

LA TUTELA JUDICIAL DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

(Valoración crítica de la modalidad procesal especial de derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal)

RODRIGO TASCÓN LÓPEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de León*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, don Francisco Javier AIBAR BERNAD, don Joaquín GARCÍA MURCIA, doña Beatriz LOSADA CRESPO, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don José Antonio PANIZO ROBLES. Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

Como bien es sabido, la conciliación de la vida personal, laboral y familiar ha experimentado un notable ensanchamiento de sus límites sustantivos en los últimos tiempos. La Ley de Procedimiento Laboral (LPL) reserva un cauce procesal específico (condensado en el art. 138 bis LPL) a aquellas pretensiones dirigidas a reclamar el disfrute, ya no sólo de la lactancia o la reducción de jornada, sino de alguno cualesquiera de los muchos derechos de conciliación, tras la importante ampliación objetiva operada por la disposición adicional 11.ª de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva. Los recientes cambios legislativos (rematados de forma significativa por la Ley 13/2009, de reforma procesal), así como sus propias particularidades estructurales, hacen necesario un estudio en profundidad de esta modalidad procesal, que trata de acometerse a lo largo del presente trabajo.

Palabras clave: conciliación de la vida personal, laboral y familiar, modalidades procesales especiales y proceso laboral.

THE JUDICIAL PROTECTION OF THE CONCILIATION OF THE PERSONAL, FAMILIAR AND LABOR LIFE

(Critical valuation of the procedural special modality of rights of conciliation of the labor, familiar and personal life)

RODRIGO TASCÓN LÓPEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de León*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, don Francisco Javier AIBAR BERNAD, don Joaquín GARCÍA MURCIA, doña Beatriz LOSADA CRESPO, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don José Antonio PANIZO ROBLES. Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Abstract:

THE conciliation of the personal, labor and familiar life has been increased in the last times. The Labour Procedural Law (LPL) reserves a procedural specific way (in the art. 138 bis LPL) to those pretensions directed to claiming the enjoyment of someone any of many rights of conciliation, after the important objective extension produced for additional provision 11.^a Organic Law 3/2007, of Effective Equality. The recent legislative changes (finished off of significant form for the Law 13/2009, of procedural reform), as well as his own structural particularities, make a study necessary in depth of this procedural modality, which tries to be attacked along the present article.

Keywords: conciliation of the personal, labor and familiar life, procedural special modalities and labor process.

Sumario

- I. La formación por aluvión de un proceso especial dirigido a la tutela de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.
- II. El objeto del proceso.
 1. Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente.
 2. Otros posibles cauces de tutela de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar.
 3. Sobre la necesidad de seguir inexcusablemente esta vía procesal.
- III. Las partes del proceso (o sobre la ausencia de autotutela de los derechos de conciliación).
- IV. El (no exigible) intento de solución extrajudicial previo ¿realidad social?
- V. La demanda.
 1. Plazo de ejercicio de la acción.
 2. Requisitos de la demanda.
 3. La prohibición de acumulación de la acción a ninguna otra.
 4. Eventual adopción de medidas cautelares.
- VI. Otras especialidades en la tramitación del proceso.
 1. Preferencia y urgencia en la tramitación (habilidad del mes de agosto).
 2. Dinámica del procedimiento: actos de conciliación y juicio (peculiaridades en materia de prueba).
- VII. La sentencia: plazo y posibles pronunciamientos.
- VIII. La irrecurribilidad de la sentencia.
- IX. La ejecución de la sentencia: un problema clásico, las obligaciones de hacer y no-hacer.

I. LA FORMACIÓN POR ALUVIÓN DE UN PROCESO ESPECIAL DIRIGIDO A LA TUTELA DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, LABORAL Y FAMILIAR

Resulta una verdad jurídica evidente que el Derecho sustantivo ha de verse acompañado de aquellos cauces procesales apropiados para que los titulares de derechos subjetivos puedan reaccionar frente a la inobservancia de sus posiciones a través del ejercicio de una acción procesal encaminada al reconocimiento de su derecho y, a la postre, a la consecución de su efectividad en el mundo físico; como aseverara el clásico «un derecho vale tanto como las vías de tutela destinadas a garantizarlo»¹.

Tal afirmación resulta especialmente cierta en el ámbito laboral², pues, como tiempo ha, explicara de forma concluyente el Tribunal Constitucional [en una declaración que resulta especialmente apropiado recordar en el inicio de un estudio sobre la modalidad procesal especial de tutela de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar], «a la finalidad tuitiva del Derecho del Trabajo, entendido como ordenamiento compensador e igualador, sirven no sólo las normas sustantivas, sino también las procesales, porque superando tendencias que creían que el Derecho Procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del Derecho sustantivo, resulta patente que ambos son realidades inescindibles, actuando aquél como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines pretendidos por éste»³.

¹ GUASP, J.: *La pretensión procesal*, Madrid (Civitas), 1993, págs. 13 y ss.

² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: *Derecho del Trabajo y proceso*, Murcia, 1972, págs. 2 y ss.; OJEDA AVILÉS, A.: «Sobre el libre arbitrio judicial en los procesos de trabajo», *RPS*, núm. 92, 1971, págs. 59 y ss. o APARICIO TOVAR, J. y RENTERO JOVER, J.: «El juez laboral, imparcial pero no neutral», *RDS*, núm. 4, 1998, pág. 55.

³ STCo 3/1983, de 25 de enero.

Desde semejante perspectiva, las normas (sustantivas y procesales) de ámbito laboral constituyen un «verdadero enclave normativo»⁴ en el cual lo material y lo adjetivo confluyen y –muchas veces– se confunden en un «todo unitario» para tratar de garantizar la efectividad de los derechos laborales con tal intensidad que tan sólo una apreciación conjunta entre ambos aspectos las hace «virtualmente inteligibles»⁵.

Tal es el motivo que ha determinado la aparición –como proceso especial respecto al civil ordinario primero, y como verdadero orden jurisdiccional autónomo después–⁶ de un conjunto de órganos especializados a quienes ha quedado encomendado el conocimiento exclusivo de las pretensiones promovidas dentro de la «rama social» del ordenamiento⁷.

Por tal circunstancia, no puede extrañar que cualquier modificación de cierto calado practicada en el Derecho material haya llevado aparejada, como por «aluvión»⁸, la correlativa actualización «armónica» del Derecho Procesal del Trabajo⁹. Esto es lo que ha ocurrido en los últimos tiempos (aun cuando el presente trabajo dude del pleno acierto en su realización) con la ahora llamada modalidad procesal especial de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Tan intrincada conexión sirve como réplica incontestable a cualquier intento que pretendiera sustraer del Derecho del Trabajo la materia rituarial para residenciarla en el Derecho Procesal General¹⁰; al tiempo, muestra a las claras una característica a modo de verdadero estandarte del ordenamiento social: el intento decidido por lograr, mediante la instrumentación de cuantos medios sean necesarios, el efectivo cumplimiento de sus mandatos.

En el desarrollo de tal cometido, la articulación de un orden social de la jurisdicción es, quizá, su manifestación más evidente junto con la articulación paralela de una Administración Laboral –cuya figura más visible y tradicional sería la Inspección de Trabajo y Seguridad Social–, llamada específicamente a la fiscalización (y sanción –y en materia de igualdad y conciliación sus normas se han endurecido notablemente en los últimos tiempos y su materialización, cuando proceda, ha de

⁴ Gráfica expresión utilizada por CASAS BAAMONDE, M.ª E.; BAYLOS GRAU, A. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «La legislación laboral diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas», *RL*, núm. 6, 1990, pág. 26.

⁵ Tal y como lo entiende VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Algunas claves de la reforma procesal laboral», *AL*, núm. 37, 1990, págs. 440-443.

⁶ «Desde que la Ley de 19 de mayo de 1908 autorizara la creación de los Tribunales Industriales, los conflictos de trabajo se han sustanciado con arreglo a unas reglas procedimentales propias que, con el transcurrir del tiempo, han originado un orden jurisdiccional especializado y una legislación procesal aplicable en dicho orden», ALONSO OLEA, M.: «Sobre la Historia de los Procesos de Trabajo», *RT*, núm. 15, 1966, pág. 1 o MONTERO AROCA, J.: «Notas sobre la Historia de la Jurisdicción de Trabajo», *RT*, núm. 43, 1973, págs. 69 y ss. y *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938). Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, Valencia, 1976, págs. 17 y ss.

⁷ MONTOYA MELGAR, A.: «Los procesos laborales y el sistema de Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 38, 1989, pág. 220.

⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La Ley de Bases de Procedimiento Laboral. Aspectos más sobresalientes de una reforma procesal anunciada», en CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Madrid, 1990, pág. 130.

⁹ RÍOS SALMERÓN, B.: «Aspectos procesales de la reforma laboral de 1994», *RL*, núm. 24, 1994, pág. 13.

¹⁰ Conforme razonan, entre otros, CRUZ VILLALÓN, J.: «Constitución y Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 38, 1989, pág. 211 o GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid, 1994, págs. 15 y ss.

suponer un complemento indispensable a la tutela judicial alcanzada a través de la modalidad procesal objeto del presente estudio—)¹¹ de sus incumplimientos¹².

En cualquier caso, la historia del proceso laboral puede ser resumida como «la Historia de la invención y descubrimiento de garantías jurisdiccionales efectivas para los derechos de los trabajadores»¹³. En la búsqueda de éste su verdadero Santo Grial, a lo largo del tiempo se ha observado la conveniencia (puesta en duda en un principio por la más rancia tradición)¹⁴ de ir creando una serie de modalidades procesales (verdaderos procesos especiales)¹⁵ para atender en la tramitación procesal la singularidad de determinadas materias litigiosas que hacían conveniente su diversificación del proceso ordinario.

Como es obvio, a medida que el Derecho del Trabajo iba ganando en complejidad y autonomía (borrando los últimos rastros de dependencia sobre el Derecho Civil y afianzando su legitimación, constitucional y científica)¹⁶, se acentúa la tendencia a establecer un número cada vez mayor de modalidades procesales especiales «por razón de la materia», en tanto su fundamento reside en el contenido litigioso de la pretensión ejercitada¹⁷.

En consecuencia, el establecimiento de estos procesos especiales por razón de su objeto fuerzan a que, a partir de su establecimiento, cualquier pretensión que verse sobre su espectro competencial haya de ser tramitada conforme a las normas (peculiares) establecidas oportunamente en su correspondiente lugar de la LPL (y ello sin perjuicio de la supletoriedad del proceso común, ex art. 102 LPL)¹⁸, so pena de incurrir en error de procedimiento capaz de determinar la nulidad de lo

¹¹ LÓPEZ PARADA, R.: «Comentario al artículo 138 bis LPL», en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid (La Ley), 2006, pág. 1.028.

¹² Por todos, ROJAS RIVERO, G.P.: *El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo*, Madrid (Civitas), 1994, págs. 23-27.

¹³ MARTÍN VALVERDE, A.: «Jurisdicción social y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, 1994, pág. 85 y RIVERO LAMAS, J.: «Aplicación del Derecho del Trabajo y tutela jurisdiccional», en AA.VV.: *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 1991, pág. 474.

¹⁴ Al haber sido creado el proceso social como una especialidad dentro del proceso civil, no falta quien entendié, en un primer momento, y en una concepción ciertamente superada, que establecer modalidades especiales en el seno del proceso social (especialísimas, al ser el resultado de una especialidad de la especialidad), no dejaba de ser un exceso del legislador. MONTERO AROCA, J.: *El proceso social*, Barcelona (Bosch), 1982, págs. 82 y ss.

¹⁵ Tras la reforma laboral del año 1994 se incorporó a la rúbrica del Título II del Libro II de la LPL la denominación «modalidades procesales especiales», frente a la existente hasta ese momento de «procesos especiales», común hasta ese momento no sólo en las normas rituarías laborales sino también en las civiles. El cambio de *nomen iuris* parece que tiene una escasa relevancia jurídica y, en el fondo, ambas expresiones pueden ser usadas como sinónimas, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La Ley de Bases de Procedimiento Laboral», *TL*, núm. 15, 1989, págs. 34 y ss.

¹⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: «Jurisdicción de trabajo y sistema constitucional», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo; Estudios ofrecidos al Profesor Alonso Olea*, Madrid (MTSS), 1990, págs. 43 y ss.

¹⁷ ALONSO OLEA, M. y MIÑAMBRES PUIG, C.: *Derecho Procesal del Trabajo*, Madrid (Civitas), 1995, págs. 203 y ss.

¹⁸ De hecho, el artículo 102 de la LPL remite al proceso laboral ordinario en todo lo «no expresamente previsto» en cada una de las modalidades procesales especiales. Dicha relación de supletoriedad cobra especial importancia si se tiene en cuenta que la regulación de muchas de tales modalidades especiales es ciertamente escueta, contemplando tan sólo algunas particularidades, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La Ley de Bases de Procedimiento Laboral. Aspectos más sobresalientes de una reforma procesal anunciada», cit., págs. 34 y ss.

actuado¹⁹, pudiendo el órgano judicial, en cuanto se trata de una cuestión de orden público procesal, revisar de oficio su propia competencia²⁰.

Desde luego, cuando una materia laboral llega a presentar una importancia significativa en la realidad práctica de las empresas y en la actuación concreta de pretensiones en el foro de los tribunales, y a ello se une un grado de complejidad técnica que hace ciertamente singular la reclamación de cualesquiera derechos subjetivos en ese ámbito, parece que se hace necesario dotar a la cuestión de un cauce procesal específico que mejore la eficiencia de cuantas reclamaciones hayan de efectuarse²¹.

Así ha ocurrido en los últimos años con la materia relativa a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal de las personas trabajadoras, que ha adquirido en su vertiente sustantiva tanto una dimensión práctica como una complejidad técnica muy notables, si bien la historia de la modalidad procesal regulada en el artículo 138 bis de la LPL no deja de ser igual de cambiante y significativa.

En efecto, la conciliación de la vida laboral y familiar, como herramienta de primer orden que permite hacer «real y efectivo» el macro principio-derecho fundamental de igualdad por razón de sexo²² y que tiende a la consecución del principio rector de protección a la familia contenido en el artículo 39 de la CE²³, ha ganado notable importancia y complejidad técnico-jurídica en los últimos años.

Larga ha sido la evolución desde la ya lejana Ley 31/1999, para promover la Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la cual supuso un primer esbozo (ambicioso en los principios y pacato en las medidas) en el intento por sistematizar un conjunto ordenado de medidas dirigidas a facilitar el logro de un objetivo social tan importante²⁴.

¹⁹ Si bien cierta jurisprudencia, de manera excepcional, ha validado las actuaciones llevadas a cabo con manifiesto error de procedimiento por no haber seguido la modalidad procesal apropiada, y ello con fundamento en los criterios de economía procesal y antiformalismo, siempre y cuando cupiera apreciar el acierto final de la resolución impugnada y no se hubiera producido indefensión, SSTS 13 julio 1993 (RJ 1993/5673) y 11 junio 1997 (RJ 1997/5393). Para un supuesto específico vinculado a la modalidad procesal recogida en el artículo 138 bis de la LPL, STSJ Castilla-La Mancha 16 marzo 2006 (AS 2006/922).

²⁰ STS 5 noviembre 2003 (RJ 2004/458) o SSTSJ Comunidad Valenciana 25 abril 2003 (AS 2003/1125) o Andalucía/Sevilla 24 junio 2003 (AS 2003/1230).

²¹ Por buscar ejemplos justificativos en otros dos trabajos que han estudiado modalidades procesales especiales, DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales y movilidad geográfica*, Pamplona (Aranzadi), 2001, págs. 17 y ss. o GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: *El proceso especial de Seguridad Social*, Madrid (Edersa), 1999, págs. 13 y ss.

²² «La conciliación de la vida laboral y familiar... aún de construcción lenta y trabajosa... constituye una herramienta imprescindible para conseguir un verdadero derecho antidiscriminatorio y tutelar más efectivamente la igualdad de trabajadoras y trabajadores», CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M.^a T.: «La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, Madrid (CGPJ), 2007, pág. 19 o AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario, 2007, págs. 69 y ss.

²³ En este sentido, SSTS 11 diciembre 2002 (RJ 2003/1956) y 6 abril 2004 (RJ 2004/5909).

²⁴ MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y Trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia (Laborum), 2001, págs. 52 y ss.

Los últimos frutos de tal evolución, encarnados en la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres, han tratado de incorporar al Derecho Patrio aquella perspectiva de transversalidad (*mainstreaming*), y no consisten simplemente en un ensanchamiento notable de estos derechos de conciliación (algo necesario y de cuyas bondades no dudan ni siquiera las empresas llamadas a soportarlas²⁵), sino también en un cambio cualitativo, que guarda relación con la evolución sociológica que ha de vivir una sociedad plenamente democrática²⁶.

Conforme al nuevo paradigma (apreciable ya en normas comunitarias tales como la Directiva 96/34/CE, sobre permiso parental o la Directiva 2002/73/CE, de modificación de la Directiva 76/2007/CE, de Igualdad de Trato)²⁷, la conciliación no va tanto (o, al menos, no va sólo) destinada a proteger a la mujer trabajadora, considerándola como parte débil del mundo laboral como resultante de un conjunto de factores sociológicos en los que la «doble carga»²⁸ –profesional y doméstica–²⁹ termina por cercenar su carrera profesional y, en contrapartida, le son asignados un extenso conjunto de medidas y facultades, que acaso pudieran terminar por volverse como un *boomerang* frente a ella ante el rechazo empresarial por contratar a quien se ve arropada por un conjunto tan contundente de derechos³⁰.

Antes al contrario, la perspectiva por la que apuesta la nueva legislación viene dada por componer un panorama nuevo y distinto, capaz de modificar la concepción androcéntrica originaria del Derecho del Trabajo³¹, en el cual se trate de lograr una corresponsabilidad plena entre varones y mujeres en la atención de las tareas familiares, consiguiendo así, correlativamente, un reparto equilibrado de los evidentes sacrificios laborales que tal atención comporta, lo cual redundará en una participación más plena de las mujeres en el ámbito laboral.

Esto implica que, si bien ciertos derechos de conciliación han de quedar por fuerza reservados para el disfrute de la mujer (un ejemplo señero, las seis semanas de descanso posteriores al parto), resulta necesario también ampliar significativamente las prerrogativas correspondientes al varón (y a tal fin pretende contribuir el todavía parco permiso de paternidad) para conseguir su implicación

²⁵ Es obvio que la empresa, desde criterios de responsabilidad social, encuentra en las medidas de conciliación un instrumento capaz de mejorar la productividad de sus empleados y retener el talento formado. A tal efecto, el horario flexible, y los servicios de guardería y atención de personas dependientes parecen ser las que mejor se adaptan a las necesidades actuales de los trabajadores, CABALLERO BELLIDO, M.: *Políticas empresariales de conciliación de vida familiar y laboral: buenas prácticas*, Madrid (Infópolis), 2000, págs. 34 y ss.

²⁶ MOLINA PUMARIEGA, R.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, Madrid (CES), 2004, pág. 11.

²⁷ Al respecto, CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «De la igualdad de retribuciones por razón de sexo a la eliminación de las discriminaciones: el nuevo Derecho Antidiscriminatorio», *RL*, núms. 23/24, 2002, págs. 1 y ss. o DE LA VILLA GIL, L.E. y LÓPEZ CUMBRE, L.: «Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE, sobre permiso parental», *RMTAS*, núm. extraordinario, 1999, págs. 41 y ss.

²⁸ PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J.: «Jornada y conciliación en el trabajo», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, Madrid (CGPJ), 2007, pág. 163.

²⁹ Como se ha indicado gráficamente, «las mujeres han entrado en la esfera productiva sin abandonar la esfera reproductiva», TORTUERO PLAZA, J.L.: «Conciliación, género y empleo», *RMTAS*, núm. 14, 2006, págs. 134 y ss.

³⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Madrid (MTAS/Instituto de la Mujer), 2002, págs. 15 y ss.

³¹ CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Transformaciones del Trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, T. I, 1998, págs. 90 y ss.

en una tarea que hasta ahora (por lastres sociológicos tradicionales –o directamente machistas–) ha sido en virtud de inaceptables roles de género (que no de sexo) ³² «cosa de mujeres» ³³.

Se trata, en último término, de cambiar la lógica de los derechos de conciliación (hasta ahora casi campo abonado para su disfrute por la mujer, con los consiguientes perjuicios en su carrera profesional que el ordenamiento laboral ha tratado de paliar) ³⁴, de modo tal que llegue un día en que la evolución social permita corroborar un disfrute paritario indistinto del sexo de la persona beneficiaria, evitando así la petrificación de la división sexista de papeles en la familia y en la sociedad ³⁵.

