

LOS PERMISOS RETRIBUIDOS, LA REDUCCIÓN DE JORNADA Y LAS EXCEDENCIAS POR MOTIVOS FAMILIARES TRAS LA LEY ORGÁNICA 3/2007

JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE

Doctor en Derecho. Magistrado especialista del orden social, destinado en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón

Extracto:

LA Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, es una ley de cambio social, regulando los permisos, la reducción de jornada y las excedencias por razones familiares. Se trata de instituciones que afectan tanto a la conciliación de la vida familiar y laboral, como a la igualdad entre mujeres y hombres, incidiendo asimismo en la productividad (y, por ende, en el empleo) en un sentido positivo si se consigue una conciliación de los intereses concurrentes, porque los trabajadores contentos son más rentables: las personas sin problemas familiares rinden más, reduciendo el absentismo.

La disposición adicional 17.^a del Estatuto de los Trabajadores (ET), introducida por la Ley Orgánica 3/2007, establece que las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), excluido del recurso, lo que supone que, en materias que pueden tener una gran trascendencia (la reducción de jornada por cuidado directo de un familiar puede prolongarse durante años), se impide el acceso a suplicación y a casación unificadora.

A partir de la entrada en vigor de dicha norma, hay que distinguir entre el derecho de reducción de jornada del artículo 37.5 y 6 del ET, que conlleva una disminución correlativa del salario, y el nuevo derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo del artículo 34.8 del ET, que debe ejercitarse «en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario», lo que supone que toda modificación de la distribución de la jornada de trabajo sin reducción de la misma debe articularse a través del artículo 34.8 y no del artículo 37.5 del ET, el cual no faculta unilateralmente al trabajador para esta adaptación de jornada.

Palabras clave: permisos, reducción de jornada y excedencias por motivos familiares.

Sumario

1. Introducción.
2. La modalidad procesal de concreción horaria.
3. Exclusión del recurso de suplicación y seguridad jurídica.
4. Adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo.
5. Permisos por nacimiento, fallecimiento o enfermedad.
 - a) Nacimiento de hijo.
 - b) Fallecimiento, accidente o enfermedad graves.
 - c) Hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización.
 - d) Desplazamiento.
6. Lactancia.
7. Reducción de jornada para cuidado de menor o discapacitado.
 - a) Sujetos.
 - b) Concreción horaria.
 - c) Retribución.
 - d) Duración.
 - e) Contrato de interinidad.
 - f) Despido.
 - g) Seguridad Social.
8. Excedencias por razones familiares.
 - a) Excedencia para cuidado de hijos.
 - b) Excedencia para cuidado de familiares.
 - c) Normas comunes de las excedencias para cuidado de hijos y de familiares.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, es una ley de cambio social. Es una ley que no se limita a intentar cambiar o reformar una institución determinada, sino que pretende cambiar nuestra sociedad, incluso en el ámbito privado. Esta clase de normas se enfrentan con las mayores dificultades en la primera etapa inmediatamente posterior a su entrada en vigor. Con el transcurso del tiempo, la sociedad se va impregnando de los valores promovidos por la ley, lo que facilita su aplicación práctica. Pero en la primera etapa, la existencia de sectores de la sociedad refractarios a estos valores puede ocasionar dificultades. Según un informe elaborado por la Fundación Madrina, el embarazo es la primera causa de despido para mujeres entre 18 y 25 años. En el 25 por 100 de los casos, estas mujeres son despedidas, pero el porcentaje se eleva al 50 por 100 cuando la mujer pide la jornada reducida al incorporarse tras su baja de maternidad o tras los permisos por enfermedad del hijo (cuando ejerce su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral), lo que nos debería llevar a reflexionar acerca de los mecanismos para lograr la aplicación efectiva de las normas laborales.

La irrupción masiva de mujeres en el trabajo remunerado ha supuesto un cambio en la sociedad. Es el *dobles sí*: muchas mujeres dicen sí a la maternidad y sí al trabajo ¹. Ello obliga a conciliar dos ámbitos distintos: el familiar y el laboral. Se ha hablado de un cambio de civilización ². Efectivamente, se produce un cambio de civilización porque dicha irrupción masiva produce inexorablemente un cambio en las relaciones personales, en la propia demografía y en el sistema de valores.

Centrándonos en el estudio de los permisos, la reducción de jornada y las excedencias por razones familiares, se trata de instituciones que tienen varias facetas que hay que diferenciar:

1. La conciliación de la vida familiar y laboral, que en principio afecta tanto a los hombres como a las mujeres. La conciliación tiene una dimensión social, afectando a todos, y su ausencia perjudica a todos.
2. La igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

¹ CIGARINI, L.: «El doble sí de las mujeres a la maternidad y al empleo», *Duoda. Revista de Estudios Feministas*, n.º 30, 2006, págs. 51 a 58.

² MORA CABELLO DE ALBA, L.: «Del malabarismo cotidiano a una nueva civilización más allá de la igualdad. La reconciliación de la vida laboral y familiar», *Revista de Derecho Social*, n.º 37, 2007, págs. 129 y ss.

Se trata de dos valores distintos. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, hizo hincapié en la necesidad de conciliar el trabajo y la familia, invocando en su exposición de motivos tanto los artículos 14 y 9.2 de la Constitución Española (CE), relativos a la igualdad ante la ley y la igualdad real y efectiva, como el artículo 39.1 de la CE, que establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

En cambio, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007 invoca reiteradamente los artículos 14 y 9.2 de la CE, pero omite cualquier mención al artículo 39 de la CE. La propia denominación de cada una de estas normas legales resulta significativa. La Ley 39/1999 se intitulaba: «de conciliación de la vida familiar y laboral». La Ley Orgánica 3/2007 menciona en su denominación la «igualdad efectiva de mujeres y hombres».

La mayor parte de las reducciones de jornada y de las excedencias por razones familiares las solicitan las mujeres. Así, el porcentaje de excedencias para cuidado de hijos ejercitadas por mujeres fue en 2005 del 95,23 por 100; en 2006 del 95,33 por 100; en 2007 del 94,06 por 100 y en 2008 del 94,4 por 100³. Y en nuestra sociedad el salario medio de la mujer es inferior al del hombre, lo que supone que, como la reducción de jornada conlleva una reducción correlativa del salario, cuando una pareja se plantea la alternativa de quién de los dos (el hombre o la mujer) reduce su jornada para cuidar a un hijo, muchas veces es la mujer quien ejercita este derecho, con el objetivo de que la minoración de ingresos sea menor⁴. Por consiguiente, se trata de una materia que afecta al artículo 14 de la CE y en concreto al subprincipio o regla específica de igualdad, consistente en el mandato de no discriminación por razón de sexo.

El valor predominante en la Ley Orgánica 3/2007 es la igualdad, no la conciliación de la vida familiar y laboral. Y más concretamente, habida cuenta de la polisemia del término «igualdad», de la igualdad material: la igualdad real y efectiva a que hace referencia el artículo 9.2 de la CE y no la igualdad ante la ley del artículo 14 de la CE. Como hemos indicado, el propio *nomen iuris* de esta ley orgánica hace referencia a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Ello significa que no basta con que las normas jurídicas formalmente sean iguales para mujeres y hombres si existe una desigualdad material. De ello se deriva que la conciliación de la vida laboral y familiar se aborda desde una perspectiva amplia, como una manifestación del derecho de igualdad, que exige la adopción de medidas dirigidas tanto a la mujer como al hombre⁵.

³ Fuente: página web del Instituto de la Mujer. Como explica TORTUERO PLAZA, J. L.: *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación familiar*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2006, pág. 188, la excedencia para cuidado de hijos es un instituto eminentemente femenino.

⁴ Por eso, la Ley Orgánica 3/2007 ha flexibilizado el límite mínimo de reducción de jornada por razones familiares, que ha pasado de 1/3 de la jornada ordinaria del trabajador a 1/8 de la misma. Como explica ESPÍN SÁEZ, M.: «El derecho a la reducción de jornada de trabajo por cuidado directo de menores, personas con discapacidad y familiares: cuestiones resueltas y problemas por resolver», en MERCADER UGUINA, J. (coordinador): *Comentarios laborales de la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 597, estas reducciones más ajustadas conllevan minoraciones inferiores del salario, por lo que el coste para la economía familiar es menos relevante a la hora de decidir si reduce la jornada el hombre o la mujer.

⁵ LÓPEZ GANDÍA, J.: «Medidas de Seguridad Social en la Ley de Igualdad. Especial referencia a las prestaciones de maternidad y paternidad», en VV.AA.: *La Seguridad Social en el siglo XXI*, Ediciones Laborum, Murcia, 2008, pág. 214.

Se ha producido una evolución, puesto que tradicionalmente se había abordado el principio de no discriminación de hombres y mujeres desde el ángulo de la igualdad formal y no de la igualdad material. Por ejemplo, la intervención del Tribunal Constitucional (TC) en relación con la pensión de viudedad, declarando la inconstitucionalidad de la diferencia en los requisitos de esta pensión de hombres y mujeres (Sentencias n.º 103/1983, de 22 de noviembre; 104/1983, de 23 de noviembre y 5/1992, de 16 de enero) responde a la citada perspectiva, centrada en la igualdad formal. La Ley Orgánica 3/2007 pretende superar esa perspectiva.

Por tanto, como la mayor parte de estas reducciones de jornada y excedencias por razones familiares las disfrutaban las mujeres (aproximadamente el 95% de las excedencias para cuidado de hijos se ejercitan por mujeres), una regulación desfavorable de estas materias perjudicará a las mujeres, y una regulación más favorable, las beneficiará. Pero ello no significa que se produzca un efecto lineal: a más causa, más efecto. A título meramente ejemplificativo de la dificultad de esta regulación normativa, resulta ilustrativa la contraposición de las reformas de los permisos parentales efectuadas por dos países muy distintos desde la perspectiva de género: Islandia e Irán. En Islandia se ha establecido un permiso remunerado de nueve meses. De ellos, tres meses son intransferibles para la madre tras el parto, tres meses son intransferibles para el padre, y los tres restantes los distribuye libremente la pareja. Se ha afirmado que la instauración del permiso de paternidad marcó el punto de inflexión para la igualdad de la mujer, debido a que «los empresarios saben que un empleado varón tiene tantas probabilidades como una empleada mujer de acogerse a una baja para cuidar del niño»⁶.

Respecto de Irán, con una perspectiva crítica se ha sostenido que el gobierno iraní presenta como logros para las mujeres modificaciones legales que, en el fondo, no son ningún avance, sino que tienen una doble lectura. Así, el permiso de maternidad ha aumentado de cuatro meses a seis meses, y posteriormente a un año. Se ha denunciado que el peligro radica en que los empresarios iraníes que no puedan correr el riesgo de tener una empleada de baja por maternidad durante un año no contratarán a ninguna mujer o las despedirán para contratar hombres. Se ha afirmado que esta medida, junto con otras, sirve a la finalidad perseguida por el gobierno iraní consistente en conseguir que la mujer se quede en casa⁷.

La paradoja radica en que un país escandinavo con una larga tradición de promoción de la igualdad de mujeres y hombres, se ha preocupado por potenciar el disfrute de este permiso por parte del padre, con la finalidad de que la suspensión de los contratos de trabajo por razón del nacimiento o adopción de hijos, que puede perturbar el funcionamiento de la empresa, y en consecuencia puede operar en la práctica como un factor disuasorio de la contratación de personas que puedan solicitar dicha suspensión, se reparta igualmente entre ambos sexos, favoreciendo así la contratación laboral de mujeres.

En cambio, otro país (Irán) cuyo actual gobierno tiene un sistema de valores distinto y que, según algunos, defiende un modelo de sociedad en que la mayoría de las mujeres no efectúen un trabajo remunerado, ha prolongado el permiso de maternidad hasta alcanzar un año.

⁶ Svafá Grönfeldt, rectora de la Universidad de Reykiavik, afirmó que «el permiso de paternidad marcó el punto de inflexión para la igualdad de la mujer en este país (Islandia)» porque «los empresarios saben que un empleado varón tiene tantas probabilidades como una empleada mujer de acogerse a una baja para cuidar del niño». *ELPAÍS.COM* 6 de abril de 2008.

⁷ En dicho sentido se pronunció Shahla Sherkat, directora de la revista iraní Zanan, en una entrevista publicada en *El Mundo* el 19 de enero de 2008.

