

CONCILIACIÓN Y FLEXISEGURIDAD EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS A LA REDUCCIÓN DE JORNADA*

M.^a Teresa Velasco Portero**
Universidad Loyola Andalucía

*“Hay un momento para todo y un tiempo para cada cosa bajo el cielo: (...)
Un tiempo para amar y un tiempo para odiar, un tiempo para la guerra y un tiempo para la paz.
¿Qué provecho saca el obrero de tanto trabajar?”
Eclesiastés, 3, 1, 8-9*

SUMARIO: 1. Introducción: la flexiseguridad interna en relación con los derechos de conciliación. –2. Flexiseguridad en la reducción de jornada sin pérdida de retribución: los permisos de lactancia y cuidado de neonato. 2.1. El permiso de lactancia. 2.2. El permiso para el cuidado del neonato hospitalizado. –3. La reducción de jornada por motivos familiares. 3.1. Supuestos y alcance subjetivo. 3.2. La reducción de la retribución. 3.3. Concreción horaria. 3.4. Preaviso. 3.5. Simultaneidad con el ejercicio de otros derechos. –4. Reducciones de jornada por necesidades excepcionales de conciliación. 4.1 La reducción de jornada para el cuidado de neonato hospitalizado. 4.2. La reducción de jornada para cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. 4.3. La reducción de jornada de la víctima de violencia de género y víctimas de terrorismo. –5. Medidas adicionales que garantizan la seguridad de los trabajadores que ejercen estos derechos de conciliación. 5.1. Protección frente al despido. 5.2. Cálculo de indemnizaciones en los supuestos de jornada reducida del art. 37, apartados 4 bis, 5 y 7 ET. 5.3. Medidas de protección en materia de seguridad social. 5.4. El procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación: el art. 139 LRJS. –6. Conclusiones: ¿se garantiza verdaderamente la flexiseguridad del trabajador para atender a la conciliación por la vía de la reducción de su jornada?

RESUMEN

Los derechos de conciliación de vida familiar y laboral, que suponen una flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, solo serán efectivos si incorporan igualmente medidas de seguridad del trabajador. En este sentido, los derechos a la reducción de jornada son la medida estrella de nuestro ordenamiento, especialmente favorecidos por nuestro legislador. Este trabajo analiza los distintos supuestos de reducción de jornada (con y sin reducción proporcional de salario) y las medidas de seguridad que acompañan a su ejercicio, según las más recientes

* Recibido el 26.02.2014 y aprobado el 18.03.2014.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, realizando una reflexión crítica sobre el limitado interés de la negociación colectiva por este tema y los inconvenientes que presenta desde la perspectiva de género el fomento de esta figura por parte del legislador.

ABSTRACT

The right to reconcile family and working life reflects a flexible organisation of working life that will only be effective if it also incorporates measures that ensure workers' well-being. In this sense, the right to reduced working hours is the outstanding measure in our agenda, and one that is especially favoured by our legislator. This paper analyses different types of reduced time-tables (with and without proportional reductions in salary) and the safety measures that accompany their exercise according to the latest doctrinal and jurisprudential contributions; it also makes a critical reflection on the limited interest shown in this topic by collective bargaining and the impediments the legislator can encounter from a gender perspective when promoting this figure.

Palabras clave: reducción de jornada, flexiseguridad, permiso.

Key Word: reduced working hours, flexisecurity, leave of absence.

1. INTRODUCCIÓN: LA FLEXISEGURIDAD INTERNA EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

El modelo de la flexiseguridad, pese a ser relativamente joven¹, se ha transformado en una referencia constante dentro de los textos de la Unión Europea. Sus principios se plasmaron formalmente en 2007, en el documento denominado “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”², en el que la Comisión presentaba una serie de orientaciones para dirigir las estrategias de flexiseguridad de los Estados miembros, considerando que se trata de unos principios que contribuyen a modernizar los modelos sociales europeos. En dicho documento se fijó el concepto de flexiseguridad, señalando que es un enfoque global que beneficia a la flexibilidad tanto de los trabajadores (que deben poder adaptarse a las evoluciones del mercado laboral y conseguir sus transiciones profesionales) como de las empresas y la organización del trabajo (con el fin de responder a las necesidades de los empleadores y mejorar la conciliación entre la vida profesional y la vida familiar) y que, al mismo tiempo, garantiza la seguridad para los trabajadores, que deben poder progresar en sus carreras profesionales, desarrollar sus competencias y recibir apoyo de los sistemas de seguridad social durante los periodos de inactividad.

Todo esto supone una reformulación del equilibrio tradicional en que se mueve el Derecho laboral para garantizar una relativa seguridad jurídica y económica a los trabajadores y, asimismo, garantizar una utilización flexible de la mano de obra dentro de las organizaciones productivas. En el ámbito de la ordenación interna del trabajo y las condiciones laborales dentro de la empresa la flexiseguridad se refiere a las prácticas de reordenación y optimización de los recursos humanos que supongan flexibilidad en la estructuración del tiempo y el calendario de trabajo, tareas por objetivos (cultura de eficiencia frente a la de presencia), fomento de la carrera

¹ El término nace en Dinamarca, y comienza a utilizarse a finales de la década de los 90. Sobre el concepto y debate sobre flexiseguridad laboral en Europa y su aplicación en España, *vid.* F. VALDÉS DAL-RÉ, J. LAHERA FORTEZA. *La flexiseguridad laboral en España*. Fundación Alternativas. Documento de Trabajo n. 157/2010. Disponible online.

² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 27 de junio de 2007, «Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad» [COM(2007) 359 final, no publicada en Diario Oficial].

profesional y la formación a lo largo de la vida, conciliación de la vida personal y laboral... Todo ello garantizando la seguridad en el puesto de trabajo –*job security*– (que limita la capacidad del empresario de despedir cuando quiera), la seguridad laboral o en el empleo –*employment security*– (que se refiere al mantenimiento de la empleabilidad a través por ejemplo de la formación y la educación), la seguridad de renta –*income security*– (protección de un nivel adecuado y estable de ingresos) y la seguridad de conciliación –*combination security*– (seguridad de un trabajador de poder conciliar su trabajo con otras responsabilidades o compromisos distintos del trabajo remunerado)³.

En el contexto de esta estrategia global vamos a analizar una de las figuras clave dentro de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras: la reducción de jornada. Es una medida de flexibilidad interna, ejercida por el trabajador, que le permite en determinados supuestos ajustar su jornada laboral a determinadas circunstancias familiares o personales sobrevenidas. El estudio de los límites que nuestro ordenamiento impone a esta flexibilidad y de las medidas de seguridad que acompañan a su ejercicio nos darán la medida de hasta qué punto se están cumpliendo los principios de flexiseguridad en esta importante materia. De esta manera, nos detendremos de manera particular en la consideración de las medidas que garantizan la estabilidad en el puesto de la persona que ejerce los derechos (protección frente al despido), las que garantizan su empleabilidad (mantenimiento de derechos de formación), las de seguridad en la renta (cuestiones relacionadas con retribución y protección de seguridad social) y las que garantizan que pueda atender adecuadamente a la conciliación (en el sentido de hasta qué punto los límites del derecho se ajustan a las necesidades reales de la conciliación y no a otros elementos externos).