Junto a la evolución sustantiva (de la que brevemente se ha dado cuenta), la evolución procesal no ha sido menos azarosa y ha estado sujeta a un cambio constante que hace que el resultado actual sea muy diferente de aquel germen inicialmente incorporado ³⁶. En efecto, el artículo 9.2 de la Ley 39/1999, para promover la Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, introdujo (en consonancia con el remozado art. 37 ET) una modalidad procesal especial, creando al efecto la Sección V del Capítulo V del Título II del Libro II de la LPL, bajo la rúbrica «Permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares», e incorporando como único precepto el artículo 138 bis de la LPL ³⁷.

El limitado objeto de tal modalidad (al cual resultaban de aplicación sus también limitadas especialidades procesales) ³⁸ venía dado por «la solución de las discrepancias entre trabajador y

³² Como bien se ha explicado, cuando se alude a la discriminación por razón de sexo se está haciendo referencia a las diferencias de trato que tienen su origen en las diferencias biológicas entre hombres y mujeres. Es por tal razón que la discriminación por razón de embarazo o maternidad merece ser considerada como tal. Distinto a ello es la discriminación por razón de género, utilizada para hacer referencia a las diferencias de trato derivadas del distinto rol social asignado a hombres y mujeres, en tanto de forma tradicional se ha dado por supuesto que el cuidado de los hijos y familiares dependientes correspondía a las mujeres, perjudicando su desarrollo laboral y social. En consecuencia, la discriminación (sea por razón de sexo o de género) ha de ser reprobada en todo caso, pero, además, es necesario adoptar las políticas correctoras apropiadas, mediante acciones positivas cuando sea necesario (pues la igualdad formal en tales casos no alcanza), para contrarrestar las desiguales posiciones de partida entre hombres y mujeres y tratar de lograr una igualdad real y efectiva. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «El informe de impacto por razón de género en la elaboración de las disposiciones normativas», *RL*, núm. 10, 2004, págs. 3 y ss.; AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres», cit., págs. 69 y ss. o PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J.: «Jornada y conciliación en el trabajo», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., págs. 267 y ss.

³³ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M.^a T.: «La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad», cit., pág. 22.

³⁴ «Ahora ya no se pretende conciliar la vida laboral con la familiar de las mujeres, porque, si a ello no se acompañan otras medidas más trascendentales, supone perpetuar el estereotipo de asunción femenina de las responsabilidades familiares... Lo pretendido ha de ser la asunción igualitaria, por hombres y mujeres, facilitando a ambos sexos, en igualdad de oportunidades, la conciliación de su vida laboral con su vida familiar», LOUSADA AROCHEA, J.F.: «Las garantías sustantivas de ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, Madrid (CGPJ), 2007, pág. 159.

³⁵ ROMAGNOLI, U.: «Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía», *RDS*, núm. 9, 2002, págs. 9 y ss.

³⁶ Sobre su evolución, entre otros y por su especial claridad, MONEREO PÉREZ, J.L. y otros: *Manual de Derecho Procesal del Trabajo*, Madrid (Tecnos), 2008, págs. 262-263.

³⁷ La nomenclatura utilizada por la norma es, sin duda, «aparatos» y la redacción del propio precepto «puntilloso y pasado en su redacción», ALONSO OLEA, M.; MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho Procesal del Trabajo*, Madrid (Cívitas), 2000, pág. 232.

³⁸ Tales especialidades originarias, que se conservan en síntesis en el actual tenor del artículo 138 bis de la LPL (si bien ahora aparecen ampliadas en otras instituciones contenidas en otros preceptos de la LPL, como habrá ocasión de com-

empresario en materia de concreción horaria y determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada por motivos familiares», reconocidos en el artículo 37 párrafos 4 y 5 del ET.

Este reducido objeto inicial comenzó a partir de entonces una evolución que fue ensanchando sus límites de manera significativa y casi «aluvional»³⁹; así, pronto hubo de añadirse, en virtud de la disposición final 8.^a 1 a) de la Ley 12/2001, de 9 de julio, las discrepancias surgidas entre trabajador y empresario en torno a los nuevos supuestos de permiso y reducción de jornada en caso de nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados con posterioridad al parto, incorporados a través del artículo 37.4 bis del ET⁴⁰.

De igual forma, y de conformidad con la reforma operada a través de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género, este cauce procesal especial se hizo aplicable a aquellas discrepancias surgidas sobre el ejercicio de los derechos de reducción de jornada y adaptación del horario de las trabajadoras víctimas de violencia de género, previstos en el artículo 37.7 *in fine* del ET.

Incluso alguna otra aparente ampliación (*rectius*, interpretación de su extensión) pareció llegar de la mano de la jurisprudencia, al considerar una pretensión sobre una reducción horaria que implicaba cambio de turno como materia propia de la modalidad especial regulada en el artículo 138 bis de la LPL⁴¹, aunque los últimos pronunciamientos jurisprudenciales parecen haberla desechado⁴². Con todo, la cuestión no queda cerrada, ni en el plano competencial (al que luego se hará referencia), ni mucho menos en el plano sustantivo, pues el Tribunal Constitucional ha valorado la interpretación

probar más adelante), consistían, en síntesis, en las siguientes: plazo de veinte días para el ejercicio de la acción ante el Juzgado de lo Social contados desde la disconformidad empresarial; tramitación urgente y preferente del procedimiento; celebración de la vista en los cinco días siguientes a la admisión de la demanda; plazo de tres días desde la vista para dictar sentencia, que era firme y sin recurso alguno. Al respecto, por su carácter monográfico y exhaustivo, LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares», *Actualidad Laboral*, núm. 26, 2003, págs. 473 y ss. y MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, Madrid (CGPJ), 2007, págs. 358 y ss.

³⁹ TUDELA TAMBORERO, G.: «Comentario al artículo 138 bis LPL», en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E. y DAMIÁN MORENO, J., Coords.): *La Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid (Colex), 2002, pág. 311.

⁴⁰ La remisión que tal precepto hace al artículo 37.6 del ET no resulta especialmente acertado ni desde el punto de vista sustantivo [en tanto el plazo de preaviso de 15 días establecido para el supuesto de reincorporación del trabajador a la jornada ordinaria difícilmente podrá exigirse cuando el propio operario conocerá tal situación con menor antelación, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar», en AA.VV.: *Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio*, Pamplona (Aranzadi), 2001, pág. 247], ni desde el procesal [pues tal remisión supone una ampliación del objeto del proceso de la que no existe pista alguna si se atiende a la estricta regulación procesal, MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 372].

⁴¹ Y ello en atención a los intereses no sólo del trabajador, sino también del menor a recibir los cuidados necesarios, siempre y cuando, eso sí, el cambio de turno viniera acompañado de una reducción de jornada. SSTS 20 julio 2000 (RJ 2000/7209) o 5 noviembre 2003 (RJ 2003/8807). En igual sentido, STSJ Baleares 4 julio 2005 (AS 2004/2074) o SJS Ciudadela de Menorca 23 marzo 2005 (AS 2005/427).

⁴² Bajo el argumento de que el derecho del trabajador a configurar su jornada de trabajo no es absoluto y tal facultad no se encuentra prevista expresamente en la ley, STS 18 junio 2008 (RJ 2008/4230).

de los límites de tales prerrogativas conciliatorias de una forma muy amplia⁴³, y, además, porque la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva, ha modificado el tenor del artículo 34.8 del ET para referirse al derecho del trabajador «a la distribución de la jornada de trabajo», y no meramente, y como se hacía con anterioridad, a su «adaptación»⁴⁴.

Por su parte, y tratando de dotar de una vía apropiada de tutela al conjunto de derechos resultante de la importante reforma acometida, la disposición adicional 11.ª 20 de la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, efectuó un cambio importantísimo en el objeto del proceso especial, al introducir una disposición adicional 17.ª del ET (extraña técnica legislativa, no obstante, en la que la que una reforma procesal no se incorpora a la norma adjetiva sino a la sustantiva⁴⁵, si bien la Ley 13/2009 ha venido a suplir, en parte, tal deficiencia), de conformidad con la cual «las discrepancias que surjan entre trabajadores y empresarios en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la LPL».

Por su parte, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ha supuesto un último estadio evolutivo de esta modalidad procesal especial. Si bien el legislador ha tratado que sea el definitivo, ciertas imprecisiones (derivadas, entre otras cosas, del extraño mecanismo de creación evolutiva de esta modalidad especial) hacen que posiblemente se vea necesitada de retoques y clarificaciones que habrán de ser llevadas a cabo, cuando las haya, por futuras normas de reforma de la LPL.

Detallando el sentido de la reciente modificación de esta modalidad procesal, el apartado 68 del artículo décimo de la Ley 13/2009 modifica la rúbrica de la Sección 5.ª del Capítulo V del Título II del Libro II de la LPL, para denominarla de «Derechos de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral reconocidos legal o convencionalmente»; en igual sentido, el apartado 69 del mismo precepto da una nueva redacción a las reglas que rigen lo que llama «el procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida Personal, Familiar y Laboral reconocidos legal o convencionalmente».

Además, a lo largo del mentado y extensísimo artículo décimo de la Ley 13/2009 (que tantos quebraderos de cabeza habrá de dar a los estudiosos del proceso laboral), el legislador procede a efectuar diferentes reformas que, en síntesis, equiparan a esta modalidad procesal [junto a las de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo] a aquellas otras que, hasta ahora, tenían un régimen jurídico (teóricamente) más privilegiado en su desenvolvimiento procesal⁴⁶ y que hacen que

⁴³ STCo 3/2007, de 15 de enero.

⁴⁴ ASENJO PINILLA, J.L.: «Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», en AA.VV.: *Memento de Procedimiento Laboral*, Madrid (Francis Lefebvre), 2009, pág. 685.

⁴⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Novedades procesales de la Ley de Igualdad», *Temas Laborales*, núm. 91, 2007, págs. 356 y ss. o LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 19, 2009, pág. 28.

⁴⁶ Tales modalidades procesales «privilegiadas», a las que ahora se añaden las mencionadas en el texto, son las de despido, extinción del contrato de trabajo por las vías previstas en los artículos 50 y 52 del ET, vacaciones, materia electoral, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos y tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales.

sus especialidades ya no sean tan «ínfimas»⁴⁷ como hasta este momento eran consideradas: tramitación por separado, en tanto queda vedada la acumulación a ninguna otra acción (art. 27.4 LPL)⁴⁸; habilidad del mes de agosto, en consonancia con su pretendida urgencia y preferencia (art. 43.4 LPL)⁴⁹; excepción del requisito general de intentar la conciliación previa (art. 64 LPL)⁵⁰ o la reclamación administrativa previa (art. 70 LPL)⁵¹ y tramitación inexcusablemente con arreglo a su modalidad procesal correspondiente, y ello aun cuando se alegue la lesión de un derecho fundamental (art. 182 LPL)⁵².

Ahora bien, una diferencia importante con respecto a ese grupo de modalidades «privilegiadas», que la reforma comentada confirma de forma tan contundente como (a juicio de quien esto escribe y luego razonará con mayor detalle) poco acertada, consiste en que la sentencia emanada del proceso especial previsto en el artículo 138 bis de la LPL será «firme desde que se dicte» [como ya indicaba la letra b) del art. 138 bis LPL], no siendo por tanto susceptible de recurso de suplicación, según se ocupa ahora de recalcar el tenor del artículo 189.2 de la LPL⁵³.

En suma, procede poner de manifiesto que, si bien la modalidad procesal que se pretende analizar se solventa en la norma rituarial social bajo «la aparente sencillez»⁵⁴ de un único artículo, su (en repetidas ocasiones) ampliado objeto material, así como las novedades en su tramitación (que obligan a revisar diversas instituciones de la LPL), la presentan como una modalidad compleja, inexplorada, generadora de múltiples dudas interpretativas y abundantes críticas por la falta de previsión del legislador a la hora de articular un conjunto armónico y acabado.

Necesario (casi imprescindible) resulta por tanto acometer un trabajo como el ahora principiado, para realizar una labor sistemática de estudio para descubrir la dimensión actual de esta modalidad procesal, valorar los problemas que se plantean como fruto de una regulación tan caótica y dispersa que por momentos parece fruto de la improvisación y, en suma, tratar de aquilatar como se debe el cauce procesal que la legislación rituarial ha reservado para la tutela de un bien jurídico tan importante como en nuestros días lo es el de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Con todo, dicho estudio estará siempre sujeto a la condición de provisionalidad, en tanto en cuanto ya ha sido anunciada una futura reforma (otra más), ahora parece que en profundidad, de la LPL, que, a buen seguro, efectuará diversas modificaciones y precisiones en el objeto que ahora se

⁴⁷ ALONSO OLEA, M.; MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho Procesal del Trabajo*, cit., pág. 271.

⁴⁸ En la redacción dada por el apartado 12 del artículo décimo de la Ley 13/2009.

⁴⁹ En la redacción dada por el apartado 28 del artículo décimo de la Ley 13/2009. Igual mención se hace, aunque una interpretación sistemática probablemente lo hubiera hecho innecesario, en relación con el ejercicio de los derechos derivados de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁵⁰ En la redacción dada por el apartado 45 del artículo décimo de la Ley 13/2009.

⁵¹ En la redacción dada por el apartado 47 del artículo décimo de la Ley 13/2009.

⁵² En la redacción dada por el apartado 99 del artículo décimo de la Ley 13/2009.

⁵³ En la redacción dada por el apartado 105 del artículo décimo de la Ley 13/2009.

⁵⁴ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 370.

pretende abordar a través de este trabajo de investigación; tanto para solventar la cuestión meramente formal, un tanto chirriante, relativa a que el ordinal del precepto deje de ser el 138 bis y pase a ser el artículo 139 de la LPL, como para tratar de introducir alguna mejora técnica que la práctica haya revelado como necesaria ⁵⁵.

II. EL OBJETO DEL PROCESO

Como se ha indicado en la introducción, los límites del objeto de este proceso especial han sido notablemente ensanchados en los últimos tiempos, lo cual hace que no queden tan bien delimitados como deberían los espacios que le corresponden por contraposición a otras modalidades y procesos que también podrían estar llamados a jugar un papel importante en la tutela de la conciliación de la vida laboral y familiar ⁵⁶. A ello ha de añadirse que, cuando corresponda, esta modalidad procesal habrá de seguirse inexcusablemente (ex art. 182 LPL), aun cuando hubieran podido producirse (y alegarse) lesiones en derechos fundamentales. Intrincado marco material que fuerza a desarrollar un discurso en tres niveles:

1. Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente

Quizá una de las características más importantes que pueden predicarse en la actualidad de la modalidad procesal especial ahora objeto de análisis viene dada por la ampliación sucesiva (y quizá ya definitiva) de su objeto litigioso. El limitado marco material asignado en su versión inicial [en el cual este cauce procesal quedaba restringido a «la solución de las discrepancias entre trabajador y empresario en materia de concreción horaria y determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada por motivos familiares» (art. 138 bis LPL en la versión inicial creada por la Ley 39/1999)] le dotaban de un carácter anecdótico, casi prescindible ⁵⁷.

Tal limitación apenas si se vio compensada con algunas ampliaciones puntuales, que llevaron a incorporar a su objeto, primero, las discrepancias surgidas entre trabajador y empresario en torno al nuevo supuesto incorporado a través del artículo 37.4 bis del ET (en virtud de la ley 12/2001, de 9 de julio) y, después, y a partir de la Ley Orgánica 1/2004, aquellas discrepancias surgidas sobre el ejercicio de los derechos de reducción de jornada y adaptación del horario de las trabajadoras víctimas de violencia de género, previstos en el artículo 37.7 del ET.

⁵⁵ *Vid.* Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Social, elaborada por el Ministerio de Justicia, aún en fase germinal.

⁵⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Novedades procesales de la Ley de Igualdad», cit., págs. 356 y ss.

⁵⁷ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad», cit., pág. 28.

Fue la disposición adicional 11.20 de la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, la que efectuó un cambio «significativo e importantísimo»⁵⁸ en el objeto de la modalidad procesal especial ahora estudiada, al introducir una disposición adicional 17.^a del ET (en extraña técnica legislativa, como ya se ha indicado)⁵⁹, de conformidad con la cual «las discrepancias que surjan entre trabajadores y empresarios en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la LPL».

En relación al objeto del proceso es necesario detenerse en el análisis de dos cuestiones netamente diferentes; de un lado, y ante lo incierto de la extensión «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente», es menester indagar acerca de cuántos y cuáles son los derechos materiales respecto de los cuales se puede ejercitar una pretensión a través de esta modalidad especial; de otro, es necesario centrar la atención en determinar cuál es la naturaleza de las pretensiones a ejercitar respecto de tales derechos.

1. Es necesario, por tanto y en primer lugar, desentrañar la cuestión relativa a qué debe entenderse por «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral». Es evidente que la formidable ampliación material efectuada «puede originar problemas interpretativos, en cuanto al ámbito de aquellas cuestiones litigiosas que pueden llevarse adelante por esta modalidad procesal, pues es mucho más impreciso en su literalidad... lo cual puede generar ciertas dosis de inseguridad jurídica»⁶⁰. La Ley Orgánica 3/2007 «habla de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, pero sin enumerar dichos derechos y partiendo del hecho consumado de que los mismos ya son conocidos. Sin embargo, no existe ninguna norma que contenga una enumeración de los que se consideran derechos de conciliación, de manera que habrá que entender que tal categoría está integrada por todas aquellas figuras jurídicas que, desperdigadas a lo largo de una pluralidad de disposiciones, permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de los intereses familiares»⁶¹.

Vaya por delante una aclaración previa, cual es que son objeto del presente proceso especial las discrepancias surgidas en derechos de conciliación «reconocidos legal o convencionalmente». Obviamente, las normas que rigen la conciliación de la vida personal, familiar y laboral son derecho necesario relativo⁶², y, en consecuencia, pueden ser mejoradas por la negociación colectiva (también

⁵⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario, 2007, pág. 210.

⁵⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Novedades procesales de la Ley de Igualdad», cit., págs. 356 y ss. o LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad», cit., pág. 28.

⁶⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Novedades procesales de la Ley de Igualdad», cit., pág. 362.

⁶¹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres», cit., pág. 72.

⁶² En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo al reconocer la posibilidad del convenio colectivo de permitir la acumulación de las horas correspondientes al permiso por lactancia al periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, antes de que la Ley Orgánica 3/2007 recogiera tal facultad a nivel legal. STS 20 junio 2005 (RJ 2005/6597).

por el acuerdo individual e, incluso, el uso de empresa)⁶³, ampliando las facultades legales o, incluso, creando otros derechos conciliatorios nuevos; cuantas discrepancias surjan respecto al ejercicio de su disfrute han de ser canalizadas procesalmente a través de la modalidad prevista en el artículo 138 bis de la LPL.

Centrando la atención en las prerrogativas reconocidas a nivel legal, es necesario efectuar un desglose (a modo de mera enumeración y no de estudio sistemático, algo imposible para el presente estudio por razones obvias, aun cuando se permita la licencia de efectuar algún comentario sobre cuestiones concretas que puedan ser de interés a los efectos del objeto de la presente investigación) acerca de cuáles deben ser considerados como derechos de conciliación a efectos del objeto material del proceso especial ahora analizado, pudiendo considerarse como tales los siguientes:

- Adaptación o distribución de la jornada de trabajo, para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario (art. 34.8 ET).
- Permiso retribuido de quince días naturales en caso de matrimonio [art. 37.3 a) ET].
- Permiso retribuido de dos días (o cuatro si se requiere desplazamiento) por nacimiento de hijo o fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad [art. 37.3 b) ET].
- Permiso retribuido de un día por cambio de domicilio habitual [art. 37.3 c) ET]⁶⁴.
- Permiso retribuido «por el tiempo imprescindible» para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto «que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo» [arts. 26.5 LPRL y 37.3 f) ET].
- Permiso por lactancia de un hijo menor de nueve meses para ausentarse durante una hora del trabajo, que podrá dividirse en dos fracciones o, de acuerdo con lo previsto en la negociación colectiva o en el acuerdo con el empresario, suponer la reducción de media hora de la jornada de trabajo o acumularlo por jornadas completas (art. 37.4 ET).
- Permiso para ausentarse durante una hora de la jornada de trabajo (o reducirla en dos horas con disminución proporcional del salario) en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (art. 37.4 bis ET).
- Reducción de jornada, con disminución proporcional de salario, entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla, para el cuidado de hijo menor de ocho años o de familiar hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad que, por razones de

⁶³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Novedades procesales de la Ley de Igualdad», cit., pág. 363.

⁶⁴ Las tres últimas son consideradas como parte de los derechos de conciliación por PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J.: «Jornada y conciliación en el trabajo», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., págs. 281 y ss.

edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida (art. 37.5 ET).