Ello supone que una norma formalmente favorable para las mujeres (la iraní, que amplía el permiso de maternidad), en realidad pretende perjudicarlas, mientras que otra norma formalmente favorable para los hombres (la islandesa, que instaura el permiso de paternidad), ha favorecido a las mujeres.

Como criterio de interpretación y aplicación de estas normas, el artículo 44.1 de la Ley Orgánica 3/2007 establece que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. Esta norma trata de evitar que estos derechos tengan un efecto contraproducente, favoreciendo que las mujeres trabajadoras adapten su jornada laboral y, como consecuencia de ello, sean ellas quienes asuman todas las responsabilidades familiares, perpetuando los roles tradicionales. Existe el peligro de que la introducción de normas que facilitan la asunción de responsabilidades familiares produzca el efecto pernicioso de aumentar el número de mujeres que se acogen a ellas, manteniendo, en vez de disminuir, el modelo tradicional de atribución de cargas familiares.

Estas instituciones afectan a la productividad (y, por ende, al empleo) en un sentido positivo si se consigue una conciliación de los intereses concurrentes, porque los trabajadores contentos son más rentables: las personas sin problemas familiares rinden más. La conciliación es rentable porque mejora el ambiente, aporta calidad y mejora la productividad, reduciendo el absentismo. Ahora bien, también pueden producirse distorsiones en el funcionamiento de la empresa.

2. LA MODALIDAD PROCESAL DE CONCRECIÓN HORARIA

La adaptación de la jornada de trabajo (art. 34.8 ET), la reducción de jornada (art. 37.5 ET) y las excedencias por razones familiares (art. 46.2 ET), tienen una gran importancia en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como en la igualdad de sexos; y pueden afectar a la productividad y, por tanto, al empleo. Por ello, es muy importante la seguridad jurídica en esta materia. Sin embargo, estos conflictos se remiten a una modalidad procesal que finaliza con una sentencia excluida del recurso de suplicación (y por tanto de casación para la unificación de doctrina), lo que impide la operatividad del sistema de recursos destinado a unificar la interpretación y aplicación de normas jurídicas, en perjuicio de la seguridad jurídica. La importancia de esta cuestión aconseja entrar en su examen en primer lugar, para explicar la escasez de pronunciamientos del Tribunal Supremo (TS) y de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) en estas materias.

El artículo 37.6 del ET establece que las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute en relación con estas cuestiones serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la LPL. Debe criticarse que se introduzca una norma procesal en un texto sustantivo, como es el ET: las normas procesales laborales deben integrarse en la de la LPL. Por su parte, el artículo 138 bis de la LPL, introducido por la Ley 39/1999, regula el «procedimiento para la concreción horaria y la determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares».

Conforme al tenor literal del artículo 37.6 del ET y del artículo 138 bis de la LPL, esta modalidad procesal tiene como objeto la resolución de las discrepancias surgidas entre el trabajador y el empresario, en estas materias, en dos aspectos concretos: 1) la concreción horaria y 2) el período de disfrute. Por ello, la STSJ de La Rioja de 2 de junio de 2005, recurso 119/2005, sostuvo que cuando lo que se debate no son esos dos aspectos concretos del disfrute del derecho, sino la concurrencia de los requisitos legales necesarios para el reconocimiento del derecho mismo (en el caso enjuiciado, el trabajador no acreditó que el familiar no pudiera valerse por sí mismo), ha de sustanciarse por los trámites del proceso ordinario. Y la sentencia dictada en él era recurrible en suplicación conforme a la regla general del artículo 189.1 de la LPL.

Sin embargo, la disposición adicional 17.^a del ET (nuevamente una norma procesal incluida en un texto sustantivo), introducida por la Ley Orgánica 3/2007, establece que las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la LPL.

Esta norma no se limita a la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute, sino que remite a dicha modalidad procesal todas las discrepancias entre empresarios y trabajadores (en estas materias), incluyendo tanto las de origen legal como convencional.

3. EXCLUSIÓN DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA

Como hemos explicado, habida cuenta de la importancia de algunas de estas instituciones, como la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo prevista en el artículo 34.8 del ET o la reducción de jornada del artículo 37.5 del ET, que pueden durar años, resulta crucial la seguridad jurídica: que los agentes sociales disfruten de certeza en la interpretación y aplicación del Derecho. A la consecución de esta seguridad jurídica se consagra el sistema de recursos, que culmina en el TS, que unifica la interpretación de las normas efectuadas por la pluralidad de Juzgados de lo Social y TSJ, que inevitablemente efectúan interpretaciones distintas. Sin embargo, el procedimiento regulado en el artículo 138 bis de la LPL es urgente y preferente, excluyéndose el recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.

Respecto de la relevancia constitucional de esta materia ⁸, la STC 3/2007 ⁹ estimó un recurso de amparo contra una sentencia de un Juzgado de lo Social que había denegado la reducción de la

⁸ Las SSTs de 7 de noviembre de 1996, recurso 1016/1995; 8 de junio de 1999, recurso 3887/1998 y 24 de abril de 2001, recurso 2544/2000, entre otras, han defendido el carácter optativo de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales.

⁹ Han comentado esta sentencia MOLINA NAVARRETE, C.: «Derecho con mirada de mujer: la solución al conflicto de la vida laboral y familiar en la STC 3/2007, de 15 de febrero», *La Ley Revista Jurídica de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 2007-2, págs. 1.696 a 1.705 y, con una perspectiva crítica, GARCÍA AMADO, J. A.: «Discriminaciones indirectas y equívocos derechos (a propósito de la STC 3/2007, de 15 de enero, y del ATC 200/2007, de 27 de marzo)», *Diario La Ley*, n.º 6748, 2007, págs. 1 a 5.

jornada por guarda legal de hijo menor de seis años¹⁰. El TC reiteró las consideraciones vertidas en su Sentencia 203/2000 sobre la excedencia para el cuidado de hijos, en la que argumentaba que la realidad social mostraba que el no reconocimiento de la misma a los funcionarios interinos producía en la práctica unos perjuicios que afectaban mayoritariamente a las mujeres porque «hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos», de lo que resultaba que la denegación de estas afectaba de hecho mayoritariamente a las mujeres, perpetuándose así la clara situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral, vulnerando el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo. El TC sostuvo que estas consideraciones son íntegramente trasladables al supuesto de reducción de jornada con idéntica finalidad, por lo que el análisis judicial no podía situarse exclusivamente en el plano de legalidad sino que debía ponderar el derecho fundamental en juego, debido a que afectaba a la prohibición de discriminación por razón de sexo, sin que el Juzgado hubiera analizado en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que esta institución sirve, ni cuáles eran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa.

Las citadas argumentaciones relativas a la reducción de jornada para cuidado de un hijo se pueden trasladar al supuesto previsto en el párrafo segundo del artículo 37.5 del ET, referente al cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado que no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, pues la realidad social evidencia que las cuidadoras de estos familiares han sido mayoritariamente mujeres. Y consideraciones similares pueden predicarse del permiso por lactancia.

En relación con el acceso a suplicación de esta modalidad procesal, se ha argumentado que la exclusión del recurso obedece a la urgencia y preferencia de estos procedimientos¹¹. Es un argumento que se ha utilizado también, entre otras, respecto de la modalidad procesal de vacaciones. Sin embargo, la urgencia y preferencia, en sí mismas, no justifican la exclusión del recurso. Nuestro ordenamiento considera que los procedimientos más urgentes son el de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, que es preferente a todos los demás (art. 177.1 LPL) y el de conflicto colectivo, cuya preferencia es absoluta excepto respecto de los procedimientos de tutela de libertad sindical (art. 157). Y pese a ello, las sentencias dictadas en dichos procedimientos son recurribles en suplicación. No ofrece duda la urgencia de la resolución judicial de los conflictos en los que se ventilan derechos fundamentales, ni de los conflictos colectivos, pero ello no impide el acceso a suplicación. Ello se debe a la trascendencia de estos pleitos, que obliga a permitir el acceso a suplicación y a casación unificadora. Es importante reparar en que el acceso a suplicación permite, en su caso, el acceso a la casación unificadora. Si no cabe el recurso de suplicación, no será dable el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina, al haber desaparecido la casación *per saltum*.

¹⁰ Posteriormente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, extendió este plazo hasta los ocho años.

¹¹ SEMPERE NAVARRO, A. V. en MONTROYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Curso de procedimiento laboral*, 7.ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 280; CAVAS MARTÍNEZ, F., en RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (directores): *Resoluciones recurribles en suplicación*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 88; y COLMENERO GUERRA, J. A.: *El recurso de suplicación. (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 194.

A nuestro juicio, respecto de las obligaciones de hacer y no hacer, es preciso distinguir dos cuestiones. En los pleitos sobre fijación de la fecha de disfrute de vacaciones y concreción horaria y determinación del período de disfrute del permiso de lactancia, la urgencia deriva del hecho de que, como las vacaciones, en principio, son anuales, y la lactancia tiene una duración máxima de nueve meses (art. 37.4 ET), si se permite el acceso a suplicación, por muy rápido que se tramite el recurso, para cuando se dicte la sentencia de suplicación habrá concluido el año en el que debían disfrutarse las vacaciones o los nueve meses de la lactancia, lo que conllevaría a la inanidad de la sentencia dictada por el TSJ. Se están discutiendo derechos con una proyección temporal y una trascendencia limitadas, lo que justifica la exclusión del recurso.

En cambio, si se trata de una reducción de jornada de trabajo por cuidado directo de un familiar, la urgencia obedece al hecho de que el trabajador tiene un familiar próximo que no puede valerse por sí mismo y al que tiene que cuidar desde ahora mismo. Pero se trata de una reducción de jornada que puede prolongarse durante muchos años. La STC 3/2007 patentiza la relevancia constitucional de esta materia. Es importante percatarse de la trascendencia de estos pleitos para los sujetos del contrato de trabajo, así como de la relevancia constitucional que pueden tener. La reducción de jornada y salario puede alcanzar la mitad. Es necesario precisar cómo va a prestar servicios el trabajador en el futuro, cómo opera esta reducción de jornada...

La urgencia, derivada de la necesidad que tiene el trabajador de cuidar a su familiar desde ahora mismo, justifica la urgencia y preferencia del procedimiento. Pero la trascendencia de estos pleitos obliga a defender *de lege ferenda* el acceso a suplicación (y, por ende, a casación unificadora). La forma de cohonstar una y otra sería, al igual que en las sentencias de conflictos colectivos (art. 158.2 LPL), establecer la ejecutividad provisional de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, con independencia de que pudiera recurrirse en suplicación.

En resumen, en algunos pleitos en que se discuten obligaciones de hacer o de no hacer, la necesidad de una rápida respuesta judicial se manifiesta con una gran claridad. Si un trabajador está sufriendo una situación que vulnera sus derechos fundamentales, la tramitación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales deberá ser urgente y preferente. Ahora bien, la trascendencia de estos litigios y su relevancia constitucional justifican el acceso suplicacional al TSJ y casacional al TS, lo que conlleva mayores garantías para el justiciable.

Distinto es el caso de algunos conflictos judiciales que tienen una proyección limitada en el tiempo. Por ejemplo, cuando se discute si un trabajador debe disfrutar las vacaciones de este año en julio o en agosto; o si tiene derecho a disfrutar del permiso de lactancia de un hijo menor de nueve meses. Esta proyección temporal limitada puede hacer que su trascendencia para las partes procesales sea menor ¹². Sin embargo, la urgencia deriva de la necesidad de que exista un pronunciamiento judicial antes de que finalice el período temporal de operatividad del derecho discutido. Ambos factores justifican la exclusión del recurso de suplicación.

¹² Puede suceder que la demanda de un permiso por lactancia se fundamente en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, en cuyo caso la trabajadora podrá optar por la modalidad procesal de los permisos por lactancia, que excluye el recurso de suplicación, o la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y los demás derechos fundamentales, que permite el acceso a suplicación.

La problemática es diferente cuando se discute la reducción de jornada laboral por motivos familiares porque conlleva una disminución del tiempo de trabajo y del salario que puede alcanzar la mitad y puede prolongarse durante muchos años. La trascendencia de estos litigios para los sujetos del contrato de trabajo obliga a defender *de lege ferenda* el acceso a suplicación, sin perjuicio de la tramitación urgente y preferente del procedimiento y de la ejecutividad provisional de la sentencia de instancia, lo que permitiría una rápida respuesta judicial al conflicto sin excluir el recurso de suplicación y el de casación unificadora.