En nuestro estudio partiremos de la diferenciación entre aquellos supuestos en que el ordenamiento permite que el trabajador reduzca su jornada sin reducción de su retribución (llamados también permisos) y aquellos otros en que el derecho a la reducción de jornada va acompañado de una reducción proporcional de la retribución, conservando la persona trabajadora el derecho a reincorporarse posteriormente a la jornada completa.

2. FLEXISEGURIDAD EN LA REDUCCIÓN DE JORNADA SIN PÉRDIDA DE RETRIBUCIÓN: LOS PERMISOS DE LACTANCIA Y CUIDADO DE NEONATO

2.1. El permiso de lactancia

El art. 37.4 ET prevé el derecho de los trabajadores una reducción de jornada o permiso de ausencia al trabajo, sin pérdida de retribución, “para la lactancia del menor hasta que éste cumpla nueve meses”. Es un derecho que se concede para atender a los cuidados del menor, tanto en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción como acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, y su duración se incrementa proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiple.

Finalidad del derecho. A pesar de su nombre no está vinculado a la lactancia natural, y ni siquiera tiene que utilizarse específicamente para atender a la lactancia (natural o artificial) del menor: se trata en general de atender al cuidado del menor y no solo a su alimentación⁴. En todo caso, nuestra doctrina judicial no admite que este tiempo se destine a fines ajenos a estos cuidados. De esta manera, se ha considerado transgresión de la buena fe contractual la utilización del permiso por lactancia a distinta finalidad, dedicando dicho tiempo a ir de compras o tomarse un aperitivo⁵; se entiende que estas conductas son causa de despido procedente sin que

³ Clasificación propuesta por WILTHAGEN, T., y TROS, F., *The concept of flexicurity: A new approach to regulating employment and labour markets*. Transfer, 4, 166-86, 2004, y que siguen entre otros VALDÉS DAL-RE y LAHERA FORTEZA en *La flexiseguridad laboral...*, op.cit., p. 18.

⁴ STCT de 23-11-87.

⁵ STSJ Cataluña de 29-9-00.

pueda, por tanto, considerarse nulo⁶. También se ha considerado vulneración de la buena fe contractual el hecho de utilizar este tiempo para aumentar la jornada en un segundo trabajo⁷.

Duración. Hasta que el menor cumpla nueve meses, independientemente de cuándo comience a disfrutarse⁸. El hecho de que la persona trabajadora esté disfrutando de la suspensión por maternidad no retrasa el inicio del cómputo de los nueve meses⁹.

Titularidad. La titularidad del derecho se ha ampliado desde la redacción originaria del precepto, siendo un elemento fundamental en este sentido la jurisprudencia del TJ¹⁰, de forma tal que actualmente el permiso “constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres, pero sólo puede ser ejercido por uno de los progenitores si ambos trabajan”. En contra de las limitaciones que se establecían para los varones antes del año 2010, en este momento es indiferente el hecho de que el otro progenitor trabaje o no.

Modalidades de ejercicio. En cuanto a este tema, inicialmente el art. 37.4 ET solo hablaba de ausencias o reducciones diarias, estableciendo dos posibilidades:

- a) Una hora de ausencia del trabajo, que se podrá dividir en dos fracciones
- b) Una reducción de jornada en media hora con la misma finalidad

Junto a estas dos posibilidades, por vía de la negociación colectiva se fue introduciendo una tercera, consistente en acumulación de los permisos en jornadas completas, lo cual fue refrendado por SAN de 29 de marzo de 2004 “por no ser contrario al espíritu y finalidad del art. 37.4 sino que, lejos de ello, lo potencia ampliando las posibilidades que el Estatuto concede a los trabajadores”. La actual redacción del ET recoge expresamente esta tercera posibilidad¹¹, señalando que el trabajador podrá “acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla”. La jurisprudencia viene considerando que, si no hay previsión convencional o acuerdo con el empresario, no hay acumulación, pudiendo un convenio colectivo establecer un tope de acumulación, un tope con un número de días superior o inferior, o incluso excluir la acumulación¹². Asimismo, se ha admitido la validez de prácticas empresariales de acumulación sin existencia de previsión convencional, por ejemplo en el caso de una práctica empresarial consistente en conceder 13 días de permiso de lactancia acumulada¹³.

⁶ SJS Málaga núm 1 de 30-11-04

⁷ STS de 19-6-89

⁸ Vid, por todos, GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 92.

⁹ GARCÍA NINET, I., “Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)”, *Revista del Trabajo*, nº 94, 1989).

¹⁰ Recordemos que la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de septiembre de 2010 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia), Pedro Manuel Roca Álvarez/Sesa Start España ETT, S. A. (Asunto C104/09) consideró que era contraria a la igualdad de trato la regulación española del permiso de lactancia vigente en aquel momento, ya que establecía que las trabajadoras por cuenta ajena podían ejercerlo en diversas modalidades y que los hombres solo podían hacerlo en el caso de que ambos progenitores fuesen trabajadores por cuenta ajena. A raíz de esta sentencia se produjo una modificación de hecho de la normativa, que finalmente fue recogida por el legislador en la reforma laboral de 2012 en los términos actualmente vigentes. Sobre la cuestión de la aplicación de esta sentencia por los tribunales nacionales en el periodo de transición hasta que se reformó el texto legal en febrero de 2011, vid. MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Discriminación por razón de sexo en la titularidad del derecho al permiso de lactancia por el padre en el caso de que la madre no sea trabajadora por cuenta ajena”, *RGDTSS*, nº 24/2011.

¹¹ Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica para la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de 2007.

¹² STS de 11-11-09

¹³ STSJ de Galicia de 29-5-2012

Sobre la interpretación de aquellas cláusulas que optan por la acumulación sin más especificaciones, nuestra doctrina judicial considera que dicha acumulación ha de referirse a cada hora diaria de ausencia¹⁴. En la práctica, los convenios hacen un desarrollo muy diverso de esta posibilidad de acumulación del permiso: unos realizan un cálculo exacto de las horas según el texto legal y otros lo mejoran; unos hacen la acumulación por semanas, otros por días laborales o naturales e incluso por horas¹⁵.

Todo esto no quiere decir que sea necesaria la previsión convencional para que se pueda producir el acuerdo privado de acumulación sino que, si no hay reglas en el convenio colectivo, las partes son libres para fijar todos los términos de la acumulación pero, si las hay, el acuerdo entre las partes solo puede mejorar lo establecido en el convenio¹⁶.

Por otra parte, hay que resaltar que la opción entre las dos primeras posibilidades (una hora o dos medias horas) opera sobre la jornada propia y correspondiente a cada trabajador en cada ocasión y momento distinto¹⁷. Dicha opción de la modalidad de disfrute corresponde al padre cuando hace uso del permiso, incluida la posibilidad de acumulación si estuviese prevista¹⁸. Por tanto, el hecho de tener una jornada inferior a la normal, ya sea porque se haya hecho uso de la reducción por guarda legal (que veremos más adelante) o porque se tenga un contrato a tiempo parcial, no permite hacer la correspondiente reducción del derecho de lactancia¹⁹.

En cambio, sí existe incompatibilidad entre el disfrute del permiso de maternidad o paternidad a tiempo parcial y el permiso de lactancia, según establece la DA 1^a 7 del Decreto 295/2009, de 9 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 natural²⁰.

