad de la decisión empresarial no pueden devolver a persona trabajadora el tiempo que no pudo dedicar a la atención de su familiar. *«Es una cuestión de afectos, cercanía y dedicación inconmensurables. Junto a ello, la angustia ante la situación de incertidumbre que origina la decisión empresarial que obliga a un replanteamiento de la vida familiar y laboral, el desasosiego por litigar contra la empresa y de ver desconocidos los que son sus derechos fundamentales»* (STSJ Canarias 12-3-2019, Rec. 1596/2018).

Por lo que respecta a la cuantía, debemos tener en cuenta que, en la medida en que la indemnización tiende a resarcir los daños y perjuicios sufridos por el acreedor a causa del incumplimiento o del cumplimiento inexacto, su importe debe consistir en aquella suma de dinero en que se valore el daño. Si los daños están tasados, la cuantía de la indemnización viene prefijada por el legislador y a ella se ha de estar con independencia del alcance real del daño. Pero si los daños no están tasados —como es el caso—, la cuantía de la indemnización será el resultado de aplicar las siguientes reglas y principios de valoración: En primer lugar, partimos de la premisa de que quien alega el daño debe aportar las bases fácticas de la cuantía de la indemnización que reclama. Ahora bien, no se exige la cuantificación de los daños morales en caso de vulneración de un derecho fundamental (art. 179.3 LJS). En segundo lugar, la cuantificación del daño se encomienda al juez de instancia y la cuantía que éste establezca no será revisable salvo que sea manifiestamente desproporcionada o derive de un pronunciamiento arbitrario. Y, finalmente, con respecto a la valoración del daño, conviene aclarar que el daño patrimonial es evaluable económicamente, según el valor que posea el bien dañado en el mercado. Sin embargo, el daño extrapatrimonial no puede ser reparado en sentido estricto, pues incide sobre bienes que se encuentran fuera del comercio. En la medida en que no existe en el mercado un sustituto del bien perdido, la indemnización va dirigida a compensar el sufrimiento causado. Y como el bien dañado no puede ser estimado económicamente (¿cuál es el precio del dolor?), son muchas las sentencias que toman como referencia la conducta lesiva y

(104) STS 3-11-2015, Rec. 2753/2014.

(105) STS 18-5-2018, Rec. 381/2017.

(106) SSTS 22-6-2016, Rec. 399/2015, 7-12-2016, Rec. 1599/2015, 9-5-2017, Rec. 1666/2015, 5-7-2017, Rec. 1477/2015, 18-10-2017, Rec. 2979/2015, 24-10-2017, Rec. 3175/2015.

(107) En este sentido, la SJS 19-9-2012, procedimiento 465/2012, cuantifica el importe de la indemnización en el salario dejado de percibir por la trabajadora durante el período en el que permaneció en situación de excedencia para el cuidado de familiares, ante la falta de reconocimiento por la empresa de su solicitud de reducción de jornada.

(108) STS 15-4-2013, Rec. 1114/2012.



aplican como referencia los tipos y sanciones de la LISOS. Y, a este respecto, algunos pronunciamientos aplican la cuantía de la multa prevista en el art. 40.1.b) para las infracciones graves en materia de relaciones laborales y empleo, que oscila entre los 626 € (grado mínimo) hasta los 6.250 € (grado máximo), utilizando como parámetro el art. 7.5 LISOS

que expresamente se refiere a las infracciones derivadas de «la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y en general el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23, 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores»⁽¹⁰⁹⁾.

(109) SSTSJ Canarias 12-3-2019, Rec. 1596/2018, y 20-5-2019, Rec. 190/2019, SJS Mataró 12-9-2019, Rec. 642/2019.