- Permiso para asistencia a exámenes oficiales, así como preferencia para elegir turno de trabajo que permita seguir con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional [art. 23.1 a) ET]; de igual modo, adaptación de la jornada ordinaria para la asistencia a cursos de formación profesional o la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional [art. 23.1 b) ET]⁶⁵.
- Suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de menores de seis años o cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes (arts. 45.1, 48.4, 5 y 6 y 48 bis ET).
- Excedencia para el cuidado de hijos (de duración no superior a tres años, el primero de ellos con derecho de reserva del puesto de trabajo) o familiares hasta el segundo grado (de duración no superior a dos años) que por razón de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida (art. 46.3 ET).
- Excedencia voluntaria del trabajador con al menos un año de antigüedad en la empresa, por un periodo no menor de cuatro meses y no mayor de cinco años (art. 46.2 ET).
- Traslado para la reagrupación familiar de cónyuges que trabajen en la misma empresa, cuando uno sea trasladado y haya puesto de trabajo para el otro (art. 40.3 ET).
- Posibilidad de que los trabajadores a tiempo parcial dejen sin efecto el pacto de horas complementarias, al año de su celebración, para la atención de responsabilidades familiares [art. 12.5 g) ET].
- Adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora embarazada para la protección de la salud del feto (art. 26.1 LPRL) o del lactante (art. 26.4 LPRL)⁶⁶.
- Reducción y/o reordenación de jornada (aplicando un horario flexible u otras fórmulas que se utilicen en la empresa) o suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora víctima de la violencia de género (art. 37.7 ET). Ahora bien, en tales casos la ley parece exigir que tales medidas laborales coadyuven a facilitar una más efectiva protección o asistencia social de la víctima y, por tanto, no basta con que respondan a una mera conveniencia de la mujer, algo que, de concurrir y en consecuencia, da al empresario razones para discrepar de la decisión adoptada por la trabajadora⁶⁷.

⁶⁵ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad», cit., pág. 28.

⁶⁶ PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J.: «Jornada y conciliación en el trabajo», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., págs. 281 y ss.

⁶⁷ DÍAZ AZNARTE, M.^a T.: «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la nueva Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *Actualidad Laboral*, T. IV, 2005, págs. 498 y ss.; LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Aspectos

2. Una vez determinados cuáles son los derechos de conciliación, es menester disertar sobre qué clase de pretensiones pueden hacerse valer sobre ellos a través del proceso especial regulado en el artículo 138 bis de la LPL. En este sentido, y como dato crucial a tener presente, hay que recordar que la disposición adicional 17.^a del ET se refiere a «las discrepancias que surjan entre trabajadores y empresarios en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral».

En todo caso, la existencia de una discrepancia supone que «el acudimiento al Juez Social debe venir precedido de una negativa empresarial ante una inicial propuesta del trabajador»⁶⁸. Semejante perspectiva, unida a los deberes de buena fe que han de presidir el desarrollo de la relación laboral, parece exigir de las partes una conducta adecuada a la situación: del lado del trabajador, un preaviso razonable, así como la acreditación (si el empleador lo solicita) de la concurrencia de la situación que justifica el disfrute del derecho de conciliación legal o convencionalmente reconocido⁶⁹.

Por su parte, el empresario ha de proporcionar una respuesta pronta, clara y expresa (pues el silencio patronal parece que debe ser entendido en sentido positivo, como estimación tácita de la propuesta del trabajador, resultando extemporánea una negativa posterior)⁷⁰, que lógicamente ha de permitir y amparar el disfrute del derecho en los términos legales o convencionales.

En tanto en cuanto, con carácter general, el ordenamiento jurídico concede al trabajador la facultad de concretar (dentro de los márgenes legales o convencionales) los términos de disfrute de los derechos de conciliación, el empresario sólo podría negarse a la propuesta del trabajador cuando no concurren las circunstancias determinantes del derecho de conciliación –en cuyo caso se está negando la titularidad misma–, si bien en algunos casos justificados podría oponerse a una propuesta concreta de ejercicio por concurrir determinadas situaciones que vendrían a suponer un perjuicio excesivo para la posición patronal (así, cuando dos trabajadores de la misma empresa pretendan una reducción de jornada –art. 35.5 ET– o una excedencia para el cuidado de hijo o familiares –art. 46.3 ET– por el mismo sujeto causante). En tales casos, parece que tan sólo se está negando el disfrute concreto propuesto por el trabajador, lo cual, parece que, al margen del posible pleito que pudiera llegar a plantearse en el futuro, exige de forma cautelar una contrapropuesta empresarial que ampare un ejercicio provisional en términos adecuados y hasta tanto se pronuncie el órgano de la jurisdicción social⁷¹.

laborales y de Seguridad Social de la violencia de género», *Actualidad Laboral*, T. IV, 2005, págs. 457 y ss. o ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: «Los aspectos laborales de la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género», *Revista de Derecho Social*, núm. 30, 2005, págs. 123 y ss.

⁶⁸ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 383.

⁶⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 199.

⁷⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 481.

⁷¹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., págs. 473 y ss.

Una vez fijados los términos de ejercicio de un determinado derecho de conciliación y consolidado su disfrute (por ejemplo, una jornada reducida), cualquier alteración posterior que pretendiera llevar a efecto el empresario habría de seguir la vía contemplada para la modificación sustancial de condiciones de trabajo en el artículo 41 del ET ⁷² y, en caso de discrepancia, la vía natural para reclamar frente a tal actuación empresarial sería la prevista para tal eventualidad en el artículo 138 de la LPL ⁷³.

No sucede así, sin embargo, cuando el cambio en el disfrute de los derechos de conciliación lo pretendiera llevar a cabo el trabajador, quien cuenta con la facultad de modificar a su antojo (siempre evitando el abuso o el fraude) para recalibrar el disfrute de tales derechos, debiendo, eso sí, preavisarlo con tiempo suficiente al empresario ⁷⁴.

Desde la creación de esta modalidad procesal en el año 1999, la jurisprudencia se había mostrado ciertamente restrictiva (aun cuando no se puedan obviar algunas excepciones expansivas) ⁷⁵ a la hora de interpretar la naturaleza de las pretensiones que eran ejercitables a través de esta modalidad procesal.

Así, en reiteradas ocasiones se ha aludido a que a través de esta vía tan sólo se ventilan eventuales discrepancias sobre la concreción de los derechos, pero si lo que se discute es la titularidad misma ha de acudir al proceso ordinario ⁷⁶, ostentando entonces el plazo general de prescripción establecido en el artículo 59 del ET ⁷⁷.

Dada la ampliación objetiva evidente que se ha producido con la disposición adicional 17.^a del ET introducida por la disposición adicional 11.^a de la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva, y con la modificación tanto de la rúbrica que preside la modalidad especial, como del propio tenor del artículo 138 bis de la LPL, ya se alzan voces que pretenden considerar que ahora es posible ejercitar

⁷² MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 383.

⁷³ Véase nota 71

⁷⁴ Muchas veces al trabajador le resulta imposible determinar las circunstancias exactas del disfrute de un derecho de conciliación o cuando va a finalizar el mismo (por ejemplo, así ocurre, en el cuidado de familiares incapaces o enfermos). Las exigencias de la buena fe exigen preavisos razonables pero nada impide al trabajador efectuar prórrogas o adaptaciones, dentro de los márgenes legales (por ejemplo, preavisar al empresario con quince días de antelación a la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria, art. 37.6 ET). ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 51.

⁷⁵ Así, por ejemplo, la jurisprudencia entendió que era propia de la modalidad regulada en el artículo 138 bis de la LPL la cuestión relativa al cambio de turno. STS 5 noviembre 2003 (RJ 2003/8807); en igual sentido, SSTSJ Comunidad Valenciana 19 febrero 2002 (AS 2002/3303) o SSJS núm. 2 Pamplona 3 julio 2003 (AS 2003/2506) y Ciudadela de Menorca 23 marzo 2005 (AS 2005/427).

⁷⁶ STS 18 junio 2008 (RJ 2008/4230). SSTSJ Castilla-La Mancha 30 junio 2006 (AS 2006/3016), Andalucía/Málaga 22 marzo 2003 (AS 2003/2614), Cataluña 18 marzo 2003 (AS 2003/1955), Comunidad Valenciana 25 abril 2003 (AS 1125) o Madrid 27 junio 2007 (AS 2007/3087).

⁷⁷ SJS núm. 1 Barcelona 9 enero 2002 (AS 2002/782).

a través de este cauce las reclamaciones de todos los aspectos (incluido la discusión de la propia titularidad) que versen sobre los derechos de conciliación⁷⁸.

Semejante postura, con ser adecuada en las intenciones (pues permitiría un régimen procesal privilegiado, urgente y preferente, a la totalidad de reclamaciones sobre derechos de conciliación) choca, empero, con dos graves inconvenientes. De un lado, el literal del artículo 138 bis de la LPL, que se sigue refiriendo, no obstante los cambios operados en otros aspectos por las últimas reformas de la LPL, a que la discrepancia entre trabajador y empresario ha de versar sobre la «concreción horaria y el periodo de disfrute», lo cual parece excluir la discusión sobre la titularidad misma del derecho⁷⁹.

De otro, y no es cuestión en absoluto baladí, resulta que si se acepta esta tesis expansiva que permitiría tramitar a través de este procedimiento las discrepancias en la titularidad del derecho, se priva a tan importante decisión para el trabajador de la garantía de su revisión a través del recurso de suplicación, la cual le resultaría vedada por el tenor del artículo 189 de la LPL si la pretensión es tramitada conforme a la modalidad especial (algo criticable, como luego se verá), pero que sí tendría si lo hubiera sido a través del proceso ordinario⁸⁰.

Ahora bien, la tesis contraria no está exenta de problemas jurídicos, pues procede tener en cuenta que la nueva redacción dada al artículo 27 de la LPL por la Ley 13/2009, impide acumular a la acción propia de esta modalidad procesal ninguna otra, motivo por el cual cuando se discutan de forma conjunta tanto la titularidad del derecho como el disfrute propuesto por el trabajador y negado por el empresario, la situación aboca a una extraña «desacumulación»⁸¹ que duplica esfuerzos y procedimientos. Semejante inconveniente quizá pueda ser resuelto por el órgano judicial a través del mecanismo previsto en el nuevo artículo 30 bis de la LPL, conforme al cual «se acordará también la acumulación de procesos... cuando entre los objetos de los mismos... exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes».

En cualquier caso, los problemas mencionados podrían solucionarse de acudir a una tesis ingeniosa y sumamente recomendable a juicio de quien esto escribe, de conformidad con la cual cuando el trabajador proponga un determinado disfrute de alguno de sus derechos de conciliación y el empresario discuta la titularidad del derecho, tal ha de ser considerado como una cuestión prejudicial previa (en la terminología del art. 4 LPL) de la propia modalidad procesal especial contemplada en el

⁷⁸ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad», cit., pág. 28; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo», cit., pág. 210 o ASENJO PINILLA, J.L.: «Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», en AA.VV.: *Memento de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 686.

⁷⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Novedades procesales de la Ley de Igualdad», cit., pág. 363.

⁸⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 482 o MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 66.

⁸¹ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 402.

artículo 138 bis de la LPL, y que, en consecuencia, puede ser resuelta («a los solos efectos prejudiciales») en la propia resolución que ponga fin al proceso, pronunciamiento que no producirá efectos de cosa juzgada y que, en consecuencia, no cercena la posibilidad de discutir de forma autónoma (y con posterioridad) la cuestión en un proceso ordinario autónomo⁸².

Por otra parte, es obvio que las discrepancias sobre trabajador y empresario en el disfrute de los derechos de conciliación pueden ser originarias (si aparecen en el momento inicial en el que el trabajador plantea el ejercicio del derecho) o sobrevenidas (si ocurren con posterioridad, durante su disfrute) y, en todos los casos, parece que la tramitación procesal ha de seguir el cauce previsto en el artículo 138 bis de la LPL. Así ocurre, por ejemplo, con las discrepancias surgidas a la hora de aplicar un acuerdo alcanzado entre las partes sobre el establecimiento de una jornada reducida⁸³, o las habidas en el momento de reincorporación a las condiciones habituales de trabajo (una vez terminado el disfrute del derecho de conciliación), todas las cuales parece que también han de ser encauzadas a través de la vía prevista en la modalidad procesal, pues, en el fondo, no dejan de constituir una verdadera «discrepancia» sobre el ejercicio del derecho, si bien en un momento sobrevenido o final del mismo⁸⁴.

Otro aspecto sobre el que pueden surgir dudas es el relativo a si este cauce procesal resulta apto para dar trámite a aquellas discrepancias salariales o retributivas que se puedan derivar del ejercicio del derecho de conciliación, en tanto en ocasiones, como bien es sabido, la reducción o minoración del tiempo de trabajo puede traer consigo una reducción proporcional del salario. Hasta la fecha, los Tribunales parecían firmes al entender que tales reclamaciones habían de sustanciarse con arreglo al proceso ordinario⁸⁵, pero la ampliación sustancial del objeto del proceso abre una posibilidad interpretativa para permitir su inclusión, aun cuando, como se ha dicho, el artículo 138 bis de la LPL continúa refiriéndose a «discrepancias en la concreción horaria o periodo de disfrute».

Por otro lado, queda fuera del ámbito objetivo de esta modalidad procesal la pretensión dirigida a reclamar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la eventual negativa arbitraria, irrazonable o maliciosa por parte del empresario al disfrute propuesto por el trabajador habrán de reclamarse en demanda aparte, sujeta a las reglas propias del proceso ordinario⁸⁶.

⁸² MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 402.

⁸³ Para un supuesto en el que la empresa que acordó una jornada reducida pretende imponer después al trabajador los servicios excepcionales previstos en virtud del contrato «ordinario» de trabajar determinados domingos y festivos, SSTSJ Comunidad Valenciana 22 noviembre 2005 (AS 2006/1216) o Castilla-La Mancha 16 marzo 2006 (AS 2006/922).

⁸⁴ VALLE MUÑOZ, A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Valladolid (Colex), 1999, pág. 41 o MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 63, nota 88. *Contra*, MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 403 o LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permisos de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 484.

⁸⁵ SSTS 21 julio 2006 (RJ 2006/7184) y 24 abril 2007 (RJ 2007/4197); SSTSJ Cataluña 13 julio 2004 (AS 2004/2682) Andalucía/Sevilla 29 enero 2002 (AS 2002/3648) o SJS núm. 1 Barcelona 9 enero 2002 (AS 2002/1297).

⁸⁶ SSTSJ Castilla-La Mancha 9 mayo 2000 (AS 2000/1910), Baleares 1 diciembre 2000 (AS 2001/1980), Madrid 5 octubre 2005 (AS 2005/2776), Cantabria 22 febrero 2006 (AS 371) o Castilla y León/Burgos 8 marzo 2007 (AS 2007/1487).

Ahora bien, como excepción cabe aludir a aquellos casos en los que el trabajador alegue y aporte indicios de un panorama a partir del cual la negativa empresarial implique una discriminación por razón de sexo o de género (algo perfectamente posible, según se vio) y el empresario no logre desvirtuarla mediante la acreditación de circunstancias objetivas y razonables. En tal caso, de conformidad con la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva, a los artículos 180 y 181 de la LPL, y por la Ley 13/2009 al artículo 27.4, resulta posible acumular en todo proceso (y sean cuales sean las pretensiones principales ejercitadas) la indemnización destinada a reparar los daños derivados de discriminación o lesión de derechos fundamentales.

2. Otros posibles cauces de tutela de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar

Es cierto que, tal y como se ha descrito en páginas precedentes, en los últimos años el legislador se ha esforzado para tratar de concentrar en esta modalidad procesal buena parte de las posibles reclamaciones en materia de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Con todo, es posible afirmar que «en conciliación, no cabe hablar de un tratamiento procesal sistemático ni unitario de las garantías procesales»⁸⁷.

Por tal razón, cabe dar cuenta, siquiera sea brevemente y a título meramente enunciativo (pues su estudio minucioso escapa al propósito del presente estudio), de las otras posibles vías procesales a través de las cuales se puede instrumentar, en determinadas situaciones concretas, la defensa de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras⁸⁸:

1. Tal y como se ha indicado, el proceso laboral ordinario puede ser cauce apropiado para resolver algunas cuestiones relativas a los derechos de conciliación. En particular, y aun con las dudas expresadas en el apartado anterior del presente trabajo (según las cuales se podría evitar la duplicidad de litigios entendiendo que existe una cuestión prejudicial asumible en el proceso especial del art. 138 bis LPL)⁸⁹, parece que es el cauce apto para dilucidar los pleitos sobre la titularidad del derecho de conciliación⁹⁰, así como aquellos en los que se discutan las consecuencias económicas derivadas de su disfrute⁹¹.

⁸⁷ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 331.

⁸⁸ Siguiendo, entre otras, las consideraciones efectuadas por SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario, 2007, págs. 189 y ss.

⁸⁹ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 402.

⁹⁰ STS 18 junio 2008 (RJ 2008/4230). SSTSJ Castilla-La Mancha 30 junio 2006 (AS 2006/3016), Andalucía/Málaga 22 marzo 2003 (AS 2003/2614), Cataluña 18 marzo 2003 (AS 2003/1955), Comunidad Valenciana 25 abril 2003 (AS 1125) o Madrid 27 junio 2007 (AS 2007/3087).

⁹¹ SSTS 21 julio 2006 (RJ 2006/7184) y 24 abril 2007 (RJ 2007/4197); SSTSJ Cataluña 13 julio 2004 (AS 2004/2682) Andalucía/Sevilla 29 enero 2002 (AS 2002/3648) o SJS núm. 1 Barcelona 9 enero 2002 (AS 2002/1297).

2. La modalidad procesal especial de despido resulta adecuada, en todo caso, para combatir la nulidad de la extinción del contrato (o la no renovación de un vínculo temporal) ⁹² que se produzca sobre empleados que han ejercitado derechos o se encuentran en situaciones relacionadas con los motivos familiares. Como bien es sabido, la Ley 13/1999 estableció nuevos supuestos de nulidad del despido ⁹³, que fueron ampliados a través de la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres, y han sido sistematizados por la Ley 13/2009, de creación de la Oficina Judicial.

Como resultado de esta evolución, en la actualidad, es nulo el despido [sea objetivo (arts. 53.4 ET y 122.2 LPL), sea disciplinario (arts. 55.5 ET y 108.2 LPL)] de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento y paternidad (y hasta nueve meses después de la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento), o de suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia (o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo); así como el de las trabajadoras embarazadas, y la de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de alguno de los permisos contemplados en el artículo 37.4, 4 bis y 5 del ET, o de la excedencia para cuidado de hijos o familiares prevista en el artículo 46.3 del ET; y, por último, el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en la ley.

En este sentido, la no readmisión y reincorporación de un trabajador de forma inmediata tras la finalización de un periodo de suspensión del contrato o excedencia con derecho de reserva por motivos familiares, puede equipararse a un despido (y por su modalidad procesal habrá de reclamarse), con la particularidad de que, en principio (y salvo que se pudiera probar una extravagante procedencia) será nulo ⁹⁴.

Por otro lado, no puede dejar de mencionarse que existen determinadas previsiones que, en cierta medida, protegen la conciliación de la vida personal, familiar y laboral frente a determinados tipos de despidos. Así, de cara a un despido objetivo por ausencias al trabajo aun justificadas, no han de computarse las ausencias debidas a motivos familiares, de conformidad con el artículo 52 d) del ET. Por otro lado y según tesis jurisprudencial acertadísima, si existiera un despido improcedente de un trabajador en situación de jornada reducida por motivos familiares, el cálculo de la indemnización se hará confor-

⁹² Al respecto, es evidente que el órgano judicial ha de comprobar si la falta de renovación de un contrato de trabajo, cuando éste forma parte de una sucesión de vínculos de duración determinada, ha estado efectivamente motivado por el embarazo de la trabajadora o alguna otra causa de discriminación de las prescritas por el ordenamiento jurídico. Por todas, STSJCE 4 octubre 2001, asunto Jiménez Melga vs. Ayuntamiento de los Barrios.

⁹³ Al respecto, BADIOLA SÁNCHEZ, M.^a: La nulidad de la extinción del contrato de trabajo, Valladolid (Lex Nova), 2003, págs. 107 y ss. o, en similar sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida laboral y familiar y el Estatuto de los Trabajadores», *Aranzadi Social*, Vol. V, 1999, págs. 291 y ss.

⁹⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Una nota sobre las suspensiones contractuales ligadas a la maternidad», en AA.VV. (SÁNCHEZ TRIQUEROS, M.^a C., Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral: mitos y realidades*, Pamplona (Aranzadi), 2006, pág. 172.

me al salario y condiciones propios de la jornada normal que hubiera tenido antes de la reducción⁹⁵.

3. Proceso de conflictos colectivos, en tanto nada impide que se plantee una discrepancia en la interpretación de una norma legal o convencional sobre conciliación (arts. 151 a 160 LPL)⁹⁶. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que la sentencia emanada de tal litigio (sentencia normativa con cuerpo de sentencia y alma de ley)⁹⁷ será meramente habilitante⁹⁸, en tanto en cuanto posibilitará o aclarará los modos y maneras posibles de disfrute de los derechos de conciliación, pero en ningún caso resolverá las pretensiones concretas a favor de trabajadores singulares (cuyos procedimientos de reclamación, por cierto, habrán quedado suspendidos a resultas de la iniciación del proceso colectivo)⁹⁹.