Retribución. A pesar de que no está expresamente señalado en el ET, no cabe duda de que la ausencia o reducción de jornada por lactancia es retribuida. Cuando el legislador ha querido que la reducción de jornada vaya acompañada de reducción de salario lo ha dicho (*vid. arts. 37.4 bis, 37.5 y 37.7 ET*), pero no es este el único argumento que avala el carácter retribuido

¹⁵ Los preceptos que reconocen el derecho incondicionado a la acumulación, establecen un número de días, de por ejemplo diez o de quince, o de dos semanas, o de tres semanas, o no fijan el número de días. Algunos prevén que su disfrute debe ser ininterrumpido después del alta por maternidad. Algún otro, con talante restrictivo expresa que «por elección del trabajador, los treinta minutos de reducción de jornada podrán ser acumulados para disfrutarlos como jornadas completas». Otros, de mejor factura, disponen que la reducción diaria podrá sustituirse, a voluntad de «los trabajadores», «por un período de tiempo de permiso retribuido equivalente a la suma de cada una de las horas diarias», de tal modo que el «disfrute de este derecho deberá producirse, necesariamente, de forma consecutiva al permiso por maternidad o paternidad», debiendo comunicarse a la empresa su ejercicio con un mes de antelación. (*Vid. LOUSADA AROCHENA, F. (Coord.), El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Madrid, 2008, pp. 265 y ss.).

¹⁶ En este sentido, GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación...*, *op.cit.*, p. 102, y GARCÍA TESTAL, E., *La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español*, Valencia, 2008, p. 65.

¹⁷ STSJ C.Valenciana 24-5-02

¹⁸ En este caso la STSJ Galicia 22-9-10 condenó a la empresa a una indemnización al haberse opuesto a su disfrute.

¹⁹ STSJ Cataluña 18-3-03, S TSJ Las Palmas 20-2-06,

²⁰ «El permiso de maternidad y el de paternidad a tiempo parcial serán incompatibles con el disfrute simultáneo por los mismos trabajadores de los derechos previstos en los apartados 4 y 4.bis del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores y de la reducción de jornada por guarda legal prevista en el apartado 5 del mismo artículo. Será asimismo incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares regulado en el artículo 46.3 de la citada ley.»

del derecho, ya que la garantía de la retribución está reconocida en el art. 5 del Convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad²¹.

Nuestro TS ha sido contundente al afirmar que el disfrute de este derecho nunca puede suponer una pérdida económica²², de manera que en la retribución hay que incluir los pluses o complementos vinculados a la prestación efectiva del trabajo (plus de trabajo efectivo o plus de nocturnidad, por ejemplo). La STS 9 de diciembre de 2009, establece que deben incluirse los complementos vinculados a cumplimiento de objetivos o complementos funcionales. En el mismo sentido, la STSJ Baleares 19-9-96 señaló que la media hora de reducción se retribuye en la cuantía que corresponde al valor hora de la jornada que se está realizando, “pues el periodo de lactancia se reputa como tiempo de trabajo efectivo y ha de tener, por consiguiente, la misma consideración que el particular período de prestación de trabajo sobre el que opera”.

Concreción horaria y determinación del período de disfrute. El art. 37.6 ET establece que corresponde al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. Salvo fuerza mayor, el trabajador deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en la que se iniciará y finalizará el permiso. Esto supone libertad del trabajador para determinar en qué momento de su jornada puede hacer efectiva la ausencia o reducción de jornada, aunque indudablemente estará sujeto a la buena fe en el ejercicio del derecho para evitar situaciones abusivas.

2.2. El permiso para el cuidado del neonato hospitalizado

El art. 37.4 bis ET consagra un derecho especial a ausentarse del trabajo sin pérdida de retribución en los casos de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto. En este caso “la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora”. Es una alternativa, por lo tanto en el caso de que la madre no esté disfrutando del descanso por maternidad tendrán que llegar a un acuerdo²³.

La duración del permiso se extiende a todo el tiempo en que el menor esté hospitalizado, ya que el art. 37 ET no contiene ninguna limitación al respecto. La hora de ausencia es independiente de la duración de la jornada, luego no tiene reducción en caso de tiempo parcial.

Para el disfrute del permiso se remite a las reglas del 37.6 ET. Esto provoca un problema interpretativo, porque el 37.6 ET. primero dice que “la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y reducción de jornada (...) corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria”. Y, a continuación, habla de que los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria “de la reducción de jornada”. Entendemos, por tanto, que con respecto al permiso no cabe la fijación de estos criterios en los que se atiende a las necesidades productivas y organizativas de la empresa.

²¹ “Artículo 5: 1. Si una mujer lacta a su hijo, estará autorizada a interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios períodos cuya duración será determinada por la legislación nacional. 2. Las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales en los casos en que la cuestión esté regida por la legislación nacional o de conformidad con ella; en los casos en que la cuestión esté regida por contratos colectivos, las condiciones deberán reglamentarse por el contrato colectivo correspondiente.”

²² STS 9-12-09

²³ Hay que tener en cuenta que, en virtud del art. 48.4 ET “en los casos de parto prematuros con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos que reglamentariamente se desarrolle”.

Con el mismo motivo del cuidado del neonato el art. 37. 4 bis ET también reconoce a los padres el derecho a reducir su jornada en dos horas, con reducción de salario, en los términos que analizaremos más adelante.

3. LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES

El art. 37.5 ET establece el grueso de supuestos en que, por cuidados familiares que podremos llamar “ordinarios”, el trabajador podrá solicitar la reducción de su jornada con reducción proporcional del salario.

3.1. Supuestos y alcance subjetivo

Este derecho, reconocido en el art. 37.5 ET, supone la posibilidad de transformar temporalmente el contrato a tiempo completo en tiempo parcial, reduciendo la jornada y proporcionalmente el salario, pero conservando el derecho a volver a la jornada completa al cabo de un tiempo. Los motivos para generar el derecho a la reducción están tasados, distinguiendo entre la necesidad de cuidado de un menor o discapacitado, y la necesidad de atender a un familiar que no pueda valerse por sí mismo. En relación con la seguridad del trabajador es importante señalar que este derecho está configurado como un mínimo necesario; es decir, que puede ser mejorado individual y colectivamente, pero que nunca puede ser reformulado de manera que incorpore requisitos no exigidos por el ET²⁴.

La reducción está prevista en dos supuestos distintos. El primero es el de *reducción de jornada para cuidado de un menor de doce años²⁵ o persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe actividad retribuida*; en este caso, la persona trabajadora tendrá derecho a una reducción de su jornada diaria de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. El segundo supuesto es el de reducción para cuidado de familiares, para la persona que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

En ambos casos el titular del derecho es la persona que se haga cargo del cuidado del menor, discapacitado o familiar, independientemente de que sea hombre o mujer: el propio art. 37.5 ET establece que “Las reducciones de jornada contempladas en el presente apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”. A pesar de esta titularidad indistinta, en la práctica las estadísticas demuestran de forma abrumadora que es la mujer la que se hace cargo de estas situaciones y, por ende, la que solicita la reducción. Esto puede deberse en parte a una cuestión cultural en la asignación de roles dentro del hogar pero también a una razón económica: los salarios de las mujeres son más bajos que los de los hombres (brecha salarial), por lo que es lógico que las familias opten por reducir la jornada de la persona que tiene menos salario para perder menos ingresos.