Por tanto, cuando la urgencia deriva de la proyección temporal del derecho debatido pero este tiene una trascendencia limitada, está justificada la exclusión del recurso. Pero cuando el derecho discutido tiene una gran trascendencia para las partes procesales, el hecho de que sea necesaria una rápida respuesta judicial (por ejemplo, cuando se solicita la reducción de jornada por motivos familiares) justifica *de lege ferenda* la urgencia de la tramitación y la ejecutividad provisional de la sentencia, pero no la negativa a acceder al segundo grado jurisdiccional.

Y la consecuencia añadida es que, al no tener acceso a suplicación, se cierra la única vía de acceso a la jurisprudencia unificadora del TS. Ello supone que coexisten interpretaciones distintas, cuando no antagónicas, de normas con una gran incidencia en las relaciones laborales, con quiebra de la seguridad jurídica.

4. ADAPTACIÓN DE LA DURACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

El artículo 34.8 del ET establece el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.

La STS, constituida en Sala General, de 18 de junio de 2008, recurso 1625/2007¹³, examinó si un trabajador, sin pedir reducción de jornada, puede cambiar el horario de prestación de servicio para atender al hijo menor o discapacitado. Se trata de un supuesto anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, fundamentándose la pretensión en el artículo 37.5 y 6 del ET. La controversia litigiosa se centraba en si se puede cambiar el horario o el turno de trabajo, sin la correlativa reducción horaria.

El TS argumenta que el artículo 37.5 y 6 del ET no ofrece apoyo a la tesis de la demandante porque no se trata de un texto abierto sobre el que configurar diferentes posibilidades para la conciliación, a merced de la creatividad de las partes. Se trata de una norma positiva que contempla una modalidad específica de auxilio a trabajadores con necesidades familiares que atender, articulándose de manera favorable al interés del trabajador (que concreta el horario y el período de disfrute), pero siempre en el ámbito de la reducción de jornada, una importante alteración que también posee la contrapartida negativa cual es la reducción proporcional del salario. El TS descarta que a partir de la Ley 39/1999 se elabore un nuevo catálogo de derechos, al arbitrio de una de las partes.

¹³ Esta sentencia cuenta con un voto particular formulado por Rosa María Virolés Piñol y Jordi Agustí Julià.

Esta STS examina la regulación contenida en el artículo 34.8 del ET, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, explicando que configura una nueva expectativa que no coincide exactamente con la pretensión configurada por la demandante, puesto que tampoco en este precepto se delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración del derecho.

El TS argumenta que el supuesto enjuiciado es distinto del que dio lugar a la STC 3/2007 pues en el caso de autos no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, sino solo de una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el artículo 37 del ET, en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir los Órganos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo.

La diferencia entre el artículo 34.8 del ET, que se remite a la negociación colectiva o el acuerdo con la empresa, y el artículo 37.6 del ET, que atribuye al trabajador el derecho a concretar su horario tras optar por la reducción de jornada, es clara. El primero reconoce un derecho en los términos que se establezcan en un convenio colectivo o acuerdo empresa-trabajador, mientras que el segundo reconoce al trabajador la concreción del ejercicio del derecho.

Como explica la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona de 15 enero de 2008, procedimiento 884/2007, a partir de la Ley Orgánica 3/2007, que ha introducido el apartado 8 en el artículo 34 del ET, hay que distinguir dos derechos claramente diferenciados:

1. El derecho de reducción de jornada del artículo 37.5 y 6 del ET, que integra la reducción de jornada de trabajo con una disminución correlativa del salario. Este derecho faculta al trabajador que lo ejercita a concretar el nuevo horario y determinar el período de disfrute de esta disminución horaria, el cual corresponde al trabajador, dentro de su jornada ordinaria, dentro de la cual el trabajador puede elegir la franja horaria afectada por la reducción, que, en principio, prevalece sobre el interés empresarial estrictamente organizativo o productivo.
2. El nuevo derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo del artículo 34.8 del ET, que debe ejercitarse «en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario».

A partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, toda modificación de la distribución de la jornada de trabajo sin reducción de la misma (por ejemplo, el cambio del sistema de trabajo a turnos) debe articularse a través del artículo 34.8 y no del artículo 37.5 del ET. Y la redacción del artículo 34.8 del ET no faculta unilateralmente al trabajador para esta adaptación de jornada sino que la remite a la negociación colectiva o al acuerdo con el empresario, lo que puede permitir conjugar razonablemente los intereses en juego, que no se limitan al trabajador peticionario y la empresa sino que pueden afectar también a los restantes trabajadores de la empresa, que podrían resultar perjudicados por una solución unilateralista.

A nuestro juicio, se trata de dos supuestos esencialmente distintos. En caso de reducción de jornada (que puede ser una reducción de solamente 1/8 de la jornada laboral) se produce, en principio, un déficit laboral en la empresa, por cuanto uno de sus trabajadores pasa a realizar su prestación

de servicios con una jornada laboral menor (y con una retribución menor). Este déficit laboral puede ser cubierto con un contrato de interinidad a tiempo parcial, en cuyo caso el conflicto de intereses únicamente afecta al trabajador (que pretende conciliar la vida personal y familiar) y a la empresa (puesto que puede perjudicar la organización de la empresa), pero no tiene por qué afectar también a otros trabajadores. Además, el trabajador que pretende reducir su jornada sufre una merma en su retribución. Es decir, se trata de una modificación que tiene un coste para el trabajador (la disminución de su retribución). También puede tener un coste para el empresario, en la medida en que el cambio ocasione un déficit de utilidad prestacional ¹⁴.

En cambio, si se pretende un cambio en la distribución de la jornada sin reducción de la misma (v. gr: un cambio del sistema de trabajo a turnos), no se produce un déficit laboral cuantitativo en la empresa (no hay una minoración del tiempo de trabajo). El Real Decreto 1251/2001, que modifica el contrato de interinidad a tiempo parcial del artículo 5.2 b) del Real Decreto 2720/1998, permite que dicho contrato se pueda concertar «para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejerciten los derechos reconocidos en el artículo 37, apartados 4 bis y 5 del ET». No está prevista su utilización en caso de cambio en la distribución de jornada sin reducción de la misma (aunque cabría plantearse su aplicación analógica a los mismos). Ello supone que el cambio en la distribución del trabajo puede afectar a los restantes trabajadores de la empresa (por ejemplo, si un trabajador deja de hacer el turno de noche, pasando a trabajar solamente de día, es posible que la empresa tenga que reajustar los restantes turnos). Y el trabajador no sufre merma de retribución alguna al solicitarla, lo que supone que no tiene coste alguno para el mismo.

Estas diferencias esenciales justifican el diferente tratamiento legal de una y otra, exigiendo en este último caso que haya una norma colectiva que lo regule o un acuerdo entre el trabajador y el empresario. Es cierto que la disposición adicional 17.^a del ET remite a la modalidad procesal del artículo 138 bis de la LPL las discrepancias entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, pero ello no desvirtúa la remisión del artículo 34.8 del ET a la negociación colectiva o al acuerdo empresario-trabajador. Se ventilarán en dicho procedimiento judicial los conflictos que surjan en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma colectiva o acuerdo relativo a esta materia.

La STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 2008, recurso 7922/2006, argumenta, en esencia, que el tenor literal del artículo 34.8 del ET, introducido por la Ley Orgánica 3/2007, supone que «solo si el trabajador llega a un acuerdo con el empresario o así se ha establecido en convenio colectivo puede adaptarse la jornada de trabajo en aras a una mejor coordinación de la vida personal, familiar y laboral».

En sentido contrario se pronunció la STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2007, recurso 4598/2007, enjuiciando un supuesto anterior a la Ley Orgánica 3/2007.

En cuanto a la regulación colectiva sobre esta materia, el convenio colectivo de ámbito estatal del sector de mediación en seguros privados (BOE de 22 de octubre de 2007) en su artículo 28.5 se

¹⁴ ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 107.

limita a copiar literalmente el artículo 34.8 del ET, lo que no añade nada a este. Y el artículo 42 del Convenio Colectivo de Perfumería y afines (BOE de 23 de agosto de 2007) dispone, al respecto, que se podrán establecer en los departamentos, divisiones o centros donde fuera posible un horario flexible de entrada y salida. Para su concreción es necesaria la previa petición del trabajador y la existencia de un acuerdo expreso con la empresa. Se excluye así la atribución unilateral de esta facultad al trabajador.

Es nulo el despido de un trabajador que ha solicitado o está disfrutando de un permiso de lactancia, por hijo recién nacido hospitalizado o de una reducción de jornada por guarda legal [arts. 53.4 b) y 55.5 b) en relación con los arts. 37.4, 4 bis y 5 ET]. Por el contrario, en lo que tal vez sea un olvido del legislador, no está previsto que sea nulo el despido de un trabajador que ha adaptado la duración y distribución de la jornada de trabajo al amparo del artículo 34.8 del ET. Por ello, la declaración de nulidad no es automática sino que será necesario que el trabajador aporte indicios de la vulneración de un derecho fundamental, lo que configura una diferencia de trato con el supuesto de reducción de jornada, que podría vulnerar el artículo 14 de la CE.

5. PERMISOS POR NACIMIENTO, FALLECIMIENTO O ENFERMEDAD

El artículo 37.3 b) del ET establece un permiso de dos días en los casos de nacimiento de hijo y 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. Si es necesario un desplazamiento, el plazo será de cuatro días.

Se trata de una interrupción del contrato de trabajo que permite al trabajador ausentarse del mismo sin pérdida de retribución, ni de cotización a la Seguridad Social. Su justificación radica en que son interrupciones breves de la relación laboral, motivadas por determinadas necesidades humanas, que justifican la postergación de la obligación de trabajar en beneficio de deberes de otro tipo, algunos de los cuales derivan de las relaciones familiares¹⁵.

El artículo 37.3 del ET exige el «previo aviso y justificación». Se trata de dos requisitos distintos. El aviso del trabajador al empresario deberá ser previo al permiso: con una antelación razonable debe comunicarle la ausencia del trabajo, siendo válido cualquier medio de comunicación (llamada telefónica, telegrama, carta, correo electrónico...). El carácter urgente del alumbramiento, del deceso o de la enfermedad puede hacer imposible el aviso previo, en cuyo caso el trabajador deberá avisar a la empresa lo más urgentemente posible, para evitar el perjuicio a la organización empresarial.

En cambio, la justificación se aportará cuando sea posible, pudiendo aportarse con posterioridad al permiso. Se ha interpretado la exigencia de justificación en un doble sentido: justificar tanto el supuesto de hecho del permiso (el nacimiento, el fallecimiento o la enfermedad) como la efectiva utilización del permiso con esta finalidad, de forma que la empresa pueda verificar ambos aspectos¹⁶.

¹⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador*, Aranzadi, Pamplona, pág. 30.

¹⁶ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *La protección de la maternidad, la paternidad y la adopción y acogimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 71.

Aunque concurra el supuesto de hecho, si el permiso no se ha utilizado para la finalidad legal, la ausencia no estará justificada y el empresario podrá sancionar al trabajador.

En cuanto a los trabajadores a tiempo parcial, algún pronunciamiento (STSJ del Principado de Asturias de 17 de septiembre de 1993, recurso 2598/1992) ha aplicado el principio de proporcionalidad. Sin embargo, autorizada doctrina científica ha sostenido la tesis contraria¹⁷, alegando que la proporcionalidad no casa con los requisitos exigidos para disfrutar el permiso, no hay norma restrictiva específica y el abono de la retribución parcial ya equilibra el sinalagma contractual, defendiendo que el número de días de permiso sea el previsto con carácter general en la norma, aplicando la proporcionalidad a la retribución del trabajador. Así, un trabajador a tiempo parcial con la mitad de jornada, tendrá derecho a los dos días de permiso pero durante ellos percibirá la retribución correspondiente a su trabajo a tiempo parcial.

Los días de permiso son días naturales, no laborales. Si con posterioridad al inicio del permiso sobrevienen días en los que el trabajador no estaba obligado a prestar servicio (por ejemplo, el fin de semana), el cómputo del plazo no se suspende por el transcurso de estos días, durante los cuales puede cumplirse la finalidad para la que se concede el permiso (cuidado del hijo, asistencia al funeral...). En el mismo sentido, la STSJ de Galicia de 30 de mayo de 2008, recurso 1276/2008, denegó un permiso retribuido por nacimiento de hijo que coincidió con el período vacacional.

Por el contrario, si se trata de un empleado público, el artículo 48.1 a) del Estatuto Básico del Empleado Público establece que se trata de días hábiles.