El carácter mero-declarativo de tales pronunciamientos colectivos¹⁰⁰ hace que cuando un trabajador pretenda el disfrute de un concreto derecho conciliatorio haya de solicitarlo al empresario, quien cabalmente habrá de someterse al contenido de la sentencia colectiva (pues tiene, por decirlo en los «ocurrentes» términos legales, «efectos de cosa juzgada»)¹⁰¹, pero, si no lo hace, será el trabajador quien haya de ejercitar una pretensión individual dirigida a la materialización concreta de su derecho, debiendo el juez resolver mediante la aplicación de los términos en los que se pronunció la sentencia colectiva¹⁰².

⁹⁵ STS 21 diciembre 2001 (RJ 2002/2025).

⁹⁶ Así ocurrió, por ejemplo, con la discusión acerca de si el convenio podía permitir la acumulación de las horas del permiso de lactancia al permiso por maternidad por jornadas completas, posibilidad amparada por el artículo 37.4 del ET tras la Ley Orgánica 3/2007. STS 20 junio 2005 (RJ 2005/6597).

⁹⁷ «Singularísimas sentencias, híbridos a medio camino entre la norma general y la decisión concreta, entre la sentencia y la ley, sentencia con alma de ley o ley con cuerpo de sentencia, parafraseando la memorable expresión de Carnelutti», ALONSO OLEA, M.: «Procesos colectivos y ejecución de sus sentencias», en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, T. IV, Madrid, 1990, pág. 3.129 o «Sobre los procesos colectivos y las sentencias declarativas normativas», *REDT*, núm. 41, 1990, págs. 11 y ss.

⁹⁸ ALFONSO MELLADO, C.L.: *Proceso de conflicto colectivo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1993, págs. 86 y ss.; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «La función de la sentencia en el proceso de conflictos colectivos», *Relaciones Laborales*, T. I, 1994, pág. 180; DESDENTADO BONETE, A.: «El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia reciente. Una revisión crítica», cit., pág. 884 o GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *El proceso de conflicto colectivo de trabajo*, Madrid (Acarl), 1993, págs. 56 y ss.

⁹⁹ STS 15 julio y 23 septiembre 1994 (RJ 1994/6668 y 7177), 20 julio 1995 (RJ 1995/7058) o 27 diciembre 1997 (RJ 1998/445).

¹⁰⁰ Entre otras, STS 20 junio 2005 (RJ 2005/6597).

¹⁰¹ «Lo que ocurre es que la cosa juzgada del artículo 157.3 de la LPL (actual 158.3), no es la cosa juzgada del artículo 1.251 del CC (actual –con matices– art. 222 de la LEC'2000), es decir, no es la cosa juzgada, entre otras razones porque el proceso individual en que se quiera hacer valer la defensa o excepción, tendrá, por hipótesis, sujetos distintos, y será también diferente la *causa petendi* de los del proceso colectivo; será diferente prácticamente todo, en realidad... Probablemente la LPL quiere hacer una alusión vaga a que lo que declarativamente se pidió en el conflicto colectivo y para el colectivo demandante –y quizá contra el colectivo demandado– se pide ahora por uno de los componentes del colectivo demandante –y quizá contra uno de los del colectivo demandado– (debiendo entonces la pretensión actual resolverse en similar sentido a como se resolvió la cuestión en la previa sentencia colectiva), pero hablar de la conexión que deba existir entre ambas pretensiones como la propia de la cosa juzgada no pasa de ser una ocurrencia terminológica», ALONSO OLEA, M.: «La sentencia colectiva, su ejecución a través de los procesos individuales en ella basados y los márgenes de las sentencias que decidan éstos. Qué sea la cosa juzgada en las sentencias colectivas», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XII, Madrid, 1994, págs. 40-41.

¹⁰² Es el efecto positivo de la cosa juzgada, STS 30 junio 1994 (Ar. 5508); en el mismo sentido, SSTS 14 febrero 1995 (Ar. 1155), 26 noviembre 1998 (Ar. 10039), 14 octubre 1999 (Ar. 9411) o 20 febrero 2002 (Ar. 4536) y STSJ Navarra 30 septiembre 2002 (Ar. 3125).

4. Procesos de oficio: la disposición adicional 13.4 de la Ley 3/2009, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, creó una nueva modalidad de procedimiento de oficio incorporada a la letra d) del artículo 146 de la LPL. El proceso se inicia con la comunicación de la Inspección de Trabajo en aquellos supuestos en los cuales haya apreciado la existencia de conductas discriminatorias; en dicha comunicación se han de fijar las bases de los perjuicios estimados que después concretará la correspondiente decisión judicial.

Esta modalidad de proceso de oficio presenta cierto paralelismo con el supuesto contemplado en el apartado a) del propio artículo 146 de la LPL (actas con estimación de perjuicio económico) y, por tal razón, comparte con ella algunas críticas, más o menos piadosas ¹⁰³, pues supone una intervención heterónoma en la esfera privada mediante la cual prácticamente se considera a la trabajadora como una menor de edad ¹⁰⁴.

Con todo, no resulta posible desconocer sus evidentes virtudes, pues evita a la trabajadora afectada el trago de demandar a su empleador en vía judicial, previniendo posibles conflictos y represalias sobrevenidas, apostando además por una lucha decidida contra toda forma de desigualdad (fomentada desde la propia actuación de la Administración Laboral) para tratar de desterrar de forma definitiva aquella inercia histórica que admite un cierto nivel de desigualdad laboral como algo inevitable y socialmente aceptable ¹⁰⁵.

Parece que para que la Inspección de Trabajo pueda (que no deba) incoar este procedimiento (sin que sea aplicable el plazo de prescripción de un año previsto en el art. 59 ET) ¹⁰⁶ es necesario que exista un acta previa de infracción, tal y como se deduce de la necesidad de que se aprecien perjuicios económicos ¹⁰⁷.

5. El proceso especial de Seguridad Social va a resultar apropiado para la reclamación de todas aquellas prestaciones de Seguridad Social relacionadas con las situaciones familiares y que correspondan a quien desempeña la prestación por cuenta ajena en los términos legales (arts. 139 a 145 LPL).
6. La modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales, podría ser un cauce adecuado para la protección de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral cuando la actuación empresarial contraria a tales prerrogativas del trabajador lleve aparejada una discriminación por razón de sexo ¹⁰⁸.

¹⁰³ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad», cit., pág. 30.

¹⁰⁴ GOERLICH PESET, J.M. y GARCÍA RUBIO, M.A.: «La tutela de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las relaciones laborales», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres*, Madrid (La Ley), 2008, pág. 639.

¹⁰⁵ Véase nota 103.

¹⁰⁶ STS 12 julio 2004 (RJ 2004/4453).

¹⁰⁷ Véase nota 103.

¹⁰⁸ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M.ª T.: «La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad», cit., pág. 19 o AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres», cit., págs. 69 y ss.

Ahora bien, hay que tener en cuenta, como se analizará a continuación con mayor detalle, que esta posibilidad se ha reducido enormemente en los últimos tiempos, pues, de conformidad con el nuevo tenor que la Ley 13/2009 da al artículo 182 de la LPL las pretensiones derivadas del ejercicio de derechos de conciliación son de aquellas que, «inexcusablemente» han de tramitarse con arreglo a su modalidad correspondiente, no obstante la invocación por el trabajador de lesión en alguno de sus derechos fundamentales.

Con todo, este cauce procesal quizá pueda conservar alguna virtualidad como vía de tutela de la conciliación, de forma indirecta, a través del blindaje del trabajador mediante la garantía de indemnidad, establecido en el ordenamiento español para acoger una abundante normativa comunitaria que exige tal prerrogativa. En este sentido, procede recordar que ya la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, modificó el artículo 17 del ET para considerar nulas y sin efecto las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. Sin mucho esfuerzo interpretativo, entre tales reclamaciones cabe entender las derivadas del ejercicio de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por cuanto tales medidas son herramienta básica para la obtención de la igualdad ¹⁰⁹.

De esta manera, la garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias derivadas de reclamaciones de derechos del trabajador, que el Tribunal Constitucional había vinculado en sus orígenes estrechamente al derecho a la tutela judicial efectiva (protegiendo frente a represalias por ejercicio de acciones judiciales) ¹¹⁰, encontraba nuevas formas de manifestación, si bien limitadas al específico objeto de la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres, lo cual no impedía que el trabajador pudiera acudir a la versión vinculada al artículo 24 de la CE cuando correspondiera a la protección de otros derechos fundamentales distintos a los recogidos en el artículo 14 de la CE ¹¹¹.

Por su parte, el artículo 9 de la Ley Orgánica 3/2007 se ocupa de aclarar que una actuación de represalia empresarial como consecuencia de haber presentado «una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, dirigidos a impedir la discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato

¹⁰⁹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M.ª T.: «La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad», cit., pág. 19 o AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres», cit., págs. 69 y ss.

¹¹⁰ Al respecto, SSTCo 14/1993, de 18 de enero; 54/1995, de 24 de febrero; 140, 168 y 191/1999, de 22 de julio, 27 de septiembre y 25 de octubre; 101/2000, de 10 de abril; 196, 197 y 199/2000, de 24 de julio y 198/2001, de 4 de octubre. En la doctrina científica, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», en AA.VV.: *Derecho vivo del Trabajo y Constitución*, Madrid (La Ley) 2003, págs. 635 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.I.: «La garantía de indemnidad por el ejercicio de acciones judiciales en la jurisprudencia constitucional», en AA.VV.: *El Proceso Laboral*, Valladolid (Lex Nova), 2001, págs. 245 y ss. o CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «La garantía de indemnidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en AA.VV.: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española*, Madrid (La Ley), 2006, págs. 697 y ss.

¹¹¹ ÁLVAREZ ALONSO, D.: *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Albacete (Bomarzo), 2005, págs. 13 y ss.

entre mujeres y hombres» merece ser considerada en todo caso como una verdadera discriminación por razón de sexo ¹¹².

Ahora bien, la existencia de esta garantía no es ejercitable de forma autónoma del proceso en el que se pretenda la declaración de nulidad del acto empresarial, lo cual aboca a que la reacción del trabajador frente a esta represalia habrá de ser sustanciada, con carácter general, a través del proceso previsto para la tutela de los derechos fundamentales en los artículos 171 y ss. de la LPL (sobre todo cuando lo que se pretenda es pedir el cese de la conducta discriminatoria, ex arts. 180 y 181 LPL), pero, en su caso (e inexcusablemente, ex art. 182 LPL) de acuerdo con la modalidad procesal que corresponda (por ejemplo, si la represalia fue un despido, a través de la modalidad especial de despido disciplinario) ¹¹³.

7. Finalmente, como garantía última, también pueden hacerse valer los derechos de conciliación a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, bien porque se haya discutido en el pleito una eventual lesión del derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo recogido en el artículo 14 de la CE, bien porque en el proceso previo se haya producido alguna lesión del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE ¹¹⁴.

3. Sobre la necesidad de seguir inexcusablemente esta vía procesal

Como se acaba de advertir, en virtud del apartado 99 del artículo décimo de la Ley 13/2009, la modalidad especial de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (al igual que sus inseparables compañeras, las de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo) ha sido incorporada al listado contenido en el artículo 182 de la LPL de modalidades procesales especiales que, no obstante la invocación de lesión de algún derecho fundamental, «se tramitarán inexcusablemente con arreglo a su modalidad procesal correspondiente».

Ya la doctrina científica había advertido en reiteradas ocasiones de que, *de lege ferenda* y conforme a la lógica general de la norma de ritos social, la modalidad prevista en el artículo 138 bis de la LPL debía ser incluida al catálogo contemplado en el artículo 182 de la LPL ¹¹⁵.

¹¹² La mejor redacción dada por este precepto evita las dudas del anterior, en donde no quedaban claras si algunas situaciones como una denuncia ante la Inspección de Trabajo merecía quedar amparada por el supuesto fáctico de aplicación de la garantía. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «El binomio acción-reacción: evolución y últimas tendencias sobre garantía de indemnidad», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 132, 2006, págs. 342 y ss.

¹¹³ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo», cit., págs. 204 y ss.

¹¹⁴ En este sentido, el Tribunal Constitucional entiende que la negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora una determinada medida de conciliación, sin ponderar como se deben los intereses familiares en juego, puede llegar a ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo y, por tanto, tutelable en amparo, STCo 3/2007, de 15 de enero.

¹¹⁵ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 406.

La previsión legal configura un «modelo dualista»¹¹⁶ de protección de los derechos fundamentales y es interpretada de forma contundente por la jurisprudencia, para la cual, en todos los casos contemplados en el artículo 182 de la LPL «existe ya un procedimiento específico para su impugnación judicial, reservándose el procedimiento de los artículos 175 y ss. de la LPL para la protección de los derechos en sí mismos, y no cuando son causa que vicia actos jurídicos cuya protección está prevista en otros procedimientos»¹¹⁷.

Es evidente que los derechos de conciliación suponen una materialización de las políticas de igualdad y, en consecuencia, una conducta directamente atentatoria contra los mismos puede ser contraria a los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación consagrados en el artículo 14 de la CE¹¹⁸. «A través de la tutela contra la discriminación por la asunción de responsabilidades familiares se protege frente a una discriminación no tanto por razón de sexo, como por razón de género... Si quien ejerce el derecho es –lo más habitual– una mujer, la represalia del ejercicio puede encubrir, en muchos casos, una discriminación por maternidad –esto es, en todo caso, por razón de sexo–; pero, en el resto de supuestos, se produce una discriminación por razón de cargas familiares»¹¹⁹, forma de discriminación a la que la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva, parece que ha querido dotar de cierta sustantividad propia y que, aunque, por motivos cuantitativos, afecta con mayor frecuencia a las mujeres (pues son éstas quienes suelen disfrutar los derechos de conciliación) puede afectar también al varón¹²⁰.

Ahora bien, una interpretación razonable de esta norma debiera llevar a considerar que las garantías propias del proceso de tutela de los derechos fundamentales han de integrarse cumulativamente en la tramitación de aquellos otros procedimientos a través de los cuales se esté tramitando «inexcusablemente» una determinada pretensión del trabajador en la que, complementariamente, se haya alegado una vulneración de un derecho fundamental¹²¹.

¹¹⁶ Véase nota 113.

¹¹⁷ STS 25 noviembre 1994 (RJ 1994/9239). En la doctrina científica, CAVAS MARTÍNEZ, F.: *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Pamplona (Aranzadi), 2004, págs. 145 y ss.

¹¹⁸ Imprescindible la referencia a la STCo 3/2007, de 15 de enero. Por su claridad, STSJ Castilla y León/Valladolid 19 diciembre 2007 (AS 2008/784).

¹¹⁹ LOUSADA AROCHEA, J.F.: «Las garantías sustantivas de ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 158. En igual sentido, ARAGÓN GÓMEZ, C.: «La tutela judicial del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en el orden social», AA.VV. (MERCADER UGUINA, J., Coord.): *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, págs. 752 y ss. o LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad», cit., pág. 29.

¹²⁰ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo», cit., pág. 189.

¹²¹ Ésta es, por tanto, la única interpretación aceptable, quizá demasiado alambicada, pero también adecuadamente sensible con los derechos de los trabajadores. Al respecto, CAVAS MARTÍNEZ, F.: *El proceso laboral de tutela de la Libertad Sindical y demás Derechos Fundamentales*, Pamplona (Aranzadi), 2004, pág. 157; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: «Sobre la vulneración de la tutela judicial efectiva por desconocer el requisito de conciliación administrativa previa en un supuesto especialmente complejo», *REDT*, núm. 109, 2002, pág. 134; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «La tutela judicial de los derechos laborales fundamentales; sinécdoque procesal», *TS*, núm. 16, 1992, pág. 10; GARATE CASTRO, J.: *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los Tribunales Laborales*, Santiago de Compostela (EGAP), 1999, pág. 41 y ss.; CABAÑAS GARCÍA, J.C.: «La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el orden

Hubiera sido conveniente que, en alguna de las reformas de la LPL llevadas a cabo últimamente, se hubiera atendido a tal demanda doctrinal de acumulación o exportación de las garantías propias del proceso de tutela de derechos fundamentales¹²², lo cual no se ha hecho de modo expreso y obliga a que los jueces y tribunales realicen una tarea alegal de armonización aplicando en cada caso las garantías que resulten necesarias para asegurar que se cumple con el mandato constitucional del artículo 53 de la CE.

En este sentido, el legislador tan sólo ha previsto expresamente (para recoger una tesis doctrinal que acabó por imponerse en la jurisprudencia)¹²³ la posibilidad de pedir, siempre y en todo caso (y con independencia del cauce procedimental que inexcusablemente se esté siguiendo), la indemnización de daños y perjuicios derivados de la lesión en el derecho fundamental (arts. 27, 180 y 181 LPL), algo que, por tanto, se podrá acumular a la reclamación tramitada a través de la vía contemplada en el artículo 138 bis de la LPL¹²⁴.

Téngase en cuenta, completando lo anterior, un dato adicional de gran importancia en el supuesto concreto ahora estudiado, cual es que la obligación contenida en el artículo 182 de la LPL provoca, en el supuesto de la modalidad especial de conciliación, una importante disfunción, en tanto en cuanto la sentencia será firme y, por tanto, una cuestión de tanta trascendencia como la derivada de la lesión de un derecho fundamental no podría ser revisada en suplicación¹²⁵.

III. LAS PARTES DEL PROCESO (O SOBRE LA AUSENCIA DE AUTOTUTELA DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN)

La forma en la cual están redactados la mayor parte de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (cuyas discrepancias en su ejercicio son el objeto, tal y como se han indicado, de esta modalidad especial), dan a entender que se trata de verdaderos derechos subjetivos del trabajador, en tanto en cuanto es éste quien decide la concreción y el momento de su disfrute, sin que al empresario le quepa más opción, en la mayoría de los casos, que soportar la decisión obrera¹²⁶.

social», *DL*, núm. 42, 1994, pág. 75 o, moderadamente, GARCÍA VIÑA, J.: «La modalidad especial de tutela de la libertad sindical y de los demás derechos fundamentales», *RTSS. CEF*, núms. 197-198, 1999, pág. 28.

¹²² LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad», cit., pág. 27.

¹²³ Después de mantener durante décadas una rancia jurisprudencia según la cual las indemnizaciones previstas en el ET para los supuestos de extinción del contrato de trabajo eran las únicas consecuencias legales posibles, y, por tanto, resultaban incompatibles con las eventuales indemnizaciones derivadas de la lesión de derechos fundamentales [por todas, STS 21 mayo 2004 (RJ 2004/5023)], el Tribunal Supremo, aplicando normativa comunitaria y haciéndose eco de las numerosas críticas doctrinales, reconoció, por fin, que la pretensión dirigida a resarcir la vulneración de un derecho fundamental es siempre compatible con cualesquiera otra acción (aun la reclamación frente al despido), tesis recogida ahora en la letra de la Ley. STS 17 mayo 2006 (RJ 2006/7176).

¹²⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo», cit., pág. 209.

¹²⁵ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad», cit., pág. 29.

¹²⁶ STS 16 junio 1995 (RJ 1995/4905) o SSTSJ Comunidad Valenciana 27 septiembre 2001 (AS 2008/524), Cataluña 26

Ahora bien, el tenor del artículo 138 bis de la LPL, en su letra a), indica que es «el trabajador» quien habrá de «presentar demanda ante el Juzgado de lo Social» en el plazo de veinte días desde que el empresario le comunique su disconformidad con el disfrute propuesto de un determinado derecho de conciliación.

Un tenor tan contundente (que no ha sido modificado, pese a las críticas doctrinales, en las múltiples oportunidades en las que el legislador ha tenido ocasión), determina de forma clara la legitimación *ad causam* y distribuye los papeles de actuación en el proceso: demandante será el trabajador; demandado el empresario.

Más en concreto, la legitimación activa corresponde al trabajador (sea varón o mujer, según los casos) que, en función de sus circunstancias familiares y personales, se sienta titular de un derecho de conciliación cuyo ejercicio ha solicitado y la empresa le ha denegado, haciendo surgir una «discrepancia» entre ambos ¹²⁷; por su parte, la legitimación pasiva corresponde, precisamente, al empresario denegante.

En consecuencia, parece que si el empleador deniega la solicitud del ejercicio del derecho, sobre el trabajador recae la carga de reclamar judicialmente, no ostentando, en principio, facultad para ejercitar una suerte de autotutela y hacer uso de su derecho de forma preliminar (casi cautelar) en contra de la decisión empresarial ¹²⁸.