3.2. La reducción de la retribución

Como regla general, la persona que ejercita el derecho sigue teniendo derecho a todas las retribuciones inherentes a su puesto de trabajo a jornada completa, que en su totalidad se re-

²⁴ SAN de 15-02-10, que declara nula una cláusula convencional, por imponer limitaciones al ejercicio del derecho que no estaban previstas en el art. 37.5 ET.

²⁵ La LOI aumentó la edad del menor de los seis años que se establecían originariamente a ocho y, posteriormente, el RD-ley 16/2013 la ha ampliado hasta doce años. De esta manera se equipara con el límite de edad que ya regía para la reducción en el caso de los empleados públicos (art. 48.1 EBEP). Vid. VELASCO PORTERO, M.T., en VV.AA., *Nociones básicas sobre igualdad en las relaciones laborales*, Madrid, Tecnos, 2009. pp. 143 y ss.

ducen en la misma proporción en que lo haga la jornada²⁶. Esto es así en el caso de los complementos salariales que se establecen por unidad de tiempo, que suelen ser la mayoría. Ahora bien, existen pronunciamientos judiciales sobre la no legitimidad de reducir algunos conceptos salariales desvinculados de la unidad de tiempo, tales como un plus de responsabilidad o un plus de puntualidad y asistencia²⁷. Tampoco se podría reducir la ayuda económica de comida²⁸, ni los días de asuntos propios y vacaciones, ya que la reducción de jornada solo repercute sobre el salario, sin alcanzar a los demás derechos²⁹. En cambio, el de jornada partida puede ser objeto de reducción proporcional³⁰. En todo caso, nuestros tribunales consideran que la reducción no puede suponer la eliminación de los complementos, ni siquiera en el caso de que se trate de alguno que retribuya una mayor flexibilidad horaria o disponibilidad, como en el supuesto de un “complemento de dedicación”³¹.

3.3 Concreción horaria

El ejercicio de este derecho plantea muy diversos problemas en relación con la concreción horaria, en parte previstos por la ley y en parte no, por lo que vienen siendo resueltos por los Tribunales. Hay que tener en cuenta que la reforma laboral de 2012 modificó el régimen jurídico de ejercicio del derecho, limitado las facultades del trabajador, puesto que a partir de ese momento se permite su subordinación a los criterios establecidos por representantes de los trabajadores y empresario en el convenio colectivo, para cuya fijación se dice que se tendrán en cuenta no solo el interés del menor (criterio prevalente hasta entonces) sino también las necesidades organizativas y productivas de la empresa.

Con respecto a la remisión que se hace de la regulación de estos temas a lo dispuesto en convenio colectivo hay que tener en cuenta asimismo que el art. 84.1 ET³² establece que “La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto de lo establecido en convenio sectorial, estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: (...) f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.”

Por tanto, la fijación de unos criterios en el convenio sectorial sobre ejercicio de derechos de conciliación no vincula al convenio de empresa, que podrá fijar unos criterios distintos. Se trata de una cuestión transversal que afecta a todos los casos de remisiones al convenio colectivo que veremos a continuación.

Dice asimismo el nuevo 37.6 ET que “La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria”. Esto ya se decía antes de la reforma, pero ahora se añade que “Los convenios colectivos podrán establecer, no obstante, criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario 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 de lactancia o la reducción de jornada.” No es una redacción muy acertada, porque la primera frase se refiere a la concreción en casos de “lactancia y reducción de jornada del 37.4 y 5” (lo que deja fuera sorprendentemente a la reducción del 37.4 bis ET por neonato hospitalizado), la segunda remite

²⁶ SAN de 26-10-2004.

²⁷ STSJ de Comunidad Valenciana de 20-09-2011 y STSJ de Madrid de 26-7-2012.

²⁸ STSJ de Madrid de 5-10-12.

²⁹ STSJ de Castilla y León de 11-02-10.

³⁰ STSJ Madrid 21-5-08.

³¹ STSJ de Madrid de 30-5-2005.

³² En la redacción dada por el RD-ley 3/2012.

al convenio pero solo menciona el tema de reducción de jornada, y la tercera frase, para regular la comunicación al empresario, se refiere a al permiso de lactancia y a la reducción de jornada en general (lo que incluiría también el caso de reducción para atención a neonato, que antes quedó fuera). Entendemos que en realidad el criterio es el mismo para todos los casos (lactancia y reducciones de jornada del 37.4 bis y 37.5 ET), en el sentido de que la concreción corresponde al trabajador pero que, no obstante, la negociación colectiva puede fijar criterios generales en todos estos supuestos, que tengan en cuenta no solo el interés del menor sino también las necesidades productivas y organizativas de las empresas.

Con esta previsión se limitó la libertad de concreción del trabajador, que hasta entonces debía ejercerla en interés prevalente del menor, y se introdujo expresamente que el convenio colectivo fije los criterios atendiendo de manera simultánea a las necesidades organizativas y productivas de la empresa. De todas formas, consideramos que si el convenio guarda silencio, sigue prevaleciendo el interés del menor sobre el organizativo.

Por otra parte, la negociación colectiva no está haciendo uso de esta posibilidad³³. El tema de la concreción horaria no se suele abordar en los convenios, salvo para repetir lo establecido en la ley³⁴, lo que en la práctica viene a dejar la situación como antes de la reforma.

Doctrina judicial sobre la concreción horaria

Siguiendo la literalidad del art. 37.6 ET, nuestros tribunales han tenido claro que la elección del horario que se reduce corresponde al trabajador³⁵ y solo excepcionalmente, cuando el derecho a elegir el horario entrase en colisión con el derecho de dirección y organización empresarial habría que acudir a las circunstancias concretas de cada caso, incluida la buena fe, para atribuir esa facultad a uno o a otro³⁶. En este contexto, en los supuestos de colisión, es el trabajador el que debe probar en qué consiste el interés del menor, ya que recae sobre el trabajador la prueba de las razones que legitiman su posición y su interés en el nuevo horario frente al propuesto por la potestad organizativa empresarial³⁷. Así por ejemplo, se denegó a una trabajadora la petición de realización de trabajo de lunes a viernes en lugar de turnos rotativos de lunes a domingo, por falta de concreción de circunstancia que en interés del menor motive el cambio de horario³⁸; lo mismo ocurrió en el caso de una trabajadora que pretendía una reducción de jornada los sábados, día en que no trabajaba su esposo y que además se daba la circunstancia de que era el de mayores ventas³⁹. También se consideró que primaban las circunstancias organizativas de la empresa en un caso en el que concurrían dos trabajadoras con el mismo derecho, que se resolvió privando a una de ellas de la facultad de elegir⁴⁰.

³³ En la línea que ya recogía MOLINA NAVARRETE, C., *Conciliación de la vida familiar y laboral*, (Guías de negociación), "No obstante, la mayoría de los convenios incluye un número reducido de aspectos relativos a la determinación de la jornada y a la distribución horaria, por lo que se deja un amplio margen de flexibilidad a otros ámbitos de negociación, como los pactos de empresa o la autonomía individual, lo que supondrá en la mayor parte de los casos un incremento de la discrecionalidad empresarial y una reducción del control individual.", p. 65.