Durante estos permisos, el salario ha de abonarse en los mismos términos que se hubiera hecho si se hubiera desarrollado efectivamente la prestación laboral (STSJ del País Vasco de 9 de mayo de 1994, recurso 429/1993), sin incluir las partidas extrasalariales, como las dietas.

a) Nacimiento de hijo.

Se trata de un permiso que, en principio, está reservado al padre biológico (la madre disfruta del permiso de maternidad), sin incluir los supuestos de adopción o acogimiento de niños, aunque sean recién nacidos.

A nuestro juicio, si antes del nacimiento se hospitaliza a la madre, el padre puede solicitar un permiso de dos días por hospitalización de su cónyuge. Y posteriormente, incluso sin solución de continuidad, un permiso de dos días por nacimiento de hijo, puesto que se trata de supuestos distintos, que dan lugar a permisos diferentes. En caso de parto múltiple no se amplía el número de días de permiso.

El artículo 48 bis del ET establece que el permiso de paternidad puede ejercerse «durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o con-

¹⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V. en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (codirectores): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 686.

vencionalmente (...)). Por tanto, el permiso por nacimiento de hijo y el de paternidad son compatibles, pudiendo disfrutarse sucesivamente (STSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2008, recurso 1780/2008).

b) Fallecimiento, accidente o enfermedad graves.

La determinación de si concurre dicha gravedad, que no se refiere al accidente sino a las lesiones del accidentado, constituye un concepto jurídico indeterminado que tiene que valorarse caso por caso. Se ha afirmado que de la mera asistencia sanitaria no cabe deducir dicha gravedad¹⁸.

La STS de 24 de julio de 2008, recurso 456/2007, interpreta un precepto del convenio colectivo de Volkswagen Navarra, SA relativo a un permiso por enfermedad, en el sentido de que no incluye la hospitalización por parto, explicando que la ciencia médica distingue entre la enfermedad, que es un fenómeno patológico, más o menos grave, que altera o trastorna el estado de salud normal de una persona por la acción de una causa morbosa que necesita de tratamientos paliativos; y el parto, que es el final de un proceso orgánico (el embarazo) de carácter puramente fisiológico o natural de la mujer que, si bien precisa de atención sanitaria y aconseja su ingreso en una clínica u hospital, no es, en modo alguno, una enfermedad. Cosa distinta es que durante la permanencia de la mujer en el centro médico en el que va a ser atendida del parto, haga aparición una enfermedad ajena a aquel; pero entonces no será el parto sino la enfermedad concurrente, tanto si es grave en sí misma, como si precisa hospitalización, la que dará derecho al permiso.

La STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2008, recurso 4490/2007, sostiene que, como regla general, cada enfermedad padecida por uno de los familiares que dan derecho a ello, debe dar lugar a un solo permiso retribuido. Ahora bien, pueden existir circunstancias excepcionales, por la cercanía de la persona que sufre la enfermedad o por las características de la propia enfermedad, en las que resulte razonable el disfrute de más de un permiso retribuido. En cambio, la STSJ de La Rioja de 30 de diciembre de 2002, recurso 318/2002, sostiene que no puede solicitarse más de un permiso retribuido para atender para el mismo familiar y por la misma enfermedad.

En cuanto a la relevancia disciplinaria del incumplimiento por parte del trabajador de los requisitos de estos permisos, la STSJ de Canarias con sede en Tenerife de 13 de diciembre de 2004, recurso 844/2004, sostuvo que si la trabajadora tenía derecho al permiso, pues consta acreditado el ingreso hospitalario de su madre y la necesidad de atención continuada de la misma, aunque esta trabajadora no debió ausentarse sino esperar a recibir la contestación oficial de la empresa, tal desobediencia ha de ser entendida como no grave dado que le asistía un derecho reconocido en convenio, que se justificaba su ausencia y que, además, tiene una antigüedad en la prestación de servicios a la empresa digna de ser tenida en cuenta a estos efectos.

¹⁸ ALARCÓN CASTELLANOS, M. M.: «Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999», *Aranzadi Social*, 1999-V, pág. 1.140.

c) Hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización.

En cuanto a la primera, no es suficiente con la mera entrada en el hospital. Es necesario que se permanezca como paciente ingresado, lo que generalmente se identifica con la permanencia durante más de 24 horas¹⁹. Respecto de la segunda, se exige que la intervención quirúrgica sin hospitalización precise reposo domiciliario.

La STSJ de Castilla y León con sede en Burgos de 29 de mayo de 2008, recurso 200/2008, explica que el permiso retribuido por hospitalización de un familiar no tiene por qué disfrutarse necesariamente durante los primeros días de dicho ingreso hospitalario y no después, mientras dicho ingreso perdura. Este derecho tiene su origen en una situación de necesidad, la cual subsiste durante todo el tiempo en que dicha hospitalización se mantiene, no siendo exigible que tenga que disfrutarse los primeros días del referido ingreso. Y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2005, recurso 14/2005, sostiene que cada proceso de hospitalización da lugar a la concesión del permiso, con independencia de que provenga de la misma enfermedad del mismo trabajador.

La hospitalización por cesárea de una hermana del trabajador genera el derecho al permiso retribuido de dos días del artículo 37.3 b) del ET (STSJ de Cataluña de 27 de marzo de 2008, recurso 8490/2006), al igual que la hospitalización por parto natural cuando el alumbramiento se haya producido en un hospital (STSJ del Principado de Asturias de 13 de octubre de 2006, recurso 2110/2006). En sentido contrario se ha pronunciado la STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de octubre de 2007, recurso 2931/2007, la cual sostiene que la hospitalización de un pariente por parto no está incluida en el permiso del artículo 37.3 b) del ET, argumentando que sería absurdo entender que se concede idéntico permiso por nacimiento de un hijo propio que por nacimiento de un sobrino o un nieto.

d) Desplazamiento.

En defecto de convenio colectivo que concrete su alcance, debe utilizarse el mismo criterio interpretativo que cuando se valora si el cambio de destino laboral conlleva cambio de residencia (art. 40.4 ET)²⁰.

6. LACTANCIA

Se trata de un derecho histórico. La Ley de 13 de marzo de 1900, reguladora del trabajo de mujeres y niños, se ocupó de la lactancia de las mujeres trabajadoras, fijando los ejes esenciales seguidos por la normativa posterior. El artículo 9 de dicha norma establecía una hora al día retribu-

¹⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V. en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (codirectores): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007...*, ob. cit., pág. 690.

²⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V. en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (codirectores): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007...*, ob. cit., pág. 691.

da para dar el pecho a los hijos, que se dividía en dos períodos de 30 minutos, uno en el trabajo de la mañana y otro en el de la tarde, eligiendo el momento de disfrute la trabajadora. Este derecho se reconocía «en el período de lactancia», lo que, al menos en teoría, configuraba en este sentido un régimen más favorable que el actualmente vigente, puesto que hoy en día el permiso de lactancia se limita al lapso temporal hasta que el menor cumple nueve meses, en que cesa el permiso, aunque la madre continúe con la lactancia.

A diferencia del riesgo por lactancia, en el que se protege la lactancia natural, en el permiso de lactancia se protegen tanto la lactancia natural como la artificial (el bien jurídico protegido es la atención del menor de nueve meses). Pese a ello, la titularidad de este derecho la tienen «las trabajadoras»²¹. Si la madre no trabaja, el padre no tiene derecho alguno, ya que el suyo es un derecho derivado²². Como explica la STSJ de Andalucía, con sede en Sevilla, de 24 de abril de 2001, recurso 3634/2000, es requisito ineludible para la concesión del permiso al padre o a la madre, que ambos progenitores trabajen y estén incluidos dentro del ámbito del ET. Si la madre trabaja pero está de alta en el Régimen Especial del Trabajadores Autónomos (RETA), tampoco puede acceder al mismo el padre porque para que pueda disfrutarlo este es necesario que los trabajos realizados por la madre estén comprendidos en el ámbito del ET, que reconoce el derecho (STSJ de Navarra de 24 de junio de 2008, recurso 172/2008). Tampoco procede su disfrute cuando coincide con la suspensión del contrato por maternidad del cónyuge (STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 1999, recurso 642/1998). En cambio, si ambos trabajan en el ámbito del ET, la madre o el padre pueden disfrutar indistintamente de este derecho.

El permiso de lactancia requiere la existencia de filiación natural o adoptiva, excluyendo de este derecho a los guardadores de hecho. Y la STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1999, recurso 2928/1998, rechaza el reconocimiento de este derecho en caso de separación matrimonial, cuando lo solicita el cónyuge que no tiene atribuida la guarda y custodia, pretendiendo dicha adaptación al régimen de visitas previsto en el convenio regulador.

La duración del permiso, que no ha aumentado desde 1900 (salvo en caso de parto múltiple), es insuficiente: una hora no es suficiente para que la trabajadora se desplace a su domicilio, alimente al neonato y vuelva al trabajo²³. La mención a que «la duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple», introducida por la Ley Orgánica 3/2007, significa que por cada hijo la madre tendrá derecho a una hora de ausencia. Este derecho se puede ejercer desde el día del nacimiento del hijo hasta que este cumpla nueve meses: no se prolonga mientras dure la lactancia (que puede durar años) sino que se limita a los nueve meses de edad del niño. Se limita así el derecho para no gravar excesivamente al empresario²⁴.

La mujer (nuevamente el ET insiste en la titularidad femenina de este derecho) puede sustituir el derecho a la ausencia del trabajo por una reducción de jornada de media hora o acumularlo en jor-

²¹ La STC 109/1993 negó que esta diferencia de trato vulnerase el derecho a la igualdad.

²² Como explica MORGADO PANADERO, P.: «Responsabilidades privadas y reducciones de jornada laboral tras Ley Orgánica 3/2007», *Aranzadi Social*, n.º 18, 2009, pág. 97, en aras a la igualdad de oportunidades, la configuración más correcta sería la titularidad compartida del permiso.

²³ PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999, de conciliación de responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate», *Temas Laborales*, n.º 62, 1999, pág. 48.

²⁴ MORGADO PANADERO, P.: «Responsabilidades privadas ...», ob. cit., pág. 97.

nadas completas en los términos fijados en la negociación colectiva o el acuerdo con el empresario. La distinción entre ausentarse y reducir la jornada radica en que ausentarse es marcharse cuando se ha iniciado, con la obligación de regresar, mientras que reducir la jornada supone atrasar el inicio o adelantar el final de la jornada diaria.

El tenor literal de este precepto y el principio *pro operario*, obligan a concluir que lo que se acumula no es la reducción de jornada (de media hora diaria) sino la ausencia del trabajo (una hora diaria).

Respecto de los trabajadores a tiempo parcial, la Ley 39/1999 sustituyó la mención del artículo 37.4 del ET relativa a la reducción «de la jornada normal», por la mención actualmente vigente a la reducción «de su jornada», lo que debe interpretarse como la jornada del trabajador que la solicita. Por tanto, en caso de que el trabajador se incline por la reducción de la jornada, esta será de media hora con independencia de que trabaje a jornada completa o parcial. Así, la STSJ de Canarias con sede en Las Palmas de 20 de febrero de 2006, recurso 902/2003, explica que el hecho de tener una jornada inferior a la normal, bien porque se ha hecho uso de la reducción de jornada por guarda legal, bien por tener un contrato a tiempo parcial, no permite hacer la correspondiente reducción del derecho de lactancia. En el mismo sentido se ha pronunciado la STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2003, recurso 4839/2002.

El único límite al disfrute del permiso de lactancia por parte de los trabajadores temporales deriva de la prohibición del abuso del derecho (art. 7.2 CC). Si una trabajadora presta servicio a tiempo parcial durante una hora diaria, de lunes a viernes, no puede pretender disfrutar de una hora de lactancia porque en tal caso no se trataría de una ausencia del trabajo sino que dejaría de prestar servicio (conservando la correspondiente retribución) durante varios meses, al coincidir el tiempo de ausencia de lactancia, con su jornada total de trabajo.

Las SSTSJ de Cataluña de 8 de marzo de 1999, recurso 7966/1998; 25 de abril de 2002, recurso 1695/2000 y 18 de marzo de 2003, recurso 4839/2002; y de la Comunidad Valenciana de 25 de abril de 2002, recurso 1695/2000 y 24 de mayo de 2002, recurso 2188/2000, han reconocido la compatibilidad de la licencia por lactancia con la reducción de jornada por razón de guarda legal: son derechos distintos y acumulables.

La STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2002, recurso 1695/2000, argumenta que, a partir de la Ley 39/1999, que modificó el artículo 37.4 del ET, cambiando la anterior referencia a la «jornada normal» de trabajo por la expresión «su jornada» de trabajo, este derecho es claramente aplicable a los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación en la que en realidad se hallan aquellos trabajadores que han pedido la reducción de su jornada laboral al amparo del artículo 37.5 del ET. Por ello, no resulta abusiva la pretensión de la trabajadora demandante de disfrutar de la reducción de jornada por lactancia a cargo de la empresa, que no está condicionado por la jornada laboral que se efectúe. Además, los derechos de reducción de jornada del artículo 37.5 del ET y de reducción de jornada por lactancia del artículo 37.4 del ET, no tienen ni la misma configuración, ni la misma causa, ni los mismos sujetos que puedan ejercitarlo, ni las mismas repercusiones para la empresa: tanto los sujetos activos (padres frente a quien tenga la guarda legal), como los causantes del derecho

(exclusivamente hijos menores de nueve meses frente a una multitud de personas), duración en el tiempo (máximo de nueve meses frente a incluso muchos años), su intensidad (una hora de ausencia al trabajo sustituible por una reducción de media hora en la jornada frente hasta incluso la mitad de toda la jornada laboral), su repercusión salarial (pagado por la empresa frente a reducción proporcional del salario) y razón de ser (atender a la lactancia del menor de nueve meses frente a poder compatibilizar la vida familiar y la laboral) son diferentes entre sí.

En cuanto a la retribución durante el permiso de lactancia, la STSJ de las Islas Baleares de 19 de junio de 1996, recurso 340/1996, explica que la media hora de reducción de jornada se retribuye en la cuantía que corresponde al valor hora de la jornada que se está realizando. Y, para evitar el perjuicio retributivo de la trabajadora que disfrutaba del permiso de lactancia, la STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2004, recurso 4951/2004, reconoció el derecho de la trabajadora a que se le reduzcan los objetivos marcados para el abono de los correspondientes incentivos salariales, en la misma proporción que la jornada que está realizando por disfrutar del permiso de lactancia y durante el período que esta se extienda. Como la trabajadora prestaba servicios durante dos horas menos al día (tenía dos hijas menores), si se mantenían los mismos objetivos fijados para los restantes trabajadores, resultaría perjudicada retributivamente por ejercer su derecho al permiso de lactancia, lo que lleva a su reducción proporcional.

El despido de un trabajador que ha solicitado o está disfrutando de un permiso de lactancia (art. 37.4 ET) es nulo [arts. 53.4 b) y 55.5 b) ET], salvo que se declare su procedencia por motivos no relacionados con el ejercicio de este derecho.

El permiso de lactancia tiene que destinarse al fin para el que se ha concedido. La STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2000, recurso 3495/2000, declaró procedente el despido de una trabajadora que disfrutaba de un permiso para lactancia de un hijo de cinco meses, permaneciendo en las dependencias de la empresa sin cumplir el cometido para el que lo había solicitado y para el que le había sido concedido. El citado tribunal consideró constitutiva de transgresión de la buena fe contractual la utilización del permiso de lactancia para una distinta finalidad. Y la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Málaga de 30 de noviembre de 2004, declaró procedente el despido de una trabajadora que utilizaba el permiso para lactancia para ir de compras o tomarse un aperitivo.

7. REDUCCIÓN DE JORNADA PARA CUIDADO DE MENOR O DISCAPACITADO

El artículo 37.5 del ET reconoce a los que, por razones de guarda legal (padres o tutores), tengan a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial (los que tienen gravemente lesionado alguno de los sentidos), que no desempeñe una actividad retribuida (sea por cuenta propia o ajena), el derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. Se reconoce el mismo derecho a quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de un permiso no retribuido configurado como un derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral ²⁵. Respecto al interés jurídico tutelado por el artículo 37.5 del ET, la doctrina jurisprudencial ha sostenido que protege tanto el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad como el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible (STS de 11 de diciembre de 2002, recurso 1817/2001).

a) Sujetos.

Este derecho lo puede ejercer cualquiera de los progenitores o el tutor. En caso de separación legal, la STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1999, recurso 2928/1998, atribuyó este derecho a quien tenga la custodia, atención o guarda del menor.

En cuanto a la persona a quien hay que cuidar, el artículo 37.5 del ET menciona tres supuestos distintos:

1. Menor de ocho años de quien se tenga la guarda legal.
2. Discapacitado de quien se tenga la guarda legal.

Respecto al concepto de discapacitado, el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, establece que «a los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100». Por ello, se ha afirmado que el grado de discapacidad requerido ha de ser como mínimo del 33 por 100 ²⁶. Sin embargo, la STSJ de Castilla y León con sede en Burgos de 16 de enero de 1992, recurso 664/1991, realizó una interpretación flexible y estimó la pretensión de reducción de jornada para cuidado de un minusválido respecto del marido de la solicitante, interpretando la mención a una persona disminuida física o psíquicamente «en el amplio sentido de persona que padezca cualquier tipo de dolencias o enfermedades médicamente constatadas que alteren notoriamente su salud».

En principio, los requisitos son que el trabajador tenga la guarda legal (patria potestad, tutela o acogimiento legal) de un tercero al que se le haya reconocido una discapacidad (de más del 33%) y este necesite su cuidado.

3. Familiar hasta el segundo grado que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo.

La exigencia de parentesco excluye las relaciones de hecho, como las que tienen su origen en el acogimiento. Se incluye al cónyuge, aunque propiamente no tiene con el titular una

²⁵ ESPÍN SÁEZ, M.: «El derecho...», ob. cit., pág. 606.

²⁶ ESPÍN SÁEZ, M.: «El derecho...», ob. cit., pág. 594 y MORGADO PANADERO, P.: «Responsabilidades privadas...», ob. cit., pág. 103.

relación de parentesco (sería absurdo incluir los parientes por afinidad y no incluir al cónyuge). La mención a que el familiar no pueda valerse por sí mismo no debe interpretarse como equivalente a la gran invalidez regulada por la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). La citada expresión significa que el familiar necesita la ayuda de otras personas para realizar determinados actos relevantes de la vida cotidiana, aunque no presente una reducción relevante de sus capacidades psicofísicas ²⁷.

En el caso de hijo mayor de ocho años pero menor de edad, las SSTSJ de Cataluña de 23 de julio de 2003, recurso 8289/2002 y Castilla-La Mancha de 18 de mayo de 2006, recurso 324/2005, han negado que pueda subsumirse en el artículo 37.5 del ET, argumentando, en esencia, que ello dejaría sin efecto la limitación a la edad de seis años (en la actualidad, es de ocho años), en tanto que difícilmente un niño, aunque supere los seis años, puede valerse por sí mismo y desarrollar una actividad retribuida, por lo que, en el último supuesto de este precepto, la referencia a la edad debe considerarse hecha a los casos de edad avanzada ²⁸.

La STSJ de La Rioja de 2 de junio de 2005, recurso 119/2005, sostiene que deben concurrir las siguientes circunstancias: a) Que el trabajador necesite encargarse del cuidado directo de un familiar; b) que el grado de parentesco entre ambos sea el primero o segundo de consanguinidad o de afinidad; c) que dicho familiar no pueda valerse por sí mismo, bien sea por razones de edad (avanzada), o de accidente, o de enfermedad, y d) que el mismo familiar no desempeñe actividad retribuida. En esta sentencia se denegó el derecho a la reducción de jornada porque la demandante no había acreditado que la persona que se pretendía cuidar (la madre de la actora, de 72 años de edad) no pudiera continuar valiéndose por sí misma. La carga de la prueba de los requisitos de la reducción de jornada incumbe a quien la solicita.

El requisito negativo consistente en que no desempeñe actividad retribuida, que refuerza su posición de dependencia respecto de la persona trabajadora, ha sido criticado porque la realización de un trabajo retribuido no excluye la dependencia respecto del trabajador que puede solicitar dicha reducción de jornada, por lo que debería suprimirse ²⁹. El término «actividad retribuida» se refiere a las rentas de trabajo pero no a las del capital, ni a la percepción de una prestación social.

La expresión «cuidado directo» no debe interpretarse en el sentido estricto de impedir la ayuda de terceras personas, sino en el de asumir el control del cuidado del hijo ³⁰.

²⁷ SEMPERE NAVARRO, A.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», *Aranzadi Social*, 1999-V, pág. 122.

²⁸ En el mismo sentido se pronuncia MORGADO PANADERO, P.: «Responsabilidades privadas...», ob. cit., pág. 106.

²⁹ MORGADO PANADERO, P.: «Responsabilidades privadas...», ob. cit., págs. 103 y 104 y ESPÍN SÁEZ, M.: «El derecho...», ob. cit., pág. 596, quien explica que esta exclusión interfiere en el papel que el empleo desempeña como mecanismo de integración de las personas con discapacidad.

³⁰ GARCÍA ARCE, M. C.: «Reducciones de jornada y permisos de trabajo por razones familiares», en VV.AA.: *Mujer y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2003, pág. 109; ESPÍN SÁEZ, M.: «El derecho...», ob. cit., pág. 607; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *La protección de la maternidad...*, ob. cit., pág. 121 y MORGADO PANADERO, P.: «Responsabilidades privadas...», ob. cit., págs. 107 y 108.

Esta reducción de jornada cabe tanto en los contratos a jornada completa como en los contratos a tiempo parcial, puesto que el artículo 14.4 d) del ET reconoce a los trabajadores a tiempo parcial los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo ³¹.

b) Concreción horaria.

A diferencia de lo que sucede con el artículo 34.8 del ET (que remite a la negociación colectiva o al acuerdo con la empresa), el artículo 37.6 del ET atribuye al trabajador el derecho a concretar su horario tras optar por la reducción de jornada: «la concreción horaria (...) corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria», con el único requisito de un preaviso al empresario con 15 días de antelación. Y añade: «las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria (...) serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la LPL». Ahora bien, si se tratase de un derecho incondicionado del trabajador, no tendría sentido que el mismo precepto legal prevea la existencia de discrepancias entre ambas partes contratantes sobre la concreción horaria y remita su resolución al órgano judicial. No se trata de un derecho ilimitado sino limitado, cuyo ejercicio no debe causar perjuicios ajenos a su finalidad.

La STC 3/2007 ³² estimó un recurso de amparo contra una sentencia de un Juzgado de lo Social que había denegado la reducción de la jornada por guarda legal de hijo menor de seis años (en la actualidad, son ocho años). El TC reiteró las consideraciones vertidas en su Sentencia 203/2000 sobre la excedencia para el cuidado de hijos, en la que argumentaba que la realidad social mostraba que el no reconocimiento de la misma a los funcionarios interinos producía en la práctica unos perjuicios que afectaban mayoritariamente a las mujeres porque «hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos», de lo que resultaba que la denegación de estas afectaba de hecho mayoritariamente a las mujeres, perpetuándose así la clara situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral, vulnerando el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo. El TC sostuvo que estas consideraciones son íntegramente trasladables al supuesto de reducción de jornada con idéntica finalidad, por lo que el análisis judicial no podía situarse exclusivamente en el plano de legalidad sino que debía ponderar el derecho fundamental en juego, debido a que afectaba a la prohibición de discriminación por razón de sexo, sin que el Juzgado hubiera analizado en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que esta institución sirve, ni cuáles eran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa ³³. Esta STC 3/2007 evidencia que el derecho a la concreción horaria no es un derecho incon-

³¹ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *La protección de la maternidad...*, ob. cit., pág. 122.

³² Han comentado esta sentencia MOLINA NAVARRETE, C.: «Derecho con mirada de mujer: la solución al conflicto de la vida laboral y familiar en la STC 3/2007, de 15 de febrero», *La Ley Revista Jurídica de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 2007-2, págs. 1.696 a 1.705 y, con una perspectiva crítica, GARCÍA AMADO, J. A.: «Discriminaciones indirectas y equívocos derechos (a propósito de la STC 3/2007, de 15 de enero, y del ATC 200/2007, de 27 de marzo)», *Diario La Ley*, n.º 6748, 2007, págs. 1 a 5.

³³ Las citadas argumentaciones relativas a la reducción de jornada para cuidado de un hijo se pueden trasladar al supuesto previsto en el párrafo segundo del artículo 37.5 del ET, referente al cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado

dicionado del trabajador, puesto que sostiene que la concreción horaria puede decaer si genera dificultades organizativas a la empresa.