Por tanto, el derecho del trabajador no es directo y «queda condicionado a la conformidad o disconformidad manifestada por el empresario» ¹²⁹, con lo cual «pese a la amplitud con la que parecen reconocerse (en la mayor parte de los casos) en la letra de la Ley... [los derechos de conciliación] quedan en buena medida desnaturalizados» ¹³⁰. Tal panorama resulta «ilógico» ¹³¹ a juicio de gran parte de la doctrina científica, en tanto en cuanto, no existe congruencia entre «la instrumentalización

octubre 2000 (AS 2000/4544), Andalucía/Málaga 22 marzo 2002 (AS 2002/2614), País Vasco 18 febrero 2003 (AS 2003/1777) o Castilla y León/Burgos 10 noviembre 2006 (AS 3195).

¹²⁷ Hay que estar directamente afectado por la decisión empresarial, defendiendo un interés personal y legítimo, SJS núm. 21 Barcelona 30 noviembre 2004 (AS 2004/3510).

En todo caso, procede observar que en su origen los derechos defendidos eran escasos (lactancia y reducción de jornada). Con posterioridad a la reforma operada por la disposición adicional 17.^a del ET, introducida por la disposición adicional 11.^a de la Ley Orgánica 3/2007, y a las modificaciones en la regulación procesal llevadas a cabo por la Ley 13/2009, las posibilidades se han incrementado notablemente, tal y como se comentó al intentar hacer un elenco de cuanto por «derechos de conciliación» cabe entender y, en consecuencia, cualquier trabajador (varón o mujer, según la configuración sustantiva de cada derecho) que sea titular de alguno de ellos estará legitimado para pleitear contra la denegación empresarial de su disfrute. ASEÑO PINILLA, J.L.: «Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», en AA.VV.: *Memento de Procedimiento Laboral*, Madrid (Francis Lefebvre), 2009, pág. 686.

¹²⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permisos de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., págs. 43 y ss.

¹²⁹ MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Disposiciones extravagantes y otras cuestiones reguladas en la Ley 13/1999», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, pág. 124.

¹³⁰ ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral*, Granada (Comares), 2002, págs. 87-88.

¹³¹ ASEÑO PINILLA, J.L.: «Algunos aspectos de la nueva modalidad procesal de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Social Mes a Mes*, núm. 52, 2000, pág. 12.

procesal del ejercicio del derecho y el tenor de las normas sustantivas»¹³²; lo más coherente hubiera sido «designar al empresario como sujeto sobre el que recae la carga de demandar» cuando no esté de acuerdo con el uso que el trabajador ha efectuado de su derecho¹³³.

Es cierto, en cualquier caso, que no falta quien entiende que la lógica general del sistema procesal laboral se adapta mejor a que la demanda provenga del trabajador y el empresario siga conservando sus habituales poderes de dirección y organización del trabajo y adopte el papel pasivo de demandado¹³⁴. «En el fondo, la opción normativa resulta de un enorme pragmatismo, desde el instante en que el carácter dependiente y subordinado consustancial al trabajo asalariado condiciona materialmente el ejercicio de todos estos derechos subjetivos; los mismos deben pasar siempre por el tamiz de la aceptación del empresario, pues resulta inexcusable su intervención a tenor de los poderes organizativos que le corresponden y le reconoce la legislación laboral»¹³⁵.

Con todo, es necesario reconocer que el legislador no se ha mostrado aquí tan generoso como lo ha hecho en otros lugares del ordenamiento laboral, estableciendo determinadas normas que permiten el ejercicio incontestado de derechos del trabajador, tales como el artículo 21.4 de la LPRL o el artículo 12.4 e) del ET, aportándole al trabajador, además, una garantía de indemnidad frente a las eventuales reacciones empresariales¹³⁶.

En el caso ahora analizado (de ejercicio de derechos de conciliación), asalta la duda de cuál habría de ser la respuesta si el trabajador, no obstante la disconformidad empresarial, iniciara de forma unilateral el disfrute de su derecho (y ello con independencia de que simultáneamente pudiera haber interpuesto una demanda por el cauce procesal regulado en el art. 138 bis LPL).

La solución más ortodoxa pasa por considerar que en tal caso se estaría produciendo un incumplimiento disciplinario capaz de justificar una sanción empresarial que, si la gravedad y la culpabilidad lo justifican, podría llevar al despido procedente del trabajador que así se haya comportado¹³⁷.

Ahora bien, no faltan opiniones en virtud de las cuales la cuestión no es tan sencilla, pues ese ejercicio incontestado puede haber estado fundamentado en un derecho legalmente reconocido (pero

¹³² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)», *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1999, pág. 6 o LOUSADA AROCHEA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permisos de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 475.

¹³³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras», *Relaciones Laborales*, núm. 24, 1999, pág. 22.

¹³⁴ GARCÍA MURCIA, J.: «Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Justicia Laboral*, núm. 1, 2000, pág. 35.

¹³⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario, 1999, pág. 90.

¹³⁶ LOUSADA AROCHEA, J.F.: «Las garantías sustantivas de ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 163.

¹³⁷ PÉREZ DEL RÍO, M.^a T.: «La Ley 39/1999, de conciliación de responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras», *Temas Laborales*, núm. 52, 2000, págs. 88 y ss.

injustamente negado por el empleador), lo cual hace difícil justificar en este punto una suerte de *sol-ve et repete* como única posibilidad ¹³⁸.

Habrán de analizarse las circunstancias concretas del caso, y vislumbrar la actitud de trabajador y empresario, por ejemplo, para apreciar si existía una negativa irrazonable del empresario que suponía un perjuicio grave para el trabajador por impedirle atender a necesidades familiares inaplazables que pudiera ser considerado incluso peligroso o vejatorio para su dignidad, pues en tal caso la desobediencia del trabajador parece que no debería tener efectos disciplinarios ¹³⁹; por tal motivo, y según esta tesis, no podría establecerse, a priori, si el despido (o la sanción) son procedentes o nulos ¹⁴⁰.

Incluso, las opiniones más contundentes consideran que las decisiones del trabajador son «directa e inmediatamente ejecutivas (como lo sería, de modo similar, pero en sentido inverso, la decisión de modificación sustancial de condiciones decidida por el empleador en virtud del art. 41 ET)». Tan arriesgada conclusión se alcanza en virtud de argumentos legales (la ley contempla la limitación empresarial de los derechos de conciliación como algo ciertamente excepcional: por ejemplo, y respecto a la lactancia, cuando dos trabajadores de la misma empresa pretendan hacer uso simultáneo del derecho generado en virtud del mismo causante, art. 37.5 ET) y prácticos, en tanto nadie mejor que el propio interesado conoce las responsabilidades y necesidades a las que tiene que hacer frente ¹⁴¹.

Bajo una perspectiva tan radical, cualquier decisión empresarial que sancionara al trabajador por el disfrute de estos derechos merecería en todo caso la sanción de nulidad, resultando de aplicación, en particular, la previsión general que tacha de nulos los despidos de quienes hayan hecho uso de sus prerrogativas conciliatorias [arts. 54.4 b) y 55.5 b) ET]; si bien, finalmente, reconoce que «pese a conferir al trabajador la facultad de señalar la concreción del disfrute de tales derechos, la Ley admite en el artículo 138 bis de la LPL que puedan existir discrepancias entre empresario y trabajador, lo que indica que a aquel le cabe la posibilidad de rechazar los términos en que su trabajador pretenda ponerlos en práctica. La realidad puede presentar hipótesis muy heterogéneas, que seguramente resisten mal el otorgamiento de una respuesta única o lineal; lo ideal es que empleador y trabajador sean capaces de llegar a un acuerdo para la aplicación razonable de la norma ante las circunstancias que se les planteen» ¹⁴².

La disquisición anterior sobre las formas de (auto)tutela del derecho de conciliación no han de ocultar la radical simplicidad del artículo 138 bis de la LPL; en esta modalidad especial el demandante será siempre el trabajador y el demandado será siempre su empleador, lo cual no empece para

¹³⁸ ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, págs. 48 y ss. o LOUSADA AROCHEA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permisos de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 476.

¹³⁹ SSTSJ Madrid 17 diciembre 1993 (AS 1993/5552) o Andalucía/Sevilla 24 abril 1998 (AS 1998/2194).

¹⁴⁰ LOUSADA AROCHEA, J.F.: «Las garantías sustantivas de ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 165.

¹⁴¹ En este sentido, STSJ Madrid 5 marzo 2002 (AS 2002/1664).

¹⁴² PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J.: «Jornada y conciliación en el trabajo», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., págs. 289 y 292.

que se planteen algunas otras cuestiones relativas a las partes del proceso que, en breve síntesis, pueden quedar condensadas en las siguientes:

1. Cabe plantear si resulta necesario, como ocurre en otros procesos especiales [por ejemplo, en el proceso por vacaciones –art. 125 d) LPL– o en los de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo –art. 138.2 LPL–], codemandar a otros trabajadores (constituyendo un litisconsorcio pasivo necesario), cuando los derechos de un operario puedan entrar en conflicto con los de otro.

En este sentido, hay que hacer notar que no hay una norma análoga en el artículo 138 bis de la LPL que establezca la necesidad de constituir dicho litisconsorcio pasivo y, en consecuencia, no parece que sea exigible como presupuesto procesal que condicione la corrección de la relación jurídico-procesal¹⁴³; esta solución parece impecable cuando «los derechos ejercitados sean derechos individuales frente a la empresa y no frente a otros compañeros»¹⁴⁴.

Ahora bien, la cuestión es más compleja porque son muchos los derechos de conciliación y variadas las situaciones en que los intereses de dos trabajadores de la misma empresa pueden entrar en conflicto porque uno pretenda hacer valer una posición que, por fuerza, va a perjudicar a otros, al modificar de alguna forma sus condiciones de trabajo¹⁴⁵.

En tales casos (y aunque, como se desprende de cierta jurisprudencia, los compañeros de trabajo también habrán de soportar sacrificios derivados de la conciliación de la vida laboral y familiar de un concreto operario)¹⁴⁶ no parece justo emanar una resolución sin que hayan tenido, al menos, la oportunidad de alegar en el proceso cuanto a sus intereses convenga¹⁴⁷.

Por tal razón, y aun a falta de norma expresa, parece aconsejable (y, en todo caso, nunca está de más) codemandar a cuantos compañeros puedan verse perjudicados. Tal necesidad resulta más que imprescindible en algunas ocasiones en las que, por la propia estructura de los derechos de conciliación, dos o más operarios quedan directamente enfrentados por una determinada posición subjetiva; un ejemplo significativo, cuando el empresario limite el ejercicio simultáneo por dos o más trabajadores del derecho a la reducción de jornada (art. 37.5 ET) o al disfrute de la excedencia (art. 46.3 ET) para el cuidado de hijos o familiares dependientes¹⁴⁸.

¹⁴³ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permisos de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 482.

¹⁴⁴ SJS núm. 2 Pamplona 5 febrero 2002 (AS 2002/675).

¹⁴⁵ Por buscar un ejemplo, cabe aludir a aquella solicitud de una trabajadora de quedar ubicada de forma permanente en el turno de mañana (cuestión esta sobre la que ya se disertó largamente en otro momento del discurso), lo cual fue considerado improcedente por algún pronunciamiento judicial, pues supondría alterar el régimen de trabajo de sus compañeros que verían incrementados sus turnos de tarde y noche, STSJ Madrid 22 octubre 2002 (AS 2003/922).

¹⁴⁶ SSTS 20 julio 2000 (RJ 2000/7209) y 5 noviembre 2003 (RJ 2003/8807).

¹⁴⁷ SJS núm. 2 Pamplona 5 febrero 2002 (AS 675). ASENJO PINILLA, J.L.: «Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», en AA.VV.: *Memento de Procedimiento Laboral*, Madrid (Francis Lefebvre), 2009, págs. 683 y ss.

¹⁴⁸ STSJ Castilla-La Mancha 16 marzo 2006 (AS 2006/922). De igual opinión, en la doctrina científica, MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág.

2. Aun cuando los derechos de conciliación son de ejercicio individual ¹⁴⁹, es posible (incluso probable) concurrir en su ejercicio (y en una posterior y eventual demanda judicial) con otros trabajadores cuyos intereses sean idénticos o similares; en tales casos, si bien no es posible acumular las demandas en virtud de la prohibición incorporada al artículo 27 de la LPL, sí podrían (e incluso deberían, a la vista más severa del tenor del art. 27 LPL tras la Ley 13/2009) acumularse los autos, siendo sobrevenido un litisconsorcio activo voluntario ¹⁵⁰.
3. Por lo demás, no parece que exista obstáculo alguno para que el sindicato pueda actuar en el proceso a favor del trabajador, bien como su representante voluntario procesal, a través de la figura contemplada en el artículo 20 de la LPL ¹⁵¹, bien como coadyuvante (ex art. 175 LPL), en aquellos casos en los cuales se haya alegado discriminación en la actuación empresarial ¹⁵².

Ahora bien, resulta sorprendente que no se haya conferido legitimación expresa para el orden social a las «asociaciones a favor de la igualdad entre hombres y mujeres». Dichas entidades cuentan, ex artículo 12 de la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, con legitimación con carácter general (aunque el mecanismo descrito recuerda más al de la representación voluntaria que a la sustitución procesal) ¹⁵³, pero la tendrán «de acuerdo con las Leyes Procesales» y la LPL no fue modificada para acoger tal posibilidad, con lo cual queda claro que el legislador no ha querido conferir esta capacidad a dichas entidades en el orden social, con lo cual tan sólo se reconoce la ya mentada facultad de las organizaciones sindicales que figura en el artículo 20 de la LPL ¹⁵⁴.

IV. EL (NO EXIGIBLE) INTENTO DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL PREVIO ¿REALIDAD SOCIAL?

Cuando la Ley 39/1999, para la Conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, procedió a crear esta modalidad procesal especial, ni el tenor del artículo 138 bis de la LPL ni ningún otro precepto específico (como los arts. 64 y 70 LPL) eximían a quien pretendiera incoarlo

413. Considerando que la reclamación procesal de tales preferencias ha de quedar encauzada a través del proceso ordinario, LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 482.

¹⁴⁹ SJS núm. 2 Pamplona 5 febrero 2002 (AS 2002/675).

¹⁵⁰ ASENJO PINILLA, J.L.: «Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», en AA.VV.: *Memento de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 686.

¹⁵¹ Con carácter general, PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: «Sindicato y proceso», *RPS*, núm. 122, 1979, págs. 50 y ss.; VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La defensa en juicio por el sindicato de los derechos individuales; una facultad infrautilizada», *RL*, T. II, 1994, págs. 44 y ss. y ORTIZ LALLANA, M.^a C.: *La intervención del sindicato en el proceso de trabajo*, Madrid (CES), 1994, págs. 43 y ss.

¹⁵² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo», cit., pág. 203.

¹⁵³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Novedades procesales de la Ley de Igualdad», cit., pág. 335.

¹⁵⁴ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 19, 2009, pág. 24.

de la necesidad de proceder a efectuar un intento previo de solución extrajudicial del conflicto, con lo cual su celebración resultaba plenamente exigible, produciendo los efectos normales derivados de tales actos previos, principalmente, la suspensión del cómputo del plazo de caducidad de veinte días ¹⁵⁵.

Frente a tal situación, la doctrina científica había hecho notar que la imposición de llevar a cabo dichos trámites preprocesales se compadecía mal con el carácter preferente y urgente del artículo 138 bis de la LPL ¹⁵⁶, resaltando lo «anómalo» de la situación, que sólo se explicaba en el «olvido o descuido» del legislador ¹⁵⁷.

Tal opinión ha sido recogida por el legislador, quien a través de la reforma practicada en la LPL mediante la Ley 13/2009, ha procedido a exceptuar del requisito general de intentar la conciliación previa (art. 64 LPL) ¹⁵⁸ o, cuando la demandada fuera una Administración Pública, de la reclamación administrativa previa (art. 70 LPL) ¹⁵⁹ a «los procesos... de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 138 bis de la LPL».

Igual suerte han merecido otros procesos, tales como los de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo (compañeros inseparables para el legislador de la modalidad procesal especial analizada por este trabajo en la reforma procesal practicada por la Ley 13/2009), así como «el ejercicio de acciones laborales derivadas de los derechos establecidos en la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género».

Este último añadido podría resultar superfluo, en tanto en cuanto, como se dijo, las demandas ejercitadas por la trabajadora víctima de la violencia de género para la tutela de sus derechos pueden considerarse dirigidas a conciliar la vida laboral y personal y, en consecuencia, encuentran plena acogida dentro de la modalidad procesal contemplada en el artículo 138 bis de la LPL.

La supresión de estos trámites preprocesales en el proceso especial de conciliación ha merecido juicios ambivalentes; de un lado, como se ha indicado ya, era generalizado el clamor doctrinal que pedía su eliminación en coherencia con el carácter preferente y urgente del procedimiento ¹⁶⁰. De otro, no falta quien hace notar que el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar es un terreno especialmente abonado a la negociación y la concertación entre empresario y trabajador, y teme que la eliminación de la conciliación o reclamación administrativa previas pue-

¹⁵⁵ Entre otras, SSJS Ciudadela de Menorca 23 marzo 2005 (AS 2005/427) o Castellón 13 marzo 2001 (AS 2001/324).

¹⁵⁶ TUDELA TAMBORERO, G.: «Comentario al artículo 138 bis LPL», en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E. y DAMIÁN MORENO, J., Coords.): *La Ley de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 380 o MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 380.

¹⁵⁷ ALONSO OLEA, M.; MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho Procesal del Trabajo*, cit., pág. 232.

¹⁵⁸ En la redacción dada por el apartado 45 del artículo décimo de la Ley 13/2009.

¹⁵⁹ En la redacción dada por el apartado 47 del artículo décimo de la Ley 13/2009.

¹⁶⁰ ALONSO OLEA, M.; MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho Procesal del Trabajo*, cit., pág. 232; TUDELA TAMBORERO, G.: «Comentario al artículo 138 bis LPL», en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E. y DAMIÁN MORENO, J., Coords.): *La Ley de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 380 o MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 380.

da generar más perjuicios (en forma de aumento de litigiosidad) que beneficios (contribuir al aumento de la celeridad) ¹⁶¹.

Con todo, y para tranquilizar a quien así piensa, cabe tener presente que, aunque la norma de ritos social suprime ahora la necesidad de intentar la solución extrajudicial, lo cierto es que la propia estructura procesal aboca a que haya habido una cierta actividad, más o menos formal, tendente a la obtención de un acuerdo entre empresario y trabajador. Recuérdese que el objeto del proceso viene dado por las «discrepancias» en materia de conciliación, lo cual requiere, cabalmente, una propuesta inicial del trabajador ¹⁶², seguida de una negativa (o propuesta alternativa) ¹⁶³ por parte del empresario, que en buena medida puede atender al objetivo general de evitación de litigios innecesarios.

V. LA DEMANDA

La demanda constituye el acto inicial de cualquier proceso y en este punto la modalidad especial ahora estudiada no constituye una excepción. Ciertamente, la regulación contenida en el artículo 138 bis de la LPL aporta pocos indicios acerca de cómo ha de interponerse; apenas si indica el plazo para el ejercicio de la acción, guardando un inquietante silencio sobre un acto que, por ser el único escrito y formal (de éste como de tantos otros procesos laborales), debería quedar mejor perfilado en la letra de la ley (sobre todo teniendo en cuenta la complejidad que encierra su contenido, de la que se tratará de dar cuenta en las páginas que siguen). Ayuna de otra regulación, la demanda habrá de regirse por las normas generales contempladas en el artículo 80 de la LPL ¹⁶⁴.

1. Plazo de ejercicio de la acción

La letra a) del artículo 138 bis de la LPL indica que «el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el periodo de disfrute propuesto por aquél, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social».

Aun cuando ni la norma de ritos social ni el artículo 59 del ET indican nada al respecto, un criterio sistemático y razones finalistas llevan al prácticamente unánime consenso a la hora de

¹⁶¹ MOLINA NAVARRETE, C.: «El impacto laboral de la Ley de Igualdad: lo que queda después de vender el humo político», RTSS. CEF, núm. 290, 2007, págs. 99 y ss.

¹⁶² MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 383.

¹⁶³ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., págs. 473 y ss.

¹⁶⁴ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 390.

entender que dicho plazo es de caducidad ¹⁶⁵. Desde un punto de vista sistemático, cuando la LPL concede un número concreto (y generalmente corto) de días para el ejercicio de la acción, la naturaleza jurídica del plazo es la caducidad (proceso de despido –arts. 59 ET y 103 LPL–, extinción objetiva –art. 114 LPL–, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo –arts. 59.4 ET y 138 LPL–), salvo que expresamente se indique que es de prescripción (art. 277.2 LPL) ¹⁶⁶.

Atendiendo a razones finalistas, es necesaria una rápida impugnación que evite «la indefinición y provisionalidad» en situaciones que afectan de forma tan decisiva al desenvolvimiento vital del trabajador como las ventiladas a través de esta modalidad procesal especial ¹⁶⁷.