³⁴ Solo algunos casos excepcionales se avanza algo más, como en el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y Organismos Autónomos dependientes de ésta, de 9 de octubre de 2013, cuyo art. 79 dice lo siguiente: Guarda legal: (...) "La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso [sic] previsto en este apartado corresponderá al empleado dentro de su jornada ordinaria. No obstante, la Administración podrá modificar la franja horaria solicitada cuando, por concurrir diversas solicitudes u otros motivos el servicio público pudiera verse afectado."

³⁵ STSJ País Vasco 5-12-95 y STSJ Comunidad Valenciana de 27-9-2007

³⁶ STS 16-6-95, STSJ Navarra 17-4-98, STSJ Madrid 8-2-99, STSJ Aragón 17-4-99 y STSJ Cataluña 6-9-99.

³⁷ STSJ de País Vasco de 18-2-2003.

³⁸ STSJ Madrid de 27-1-2009.

³⁹ SJS de Cáceres nº 2 de 30-1-2003.

⁴⁰ STSJ de Madrid de 4-10-96.

Probadas por el trabajador las razones, la ponderación debe hacerse teniendo en cuenta que en el caso de colisión de intereses priman los del hijo⁴¹. Es más, si la reducción se concede en horas no aptas o poco adecuadas para la finalidad de cuidado, los tribunales han considerado que se desnaturaliza el principio inspirador del derecho⁴². En resumen, se puede decir que en general las resoluciones judiciales suelen respetar la elección de horario del trabajador siempre y cuando éste pruebe que concurre la necesidad de ajustarse al horario solicitado, no se aprecie mala fe en la petición y la aceptación del horario solicitado no suponga un perjuicio organizativo grave para el empresario⁴³.

Siguiendo la SJS nº 3 de Pamplona de 10-10-12 podemos decir que la concreción no debe ser abusiva ni contraria a las exigencias de la buena fe, ni ser arbitraria, inusual o menos acomodada al fin del cuidado personal de los menores.

Todos estos criterios, que primaban la determinación por parte del trabajador y daban mucho peso al interés del menor, siguen siendo válidos actualmente, pero solo en el caso de que la negociación colectiva guarde silencio sobre el tema. La ley 3/2012 ha introducido en el art. 37.6 ET un añadido del siguiente tenor literal: “los convenios colectivos podrán 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 del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de la empresa”. Esto quiere decir que la concreción horaria, aunque en principio sigue correspondiendo unilateralmente al trabajador, está ahora determinada por lo que los convenios colectivos establezcan al respecto. Aunque esto supone un riesgo de que el convenio pueda vaciar en la práctica el derecho del trabajador a concretar el horario⁴⁴, ya hemos visto que por ahora nos convenios no están haciendo uso de esta facultad.

⁴¹ STSJ de Cataluña de 26-10-2000

⁴² STSJ de Madrid de 17-6-97

⁴³ Son muy interesantes a este respecto las reflexiones que hace el TS en STS 6119/2000 de 20-07-2000: “Pues bien, en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Por otra parte nada establece el precepto legal en orden a la concreción horaria de la reducción de jornada, ni si en tal actuación debe prevalecer el criterio o las necesidades concretas del trabajador o las organizativas de la empresa. Aparente laguna legal, posiblemente dejada de propósito, con el fin de que se compatibilicen los intereses del menor (y por tanto del padre o madre trabajadores), con las facultades empresariales de organización del trabajo. Es evidente que la forma de ejercicio del derecho por ambas partes puede ser determinante de que, en cada caso, proceda una u otra solución, según las circunstancias concurrentes. Tal acontece en los supuestos contemplados en las sentencias recurrida y de contraste. En la primera, resalta la Sala de duplicación que queda acreditada la buena fe de la trabajadora; que la empresa, por su dimensión, tiene fácil su sustitución, no existiendo problemas en cuanto a la organización del trabajo, de accederse a la petición de la actora. Igualmente se destaca que, tras la excedencia de la demandante a causa de maternidad, la empresa “no presenta ciertamente indicios de que su comportamiento denote un actuar conforme a las exigencias de la buena fe, tal y como exige el citado art. 20 del Estatuto de los Trabajadores”. Ante estos datos complementarios concluye la Sala que corresponde a la trabajadora la elección de turno y concreción horaria del modo más favorable a la protección de los dos hijos menores. En la sentencia de contraste la Sala de Navarra afirma que corresponde al trabajador, que tiene encomendada la guarda legal del menor, la facultad de elegir el horario adecuado para el cuidado del hijo menor y que, de entrar en colisión tal derecho con el de la empresa, habrá que acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso incluida la buena fe. Ante la ausencia de datos de hecho que pudieran modular la decisión, la Sala se inclinó por mantener la obligación del trabajador de seguir prestando el trabajo en los turnos que venía realizando. Existe por tanto una cierta coincidencia en los hechos. Pero en la recurrida hay tres datos que la separan de la de contraste: la probada buena fe de la trabajadora, que la sustitución no es problemática, extremo expresamente declarado. Y, finalmente, un principio de ausencia de buena fe de la empleadora. Estos datos diferenciales son suficientes para que hayan podido recaer soluciones diferentes, no existiendo por tanto doctrina que unificar.”

⁴⁴ POQUET CATALÁ, R., “Los nuevos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: la distribución horaria sin reducción de jornada”, *AL*, nº 21, 2012, p. 2085.

Concreción horaria y turno de trabajo

Dice el artículo 37 ET que la concreción corresponderá al trabajador “dentro de su jornada ordinaria”. Esto ya planteaba problemas cuando el nuevo horario que pretendía el trabajador suponía una alteración de su jornada ordinaria al pretender la acumulación en determinados días (lo que ya no es posible puesto que la ley 3/2012 ha dejado claro que la reducción debe ser de la jornada “diaria”), y los sigue planteando en los casos en que se pretenda un cambio en el régimen de turnos de trabajo.

Aunque jornada y horario son conceptos distintos, nuestros tribunales han venido admitiendo el derecho del trabajador a solicitar el cambio de turno en los casos en que se produce una reducción de jornada⁴⁵. La doctrina judicial entiende que la generalidad de los términos en que está redactado el art. 37.6 ET no autoriza a excluir cualquier posibilidad de que el ajuste de horario a la nueva duración de la jornada reducida pueda comportar un cambio en el régimen de turnos, o incluso establecerse un turno fijo. Solo si la empresa se opone a la concreción horaria propuesta habrá que ponderar casuísticamente todas las circunstancias concurrentes, debiendo resolverse el conflicto entre el derecho del trabajador a conciliar y el derecho de la empresa a la organización del trabajo a favor de aquél cuyo interés resulte prevalente para favorecer la efectividad de los derechos constitucionales en juego sin provocar ningún perjuicio trascendente a la actividad productiva de la empresa. En este sentido de la ponderación es clave la STC 3/2007, de 15 de enero, en la que se enjuiciaba el caso de una trabajadora de un centro comercial con una jornada de doble turno de lunes a sábado, que para poder conciliar la vida laboral y familiar solicitó a la empresa la reducción de la jornada, pero además que la jornada reducida en vez de prestarla de lunes a sábado se le acumulara de lunes a miércoles, y pasar de turnos rotatorios a turno fijo de mañana. El TC hace hincapié en que “La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, 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), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego.” Dado que en este caso la valoración de las circunstancias concretas no se realizó, el TC concluyó que el derecho fundamental de la trabajadora no fue tutelado: “La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo”.