El derecho a la reducción de jornada pretende armonizar la vida familiar, enfatizando la protección de los miembros de la familia más necesitados de protección, con la vida laboral. Ello impone la búsqueda de equilibrios que ponderen los intereses en conflicto.

Esta reducción de jornada puede operar de dos formas distintas. 1) Solicitud de reducción de jornada dentro de la modalidad horaria que tiene asignada la trabajadora. El artículo 37.6 del ET establece que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute corresponderán al trabajador «dentro de su jornada ordinaria»³⁴. 2) Solicitud de reducción de jornada con una distribución distinta a la modalidad horaria que tenía. Es el caso del trabajador que solicita dejar de prestar servicio a turnos, pasando a prestar servicios con un turno fijo (y jornada más reducida)³⁵. En este segundo supuesto, en principio la modificación de la prestación laboral tiene más entidad que en el primero.

La STS de 20 de julio de 2000, recurso 3799/1999, aunque concluye que no concurre el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, establece criterios de interpretación del artículo 37.5 del ET³⁶. El TS explica que la aplicación de las reducciones de jornada del artículo 37.5 del ET ha de partir de la base de que este precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 CE) que establece la protección a la familia y a la infancia. Esta finalidad ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. El artículo 37.5 del ET guarda silencio en orden a la concreción horaria de la reducción de jornada, ni si en tal actuación debe prevalecer el criterio o las necesidades concretas del trabajador o las organizativas de la empresa. El TS sostiene que se trata de una laguna legal que posiblemente se hizo a propósito, con el fin de que se compatibilicen los intereses del menor (y por tanto del padre o madre trabajadores), con las facultades empresariales de organización del trabajo. Y el TS niega que concurra la contradicción exigida por el artículo 217 de la LPL como requisito del recurso de casación unificadora porque en la sentencia recurrida se acreditó: 1) la buena fe de la trabajadora; 2) que la empresa, por su dimensión, tiene fácil su sustitución, sin que la reducción de jornada ocasione problemas en cuanto a la organización del trabajo; y 3) que, tras la excedencia de la demandante a causa de maternidad, la empresa no presenta indicios de que su comportamiento denote un actuar conforme a las exigen-

que no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, pues la realidad social evidencia que las cuidadoras de estos familiares han sido mayoritariamente mujeres. Y consideraciones similares pueden predicarse del permiso por lactancia.

³⁴ En cuanto al alcance de este término, *vide* EZQUERRA ESCUDERO, L.: «La reducción de jornada por guarda legal», *Aranzadi Social*, n.º 14, 2008, págs. 92 a 97.

³⁵ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M. T.: «La maternidad y la conciliación familiar, dentro de la tutela de la igualdad», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M. T. (directora): *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial XVII), Madrid, 2006, págs. 288 y 289.

³⁶ La razón por la que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social fue recurrible en suplicación es porque se dictó antes de la entrada en vigor de la Ley 39/1999 (que instauró el nuevo procedimiento del art. 138 bis LPL). Debido a ello, la sentencia de instancia fue recurrible en suplicación. Y la sentencia de suplicación se pudo recurrir en casación para la unificación de doctrina.

cias de la buena fe. Ante estos datos, corresponde a la trabajadora la elección de turno y concreción horaria del modo más favorable a la protección de los dos hijos menores. En cambio, en la sentencia de contraste, ante la ausencia de datos de hecho que pudieran modular la decisión, la Sala se inclinó por mantener la obligación del trabajador de seguir prestando el trabajo en los turnos que venía realizando.

El TS argumenta que la sentencia recurrida tiene tres datos que la separan de la de contraste: la buena fe de la trabajadora, el carácter no problemático de su sustitución y un principio de ausencia de buena fe de la empleadora. Estos datos diferenciales son suficientes para que hayan podido recaer soluciones diferentes, no existiendo por tanto doctrina que unificar.

Diferentes órganos judiciales han desarrollado su propia doctrina interpretativa del artículo 37.5 del ET. Así, la STSJ de Cantabria de 31 de diciembre de 1999, recurso 817/1998, sostiene que el artículo 37.5 del ET no concede un derecho absoluto al trabajador a la elección del horario que estime conveniente, debiendo ejercitarse conforme los principios de la buena fe y adecuado a su finalidad [art. 5 a) ET]. En principio, debe entenderse que la elección del trabajador es la más acorde a las necesidades de atención del menor que tiene que atender. Pero si la empresa justifica la coincidencia con una acumulación de tareas en parte de la jornada reducida elegida por la actora, sin que la trabajadora acredite las razones que le llevan a mantener la reducción propuesta por ella, su pretensión debe desestimarse.

La Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Pamplona de 22 de diciembre de 2004, procedimiento 610/2004, sostiene que cuando la empresa no evidencie razones suficientemente justificadas para no acceder a la elección de la específica jornada adoptada o solicitada por el trabajador, será esta la que prospere en tanto que, cuando esas razones queden demostradas y el trabajador no aduzca otras motivaciones de mayor significado o relevancia, puede prosperar el horario propuesto por la empresa, todo ello siempre dentro de los parámetros de la buena fe en la actuación, tanto empresarial, como del trabajador. Se admite la oposición empresarial por razones organizativas, aunque solo excepcionalmente, cuando entra en colisión con el derecho del trabajador a la distribución horaria de la reducción de jornada para el cuidado del menor, haciendo recaer, en este caso, sobre el trabajador la prueba de las razones que legitiman su posición y su interés en un nuevo horario frente al propuesto por la potestad organizativa empresarial.

En definitiva, la elección del horario que se reduce le corresponde en principio al trabajador, pero excepcionalmente, cuando este derecho entra en colisión con el derecho de dirección y organización empresarial, hay que acudir a las circunstancias concretas de cada caso, incluida la buena fe, para atribuir esta facultad al trabajador o al empresario. En esta línea argumentativa, se ha afirmado que la carga de la prueba del perjuicio de la propuesta de horario del trabajador corresponde al empresario, que debe acreditar que dicha propuesta no es la más adecuada a las necesidades productivas de la empresa y que la alternativa propuesta por el empresario es ajustada a las necesidades familiares del trabajador³⁷.

³⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: «El fenómeno de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentarios a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número extraordinario, 1999, pág. 101.

Así pues, la interpretación del artículo 37.5 y 6 del ET debe efectuarse teniendo en consideración los fines que con ello se pretende, haciendo prevalecer el derecho de la guarda y custodia de forma y manera que la reducción de la jornada no repercuta negativamente sobre el menor. En caso de colisión de intereses entre el trabajador y el empresario, debe prevalecer aquella posición que pueda considerarse más idónea para la atención del menor, si bien el ejercicio del derecho debe estar regido por los principios de buena fe y no resultar en extremo perjudicial para el empresario.

En contra de la concreción horaria elegida por el trabajador, la STSJ de Castilla y León con sede en Burgos de 18 de octubre de 1999, recurso 616/1999, argumenta que, como la empresa demandada, que tiene en producción una plantilla de más de 300 trabajadores, de los cuales 42 tienen concedida la reducción de jornada, concurren motivos y razones de organización y dirección empresarial que conllevan que sea la empresa la que pueda determinar, dentro de la reducción de jornada, el horario a realizar por las actoras, pues dado el alto número de trabajadores que ya tienen concedida la reducción de jornada, de seguirse la tesis de las recurrentes de ser ellas quienes decidan el horario a realizar, podría ocasionarse una alteración para el buen funcionamiento y, en definitiva, perjudicar a la organización de la empresa, por lo que a las actoras trabajadoras no les corresponde la elección de horario dentro de la reducción de jornada que ya les fuera concedida. Esta sentencia utiliza como criterio de aplicación del artículo 37.5 del ET, el número de trabajadores de la empresa que tienen reconocida ya la reducción de jornada, y la incidencia que ello tiene en el funcionamiento empresarial.

La concreción horaria de la reducción de jornada tiene que servir a la finalidad para la que se ha concedido: el cuidado del menor o familiar. Por ello, se ha rechazado la concreción horaria de una reducción de jornada para el cuidado de un menor, consistente en trabajar en semanas alternas sucesivas de dos días (miércoles y jueves) la primera y tres días (martes, miércoles y jueves) la siguiente, porque ello no permite la atención adecuada y conveniente del hijo, pues el cuidado de los hijos ha de ser diario, como ocurre cuando se reduce diariamente el horario de trabajo. Se trata de una elección horaria que ni facilita la atención del menor, ni permite compatibilizar la vida laboral con el desarrollo de la vida familiar (STSJ de Andalucía con sede en Málaga de 22 de marzo de 2002, recurso 2194/2001).

Como hemos explicado, la licencia por lactancia y la reducción de jornada por razón de guarda legal son derechos distintos y acumulables (SSTSJ de Cataluña de 8 de marzo de 1999, recurso 7966/1998; 25 de abril de 2002, recurso 1695/2000 y 18 de marzo de 2003, recurso 4839/2002; y de la Comunidad Valenciana de 25 de abril de 2002, recurso 1695/2000 y 24 de mayo de 2002, recurso 2188/2000).

c) Retribución.

En cuanto a la retribución del trabajador, las SSTS de 21 de julio de 2006, recurso 4013/2005; 24 de abril de 2007, recurso 1676/2006 y 27 de septiembre de 2007, recurso 2293/2006, enjuiciaron la reducción de la retribución de sendos pilotos de Air Europa que habían solicitado la reducción de jornada para cuidado de un hijo menor de seis años (ahora son ocho años). Estos pilotos percibían un complemento salarial denominado «retribuciones variables» por superación de unos determinados

números de horas de vuelo al mes. La empresa no redujo (proporcionalmente a la reducción de jornada solicitada) el número de horas de vuelo exigidas a efectos del cobro de esas retribuciones variables, lo que supuso una importante diferencia salarial para estos pilotos puesto que, al no poder alcanzar (por su jornada reducida) el citado número de horas de vuelo, dejaron de percibir este complemento. Y el TS consideró conforme a derecho la interpretación normativa efectuada por la empresa, argumentando que la proporcionalidad a que alude el artículo 37.5 del ET se refiere únicamente a la reducción del salario (en proporción a la reducción de jornada), pero no prevé el supuesto de que la jornada se retribuya de forma variable por bloques horarios. Por ello, el TS sostiene que para determinar en este caso la reducción salarial proporcional sería necesario que así lo estableciese el convenio colectivo, al que se remite el artículo 26.3 del ET (relativo a la estructura del salario): solo la voluntad de los negociadores del convenio podrán establecer que la reducción de un tercio de la jornada no se aplique de una manera lineal a la jornada completa, sino a los bloques horarios en que se divide esta a efectos retributivos, rechazando que se pueda aplicar analógicamente la regulación prevista para las vacaciones, pues no se trata de un término de comparación idóneo. El TS argumenta que las vacaciones son tiempo de descanso retribuido computable como del trabajo, mientras que la reducción de jornada para el cuidado de menores de seis años produce en el período de reducción de jornada unos efectos semejantes a los previstos por el artículo 45.2 del ET para los casos de suspensión del contrato de trabajo, que «exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo». Por último, el TS explica que si se llevase a cabo la reducción proporcional a los tramos horarios de la jornada, el trabajador percibiría una retribución proporcionalmente superior a la que obtendría realizando la jornada completa, contradiciendo así la finalidad del sistema retributivo convencionalmente pactado, que trata de primar la realización de las horas de trabajo que supongan un sobreesfuerzo.

El TS quiere evitar que la reducción de jornada por motivos familiares conlleve una retribución superior, en proporción al tiempo efectivamente trabajado, que la que percibiría el trabajador si trabajase a jornada completa.

De esta doctrina jurisprudencial puede extraerse un principio aplicable a la reducción de jornada por razones familiares. Dicha reducción no puede perjudicar al trabajador. Pero tampoco debe resultar beneficiado por la misma. Se trataría de una suerte de principio de neutralidad retributiva de la reducción de jornada.

Por su parte, la STSJ de Galicia de 16 de enero de 2004, recurso 3962/2001, sostiene que si la empresa asume la mejora voluntaria de la Seguridad Social consistente en complementar el subsidio por incapacidad temporal hasta el 100 por 100 del salario, cuando finaliza la reducción de jornada por guarda legal estando el trabajador en situación de incapacidad temporal, la empresa debe abonar el complemento salarial hasta la totalidad del salario correspondiente a la jornada completa.

d) Duración.