Al ser el plazo de caducidad, conviene recordar las implicaciones jurídicas bien conocidas que tal naturaleza comporta ¹⁶⁸: cabe la apreciación de oficio de su transcurso; opera, *ex lege*, una vez concluido; su cómputo no se interrumpe, en todo caso, excepcionalmente se suspende (más excepcional todavía en el caso ahora objeto de estudio, en tanto ha sido eliminada la necesidad de la conciliación y reclamación administrativa previas, que con anterioridad suspendían el cómputo del plazo en los términos previstos en los arts. 65 y 72 LPL); al ser una cuestión sustantiva, no cabe inadmisión formal y, caso de que se alegue por el demandado, ha de ser resuelto en la sentencia con carácter previo a la pretensión que constituye el objeto del litigio ¹⁶⁹.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo será el siguiente a aquel en el que el empresario comunique al trabajador su disconformidad sobre la propuesta de ejercicio de un derecho de conciliación efectuada por el trabajador y, de existir varias respuestas, parece que la última será la que haya de tenerse en cuenta a estos efectos ¹⁷⁰.

Que se deriven unos efectos tan importantes de la actuación empresarial implica que, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, la respuesta ha de ser pronta, clara, concluyente y expresa ¹⁷¹ (debiendo entenderse el silencio en sentido favorable al trabajador como aquiescencia con la propuesta efectuada) ¹⁷².

¹⁶⁵ Entre otras, STSJ Cataluña 17 febrero 2006 (AS 2006/2460) o SSJS núm. 1 Barcelona 9 enero 2002 (AS 2002/1297).

¹⁶⁶ Esta misma interpretación sistemática se ha llevado a cabo en relación con modalidades más o menos similares a la ahora analizada, tales como vacaciones o materia electoral. LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., págs. 473 y ss.

¹⁶⁷ VIQUEIRA PÉREZ, C.: «El proceso en materia de permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares», en AA.VV. (BLASCO PELLICER, A., Dir.): *El Proceso Laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005, pág. 819.

¹⁶⁸ STSJ Cataluña 17 febrero 2006 (AS 2006/2460).

¹⁶⁹ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 390.

¹⁷⁰ ASENJO PINILLA, J.L.: «Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», en AA.VV.: *Memento de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 689.

¹⁷¹ Véase nota 169.

¹⁷² LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 486.

Se trata de una declaración recepticia y, por tanto, es indiferente la fecha de emisión, resultando determinante para el inicio del cómputo el día en que es notificada al trabajador ¹⁷³. Además, aun cuando no es necesario que se le dote de forma escrita (ni a la previa propuesta del trabajador, ni a la posterior negativa empresarial) lo cierto es que resultará sumamente conveniente, pues en caso contrario la prueba de que se ha producido la notificación corresponderá a quien la afirme ¹⁷⁴.

En caso de quedar los efectos de la negativa empresarial diferidos en el tiempo, surge la duda de qué efectos tienen tal incidencia en el cómputo del plazo. De acuerdo con una tesis, el trabajador podrá no obstante impugnar la decisión del empresario desde que ésta es comunicada, pero sin que el plazo empiece a contar hasta que aquéllos no cobren operatividad, de forma analógica a cuanto sucede en el supuesto de despido por causas objetivas (art. 121 LPL) ¹⁷⁵. Conforme a otra opinión, más ajustada al tenor legal (que alude a la comunicación de la disconformidad empresarial), el señalamiento de una fecha posterior no evita el inicio del cómputo del plazo, que comienza a correr de manera fatal ¹⁷⁶.

Al ser un plazo de caducidad fijado por días, éstos han de ser hábiles, lo cual excluye de su cómputo los sábados, domingos y festivos (incluidos los días 24 y 31 de diciembre) ¹⁷⁷. Respecto al mes de agosto, como luego se verá con mayor detalle, la Ley 13/2009 ha modificado el artículo 43 de la LPL para incluir a esta modalidad procesal entre aquellas respecto de las que, debido a la urgencia, el mes de agosto resulta hábil, si bien no falta quien entienda que al ser éste un plazo sustantivo y no procesal, tal declaración no habría de surtir efectos de cara a la inhabilidad de tales días ¹⁷⁸.

En cuanto al *dies ad quem*, procede recordar aquella tesis jurisprudencial de conformidad con la cual el día de presentación de la demanda no se incluye en el cómputo, lo cual no ha de ser confundido con la ampliación del plazo por un día más, como podría ocurrir cuando el día del vencimiento del plazo no se haya realizado la correspondiente actuación ¹⁷⁹.

¹⁷³ Con carácter general, sobre declaraciones recepticias, STS 25 septiembre 1995 (RJ 1995/6888).

¹⁷⁴ Véase nota 169.

¹⁷⁵ ASENJO PINILLA, J.L.: «Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», en AA.VV.: *Memento de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 689.

¹⁷⁶ Citando como argumento la jurisprudencia existente al respecto cuando el empresario difiere la fecha de efectividad de una sanción (STSJ Castilla-La Mancha 20 noviembre 2003 –AS 2004/272–). MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 390.

¹⁷⁷ Tras un largo debate surgido entre pronunciamientos de suplicación contradictorios, la jurisprudencia vino a considerar plenamente aplicable a este tipo de supuestos las previsiones novedosas contenidas en el artículo 182 de la LOPJ, STS 23 enero 2006 (RJ 2006/347).

¹⁷⁸ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 399.

¹⁷⁹ STS 17 septiembre 1992 (RJ 1992/6792).

Además, es menester considerar la evolución experimentada en el orden social en lo relativo a la interposición el último día del plazo. Así, el artículo 135 de la LEC permitía la presentación de escritos hasta las 15.00 horas del día hábil siguiente al último del plazo, previsión que resultaba aplicable al orden social de forma opcional o complementaria a aquella otra posibilidad prevista en el artículo 45 que permitía la presentación en el juzgado de guardia hasta las 00.00 horas del último día del plazo ¹⁸⁰. Esta última posibilidad (tan característica durante tanto tiempo del orden social) ha desaparecido en virtud del apartado 29 del artículo décimo de la Ley 13/2009, que ha recogido en la letra de la ley como única opción la de la presentación hasta las 15.00 horas del día hábil siguiente, en previsión que resulta plenamente aplicable a la modalidad procesal ahora objeto de estudio.

En todo caso, es necesario advertir, antes de dar por finiquitada esta cuestión, que el valor de este plazo de caducidad es relativo, en tanto en cuanto su transcurso sólo impide al trabajador solicitar al órgano judicial la estimación de su pretensión de concreción de un determinado derecho de conciliación. Pero, en tanto en cuanto el derecho mismo ni prescribe ni caduca, mientras sigan existiendo las circunstancias familiares o personales que determinen la titularidad de un derecho (legal o convencional) de conciliación, el trabajador puede volver a presentar ante el empresario una nueva propuesta que, en caso de reiteración de la discrepancia por la negativa patronal, habilita un nuevo plazo de caducidad de veinte días para plantear ante el juzgado de lo social la estimación de su pretensión de disfrute del derecho ¹⁸¹.

2. Requisitos de la demanda

En lo referente a los requisitos de la demanda, baste decir que el silencio del artículo 138 bis de la LPL lleva a entender plenamente aplicables las exigencias generales contenidas en el artículo 80 de la LPL, debiendo acompañarse tantas copias (del escrito y del resto de documentos que se presenten) como demandados haya ¹⁸².

Resultan asimismo de aplicación las reglas sobre subsanación de los defectos que el escrito pudiera contener contenidas en el artículo 81 de la LPL y, consecuentemente, la doctrina constitucional en virtud de la cual la advertencia de los defectos subsanables no es una mera facultad, sino una auténtica obligación del órgano judicial ¹⁸³ (ahora, tras la reforma operada por la Ley 13/2009, del Secretario Judicial).

Por otra parte, en cuanto a la instrumentación de la pretensión, el trabajador habrá de indicar en su demanda la enumeración de hechos sobre los que verse la pretensión, de manera clara y con-

¹⁸⁰ Entre otras, STS 15 marzo 2005 (RJ 2005/3506).

¹⁸¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras», cit., pág. 21 o LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permisos de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 486.

¹⁸² ASENJO PINILLA, J.L.: «Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», en AA.VV.: *Memento de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 690.

¹⁸³ Entre muchas SSTCo 63 y 135/1999, de 11 de marzo y 13 mayo.

creta. Esto hace necesario que explique en el escrito cuál es la «discrepancia» surgida con el empresario en el disfrute de un derecho de conciliación, indicando claramente las circunstancias personales y profesionales que rodean dicho desacuerdo: tanto la propuesta inicial formulada por el propio operario, como la fecha, forma y contenido de la negativa empresarial, así como otras circunstancias laborales, tales como la categoría profesional y condiciones de trabajo existentes en el momento de la reclamación ¹⁸⁴ (jornada ordinaria, salario, etc.), e, incluso, aquellas circunstancias que puedan suponer un mejor derecho de su elección frente al empresario o frente a terceros ¹⁸⁵.

De igual modo, en el *petitum* de la demanda ha de constar de manera clara la petición que se articula, que no será otra que la de que se le permita disfrutar del derecho de conciliación del que se siente titular en los términos solicitados en su día al empresario y negados por éste ¹⁸⁶. En particular, y aun con las dudas expresadas en su momento (según las cuales se podría evitar la duplicidad de litigios entendiendo que existe una cuestión prejudicial asumible en el proceso especial del art. 138 bis LPL) ¹⁸⁷, parece que no puede pretenderse directamente a través de esta vía el reconocimiento de la titularidad del derecho de conciliación ¹⁸⁸, así como tampoco las partidas económicas sobre las que discrepen empresario y trabajador como consecuencia del ejercicio del derecho de conciliación ¹⁸⁹.

3. La prohibición de acumulación de la acción a ninguna otra

El apartado 12 del artículo décimo de la Ley 13/2009 ha efectuado diversas modificaciones en el artículo 27 de la LPL, entre las cuales, y por cuanto ahora interesa, destaca el que se hayan añadido algunas modalidades procesales a la lista de aquellas a las que, de forma excepcional (pues la regla general continúa siendo la posibilidad de acumulación, por parte del actor, de cuantas acciones le competan contra el demandado), no se puede acumular el ejercicio de ninguna otra acción.

A los procesos especiales que ya contemplaba la norma de ritos laboral (despido, extinción por las causas previstas en los arts. 50 y 52 ET, materia electoral, impugnación de convenios colectivos y de estatutos de sindicatos y los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales) se

¹⁸⁴ Sin que parezca factible su cómputo anual, STSJ Cataluña 14 diciembre 1999 (AS 1999/3976).

¹⁸⁵ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 390.

¹⁸⁶ SSTSJ Andalucía/Málaga 22 marzo 2003 (AS 2003/2614) o Comunidad Valenciana 27 septiembre 2001 (AS 2002/524).

¹⁸⁷ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 402.

¹⁸⁸ STS 18 junio 2008 (RJ 2008/4230). SSTSJ Castilla-La Mancha 30 junio 2006 (AS 2006/3016), Andalucía/Málaga 22 marzo 2003 (AS 2003/2614), Cataluña 18 marzo 2003 (AS 2003/1955), Comunidad Valenciana 25 abril 2003 (AS 1125) o Madrid 27 junio 2007 (AS 2007/3087).

¹⁸⁹ SSTS 21 julio 2006 (RJ 2006/7184) y 24 abril 2007 (RJ 2007/4197); SSTSJ Cataluña 13 julio 2004 (AS 2004/2682) Andalucía/Sevilla 29 enero 2002 (AS 2002/3648) o SJS núm. 1 Barcelona 9 enero 2002 (AS 2002/1297).

añaden otros tres (los de movilidad geográfica, los de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, por cuanto ahora importa, los de derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar del art. 138 bis) respecto de los cuales no es posible acumular ninguna otra pretensión.

Es cierto que la propia limitación cognitiva de un proceso especial, es decir «su específica delimitación procesal especial, hace surgir una especie de inacumulabilidad objetiva, así como de reconvencción, evidente»¹⁹⁰ que, en cuanto tal, ya operaba antes de la incorporación de esta reforma; pero el legislador ha querido dejar claro este extremo, incorporándolo a la letra de la ley.

Presenta ciertos problemas conceptuales, como ya se señaló, el hecho de que, en teoría, si lo discutido es la titularidad del derecho y, además, el disfrute concreto pretendido por el trabajador, ambas pretensiones hayan de separarse (una por el cauce ordinario; otra por el especial); la solución más solvente pasa por considerar que la cuestión relativa a la titularidad del derecho no supone sino una cuestión prejudicial previa que, por tanto y de conformidad con el artículo 4 de la LPL, puede resolverse a «los solos efectos prejudiciales» en la sentencia que resuelva el proceso especial seguido sobre las discrepancias en el disfrute. Tal opción representa una solución con innegables ventajas prácticas, y además no impide que, en su caso y con posterioridad (esto es, cuando el trabajador ya estará disfrutando el ejercicio pretendido), pueda la parte a quien interese (que ahora sí será el empresario) intentar una pretensión autónoma para conseguir una declaración que afirme o niegue la existencia misma del derecho¹⁹¹.

Por otro lado, es menester indicar que la previsión contenida en el artículo 27.4 de la LPL lleva a que los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la eventual negativa arbitraria, irrazonable o maliciosa por parte del empresario al disfrute propuesto por el trabajador habrán de reclamarse en demanda aparte, sujeta a las reglas propias del proceso ordinario¹⁹².

Ahora bien, como excepción cabe aludir a aquellos casos en los que el trabajador alegue y aporte indicios de un panorama a partir del cual la negativa empresarial implique una discriminación por razón de sexo o de género (algo perfectamente posible, según se vio) y el empresario no logre desvirtuarla mediante la acreditación de circunstancias objetivas y razonables.

En tal caso, de conformidad con la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva, a los artículos 180 y 181 de la LPL, y por la Ley 13/2009 al artículo 27.4, resulta posible reclamar en todo proceso (y sean cuales sean las pretensiones principales ejercitadas) la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales¹⁹³.

¹⁹⁰ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 404.

¹⁹¹ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 405.

¹⁹² STSJ Castilla-La Mancha 9 mayo 2000 (AS 2000/1910).

¹⁹³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Novedades procesales de la Ley de Igualdad», cit., pág. 358.

4. Eventual adopción de medidas cautelares

Como consecuencia del carácter inaplazable que para el trabajador puede presentar el disfrute inmediato de los derechos de conciliación para satisfacer como debe las necesidades familiares surgidas (y en lógica consonancia con la urgencia y preferencia que la norma rituarial social concede a este procedimiento), surge la duda (aun con el silencio legal que resulta ya habitual en este punto) ¹⁹⁴ de si el trabajador puede solicitar en su demanda (y el órgano judicial conceder) determinadas medidas cautelares que permitan la atención de las necesidades familiares durante la tramitación del proceso ¹⁹⁵.

Aun cuando a juicio de algunos la cuestión pueda parecer «más teórica que práctica... más ilusoria que real (y, en cualquier caso, generadora de complejas controversias)... lo cierto es que nada impide la adopción judicial de medidas cautelares, pero, al no existir previsión expresa en los artículos 78 y 79 de la LPL (pues de sobra es conocida la parquedad casi odiosa con la que la LPL regula la institución cautelar) ¹⁹⁶, se debe acudir supletoriamente a la normativa al efecto prevista en la LEC ¹⁹⁷.

Esta solución parece casi imprescindible si se tiene en cuenta, tal y como se ha apuntado, que la estructura del procedimiento diseñado por el artículo 138 bis de la LPL hace prevalecer la negativa empresarial al disfrute del derecho, forzando al trabajador a adoptar el papel de demandante, sin que, en principio (y como en otro momento del presente discurso se razonó con mayor detalle), pueda satisfacer sus expectativas bajo la forma de autotutela de sus derechos.

Esta situación puede generar durante la sustanciación del proceso daños graves en la posición del trabajador (que no podrá atender las necesidades familiares dignas de protección), los cuales difícilmente podrán ser reparados por la futura sentencia, y se antoja especialmente cruel en casos tales como negativas injustificables o arbitrarias del empresario.

En consecuencia, la prevalencia de los derechos de conciliación bien exige un esfuerzo por parte del órgano judicial para esmerarse por adoptar aquellas decisiones cautelares que mejor conengan para atender de forma adecuada las expectativas familiares del trabajador durante la tramitación del proceso.

¹⁹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)», cit., pág. 6.

¹⁹⁵ En este sentido, se ha destacado que aunque la negativa irrazonable a permitir el disfrute del derecho conciliatorio por parte del empresario puede suponer sanciones para el empresario en los términos previstos en la LISOS, lo cierto es que en nada aprovecha esta solución al trabajador, que entre tanto ve desatendidas sus legítimas expectativas familiares, LÓPEZ PARADA, R.: «Comentario al artículo 138 bis LPL», en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid (La Ley), 2006, pág. 1.028.

¹⁹⁶ BLASCO PELLICER, A.: «La tutela cautelar laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento civil», *AS*, T. V, 2001, pág. 622; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Medidas cautelares y reforma del proceso civil», *RL*, núm. 3, 2000, págs. 7 y ss.; PEDRAJAS MORENO, A.: «Las diligencias preliminares, pruebas anticipadas y medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *RL*, núm. 12, 2001, págs. 49 y ss.

¹⁹⁷ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 388.

Particular importancia está llamada a jugar en este sentido, por su ductilidad, la facultad que los artículos 726 y 727.11 de la LEC 2000 conceden al tribunal para acordar las conocidas como «medidas cautelares innominadas», y ello no sólo en función de la consabida supletoriedad de la norma de ritos civil, sino también desde criterios de exigencia de instrumentos útiles que aseguren la función tuitiva de los justiciables, en particular y como arquetipo en el orden social, de los trabajadores asalariados.

Así, el órgano judicial podrá acordar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación directa o indirecta [incluidas las órdenes o prohibiciones de contenido similar a las que se pretenda en el proceso], siempre y cuando aprecie los requisitos generales de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, que resulte conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria y no sea susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado ¹⁹⁸.

VI. OTRAS ESPECIALIDADES EN LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO

1. Preferencia y urgencia en la tramitación (habilidad del mes de agosto)

Ya desde su redacción inicial el artículo 138 bis de la LPL, letra b), había asignado a esta modalidad procesal la consideración de «urgente», debiéndosele dar «tramitación preferente». Por tal motivo, continúa el precepto, «el acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda» y, en fin, «la sentencia... deberá ser dictada en el plazo de tres días».

La lógica subyacente a tal declaración estriba en que el disfrute de los derechos de conciliación representa una necesidad inaplazable para el trabajador, en tanto en cuanto la atención de las necesidades familiares difícilmente podrían soportar una espera larga (so pena de perder la utilidad que la legislación laboral pretender asignarles) y, en consecuencia, se hace necesaria una pronta respuesta judicial que permita el rápido disfrute del derecho pretendido ¹⁹⁹.

La urgencia y preferencia (que no sumariedad) ²⁰⁰ predicados de diversos procesos especiales (entre ellos el ahora analizado) pretenden «reforzar *uti singuli* el principio de celeridad establecido

¹⁹⁸ BLASCO PELLICER, A.: «La tutela cautelar laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento civil», cit., pág. 638.

¹⁹⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permisos de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 478 o MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 377.

²⁰⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras», *Relaciones Laborales*, núm. 24, 1999, pág. 22. Si bien en su acepción vulgar la palabra sumariedad puede ser entendida como sinónimo de celeridad, en sentido técnico-jurídico significa limitación de la cognición del tribunal, de las capacidades de actuación de las partes y ausencia de cosa juzgada. DE LA OLIVA SANTOS, A. y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.: *Derecho Procesal Civil*, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 2000, pág. 605.

como vertebrador de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras del proceso laboral ordinario por parte de los tribunales... ambos conceptos tienen en común el anhelo de actuar con prontitud, con respuesta sin dilaciones... Pero tienen su punto de diferencia en que mientras que la urgencia conlleva una actuación autónoma que se circunscribe en la rapidez que hay que imprimir al propio procedimiento para obtener pronta respuesta... la preferencia es un concepto relacional que implica un despacho de asuntos con antelación a otros»²⁰¹.

En cuanto hace a la preferencia de esta modalidad procesal, es necesario comprender que presenta un carácter relativo, en tanto dicho privilegio ha de coordinarse con otros del mismo sentido del que gozan distintos procesos. Así, la preferencia relativa en la tramitación de las actuaciones propias de la modalidad de conciliación cede frente a la preferencia absoluta que ostenta el proceso especial de tutela de derechos fundamentales frente a todos los que se sigan en el Juzgado o Tribunal (art. 177 LPL); de igual modo, el proceso de conflictos colectivos presenta un «mejor rango», pues «la preferencia en el despacho... será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de derechos fundamentales» (art. 157 LPL).

Por lo demás, es necesario poner de manifiesto que idéntica fórmula a la empleada para conferir preferencia al proceso de conciliación es utilizada también por la LPL para hacer lo propio con un variado elenco de otras modalidades especiales; en consecuencia, su rango parece ser el mismo y, por tanto, su operatividad en caso de concurrencia queda «diluida»²⁰², debiendo ser el órgano judicial quien, a la vista de las circunstancias concretas, decida a cuál da tramitación en primer lugar en función de la mayor o menor trascendencia de cara al litigio laboral que se esté ventilando²⁰³.