Es definitiva, podemos decir que, a pesar de que el trabajador solicite al mismo tiempo la reducción de jornada y el cambio de turno, esto no supone aceptación automática del cambio, pero tampoco su rechazo. La doctrina judicial más reciente entiende que también en estos casos la ponderación exige tener presentes las exigencias de la buena fe, la interdicción del abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, de modo que se compatibilicen los intereses del menor y del trabajador con las facultades empresariales de organización del trabajo.

⁴⁵ A diferencia de lo que ocurre cuando este cambio se solicita sin acompañarlo de reducción, puesto que la doctrina es bastante uniforme en considerar que la modificación de horario de trabajo sin reducción de jornada laboral para atender el cuidado de hijos no viene recogida en el art. 37.6 ET sino en el art. 34.8, por lo que es algo que no corresponde establecerlo unilateralmente al trabajador, sino al convenio colectivo o al acuerdo con el empresario. (POQUET CATALÁ, R., *op. cit.*, p. 2085).

3.3. Preaviso

El antiguo art. 37 ET establecía que el trabajador debía preavisar al empresario con quince días de antelación a la fecha en que se iba a incorporar a su jornada ordinaria. El RD-ley 3/2012 amplió las exigencias al trabajador, de manera que ahora, salvo fuerza mayor, debe preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en la que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.

3.4. Simultaneidad de su ejercicio con otros derechos

La DA 1ª 7 del Decreto 295/2009 establece que la reducción por guarda legal es incompatible con el disfrute del descanso de maternidad o paternidad a tiempo parcial. No ocurre lo mismo con el permiso de lactancia; los Tribunales han considerado que el permiso de lactancia y la reducción de jornada por guarda legal son derechos distintos y acumulables⁴⁶ y que el hecho de tener una jornada inferior a la normal, bien porque se ha hecho uso de la reducción por guarda legal, bien porque se tiene un contrato a tiempo parcial, no permite que el empresario efectúe una reducción proporcional del derecho de lactancia⁴⁷.

4. REDUCCIONES DE JORNADA POR NECESIDADES EXCEPCIONALES DE CONCILIACIÓN

4.1. La reducción de jornada para el cuidado de neonato hospitalizado

Como vimos *supra*, en los casos de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a reducir su jornada hasta un máximo de dos horas, con reducción proporcional del salario. Hay autores que defienden que es una posibilidad acumulable al ejercicio del derecho a ausentarse por el mismo motivo, sin pérdida de retribución⁴⁸. En cambio otros entienden que se trata de dos posibilidades dentro del mismo derecho, de manera que la persona trabajadora debe elegir entre la ausencia durante la jornada durante un periodo máximo de una hora o bien la reducción de su jornada hasta un máximo de dos horas, en este caso con reducción de salario⁴⁹.

En todo caso, es la persona trabajadora la que debe concretar el horario y el periodo de disfrute, dentro de su jornada ordinaria. En este supuesto concreto, el art. 37.6 ET no remite a los criterios de la negociación colectiva.

4.2. La reducción de jornada para cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave

Gracias a la presión de las asociaciones de padres de niños afectados por cáncer, en diciembre de 2010 se introdujo este derecho en el texto del ET para solucionar el problema de la atención a estos menores, que necesitan de manera muy especial para su recuperación la presencia cercana de sus padres en todo el proceso. En realidad, lo importante no es el derecho a la reducción de jornada, que en muchos casos también podría solicitarla el trabajador a través de la vía de alegar la necesidad del cuidado directo de “persona con discapacidad física, psí-

⁴⁶ STSJ de Cataluña de 8-3-99, STSJ de la Comunidad Valenciana de 25-4-2002, STSJ de Cataluña de 18-3-2003.

⁴⁷ STSJ de Las Palmas de 20-2-2006.

⁴⁸ VV.AA., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 1043.

⁴⁹ GARCIA TESTAL, E., en GARCIA TESTAL y LÓPEZ BALAGUER, *Los derechos de conciliación...* op. cit. p. 58.

quica o sensorial⁵⁰, sino que el derecho a la reducción va acompañado del derecho a una prestación de seguridad social cuya finalidad es evitar que, en estos casos tan delicados, en que los gastos familiares se disparan, la familia pierda recursos económicos.

El art. 37.5 ET recoge ahora la posibilidad de reducir jornada con reducción proporcional del salario para el cuidado de menores a cargo afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas o carcinomas), o por cualquiera otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente. Se trata de una reducción más drástica que la ordinaria para el cuidado de menores o discapacitados (que debía ser como mínimo de un octavo y como máximo de la mitad), puesto que en este caso se debe reducir, al menos, la mitad de la jornada. En este caso, y eso es importante, no se dice que la reducción tenga que ser diaria, por lo que se admite la posibilidad de acumulación en jornadas completas.

El titular del derecho es el progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente del menor. La reducción de jornada la pueden pedir ambos progenitores, aunque 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 (art. 37.5 ET). Sin embargo, a la prestación de seguridad social solo puede acceder uno de los dos progenitores. La prestación se desarrolla por medio del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio y su duración se prolonga mientras se mantenga la jornada reducida hasta que el menor cumpla 18 años o bien deje de necesitar el cuidado.

Para su concreción horaria, rigen las nuevas reglas del 37.6 ET, de manera que corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria, aunque los convenios colectivos podrán establecer, no obstante, criterios para la reducción de la jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de la empresa. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de 15 días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que se iniciará y finalizará la reducción de jornada.

Podemos decir que existe mayor flexibilidad para el trabajador en el sentido de que tiene abierta la acumulación en jornadas completas, y también mayor seguridad que en otros supuestos de reducción porque se aumenta la seguridad económica por la vía de la prestación de seguridad social. Sin embargo, comparte con las otras reducciones las limitaciones a la seguridad en la conciliación derivadas de la posible subordinación a criterios organizativos por la vía del convenio colectivo.

4.3. La reducción de jornada de la víctima de violencia de género y víctimas de terrorismo

La LOIVG introdujo varias medidas de protección laboral para la víctima de violencia de género, con la finalidad de hacer frente a los problemas de horario que le plantea tanto su atención psicológica o física como la necesidad de protegerse del acoso que ejerce su agresor sobre ellas. En este sentido, el art. 37.7 ET reconoce a la trabajadora víctima de violencia de género el derecho a la reducción de jornada y el derecho a la reordenación del tiempo de trabajo. Es la trabajadora la que tiene que elegir alternativamente entre el ejercicio de uno u otro derecho, no permitiendo la norma un disfrute cumulativo de ambos, en el sentido, por ejemplo, de reducir primero el número de horas de trabajo, adaptando luego el tiempo restante de jornada a sus necesidades horarias. Una vez tomada la decisión de reducir la jornada, se producirá una es-

⁵⁰ Recordemos que los tribunales han interpretado de manera amplia esta expresión, incluyendo en la misma a la "persona que padezca cualquier tipo de dolencias o enfermedades médicamente constatada que alteren notoriamente su salud" (STSJ de Castilla y León de 16-01-92).

pecie de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con la particularidad de que dicha modificación no procede en esta ocasión de necesidades empresariales sino personales de la trabajadora, presentándose así como una modificación sustancial unilateral de la víctima, que podrá ser bilateral cuando las partes lleguen a un acuerdo sobre las condiciones de disfrute del derecho⁵¹.