El derecho a la reducción de jornada para cuidado de un menor de ocho años persiste hasta que el menor cumpla dicha edad. La STSJ de Madrid de 14 de enero de 1998, recurso 4830/1997, sostuvo

que si, con posterioridad a que el menor cumpla la edad máxima prevista, el trabajador solicita realizar la jornada completa (en el supuesto enjuiciado por este TSJ solo se había demorado un mes y once días), la empresa no puede negarse. El tribunal explica que no es aplicable el preaviso que se establece para el reintegro en las situaciones de excedencia. Y si con posterioridad a que el menor o minusválido cumpla seis años (ahora son ocho años), la reducción de jornada se prolonga, sin que la empresa y el trabajador la denuncien, la petición tardía, no supone pérdida o renuncia del derecho a la realización de la jornada completa, pues únicamente afectará al momento en que deberá empezar esta.

El supuesto enjuiciado en dicha sentencia se caracterizaba porque el retraso en solicitar la jornada completa fue únicamente de un mes y once días. Si con posterioridad a que el menor cumpla ocho años, el trabajador continúa con jornada reducida durante un lapso temporal de más entidad, se producirá una novación contractual: el trabajador, sin título habilitante, continuará trabajando con jornada reducida, con el consentimiento tácito de la empresa, lo que supone que se tratará de un trabajador a tiempo parcial. Lo contrario: admitir la subsistencia del derecho a retornar a la jornada completa años después de desaparecer la causa que justificó la reducción de jornada, sería absurdo.

e) Contrato de interinidad.

Es menester examinar las vías legales de que dispone la empresa para afrontar la reducción en la prestación de servicios laborales causada por la reducción de jornada del trabajador. La STS de 13 de febrero de 2006, recurso 3503/2004, consideró ajustada a derecho la suscripción por parte de una Administración Pública de un contrato eventual por circunstancias de la producción para hacer frente al déficit de plantilla originado por la reducción de jornada laboral de 37,5 a 35 horas semanales (se redujo la jornada máxima). El TS argumenta que el contrato eventual por circunstancias de la producción es idóneo para proveer necesidades y tareas habituales en la empresa que, por circunstancias diversas, experimentan un incremento de actividad para cuya cobertura es necesaria una fuerza de trabajo superior a la habitual, situación que se produce en caso de reducción de la jornada de trabajo en un centro asistencial.

Se trata de un supuesto distinto al de la reducción de jornada al amparo del artículo 37.5 del ET. El Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, modifica la regulación del contrato de interinidad a tiempo parcial del artículo 5.2 b) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla el artículo 15 del ET en materia de contratos de duración determinada, estableciendo que dicho contrato se puede concertar «para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejerciten los derechos reconocidos en el artículo 37, apartados 4 bis y 5 del ET». En este supuesto, el contrato temporal debe ser el de interinidad, cuyo *dies ad quem* coincide con la finalización de la causa que dio lugar a la contratación: la finalización de la jornada reducida del trabajador sustituido, a diferencia del contrato eventual, cuyo plazo de duración se fija en el propio contrato, sin poder exceder de seis meses dentro de un período de 12 meses, o de la duración fijada en convenio colectivo, dentro de los términos legales. En definitiva, en el supuesto enjuiciado en dicha STS de 13 de febrero de 2006, se trataba de una reducción de la jornada máxima *ad futurum*, no sujeta a término. En cambio, la reducción de jornada por motivos familiares está sujeta a término (un término resolutorio, *certus an, incertus quando*), debiendo suscribir, en su caso, un contrato de interinidad.

f) Despido.

El despido de un trabajador que ha solicitado o está disfrutando de una reducción de jornada por guarda legal es nulo, sin necesidad de que se acredite un móvil discriminatorio [arts. 53.4 b) y 55.5 b) ET], salvo que se declare su procedencia por motivos no relacionados con el ejercicio de este derecho. También debe reputarse nula la movilidad funcional consistente en el cambio de puesto de trabajo como represalia, tras acogerse a la reducción de jornada para cuidado de familiar (STSJ de Castilla y León con sede en Valladolid de 19 de diciembre de 2007, recurso 1991/2007).

Y la Ley Orgánica 3/2007 ha introducido una disposición adicional 18.^a en el ET, que recoge doctrina jurisprudencial anterior (SSTS de 11 de diciembre de 2001, recurso 1817/2001), estableciendo que en los supuestos de reducción de jornada del artículo 37.4 bis, 5 y 7 del ET, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción. En realidad, dentro del ámbito del artículo 37.5 del ET solo se establece un plazo máximo legal en el supuesto del cuidado directo de menores de edad hasta ocho años. En el resto de situaciones no hay un plazo máximo, sino que la duración de la reducción de jornada queda sujeta a la continuidad de la causa que la justifica (*v. gr.*, el cuidado directo de un discapacitado), pudiendo prolongarse durante muchos años.

Aunque esta norma se refiere al plazo máximo legal, existe la posibilidad de que la negociación colectiva amplíe este plazo. En tal caso, aunque dicho plazo haya sido establecido por un convenio colectivo y no por el ET, la indemnización extintiva deberá calcularse conforme a la regla de la disposición adicional 18.^a del ET (sin considerar la reducción de jornada), al tratarse de una reducción de jornada dentro de los límites normativos.

g) Seguridad Social.

El artículo 180.3 de la LGSS establece que las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada para cuidado de menor del artículo 37.5 del ET se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

En cambio, si el período de reducción de jornada se ha debido al cuidado directo de un familiar que no pueda valerse por sí mismo, dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año.

El Auto del TC 200/2007, de 27 de marzo, inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Guadalajara respecto del artículo 140.2 en relación con el artículo 109.1, apartado 1 de la LGSS. El Juzgado de lo Social consideraba que los períodos en los que la mujer trabaja a tiempo parcial por haberse acogido al derecho de reducción de jornada

para cuidado de hijo menor de seis años o familiar a cargo deberían computarse como si se hubiera desempeñado la jornada a tiempo completo a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes que pueda causar la mujer. El TC argumentó que el principio de contributividad que informa el sistema de Seguridad Social español justifica que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones de la Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado. La Ley Orgánica 3/2007 establece su cómputo incrementado hasta el 100 por 100 de la jornada, pero únicamente durante los dos primeros años (en caso de cuidado de menor) o el primer año (si se trata de un familiar que no puede valerse por sí mismo).

El artículo 211.5 de la LGSS establece que en los supuestos de reducción de jornada por hospitalización de un hijo recién nacido, por guarda legal y por violencia de género, para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. Si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máxima y mínima de la prestación por desempleo se determinarán teniendo en cuenta el IPREM en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada.

8. EXCEDENCIAS POR RAZONES FAMILIARES

a) Excedencia para cuidado de hijos.

Los supuestos de hecho que permiten esta excedencia consisten en tener un hijo biológico o adoptivo, y el acogimiento de un menor, permanente o preadoptivo. A diferencia de lo que sucede en los casos de suspensión del contrato de trabajo [art. 45.1 d) ET], no se admite esta excedencia cuando se trata de un acogimiento simple, quizás por la menor duración de esta situación, en cuyo caso el trabajador solo puede solicitar una excedencia voluntaria ³⁸.

Esta configuración amplia está justificada por la finalidad de esta excedencia: facilitar el cuidado del menor, lo que no se limita a la maternidad biológica sino que se extiende a otros supuestos en los que es necesario entablar estos afectos para facilitar la adaptación del menor al nuevo núcleo familiar (la adopción y el acogimiento).

Esta excedencia no requiere la concesión previa de la empresa (a diferencia de la excedencia voluntaria) puesto que su concesión no depende de la voluntad del empleador sino que constituye un derecho del trabajador que opera automáticamente cuando concurren los supuestos legales.

³⁸ 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*, número extraordinario, 2007, pág. 115.

La duración máxima de esta excedencia es de tres años, pudiendo solicitarse inicialmente una duración más breve y luego prolongarla, salvo en caso de abuso del derecho³⁹. No se fija una duración mínima. Esta duración máxima se computa desde la fecha del nacimiento o de la resolución judicial administrativa, lo que significa que la excedencia finaliza cuando el menor cumple tres años (filiación biológica) o cuando se cumplen tres años desde la resolución judicial o administrativa de adopción o acogimiento (en este caso, no importa la edad del menor). La excedencia se puede solicitar en cualquier momento anterior a dicho momento extintivo.

b) Excedencia para cuidado de familiares.

Asimismo se reconoce la excedencia «para cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida».

La expresión: «no pueda valerse por sí mismo», no debe interpretarse como una remisión a los distintos grados incapacitantes de la Seguridad Social sino en el sentido social, referido a una persona que precisa de otros para realizar determinadas tareas o gestiones, aun cuando sus capacidades psicofísicas no estén mermadas relevantemente. Se suscita la problemática relativa a si es posible incluir los propios hijos que han superado los tres años de edad. La STSJ de Navarra de 23 de febrero de 2006, recurso 25/2006, permite dicho disfrute aunque antes se haya disfrutado de la excedencia para cuidado de hijo, por tratarse de excedencias susceptibles de disfrutarse de forma sucesiva⁴⁰. En sentido contrario, la STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2003, recurso 8289/2002, sostiene que la mención relativa a no poder valerse por sí mismo debe entenderse referida a la edad avanzada, por lo que no es aplicable a un hijo menor pero mayor de seis años. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ del País Vasco de 2 de mayo de 2007, recurso 424/2007.

La expresión relativa a que «no desempeñe actividad retribuida» se refiere a la persona que va a ser cuidada: si desempeña dicha actividad no puede legitimar el reconocimiento de este derecho a la excedencia a favor de su cuidador.

c) Normas comunes de las excedencias para cuidado de hijos y de familiares.

1. Estas excedencias pueden disfrutarse de forma fraccionada (art. 46.3, párrafo 3.º ET y STSJ de la Región de Murcia de 12 de marzo de 2001, recurso 1080/2000). Por ejemplo, puede disfrutarse de una excedencia de seis meses (con reserva del puesto de trabajo), a continuación trabajar un año y después disfrutar de otra excedencia de seis meses (con la reserva del puesto).

³⁹ SEMPÈRE NAVARRO, A. V. en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPÈRE NAVARRO, A. V. (codirectores): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007...*, ob. cit., pág. 720.

⁴⁰ En el mismo sentido se pronuncian PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *La protección de la maternidad...*, ob. cit., pág. 129 y SEMPÈRE NAVARRO, A. V. en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPÈRE NAVARRO, A. V. (codirectores): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007...*, ob. cit., pág. 721.

Si se trata de una excedencia para cuidado de hijos menores de tres años, el *dies a quo* es el nacimiento del hijo y el *dies ad quem* la fecha en que el niño cumple tres años. Entre una y otra fecha, el trabajador puede fraccionar el disfrute de esta excedencia, sin que la norma legal establezca ninguna limitación al número de interrupciones posibles, ni a la duración de cada uno de estos períodos, lo que supone que los únicos límites serán los que derivan de la prohibición del abuso del derecho, de la buena fe en el ejercicio de los derechos y de la prohibición del fraude de ley.

En cambio, si se trata de la excedencia para cuidado de familiares, no existe dicho *dies ad quem*. El límite al fraccionamiento de este período de excedencia deriva de la prohibición de abuso del derecho y del fraude de ley y de la buena fe.

2. No se prohíbe el ejercicio de este derecho por parte de más de un trabajador (v. gr: el padre y la madre) porque se trata de un derecho individual (art. 46.3, párrafo 3.º ET).

Ahora bien, si dos o más trabajadores de la misma empresa pretenden generar este derecho por el mismo sujeto causante (v. gr: ambos padres trabajan en la misma empresa y pretenden disfrutar de la excedencia para cuidar al mismo hijo), el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (art. 46.3, párrafo 3.º ET). Incumbe a la empresa acreditar las razones objetivas, debidas a su funcionamiento, que impiden dicho disfrute simultáneo.

3. Los trabajadores temporales pueden solicitar la excedencia por motivos familiares, ya que no se requiere que la relación laboral sea de duración indefinida (SSTSJ de Madrid de 30 de abril de 2007, recurso 5574/2006 y de la Comunidad Valenciana de 25 de noviembre de 1997, recurso 1357/1995. Y la STC 203/2000 estimó el recurso de amparo formulado por una facultativa interina a la que se le había negado la excedencia para cuidado de hijo). Cuando finalice el contrato temporal del trabajador excedente para cuidado de hijo (por ejemplo, por realización de la obra objeto del contrato temporal para obra o servicio determinado), el empresario podrá dar por terminada la relación laboral como si estuviera en activo.
4. El inicio de una excedencia nueva para cuidar a un nuevo sujeto causante, dará fin a la que se viniera disfrutando antes (art. 46.3, párrafo 4.º ET).