Por lo que respecta a la urgencia, no se trata de una mera declaración de intenciones vacía de contenido; antes al contrario, varias son las previsiones concretas de la LPL en las que se plasma tal característica:

1. En primer lugar, el limitado y breve plazo de caducidad para la presentación de la demanda, que, como se vio, queda cifrado en veinte días hábiles desde que el empresario comunique al trabajador su discrepancia sobre el disfrute del derecho de conciliación pretendido (art. 138 bis LPL).
2. En segundo término, y tras la reforma operada por la Ley 13/2009, la ausencia de obligación de intentar la conciliación previa (art. 64 LPL) o la reclamación administrativa (art. 70 LPL); algo que, como ya se indicó en su momento, era considerado necesario por la doctrina cien-

²⁰¹ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 379.

²⁰² ASENJO PINILLA, J.L.: «Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», en AA.VV.: *Memento de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 690.

²⁰³ ASENJO PINILLA, J.L.: «Algunos aspectos de la nueva modalidad procesal de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 16.

tífica pues la necesidad de su celebración se compadecía mal con la pretendida urgencia que la norma de ritos social asigna a esta modalidad procesal ²⁰⁴.

3. En tercer lugar, los plazos más breves que contempla el artículo 138 bis de la LPL. Así, el acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de admisión de la demanda (frente a los diez que el art. 82 LPL contempla con carácter general, si bien el pretendido recorte puede resultar engañoso, pues el precepto general computa tal plazo desde la presentación de la demanda, mientras que el art. 138 bis LPL lo hace desde su admisión) ²⁰⁵. Según ciertos pronunciamientos de los Tribunales, la existencia de un plazo especial para el señalamiento de la vista parece excluir los términos más amplios (de veintidós días) contemplados en el artículo 82.3 de la LPL para aquel supuesto en el cual la representación del demandado la ostente el Abogado del Estado ²⁰⁶.

Por su parte, el artículo 138 bis de la LPL también contempla un plazo especial y reducido para dictar sentencia, de tres días, se supone que desde la celebración de los actos de conciliación y juicio, en vez de los cinco establecidos por el artículo 97 de la LPL con carácter general.

4. Una cuarta manifestación de urgencia presente en la regulación de esta modalidad procesal viene dada por la habilidad de los días del mes de agosto para la celebración de actuaciones procesales, de conformidad con la reciente reforma operada por la Ley 13/2009.

Con anterioridad a tal norma, ya algunos autores se habían extrañado, con total lógica, de que el legislador no hubiera sido coherente y hubiera considerado hábiles los días del mes de agosto para la realización de las actuaciones procesales propias de esta modalidad procesal (como sí lo hacía el art. 43, como excepción a la regla general, para la generalidad de cuantas la LPL considera urgentes) ²⁰⁷.

La anomalía ha sido subsanada, pues el apartado 28 del artículo 10 de la Ley 13/2009 ha procedido a incorporar a esta modalidad especial de conciliación (junto con las de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo) a la lista de aquellas para las que, de conformidad con el artículo 43.4 de la LPL, los días del mes de agosto serán hábiles.

²⁰⁴ TUDELA TAMBORERO, G.: «Comentario al artículo 138 bis LPL», en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E. y DAMIÁN MORENO, J., coords.): *La Ley de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 380 o MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 380.

²⁰⁵ Téngase en cuenta que, tras la modificación efectuada por el apartado 43 del artículo décimo de la Ley 13/2009 en el artículo 82, quien señala el día y la hora de los actos de conciliación y juicio, en un plazo de diez días desde la presentación de la demanda, es el secretario judicial, debiendo mediar un mínimo de quince días (con anterioridad era de cuatro días si se trataba de demandado persona física y quince si era jurídica) entre la citación y la efectiva celebración de dichos actos. El artículo 138 bis de la LPL precisa una parte (el señalamiento en un plazo reducido de cinco días desde la presentación) pero olvida otro (cuánto debe mediar entre la citación y la efectiva realización de los actos de conciliación y juicio), lo cual aboca a dos posibles soluciones: aplicar el plazo general de quince días o entender, como parece preferible, que, debido a la urgencia del proceso, ha de celebrarse cuanto antes.

²⁰⁶ En este sentido, SJS Ciudadela de Menorca 23 marzo 2005 (AS 2005/427).

²⁰⁷ ALONSO OLEA, M.; MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho Procesal del Trabajo*, cit., pág. 232 o MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., págs. 381 y ss.

Igual mención se hace «para el ejercicio de las acciones laborales derivadas de los derechos establecidos en la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género». Tal y como se ha razonado en otros momentos del presente discurso, dicha referencia expresa resulta superflua, pues tales pretensiones han de hacerse valer a través de la modalidad especial prevista en el artículo 138 bis de la LPL, para la cual resulta ya estar contemplado el mes de agosto como hábil, según se acaba de indicar.

5. Una última manifestación a través de la cual se puede sentir la urgencia de esta modalidad procesal (a la que más tarde habrá de hacerse mayor referencia) viene dada por el hecho de que la sentencia dictada a resultas de la tramitación de esta modalidad procesal «será firme» (art. 138 bis LPL), sin que frente a ella exista la posibilidad de recurso de suplicación (art. 189.1 LPL).

2. Dinámica del procedimiento: actos de conciliación y juicio (peculiaridades en materia de prueba)

Nada indica el artículo 138 bis de la LPL sobre la dinámica de celebración de los actos de conciliación y juicio, lo cual aboca de manera natural a aplicar las reglas propias del proceso ordinario (ex art. 102 LPL), aun cuando no hubiera estado de más un mayor esfuerzo legal por precisar tales actos, contemplando alguna especialidad que resultaría conveniente:

1. En tanto en cuanto no ha habido intento previo de solución extrajudicial del litigio, a través de las recientemente suprimidas conciliación o reclamación administrativa previas, no es ocioso advertir de que el secretario judicial (que es quien debe tras la reforma operada por la Ley 13/2009 «intentar la conciliación» procesal, ex art 84 LPL) ha de prestar en estos casos un mayor esmero a su labor mediadora, entre otras cosas porque el litigio se fundamenta en una «discrepancia» entre las partes que, más que un contenido jurídico puede encerrar un conflicto de intereses y, de existir una oportunidad propicia, podría ser solucionada sin llegar a la decisión judicial heterónoma²⁰⁸.
2. En principio, corresponde al trabajador (en cuanto demandante) efectuar en primer lugar las alegaciones, pruebas y conclusiones. La falta de previsión normativa que determine la inversión del orden de las actuaciones (como acontece en el proceso por despido) ha merecido cierta crítica doctrinal, habida cuenta «si lo que se dilucida en el proceso es si el interés del empresario puede oponerse o no al derecho del trabajador a concretar los términos del disfrute de sus derechos de conciliación, más adecuado hubiera sido invertir el orden de actuaciones procesales, dado que el empresario es el que soporta la carga probatoria de los hechos impeditivos de los términos de disfrute propuestos por el trabajador»²⁰⁹.

²⁰⁸ Sobre tales necesidades, MOLINA NAVARRETE, C.: «El impacto laboral de la Ley de Igualdad: lo que queda después de vender el humo político», cit., págs. 99 y ss.

²⁰⁹ VIQUEIRA PÉREZ, C.: «El proceso en materia de permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares», cit., pág. 825.

Ahora bien, frente a tal observación se ha indicado con acierto que «la simplicidad del proceso oral, de cognición limitada, hace que no tengan porqué generarse disfunciones excesivas por el hecho de acomodarse al orden de alegaciones, prueba y conclusiones propias del proceso ordinario»²¹⁰.

3. Al empresario corresponderá oponer cuantas excepciones procesales y materiales le correspondan frente a la petición del trabajador²¹¹, si bien no cabe reconvencción alguna, tanto por la prohibición de acumulación incorporada al artículo 27 de la LPL, como por la propia lógica de la limitación objetiva de la modalidad procesal²¹².
4. En cuanto hace a la prueba, parece evidente que las partes podrán valerse de cuantos medios se encuentren admitidos en Derecho (y siempre que en su obtención no se hayan vulnerado derechos fundamentales, ex art. 11 LOPJ y 90 LPL), debiendo acreditar cada quien, según el reparto de la carga de la prueba establecido en el artículo 217 de la LEC, aquello que justifique sus posiciones procesales²¹³.

En este sentido, parece que al trabajador le basta con acreditar que concurren las circunstancias necesarias que le hacen titular de un determinado derecho de conciliación, sin que le sea necesario (aunque nunca está de más aportar razones que justifiquen su elección)²¹⁴ explicar (siempre que se mueva dentro de los márgenes legales o convencionales) la forma de disfrute elegida y propuesta²¹⁵.

Es sobre el empresario sobre quien ha de recaer la carga de justificar (y probar) los obstáculos y razones que a su juicio impiden el disfrute del derecho en los términos propuestos por el trabajador²¹⁶, debiendo probar, en su caso, los graves perjuicios que dicha elección suponen para la empresa (o para otros compañeros de trabajo), así como el eventual fraude de ley o abuso de derecho que encubra la propuesta del trabajador²¹⁷.

²¹⁰ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 416.

²¹¹ STSJ Baleares 1 diciembre 2000 (AS 2001/01).

²¹² Como se desprende, a contrario sensu, de la STSJ Castilla y León/Burgos 10 noviembre 2006 (AS 2006/3195).

²¹³ SEOANE SPIELGELBERG, J.L.: *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Pamplona (Aranzadi), 2002, pág. 252; desde el punto de vista laboral, ya clásico, GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 15, 1983, págs. 380 y ss. o, más reciente, GIL PLANA, J.: «La carga de la prueba en el proceso laboral tras la LECiv. 1/2000», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 126, 2005, págs. 85 y ss.

²¹⁴ MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y Trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 66.

²¹⁵ «La necesidad de cuidar a los hijos no requiere de más prueba que la existencia de los hijos mismos, porque esto conlleva la necesidad de tiempo para atenderlos», STSJ Madrid 18 abril 2006 (JUR 2004/186295). En la doctrina, MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 416.

²¹⁶ VIQUEIRA PÉREZ, C.: «El proceso en materia de permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares», cit., pág. 825.

²¹⁷ Semejante reparto de la carga de la prueba se desprende, entre otras, de la STSJ Andalucía/Málaga 22 marzo 2002 (AS 2002/2614), Madrid 18 abril 2006 (JUR 2006/186295) o SJS núm. 2 Pamplona 5 febrero 2002 (AS 2002/675).

5. Puede darse una particular situación cuando, en el marco de un proceso de conciliación tramitado de conformidad con el artículo 138 bis de la LPL, el trabajador alegue discriminación por razón de sexo o de género, lo cual según la versión actual del artículo 182 de la LPL no impide encauzar la pretensión conciliatoria por la modalidad ahora estudiada, pero fuerza, a juicio de quien esto escribe, a efectuar una serie de precisiones.

En efecto, la discriminación por razones de desempeño familiar es, sin ninguna duda, posible como forma de discriminación por razón de género²¹⁸ y, en estos casos y frente a ella, hay que responder no sólo con las medidas previstas en el artículo 138 bis de la LPL (cauce procesal que hay que seguir inexcusablemente ex art. 182 LPL) sino también las más apropiadas contempladas previstas en la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales, destacando entre el elenco, las relativas a la prueba indiciaria que contempla el artículo 179.2 de la LPL, así como, también, el artículo 96 de la LPL²¹⁹.

En este sentido, procede recordar que el artículo 13 de la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres, indica que «de acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad».

Como ha puesto de relieve la doctrina laboral, pudiera parecer que la literalidad del precepto hace que resulte suficiente con que la parte actora «alegue» la discriminación, sin necesidad de aportar ningún tipo de indicio. Sin embargo, un análisis más preciso permite vislumbrar que el verbo «fundamentar» utilizado en el precepto exige que se aporten razones que no pueden ser otras, conforme a la ya clásica doctrina constitucional sobre la alteración de la carga de la prueba, qué indicios de la discriminación pretendidamente sufrida²²⁰.

En todo caso, la presencia del inciso «de acuerdo con las Leyes Procesales» parece mantener incólume la regulación contenida en los artículos 96 y 179.2 de la LPL²²¹, los cuales,

²¹⁸ «A través de la tutela contra la discriminación por la asunción de responsabilidades familiares se protege frente a una discriminación no tanto por razón de sexo, como por razón de género... Si quien ejerce el derecho es –lo más habitual– una mujer, la represalia del ejercicio puede encubrir, en muchos casos, una discriminación por maternidad –esto es, en todo caso, por razón de sexo–; pero, en el resto de supuestos, se produce una discriminación por razón de estereotipos sociales de atribución a las mujeres de las cargas familiares», LOUSADA AROCHEA, J.F.: «Las garantías sustantivas de ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág.158.

²¹⁹ Las cargas familiares como motivo capaz de justificar una discriminación provocan, si quien lo alega es una mujer, una potencial discriminación por razón de sexo (*rectius*, de género), mientras que si es el varón, se podría entender que se debe a una de esas que la ley llama «circunstancias personales», SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Garantía Jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario, 2007, págs. 187 y ss.

²²⁰ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo», cit., pág. 222.

²²¹ El literal del artículo 13 de la Ley Orgánica 3/2007 parece establecer una auténtica inversión de la carga de la prueba que, no obstante, ha de ser aplicada «de acuerdo a las Leyes Procesales». Es curioso que fueran modificadas al efecto todas las normas de procedimiento salvo, precisamente, la LPL. Esto podría llevar a pensar, razonablemente, que, pese al tenor del mentado precepto, la voluntad del legislador era asumir en todos los órdenes jurisdiccionales la doctrina constitucional de prueba indiciaria sobre la materia; algo innecesario de operar en el orden social porque hacía tiempo que se reco-

como bien es sabido, exigen la aportación de un indicio del que inferir razonablemente un proceder discriminatorio para que se altere la carga de la prueba ²²².

6. Poco relevante parece, desde el punto de vista del proceso social, la referencia que el propio artículo 13.1 de la Ley Orgánica 3/2007, hace a la posibilidad del órgano judicial de acudir al «informe o dictamen» de los organismos públicos competentes, ya que tal eventualidad la somete a la «instancia de parte». En el artículo 95.3 de la LPL tal potestad se reconoce, desde antaño, de oficio, permitiendo al órgano judicial una mayor capacidad de actuación, debido al tradicional mayor protagonismo que ostenta en el orden social, donde no queda constreñido a la solicitud de la parte. Se trata, en todo caso, «de una prueba que puede resultar importante para valorar determinados supuestos de discriminación indirecta, algo muy posible en materia familiar, donde comportamientos aparentemente neutros, encubren consecuencias perjudiciales para las mujeres» ²²³.

VII. LA SENTENCIA: PLAZO Y POSIBLES PRONUNCIAMIENTOS

Respecto de un elemento tan crucial en cualquier proceso como es la sentencia, el artículo 138 bis LPL, en su letra b), tan sólo indica que «la sentencia, que será firme, deberá ser dictada en el plazo de tres días» desde la celebración de la vista. La premura guarda relación con el carácter urgente del proceso; la firmeza, además de indicar que no cabe frente a ella recurso alguno, anuncia su directa e inmediata ejecución.

Nada dice, en cambio, la ley, sobre cuáles son los posibles sentidos del fallo ni de cómo ha de proceder el órgano judicial para resolver el conflicto. Ausencia ésta que se antoja injustificable en un asunto tan complicado y de tantas aristas y que, afortunadamente, parece que será remediada a través de la reforma de la LPL (anunciada y parece que profunda) que se encuentra aún en fase de gestación ²²⁴.

gía en sus artículos 96 y 179.2 de la LPL. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Novedades procesales de la Ley de Igualdad», cit., págs. 356 y ss. o LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad», cit., págs. 20 y ss.

²²² Entre una lista todavía mayor, SSTCo 38/1981, de 23 de noviembre; 55/1983, de 22 de junio; 47/1985, de 27 de marzo; 104/1987, de 17 de junio; 114/1989, de 22 de junio; 135/1990, de 19 de julio; 21/1992, de 14 de febrero; 136 y 186/1996, de 23 de julio y 25 de noviembre; 90/1997, de 6 de mayo o 101/2000, de 10 de abril. En la doctrina científica, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1996, pág. 34; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid (Civitas), 1995, pág. 181; BAYLOS GRAU, A.: «Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos», en AA.VV.: *La prueba en el proceso laboral*, Madrid (CGPJ), 1994, pág. 181; LUJÁN ALCARAZ, J.: «La inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación en el trabajo por razón de afiliación sindical», *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, pág. 126 o CAVAS MARTÍNEZ, F.: *El proceso laboral de tutela de la Libertad Sindical y demás Derechos Fundamentales*, cit., págs. 342 y ss.

²²³ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad», cit., pág. 23.

²²⁴ *Vid.* Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Social, elaborada por el Ministerio de Justicia, aún en fase germinal.

Entre tanto, y a falta de reglas especiales, obviamente, será menester aplicar aquellas generales que rigen la creación de toda sentencia, condensadas en el artículo 97 de la LPL; de tal referente, en consecuencia, es menester concluir que no está excluida la posibilidad de que dicho pronunciamiento sea dictado de viva voz.

En cuanto a su contenido, la sentencia podrá ser estimatoria de la pretensión del trabajador (adoptando entonces un pronunciamiento declarativo y de condena al empresario de estar y pasar por los términos establecidos en la misma para permitir el ejercicio del derecho de conciliación solicitado) ²²⁵ o desestimatoria (aceptando por tanto la discrepancia empresarial planteada y declarando su derecho a oponerse al disfrute pretendido por el trabajador).

Incluso, parece, cabría que adoptase una postura ecléctica, de estimación parcial de la demanda, concediendo el disfrute de algunos de los aspectos conciliatorios solicitados por el trabajador, negando otros en virtud de los argumentos discrepantes dados por el empresario (congruencia *infra petita*) ²²⁶.

No resulta admisible, en cambio, que el fallo judicial pudiera imponer a las partes el disfrute de un derecho de conciliación en términos diferentes a los pedidos por el trabajador (pues tal decisión no tendría sentido ninguno y adolecería del vicio de incongruencia *extra petita*); sí resulta plausible, en cambio, que antes del inicio del acto del juicio, en la fase de conciliación procesal ante el secretario judicial (art. 84.1 LPL) o posteriormente (y ahora ya sí ante el propio magistrado social, art. 84.3 LPL) ²²⁷ pudieran plantearse otras alternativas distintas a las estrictamente pedidas en la demanda, que, en caso de alcanzarse avenencia entre las partes, quedarían recogidas en el pertinente instrumento con fuerza ejecutiva.

En todo caso, no queda clara en la letra de la norma procesal cuándo ha de inclinarse el órgano judicial por una solución favorable a los intereses del trabajador y cuándo ha de hacer lo propio con los del empresario. En este sentido, procede sentar que el Tribunal queda constreñido a efectuar una «ponderación de los intereses en juego», pero teniendo en cuenta el fin social al que atienden los derechos de conciliación, motivo por el cual en caso de duda interpretativa ha de prevalecer el interés del trabajador (y de los menores o familiares del mismo, cuyo interés también tutelan las normas de conciliación de la vida laboral y familiar) sobre el productivo y organizativo del empresario ²²⁸.

En este sentido, no falta quien llega a considerar que «resulta inoperante la alegación por parte del empresario de perjuicios en el desarrollo de la actividad empresarial, ni siquiera perjuicios graves.

²²⁵ Hay quien considera que tal pronunciamiento es «constitutivo», MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 418. Sin embargo, no parece que el derecho de conciliación nazca con la sentencia (de hecho, parece que para poder reclamar el ejercicio de un derecho la titularidad es preexistente), sino tan sólo que se declare los términos en los cuales puede ser disfrutado.

²²⁶ «Admisible en cuanto no genera indefensión ni tampoco desvirtúa los contornos del objeto litigioso», MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 418.

²²⁷ En la nueva redacción dada al artículo 84 de la LPL por el apartado 53 del artículo décimo de la Ley 13/2009.

²²⁸ SSTs 20 julio 2000 (RJ 2000/7209) o 11 diciembre 2001 (RJ 2002/2025). Imprescindible la referencia a la STCo 3/2007, de 15 de enero.

Debe partirse de que el ejercicio de estos derechos comportan un trastorno para la actividad empresarial y genera unas cargas, no tanto en el ámbito económico, como en la gestión y organización del personal»²²⁹.

Sea como fuere, «el juez parece llamado a desarrollar una labor verdaderamente arbitral entre las partes, decidiendo en equidad la postura más razonable»²³⁰, en tanto en cuanto «el conflicto no es tanto jurídico, sino de intereses, teniendo en cuenta que la valoración de dichos intereses en presencia habrá de escorarse, claro está, a favor del interés prevalente del trabajador»²³¹.