La decisión de la trabajadora tiene que quedar suficientemente justificada en sus necesidades de protección o en su derecho a la asistencia social integral⁵². Una vez justificada la medida del acceso al derecho será independiente del tipo de contrato y de la jornada que tuviese la trabajadora antes de la agresión.

La Ley no fija límite temporal ni mínimo ni máximo de ejercicio de estos derechos por lo que la mujer podrá disfrutarlos mientras persista la causa que motivó su activación, salvo que decida renunciar a ellos o prefiera cambiar de derecho, siempre en este último caso que justifique la pertinencia del canje, en el sentido de demostrar que el derecho del que pretende disfrutar ahora atiende mejor a sus necesidades. Tampoco se fijan límites mínimos ni máximos al porcentaje de jornada que puede reducirse.

Dado que la reducción de jornada va acompañada de una reducción proporcional de salario, es más probable que las víctimas de violencia de género no se acojan a este derecho, sino que opten por otra posibilidad que les reconozca la ley, que es la de pedir la suspensión de su contrato, en cuyo caso tienen derecho a una prestación de seguridad social que les permite garantizar su estabilidad económica⁵³.

En los mismos términos se regula la reducción de jornada en el caso de víctimas del terrorismo, después de que el art. 33 de la ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas de terrorismo (modificado a su vez por la ley 3/2012) estableciese que “Las personas que hayan sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista, su cónyuge o persona que haya convivido con análoga relación de afectividad durante al menos dos años anteriores y los hijos, tanto de los heridos como de los fallecidos, previo reconocimiento del Ministerio del Interior o de sentencia judicial firme, tendrán derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reordenación de su tiempo de trabajo y a la movilidad geográfica.” La ley 3/2012 reformó el art. 37.7 ET para recoger expresamente este derecho, de manera que actualmente las víctimas de terrorismo tienen derecho a la reducción de jornada en los mismos términos que las víctimas de violencia de género. Por tanto, nos remitimos a las consideraciones hechas supra con respecto al régimen jurídico de ejercicio del derecho por parte de éstas.

5. MEDIDAS ADICIONALES QUE GARANTIZAN LA SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES QUE EJERCEN ESTOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

En los apartados anteriores hemos hablado de distintos aspectos de la flexiseguridad en la regulación de estos derechos, centrándonos fundamentalmente en la adaptación a las necesidades de la persona trabajadora y las cambiantes necesidades organizativas de la empresa, así como en el importante tema de la seguridad económica. Sin embargo, hay otras medidas importantes que inciden en la seguridad del trabajador, y que podemos analizar de manera conjunta. Nos referimos a la especial protección frente al despido que tienen los trabajadores que ejercen estos derechos (que tiene que ver con la job security), la protección en materia de se-

⁵¹ En este sentido, I. GARCÍA NINET, “Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral...(II)”, *Tribuna Social*, nº 171, p. 6; M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, La dimensión laboral de la violencia de género, Albacete, Bomarzo, 2005, p. 47.

⁵² Recuérdese que la que requiere la protección o la que recibe la asistencia social tiene que ser la propia trabajadora, sin que baste con la que pueda recibir un miembro de la unidad familiar por mucho que esté a su cargo.

⁵³ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y VELASCO PORTERO, M.T., *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Madrid, CINCA, 2006, pp. 107 y ss.

guridad social (que les va a garantizar un nivel de renta adecuada para el presente y también que no lo pierdan para el futuro), así como el reconocimiento de un procedimiento laboral especial para el ejercicio de estos derechos.

5.1. Protección frente al despido

La extinción del contrato por el ejercicio de estos derechos es un acto discriminatorio, lo que tiene como consecuencia su nulidad. Siendo esto así con carácter general, nuestro ET establece una protección especial para las personas que ejercen los derechos de conciliación de vida personal, familiar y laboral, de manera que las exime de aportar indicios de la discriminación⁵⁴.

En concreto, se considera nula, cuando no sea procedente, tanto la decisión extintiva por causas objetivas como el despido disciplinario de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando del permiso por lactancia, permiso o reducción de jornada por hospitalización de neonato o reducción de jornada por cuidado de un menor de 12 años o una persona con discapacidad o un familiar, así como la reducción de jornada para el cuidado de menor afectado por cáncer o enfermedad y la reducción de jornada de la víctima de violencia de género (entendemos que también las víctimas de terrorismo). Así lo establece el art. 55.5.b) ET con respecto al despido disciplinario y el 53.4.b) con respecto a la extinción por circunstancias objetivas.

Está prohibido no solamente notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo durante el período de protección establecido, sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión dirigidas, por ejemplo, a su sustitución desde el momento en que tiene conocimiento de su embarazo, para hacerlo efectivo una vez superado el período de protección⁵⁵.

En concreto, se ha declarado nula la extinción de contrato derivada de la inclusión en un ERE de un trabajador con jornada reducida por guarda legal⁵⁶, así como el despido de una trabajadora por tener lugar dentro del periodo del permiso de lactancia, aunque al encadenarse una situación de IT por maternidad con un periodo vacacional y otro periodo de IT por enfermedad común no había podido solicitarlo⁵⁷. Igualmente se declaró la nulidad del despido de una trabajadora efectuado el mismo día de su reincorporación tras la maternidad⁵⁸. En estos casos, además, no cabe que la empresa reconozca la improcedencia del despido⁵⁹.

5.2. Cálculo de indemnizaciones en los supuestos de jornada reducida del art. 37, apartados 4 bis, 5 y 7 ET

Según la DA 18^a del ET, en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el art. 37, apartados 4 bis, 5 y 7 el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de indemnizaciones previstas en el propio ET será “el que hubiese correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción”. Esto afecta tanto a las indemnizaciones por traslado como por modificación sustancial de condiciones, muerte jubilación o incapacidad del empresario, la extinción por voluntad del trabajador del art. 50.2 ET, las de despido colectivo y las de extinción por circunstancias objetivas cuando fuese declarado procedente. No afectará a las de despido disciplinario, ya que en estos casos no es posible su declaración de improcedencia, solo la de procedencia o nulidad.

⁵⁴ La protección del trabajador en este sentido comienza incluso en la etapa previa al contrato, como ha puesto de relieve SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *El Precontrato de trabajo. Régimen jurídico*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, p. 48.

⁵⁵ STJCE de 11-10-07.

⁵⁶ STSJ de Cataluña de 23-9-10.

⁵⁷ STSJ de Madrid de 5-4-05, STSJ de Cantabria de 22-2-06.

⁵⁸ STSJ de Cataluña de 16-3-07.

⁵⁹ STSJ de Madrid de 23-1-07.

Es discutible si afectará o no a los salarios de tramitación, aunque en nuestra opinión no es así porque estos hacen referencia a “los salarios dejados de percibir”, y estos son reducidos⁶⁰.