Si un trabajador disfruta de una excedencia para cuidado de un hijo menor de tres años y tiene otro hijo, iniciando un nuevo período de excedencia para cuidado de este, se extingue la primera excedencia (y durante el primer año de esta nueva excedencia tendrá derecho a la reserva de puesto de trabajo).

5. El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia por razones familiares será computable a efectos de antigüedad (art. 46.3, párrafo 5.º ET).

La STS de 28 de junio de 2002, recurso 1274/2001, explica que el artículo 46.3 del ET establece un derecho para el trabajador excedente para el cuidado de un hijo que se incorpora a su relación de trabajo y que consiste en que el tiempo que pase en ella se ha de entender que produce efectos equivalentes a la permanencia real en la empresa, con proyección por

tanto en la antigüedad. Ello no debe interpretarse a los solos efectos de acumulación del tiempo de trabajo del artículo 25 del ET (que regula la promoción económica), al no contener distinción alguna, debiendo producirlos a efectos del «premio de antigüedad».

Por su parte, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de marzo de 2007, recurso 179/2007 y de Cataluña de 2 de julio de 2004, recurso 555/2003 y 31 de enero de 2003, recurso 7277/2002, han computado este período de excedencia para cuidado de hijos a efectos indemnizatorios: para el cálculo de la indemnización extintiva en caso de despido.

6. El trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación (art. 46.3, párrafo 5.º ET).

La Ley Orgánica 3/2007 quiere evitar que estas excedencias perjudiquen la formación del trabajador, el cual tiene derecho a asistir a los cursos formativos. Se trata de un derecho del trabajador, no de una obligación, pudiendo no asistir (para dedicarse al cuidado del familiar) sin que de ello puedan derivarse consecuencias perjudiciales.

Respecto a si el tiempo dedicado a esta formación profesional debe ser retribuido, en defecto de regulación en convenio colectivo, el ET no concede al trabajador excedente el derecho a percibir retribución.

7. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente (art. 46.3, párrafo 5.º ET).

Esta norma legal supone que se asimila parcialmente esta excedencia voluntaria a la excedencia forzosa (STSJ de Cantabria de 14 de marzo de 1996, recurso 994/1996). La reserva afecta al primer año de excedencia, con independencia de la edad del menor. Si el período total de excedencia no supera el año, toda la excedencia disfrutará de esta protección. Cuando se supera este plazo, aunque no se mantiene la reserva del puesto de trabajo, sí que se mantiene la reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Aunque muchos convenios colectivos tienen unos grupos profesionales amplísimos, lo que supone que el trabajador puede reincorporarse a un puesto muy distinto del que tenía cuando solicitó esta excedencia, la diferencia con la excedencia voluntaria radica en que, en esta, el trabajador no tiene garantizada la reincorporación a la empresa, la cual está condicionada a la existencia de vacantes, que pueden no existir. En cambio, en estas excedencias para cuidado de hijos y de familiares, el trabajador sí que tiene garantizada la reincorporación a la empresa al término de la excedencia.

Si la empresa se niega al reingreso, se tratará de un despido (aunque argumente la inexistencia de vacantes). La STSJ de Cataluña de 19 de mayo de 2005, recurso 1117/2005, calificó dicho despido como nulo, aplicando el artículo 55.5 b) del ET.

Ello supone que la empresa debe reservar una plaza del mismo grupo profesional o categoría equivalente a la que sea posible adscribir al excedente cuando finalice la excedencia. La STSJ de Castilla y León con sede en Valladolid de 1 de febrero de 2000, recurso 2189/1999,

explica que la designación del puesto de trabajo entre las vacantes que ha de ocupar es facultad inherente al poder de autoorganización del empleador, con el límite de que ello no suponga una sanción encubierta al trabajador.

La STC 233/2007 negó el amparo en un supuesto en que una trabajadora, antes de disfrutar de una excedencia para cuidado de un hijo prematuro, realizaba tanto las funciones contables como las administrativas del taller de chapa. Y después de reincorporarse a la empresa, pasó a realizar únicamente las administrativas. El TC argumenta que uno de los supuestos discriminatorios consiste en las prácticas discriminatorias posteriores que tengan lugar pese al inicial reconocimiento y ejercicio de un derecho asociado a la maternidad, causando a la trabajadora, como consecuencia o en relación con su ejercicio, un perjuicio efectivo y constatable que consista en un trato peyorativo en sus condiciones de trabajo o en una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales en la relación laboral. Ello puede producirse tanto cuando a la trabajadora se le niegan o limitan garantías que la ley conecta directamente al derecho ejercitado asociado a la maternidad (por ejemplo, la reserva de puesto de trabajo que establece el art. 46.3 ET), como en casos en los que se produzca una privación o limitación de otros derechos que no están conectados específicamente en la norma con aquel (por ejemplo, la falta de ocupación efectiva tras la reincorporación al trabajo).

El TC explica que la empresa había contratado a otro trabajador para realizar el trabajo administrativo en el área contable, con la finalidad de que desarrollase una parte del trabajo que previamente llevaba a cabo la actora, inicialmente con un contrato temporal y posteriormente, cuando se había reincorporado la actora, con un contrato de duración indefinida; el trabajo en el taller de chapa había aumentado y se había incrementado la plantilla del taller; la actora no aceptó el cambio de trabajo, por lo que la empresa dejó de darle ocupación; no se había probado cómo se distribuía la doble función desarrollada por la demandante (área contable y taller de chapa) antes de la maternidad; no se había probado ningún perjuicio salarial, ni un trato retributivo peor que otros trabajadores, habiéndose acreditado que la demandante percibía su salario por encima del convenio colectivo, a diferencia de otros administrativos; y tampoco constaban otros perjuicios derivados del ejercicio de su derecho de excedencia, por ejemplo relativos a su horario (la actora había elegido su horario, siendo la única empleada que disfrutaba en la empresa de una jornada de 9:00 a 16:00 horas, con trabajo en sábados alternos), ni que las tareas administrativas en el taller de chapa resultasen inferiores a las otras que también desempeñaba antes de la excedencia (área contable) o fueran desacordes con su categoría profesional.

Sobre la base de los citados extremos, el TC concluye que no se han acreditado perjuicios en las condiciones laborales, ni una limitación o quebranto de los derechos o expectativas económicas o profesionales de la trabajadora, ni se aprecia una motivación discriminatoria, desestimando el recurso de amparo.

En principio, el puesto de trabajo designado para el reingreso deberá estar en la misma localidad. Si la empresa pretende que el trabajador se reincorpore a un puesto situado en una localidad distinta deberá acreditar, por aplicación analógica del artículo 40 del ET (que regula la movilidad geográfica), la concurrencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen.

La STSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2005, recurso 9764/2003, explica que, en caso de despido colectivo de todos los empleados de la empresa, deberá incluirse en el expediente de regulación de empleo al trabajador en situación de excedencia para cuidado de hijo o de familiares, que tiene derecho a la reincorporación en la empresa, a diferencia del excedente voluntario, cuya reincorporación está condicionada a la existencia de una vacante que, en tal caso, es claro que no concurre.

La solicitud de reingreso en la empresa se puede efectuar en cualquier momento anterior a la finalización del período de excedencia.

La STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 1999, recurso 6228/1999 y la sentencia del mismo tribunal n.º 5405/2004, de 13 de julio de 2004, argumentan que la finalidad consistente en el cuidado de los hijos dota de flexibilidad al régimen jurídico que corresponde a esta excedencia. Por ello, en cuanto a su duración, únicamente está sujeta a la previsión legal de un máximo de tres años, sin que se condicione cómo haya de ser la forma de petición o de disfrute, pudiendo renunciar el trabajador a la excedencia y reincorporarse a la empresa antes del plazo previsto. Y puede también prolongar hasta tres años la situación de excedencia inicialmente solicitada por un plazo inferior.

8. Cuando el trabajador forme parte de una familia numerosa de categoría general, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses y, si se trata de categoría especial, hasta un máximo de 18 meses (art. 46.3, párrafo 6.º ET).

La Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, define la familia numerosa. Como regla general (art. 2.1), está integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque el artículo 2.2 de esta norma legal equipara a la familia numerosa una pluralidad de supuestos. Y el artículo 4 de la Ley 40/2003 define la familia numerosa de categoría especial. Como regla general, son las de cinco o más hijos y las de cuatro hijos de los cuales al menos tres procedan de parto, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo múltiples.

9. La excedencia debe servir a la finalidad de cuidar al familiar.

La STSJ de Cantabria de 12 de julio de 2006, recurso 580/2006, declaró procedente el despido disciplinario de un trabajador que había utilizado una excedencia para cuidado de hijos para desarrollar un trabajo igual o similar al que prestaba en la empresa y para el que solicitó la excedencia. En cambio, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de abril de 2000, recurso 1895/1997, sostuvo que la situación de excedencia para cuidado de hijo causada en una determinada empresa no impide que se presten servicios para una empresa distinta, que por su característica, ubicación, horario, jornada... pueda convenir más al trabajador durante ese período. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2007, recurso 8852/2006.

No se trata de sentencias contradictorias. Si el trabajador acredita que el nuevo trabajo, por sus concretas circunstancias, le permite cuidar al familiar en unas condiciones mejores que las propias del trabajo para el que ha solicitado la excedencia, será dable compatibilizar ambos. En caso contrario, se tratará de una excedencia con una finalidad espuria, que no cumple con la finalidad para la que se instauró.

10. El despido del trabajador que está disfrutando de esta excedencia o cuando la haya solicitado es nulo, salvo que se declare su procedencia por motivos no relacionados con el ejercicio de este derecho [arts. 53.4 b) y 55.5 b) ET].
11. El trabajador excedente por razones familiares no puede sufrir un perjuicio retributivo por esta causa.

La STSJ de Madrid de 3 de abril de 2002, recurso 6305/2001, enjuició un supuesto en que se había probado que en los dos años siguientes a la reincorporación de la trabajadora excedente, no se había subido su salario, habiéndose producido un incremento medio del 3 y el 4 por 100, respectivamente, en la retribución de toda la plantilla. La propia empresa alegó que la congelación de sus percepciones se debía precisamente a haber permanecido anteriormente en situación de excedencia, lo que supone una penalización a la trabajadora por haber disfrutado de la excedencia, discriminándola. El TSJ explica que la trabajadora disfruta de un derecho que la empresa ha de respetar en su integridad, es decir, sin que del mismo pueda derivarse para el trabajador perjuicio alguno.

12. El empresario puede sustituir mediante contratos de interinidad a los trabajadores en excedencia para cuidado de familiares, estableciéndose bonificaciones a las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social (disp. adic. 15.ª Ley Orgánica 3/2007).

Aunque la reserva del puesto de trabajo tiene una duración inferior a la de la propia excedencia, como subsiste la reserva de un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente, la duración del contrato de interinidad se prolongará hasta la reincorporación del trabajador excedente o hasta el fin de la propia excedencia. Por tanto, el hecho de que transcurra el plazo de un año durante el cual subsiste la reserva del puesto de trabajo, no autoriza para extinguir el contrato de interinidad del trabajador sustituto, puesto que la reserva subsiste.

13. El artículo 180 de la LGSS establece que los dos primeros años del período de excedencia para cuidado de cada hijo, natural o adoptado o menor acogido (en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque estos sean provisionales), tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Este período de cotización efectiva tiene una duración de 30 meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia, tiene la consideración de familia numerosa de categoría general, o de 36 meses, si tiene la de categoría especial.

También se considera efectivamente cotizado a los efectos de las citadas prestaciones, el primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten para cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida.

Cuando estas situaciones de excedencia hubieran estado precedidas por una reducción de jornada del artículo 37.5 del ET (para cuidado de hijo o familiar), a efectos de la conside-

ración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

14. Sin embargo, respecto de la prestación por desempleo, no se considera tiempo cotizado. La Ley 4/1995, de 23 de marzo, en su artículo 4 considera situación asimilada al alta la excedencia no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, aplicando la doctrina del paréntesis.

La STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 1999, recurso 1862/1999, sostiene que si el trabajador que disfruta de una excedencia para cuidado de familiares, está prestando servicios en otra empresa, de la que es despedido, no tiene derecho al subsidio por desempleo, porque tiene el derecho a reincorporarse a la citada empresa.