En cualquier caso, es menester considerar que, dentro de los márgenes previstos en los términos legales (o convencionales) la concreción de los derechos de conciliación corresponde al trabajador²³² y, en consecuencia, el órgano judicial habrá de estimar la pretensión del trabajador si el ejercicio solicitado se ajusta al contenido legal o convencional del derecho, pues nadie mejor que el propio interesado conoce las responsabilidades y necesidades a las que tiene que hacer frente²³³.

Ahora bien, dado que la LPL contempla un proceso especial para resolver discrepancias, es porque alguna causa habrá de haber que el empresario pueda oponer a la concreción efectuada por el trabajador (pues, en caso contrario, carecería de sentido la instrumentación de este mecanismo procesal); la propia Directiva 96/34/CE, sobre permiso parental, se refiere a que en los Estados miembros los interlocutores sociales podrán definir las circunstancias en las cuales quien dirige la organización productiva estará autorizado para posponer la concesión de estos derechos por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa, en especial atendiendo a las particularidades de las pequeñas y medianas²³⁴. Ahora bien, dicho ejercicio no ha sido acometido por el legislador español sino de manera muy difusa (pues de forma expresa sólo parece aludir a la facultad empresarial de limitar el disfrute simultáneo por dos trabajadores de la misma empresa de la reducción de jornada –art. 37.5 ET– o la excedencia –art. 46.3 ET– para el cuidado de hijos o familiares generadas a partir de un mismo sujeto causante), asignando una preferencia casi absoluta a los derechos de conciliación del trabajador sobre los intereses patronales²³⁵.

²²⁹ PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J.: «Jornada y conciliación en el trabajo», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 289.

²³⁰ PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J.: «Jornada y conciliación en el trabajo», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 325.

²³¹ ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 52 o LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permisos de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 489.

²³² En los pronunciamientos de los Tribunales, STS 16 junio 1995 (RJ 1995/4905) o SSTSJ Comunidad Valenciana 27 septiembre 2001 (AS 2001/524), Cataluña 26 octubre 2000 (AS 2000/4544), Andalucía/Málaga 22 marzo 2002 (AS 2002/2614) o País Vasco 18 febrero 2003 (AS 2003/1777). En la doctrina científica, MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 372 o ASEÑO PINILLA, J.L.: «Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», en AA.VV.: *Memento de Procedimiento Laboral*, cit., págs. 683 y ss.

²³³ En este sentido, STSJ Madrid 5 marzo 2002 (AS 2002/1664).

²³⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permisos de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 487.

²³⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado», cit., pág. 90; MARÍN

Ahora bien, el ejercicio de los derechos de conciliación por parte del trabajador no presenta un carácter absoluto, y, en consecuencia, ha de producirse dentro de los límites que se derivan de las exigencias de la buena fe²³⁶, sin que en ningún caso quepa el ejercicio abusivo, arbitrario o caprichoso²³⁷, ni se pueda obligar al empresario a estar y pasar por prerrogativas del trabajador que no se desprendan de la letra y finalidad de la norma que las establece (pues no quiere decir que exista un derecho sin límites a que el trabajador configure y reconfigure sus condiciones de trabajo)²³⁸, si bien sí debe efectuarse una interpretación extensiva en el sentido más favorable a la protección del interés familiar²³⁹.

Por último, es necesario poner de manifiesto que, como ya se indicó, es posible acumular a la acción propia dirigida a solventar la discrepancia sobre un derecho de conciliación, aquella dirigida a reclamar los daños y perjuicios derivados de un comportamiento empresarial discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales del trabajador (art. 27 LPL). En consecuencia, en tales casos el fallo judicial habrá de pronunciarse también sobre tal extremo, teniendo en cuenta que «cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes», indemnización compatible con cualquiera otra fijada en el ET (art. 181 LPL).

Algunos autores han querido ver en tal cambio, operado en la norma de ritos social a través de la Ley Orgánica 3/2007, una inclinación legal hacia el automatismo de la necesidad de indemnizar siempre que se haya producido la lesión de algún derecho fundamental del trabajador²⁴⁰. Para otros, en cambio, tal cosa no ha ocurrido²⁴¹, debiendo, por tanto, entenderse plenamente operativa aquella tesis jurisprudencial conforme a la cual la indemnización no es automática ni procede en todos los casos, motivo por el cual el trabajador ha de alegar y probar los perjuicios sufridos, y aportar las bases a partir de las cuales pueda el órgano judicial fijar la indemnización²⁴².

ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 66 o MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Disposiciones extravagantes y otras cuestiones reguladas en la Ley 13/1999», cit., pág. 487.

²³⁶ SSTs 16 junio 1995 (RJ 1995/4905) 20 julio 2000 (RJ 2000/7209); SSTSJ Castilla-La Mancha 30 junio 2006 (AS 2006/3016), Comunidad Valenciana 11 julio 2001 (AS 2001/501), Navarra 31 diciembre 2002 (AS 2003/386), Castilla y León/Burgos 10 noviembre 2006 (AS 2006/3195) Madrid 27 junio 2007 (AS 2007/3087) o SSJS núm. 35 Madrid 6 mayo 2004 (AS 2004/1437) y núm. 10 Málaga 13 octubre 2005 (AS 2005/2737).

²³⁷ SSTSJ País Vasco 1 diciembre 1994 (AS 1994/4981) o Madrid 7 septiembre 1999 (AS 1999/2942) y SJS núm. 35 Madrid 7 marzo 2006 (AS 2006/1324).

²³⁸ STS 18 junio 2008 (RJ 2008/4230).

²³⁹ Con relación a la posibilidad del trabajador para exigir un cambio de turno que le permitiera quedarse en el de mañana y no rotar sucesivamente al de tarde y noche, SSTs 20 julio 2000 (RJ 2000/7209) y 5 noviembre 2003 (RJ 2003/8807), SSTSJ Comunidad Valenciana 19 febrero 2002 (AS 2002/3303) o SSJS núm. 2 Pamplona 3 julio 2003 (AS 2003/2506) y Ciudadela de Menorca 23 marzo 2005 (AS 2005/427). En contra, valorando perjuicios para los compañeros de trabajo, STS 18 junio 2008 (RJ 2008/4230) o STSJ Madrid 22 octubre 2002 (AS 2003/922).

²⁴⁰ Aunque el propio artículo 181 de la LPL no prefija cantidad indemnizatoria alguna, parece que fuerza en todo caso a reparar la lesión, con una cuantía que fijará el órgano judicial de instancia discrecionalmente, pero que debe contener al menos una reparación mínima de los daños morales. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo», cit., pág. 233.

²⁴¹ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad», cit., pág. 26.

²⁴² En un primer momento, la jurisprudencia entendió que, «una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental, se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente», STS 9 junio 1993 (RJ 1993/4553). Sin embargo, pronto se abandonó esa tesis de la automaticidad de la indemnización, para pasar a entender que su proce-

VIII. LA IRRECURRENIBILIDAD DE LA SENTENCIA

Desde su redacción originaria por la Ley 39/1999, para la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, y en todas sus versiones posteriores, el artículo 138 bis de la LPL ha indicado que la sentencia que se dicte a resultas de la tramitación de un litigio dentro de esta modalidad procesal «será firme».

Reforzando tal postulado, el artículo 189.2 de la LPL, excluye de la posibilidad del recurso de suplicación a «las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social... que recaigan en los procesos relativos a la... concreción horaria y determinación del periodo de disfrute en permisos por los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 138 bis de la LPL»²⁴³.

La letra de la ley es contundente al respecto²⁴⁴ y, en consecuencia, no cabe recurso de suplicación por motivos de fondo, ni siquiera en aquella situación en la cual la cuestión suscitada en el pleito pueda afectar a un gran número de trabajadores que se encuentren en una determinada situación laboral [afectación general contemplada en el art. 189.1 b) LPL]²⁴⁵.

Ahora bien, como en infinidad de ocasiones ha reconocido la doctrina judicial, la irrecurrenibilidad de una resolución de instancia tan sólo puede referirse a la producida por motivos de fondo, pero en modo alguno puede vedarse el recurso de suplicación para combatir defectos de forma consistente en una falta esencial del procedimiento, alegada por la parte en su momento oportuno y que, además, haya producido indefensión [art. 191.1 d) LPL], pues lo contrario supondría una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución²⁴⁶; de igual modo y por idénticos motivos, resulta posible plantear el recurso para combatir la falta de competencia del órgano judicial que dictó la resolución [art. 191.1 e) LPL].

En consecuencia, la sentencia dictada a resultas de un proceso especial de conciliación no es absolutamente irrecurrenible (tal y como parece querer dar a entender el tenor del art. 138 bis LPL), pues al menos cabe el recurso por defectos de forma en los términos apuntados. *Item* más, no resulta posible negar tampoco la viabilidad de intentar otros remedios excepcionales destinados a velar por la pureza del procedimiento (el incidente de nulidad de actuaciones), o por evitar soluciones que

dencia requiere «que el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada en el supuesto de hecho de que se trate y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha petición», SSTS 22 junio 1996 (RJ 1996/6381), 28 febrero 2000 (RJ 2000/2242) o 31 marzo 2006 (RJ 2006/1694).

La doctrina ha mostrado sus reparos hacia tal tesis, entendiendo que, al menos, debe haber en todo caso una mínima reparación moral, tesis que ahora parece ajustarse perfectamente al tenor legal del renovado artículo 181 de la LPL. Al respecto, CARDENAL CARRO, M.: *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical*, Pamplona (Aranzadi), 2006, págs. 67 y ss.

²⁴³ Según la redacción que el apartado 105 del artículo décimo de la Ley 13/2009 ha dado al precepto.

²⁴⁴ Como se ocupan de recordar la STS 5 noviembre 2003 (RJ 2003/8807) y la STSJ Baleares 8 junio 2006 (AS 2006/2122).

²⁴⁵ Al respecto, STSJ Murcia 4 marzo 2002 (AS 2002/1397).

²⁴⁶ Específicamente, STSJ Madrid 27 marzo 2006 (AS 2006/1821).

supusieran injusticias materiales; tal como ocurre, en su caso, con la interposición del recurso de revisión o acudir al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo ²⁴⁷.

Dejando a un lado tales remedios, ciertamente excepcionales, cabe plantearse en qué beneficia a esta modalidad procesal la irrecurribilidad con la que, con carácter general, parecen querer adornarla tanto el artículo 138 bis como el artículo 191 de la LPL. En pura teoría, la ausencia de recurso de suplicación para revisar el fondo del asunto pretende contribuir a la celeridad del procedimiento urgente, evitando dilaciones en la aplicación de lo decidido, sobre todo si se trata de decisiones rutinarias en la gestión de la relación laboral (como por ejemplo ocurre en el proceso especial para la determinación del disfrute de las fechas de vacaciones).

Sin embargo, aquí los intereses en juego son cualitativamente trascendentes (en tanto contribuyen a la materialización de bienes jurídicos tan importantes como la conciliación de la vida laboral y familiar y la propia igualdad efectiva entre sexos). Por tal motivo, no parece de recibo limitar apriorísticamente la posibilidad de revisar la decisión del órgano de instancia. Tal opción legislativa priva al trabajador y al empresario afectados de una revisión de la cuestión de fondo discutida, algo necesario frente al siempre posible error humano cuando los intereses discutidos son de entidad, y, en general, deja huérfana a la comunidad iuslaboralista de pronunciamientos de los más altos tribunales que pudieran ayudar a conseguir una interpretación correcta e integrada de los derechos de conciliación. Lo contrario, conducirá a una situación de aislamiento e impermeabilidad, que hará que el sentido de tales derechos (cual pequeños reinezuelos taifas) no sea igual en las distintas circunscripciones de los Juzgados de lo Social de España.

Además, la ausencia de recurso supone un argumento que juega en contra de una interpretación favorable a que a través de esta modalidad procesal pueda discutirse no sólo la concreción del ejercicio del derecho, sino su titularidad misma ²⁴⁸. Es cierto que algunas opiniones consideran que la ampliación objetiva experimentada por esta modalidad procesal en los últimos tiempos permitiría llegar a entender, sin excesivos alardes, que el deseo del legislador es que a través de ella encuentren tramitación procesal todos los pleitos suscitados en materia de conciliación ²⁴⁹; pero, evidentemente, tal opción es arriesgada cuando se discute algo tan importante como la titularidad de un derecho (y no su mero disfrute puntual o concreto, que siempre podría revisarse o replantearse después en caso de ser desestimado en un pronunciamiento judicial) si tal decisión no puede luego ser revisada en suplicación, pues entonces se estaría privando a las partes de garantías necesarias para la más elemental seguridad jurídica en esta materia ²⁵⁰.

²⁴⁷ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 419.

²⁴⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 490.

²⁴⁹ Citando a CABEZA PEREIRO, J., ASENJO PINILLA, J.L.: «Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», en AA.VV.: *Memento de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 686.

²⁵⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 482 o MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 66.

Es por tal razón que desde estas páginas, y *de lege ferenda*, se propone que el legislador varíe el sentido de los artículos 138 bis y 189 de la LPL, para permitir (incluso siempre y en todo caso) el recurso de suplicación por motivos de fondo de la sentencia dictada a resultas de la tramitación de esta modalidad procesal especial, lo cual permitiría, a su vez, entender, según se ha explicado, que su ámbito objetivo no viene dado tan sólo por la discusión de concretos disfrutes, sino también de la titularidad misma de los derechos de conciliación, conforme a un régimen procesal privilegiado, preferente y urgente, que, en definitiva, casa bien con la importancia trascendental que presentan de cara a la consecución de la igualdad efectiva por razón de género.

Los temores a que el eventual recurso pueda demorar en exceso la aplicación de lo decidido desaparecen a la vista de dos factores decisivos: en primer lugar, que resultará posible que ya en un momento inicial del proceso el órgano judicial haya adoptado medidas cautelares dirigidas a permitir un disfrute provisional de los derechos de conciliación discutidos, según lo indicado en su momento oportuno; en segundo término, que si la sentencia de instancia ha sido estimatoria para el trabajador, siempre podrá ser ejecutada con carácter provisional, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 303 de la LPL.

IX. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA: UN PROBLEMA CLÁSICO, LAS OBLIGACIONES DE HACER Y NO-HACER

La condena para el empresario incorporada en la sentencia dimanante de un litigio sustanciado a través de esta modalidad especial contendrá, de manera natural, obligaciones para el empresario que, en virtud del carácter vinculante de los pronunciamientos judiciales, deberá acatar. El desconocimiento empresarial de tales facultades reconocidas judicialmente plantea la cuestión jurídica de cómo ha de proceder el trabajador para materializar en la vida real sus posiciones subjetivas.

En este punto no falta quien sostiene que, en este momento procesal, el trabajador sí que ostenta una especie de facultad de autotutela (autoejecución) de los derechos reconocidos en el fallo judicial, careciendo de efectos cualquier negativa del empresario a su efectivo disfrute, por lo que el trabajador, con el aval de la sentencia estimatoria, puede disfrutar, aun contra la orden empresarial, de los derechos reconocidos, quedando blindado con una garantía de indemnidad frente a cualquier reacción adversa, en forma de sanción o despido proveniente del empleador: dicho en otros términos «la sentencia estimatoria no necesitaría ejecución procesal»²⁵¹.

Ahora bien, tal tesis resulta impecable desde un punto de vista teórico, pero la práctica sigue mostrando que resulta complicado y peligroso que algo ocurra en la organización productiva en contra de la voluntad empresarial. Por tal razón, y desde criterios más tradicionales, la presencia en el fallo, de manera natural, de obligaciones de hacer y/o no hacer, habilitará una ejecución procesal no

²⁵¹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 490.

dineraria, que ha de tender a obtener una satisfacción «en sus propios términos» (*in natura*) a través de los medios previstos en el artículo 239 de la LPL²⁵².

A partir de la reforma operada por el apartado 135 del artículo décimo de la Ley 13/2009, será el secretario judicial (extraña asignación de tareas en fase de ejecución de lo juzgado que parecen funciones típicamente jurisdiccionales y que, por tanto, y de acuerdo con el texto constitucional corresponden en exclusiva al órgano judicial) quien haya de requerir al condenado para que cumpla la decisión judicial, concediendo un plazo para ello que variará en su duración según la naturaleza y características concretas de la obligación a ejecutar, pero que en cualquier caso ha de ser lo más breve posible, en atención a las improrrogables necesidades familiares del trabajador ejecutante²⁵³.

Si, pese a tal requerimiento, el condenado hiciera caso omiso, pueden imponérsele los apremios pecuniarios previstos en el artículo 239 de la LPL, previa audiencia a las partes implicadas y tomando como referencia para determinar su cuantía la finalidad perseguida, la resistencia al cumplimiento y la capacidad económica del requerido, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto, atendidas la ulterior conducta y justificación que sobre aquellos extremos pudiera efectuar el apremiado y siendo su cuantía máxima de trescientos euros diarios²⁵⁴.

En principio, los apremios han de continuar hasta que el condenado cumpla, pero, manifiesta su voluntad de no cumplir y ante la evidencia de que su montante en nada aprovecha al trabajador ejecutante (pues su destino es el Tesoro Público), parece posible aplicar supletoriamente los artículos 699 y ss. de la LEC sobre ejecución no dineraria y amparar la opción del ejecutante, una vez frustrado el intento de cumplimiento específico, de pedir (en tanto aquí se trata de un hacer personalísimo para el empresario) un cumplimiento por equivalente pecuniario del objeto de condena que, al menos, le resarza desde el punto de vista económico²⁵⁵. Tal opción casa mal con el principio de irrenunciabilidad de derechos reconocidos por sentencia (art. 245 LPL), pero es una solución razo-

²⁵² MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 420.

²⁵³ ASENJO PINILLA, J.L.: «Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», en AA.VV.: *Memento de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 691.

²⁵⁴ Sobre dicha posibilidad de apremios pecuniarios en el orden social dentro del marco de la ejecución no dineraria, BAYLOS GRAU, A.: «Obligaciones de hacer: las multas coercitivas (análisis del art. 239 LPL)», en AA.VV. (RÍOS SALMERÓN, B., Dir.): *Puntos críticos en ejecución de sentencias*, Madrid, 1996, pág. 342; BLASCO PELLICER, A.: «Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial», *RDS*, núm. 12, 2000, pág. 37; GÁRATE CASTRO, J.: «La ejecución no dineraria», en AA.VV. (RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento laboral*, Pamplona, 2001, pág. 643; ORTIZ LALLANA, M.ª C.: «Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso laboral; la ejecución definitiva de las obligaciones de hacer y no-hacer», *Social Mes a Mes*, núm. 58, 2000, pág. 25 o TASCÓN LÓPEZ, R.: *La ejecución de obligaciones de hacer y no hacer en el orden social de la jurisdicción*, Granada (Comares), 2005, págs. 45 y ss.

²⁵⁵ ASENJO PINILLA, J.L.: «Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», cit., pág. 591 o MARTÍNEZ MOYA, J.: «Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación», en AA.VV.: *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, cit., pág. 420.

nable cuando el retraso en el cumplimiento por parte del empresario haya frustrado la finalidad conciliatoria querida en su día por el trabajador ²⁵⁶.

Con todo, no resulta descabellado pensar que el órgano judicial, antes de llegar a esta solución de cumplimiento por equivalente, deba apurar todas las opciones para tratar de lograr el cumplimiento *in natura*. En este sentido, resulta necesario recordar que la LEC 2000 contempla otras medidas coercitivas que no se encuentran previstas en la LPL, como señeramente ocurre con la conocida como tutela penal, esto es, la posibilidad del órgano judicial de constreñir la voluntad del ejecutado amenazándole con incoar un proceso penal por delito de desobediencia a la autoridad judicial en caso de contravenir el contenido de la condena (arts. 710.1 y, en interpretación *ad extenso*, 709.2 LEC 2000). Tal facultad ha sido escasamente empleada hasta la actualidad, pero puede suponer un instrumento eficaz en el orden social, aplicable supletoriamente, para lograr el cumplimiento de condenas como las ahora analizadas ²⁵⁷.

²⁵⁶ ORTIZ LALLANA, M.^a C.: «Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso laboral; la ejecución definitiva de las obligaciones de hacer y no-hacer», cit., págs. 25 y ss. o TASCÓN LÓPEZ, R.: *La ejecución de obligaciones de hacer y no hacer en el orden social de la jurisdicción*, cit., págs. 198 y ss.

²⁵⁷ En este sentido, «los pobres apremios pecuniarios del artículo 239.2 –única medida coercitiva prevista por la LPL–, se revelan notoriamente insuficientes para la consecución de los fines previstos..., para conjurar tal peligro...; probablemente es necesario acudir a otro tipo de mecanismos de coerción que pasan, indudablemente, por un sustancial aumento de las cantidades a que ascienden los apremios pecuniarios, pero, sobre todo, por perseguir como ilícitos penales las conductas de quienes se resisten a cumplir las resoluciones judiciales», BLASCO PELLICER, A.: «Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial», cit., págs. 49-50.