5.3. Medidas de protección en materia de seguridad social

La protección social de estos trabajadores tiene peculiaridades con respecto a aquellos trabajadores cuyo contrato a tiempo parcial no derive de una reducción de jornada por estos motivos. Estas peculiaridades afectan a varias cuestiones.

a) En materia de prestaciones. En este sentido, el art. 211.5 LGSS establece que en los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4.bis, 5 y 7 del Art. 37 del ET si el trabajador pasa a la situación de desempleo, para el cálculo de la base reguladora 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, y las cuantías máxima y mínima se determinan teniendo en cuenta el IPREM en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada. Por otra parte, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad causadas a partir del 24-3-2007 o transcurridas a partir entonces, las cotizaciones realizadas durante los 2 primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor se computan incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo. Dicho incremento viene exclusivamente referido al primer año para el supuesto de reducción de jornada por guarda legal de una persona con discapacidad o por cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, que por edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo⁶¹.

b) En materia de cotización. La cotización de los trabajadores que realicen una jornada reducida con disminución proporcional de sus retribuciones, se efectúa en función de las retribuciones que perciban 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. Sin embargo, el art. 21 OM TAS/2865/2003 establece que los trabajadores que reduzcan su jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o retribución, al amparo del artículo 37.4 bis, 5 y 7 del ET podrán suscribir una modalidad privilegiada de convenio especial a fin de mantener las bases de cotización en las cuantías por las que venían cotizando con anterioridad a la reducción de la jornada. La cotización a completar en esta modalidad de convenio especial será la correspondiente a las situaciones y contingencias de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común o accidente no laboral⁶².

⁶⁰ LÓPEZ BALAGUER en GARCÍA TESTAL Y LÓPEZ BALAGUER, *op. cit.*, p. 139.

⁶¹ LGSS art.180.3; RD 2064/1995 art.66; RD 295/2009 disp. trans. 2ª; OM ESS/56/2013 art. 43.

⁶² Art. 21 OM TAS/2865/2003 : “Los trabajadores por cuenta ajena o asimilados que reduzcan su jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o retribución, al amparo del artículo 37.4 bis, 5 y 7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o de los artículos 48.1.g) y h) y 49.d) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, podrán suscribir la modalidad de convenio especial que se regula en este artículo, a fin de mantener las bases de cotización en las cuantías por las que venían cotizando con anterioridad a la reducción de la jornada.

2. No procederá la suscripción de este convenio especial durante los periodos de reducción de jornada en los que las cotizaciones se computen incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si la jornada de trabajo se hubiera mantenido sin dicha reducción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 180.3 y 4 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

3. La base mensual de cotización en este convenio especial estará constituida por la diferencia entre las bases correspondientes a la reducción de jornada y la de cualesquiera de las bases elegida por el interesado de entre las señaladas en el artículo 6.2.1 de esta orden, pero referido el cómputo previsto en sus párrafos a) y b), respectivamente, a los 24 o a los 12 meses anteriores al inicio de la situación de jornada reducida o, en su caso, a la fecha en que se extinguiera la obligación de cotizar.”

5.4. El procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación: el art.139 LRJS⁶³

Se trata de un procedimiento especial, urgente, sumario y de tramitación preferente para resolver las discrepancias entre empresario y trabajador respecto al ejercicio de los derechos de conciliación, y por tanto aplicable en los supuestos aquí analizados. El procedimiento finaliza mediante sentencia firme sin posibilidad de interponer recurso de suplicación⁶⁴ salvo cuando se acumule la pretensión de resarcimiento de perjuicios.

Siendo sin duda este procedimiento especial el adecuado para accionar en relación con la reducción de jornada de los artículos 37.5 y 6 ET, ha habido cierta discrepancia sobre si debe serlo también para resolver los casos de discrepancia en el cambio de turno de trabajo. Aunque las STS del 13 y 18 de junio de 2008⁶⁵, analizando sendas solicitudes de adecuación de jornada y horario en las que no se postulaba reducción alguna en la jornada de los demandantes, llegaron a la conclusión de que cabía la utilización del proceso ordinario y no la modalidad especial prevista entonces en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, el TS ha cambiado recientemente de criterio.

La STS de 16-9-2013⁶⁶ considera que, tras la entrada en vigor de la LOI y más recientemente de la LRJS, no cabe duda de que el procedimiento especial que regula "será aplicable igualmente al ejercicio de los derechos de la trabajadora víctima de violencia de género establecidos en la ley, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa", y que el cambio de turno entra dentro de estos supuestos. Por tanto, será de aplicación el proceso especial y no cabe recurso de suplicación.

⁶³ Artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social:

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

a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social. En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador.

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

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

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

⁶⁴ STS de 5 de noviembre de 2003.

⁶⁵ En decisión reiterada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4^a de lo Social) de 24 de Abril de 2012, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 3090/2011.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4^a de lo Social) de 16 de Septiembre de 2013, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 2326/2012.

6. CONCLUSIONES: VISIÓN CRÍTICA DE LA AMPLIA GARANTÍA DEL TRABAJADOR QUE CONCILIA POR LA VÍA DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA

De la exposición del amplio abanico de garantías previsto por nuestro ordenamiento en el caso de que la persona trabajadora opte por conciliar sus necesidades familiares y laborales acudiendo a la figura de la reducción de jornada, queda patente la especial atención y protección que presta el legislador a esta figura. El ajuste a las necesidades de conciliación es flexible, porque se toman en consideración muy diversas situaciones, prácticamente todas las eventualidades familiares están incluidas y previstas. Por otra parte, están garantizadas tanto la seguridad en el trabajo como la seguridad de renta, con las medidas relativas a la nulidad del despido y el mantenimiento de la retribución en algunos casos y el acceso a prestaciones en varios otros, así como el mantenimiento de determinados complementos. El único punto débil está en el tema de la seguridad en el empleo, puesto que no se prevé expresamente el mantenimiento de los derechos a la formación de la persona trabajadora. En este sentido tan sólo tenemos la genérica previsión del art. 23.2 ET, relativo a la promoción y formación profesional en el trabajo, de que “En la negociación colectiva se pactarán los términos de ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores de uno y otro sexo”⁶⁷. Se echa de menos alguna previsión legal más específica, que garantice este punto que el que queda menos afianzado.

Sin embargo, estas amplias facilidades para la persona trabajadora que opte por conciliar bajo la fórmula de la reducción de jornada, en un contexto en el que otros derechos como el de la flexibilidad horaria están sujetos a mayor discrecionalidad por parte del empresario, han sido objeto de críticas. Se aduce que el sistema está fomentando que se acuda a la vía de la reducción, y que esto es criticable desde una perspectiva de género.

Es cierto que en la mayoría de los casos son las mujeres las que acuden a la reducción, y que esto supone un sacrificio en sus posibilidades de promoción profesional, perpetuando el rol de la mujer como cuidadora. En este sentido, la previsión introducida por la ley 35/ 2010 en la redacción del art. 24.2 ET respecto a que “los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación” no supone una garantía convincente para las trabajadoras que opten por reducir su tiempo de permanencia en el puesto de trabajo.

Ahora bien, consideramos que la solución a este problema no debe pasar por hacer menos atractiva la reducción, sino por la extensión a los otros derechos de las garantías de las que disfruta este, así como por el fomento de su ejercicio por parte de los varones.

⁶⁷ Sobre el particular, *vid.* KAHALE CARRILLO, D.T., “Medidas para promover la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *La reforma laboral de 2010, Estudio de la ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo*, Aranzadi, 2010, p. 869 y ss.