

LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES: PUNTOS CRÍTICOS EN LA DOCTRINA JUDICIAL

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

Profesora Titular de Área
Universidad Loyola Andalucía

EXTRACTO

Palabras clave: Jornada reducida, conciliación, atención familiares, atención dependientes, concreción horaria

En la mayor parte de las situaciones en la que el trabajador reduce la jornada por motivos familiares, será la jornada propuesta por el trabajador la que prospere si la empresa no evidencia razones suficientemente justificadas para no acceder a la misma, mientras que si la empresa logra demostrarlas quebrará esa regla general y podrá prosperar el horario que ésta proponga; todo ello siempre dentro de los parámetros de la buena fe en la actuación tanto empresarial como del trabajador. En otras palabras, la concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho individual del trabajador/a, que sólo ha de decaer en supuestos excepcionales, como en el caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta la dimensión constitucional de la reducción de jornada solicitada y, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), lo que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

ABSTRACT

Key words: Reduced workday, conciliation, familiars care, dependents care, concretion of working hours

As a general rule, in case of workday reduced for family reasons, the hours chosen by the worker will prosper unless the employer proves justified reasons not to allow his choice. If the employer can demonstrate his reasons, the working hours proposed by the employer will prosper; all within the parameters of the good faith, not only of the employer but also of the employee. The choice of working hours is an individual right of the worker in case of reduced workday, which only has to wane in exceptional circumstances, as in the case of abuse of rights, lack of good faith or evident losses for the company. In addition, it has to be taken into account the constitutional dimension of the reduction working hours for family reasons, from the perspective of the right to non-discrimination on grounds of sex discrimination or because of personal circumstances (art. 14 CE) and from the mandate of protection of the family and children (art. 39 CE), which must prevail and provide guidance for resolving interpretative doubts.

ÍNDICE

1. CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES
2. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA FINALIDAD DEL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA Y SU EJERCICIO
3. INTERPRETACIÓN DEL ART. 37. 5. Y 6 ET: CONCRECIÓN HORARIA DE LA JORNADA REDUCIDA
 - 3.1. Concreción horaria y negociación colectiva
4. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DURANTE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES:
 - 4.1. Despido y jornada reducida por motivos familiares: especial referencia al despido objetivo
 - 4.2. Salario regulador de las indemnizaciones en supuestos de reducción de jornada por motivos familiares
6. CONCLUSIONES

1. CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES

El artículo 37.5 ET reconoce el derecho a una reducción de jornada para quien “por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida”. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, “que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida”. El fundamento último del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares lo constituye, en opinión unánime de la doctrina la atención y el “cuidado de los hijos en sus edades más tiernas, el cuidado de los disminuidos (sin límite de edad y sin exigirse más parentesco o relación que la guarda legal sobre ellos –con lo que también quedaría, como no, amparado el cuidado de un hijo disminuido, con independencia de la edad-), y el cuidado de familiares (hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad –lo que, asimismo, incluye a los hijos- cuando por su edad, o por accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos)”¹ .

¹ En palabras de Garrigues Giménez, A. en Pilar Núñez-Cortés Contreras / Teresa Velasco Portero / Amparo Garrigues Giménez, “Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas”, Editorial Dykinson S. L., Madrid, 2008.

La titularidad del derecho a la reducción de jornada corresponde, según el ET, a “quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo...” y a “quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar...”. Se trata por tanto de una titularidad indistinta, sin distinción de sexos y se concede a todo trabajador/a sea cual sea la modalidad de su contrato incluido el contrato a tiempo parcial². El precepto se apresura a reconocer que el titular lo será cualquier trabajador, hombre o mujer, que se encuentre en la situación de tener que cuidar a un menor o a una persona con discapacidad por corresponderle su guarda legal³; o también, quien cuide de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad⁴. Tras la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, se dice, en el artículo 37.5.III del ET, que “la reducción de jornada... constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”. Individualización exigida en la Cláusula 2.1 del Acuerdo Marco sobre Permiso Parental, recogido en la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio. Con la individualización se pretende “que no solo las mujeres hagan uso de este derecho... sino que también disfruten de él los hombres”, pudiéndolo ejercitar sólo la mujer o el hombre o ambos simultánea o sucesivamente⁵. Ahora bien, la individualización se excepciona “si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante”, en cuyo caso -no, a sensu contrario, si el derecho se genera por distintos sujetos causantes- “el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”⁶. En cualquier caso, y aunque no resulte muy habitual la concurrencia apuntada, no cabe entender la posibilidad empresarial de limitar el ejercicio de alguno de los interesados a la reducción de jornada como algo forzoso; de hecho, y en tanto resulta restrictiva de los derechos del trabajador, parece ser concebida por el legislador estatutario como una facultad a emplear únicamente en los casos en que haya razones justificadas de funcionamiento de la empresa⁷. Y es que, como ha señalado el TS, en S. de 11 diciembre 2001, la reducción de jornada por guarda legal “tiende(n) a

² Lousada Arochena, J.F., “La reducción de jornada por motivos familiares”, *Revista del Poder Judicial*, nº 80, cuatro trimestre de 2005.

³ Los padres –por naturaleza o por adopción–, los responsables del acogimiento preadoptivo o permanente, o un tercero, por ejemplo, el tutor.

⁴ Supuesto en el que será precisamente el parentesco –en los grados correspondientes, y con independencia de que pueda provenir de adopción– el dato determinante de la posible titularidad del derecho.

⁵ Lousada Arochena, J.F., “La reducción de jornada...”, *cit.*

⁶ Marín Alonso, I. / Gorelli Hernández, J. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, *Laborum*, Murcia, 2001, p.61.

⁷ Así lo ha expuesto Garrigues Giménez, A., *cit.*

proteger no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 1.541 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible”. De ahí que, como asimismo ha apuntado la STSJ de Madrid, de 13 septiembre 2006⁸ “en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el art. 37.5 ET, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”. Pero aún más trascendente en la realidad de las cosas que esa excepción legal es la pérdida de gas de la individualización de derechos que se deriva de la consideración del parentesco por afinidad para la atribución del derecho, lo que, en la práctica habitual, podría concretarse en una asunción por las mujeres del cuidado de los parientes de su cónyuge. De todos modos, la limitación del derecho al parentesco consanguíneo es una medida necesitada de cierta maduración porque quizás no consiguiese responsabilizar a los hombres con sus obligaciones familiares, y, en la realidad de las cosas, siguiesen siendo sus esposas quienes las asumiesen, con el perjuicio para éstas de deber abandonar definitivamente su trabajo⁹.

El cuidado ha de ser dispensado de manera directa por parte del trabajador interesado en la reducción de jornada (no cabe, por tanto, la reducción de jornada cuando el cuidado se lleva a cabo por persona interpuesta, aún cuando a la misma se le retribuya por cuenta y cargo de aquél); por ello, parece ajustado al propósito de la norma y conforme con el principio de buena fe contractual que la reducción así practicada sea efectivamente empleada por el trabajador para el cuidado, directo o indirecto, del menor, persona discapacitada o familiar causante¹⁰, lo que no implica, forzosamente, limitar la libertad del trabajador para organizar y distribuir el tiempo resultante total durante el que no presta servicios efectivos para la empresa, exigiendo que todo él se destine a dicho cuidado¹¹. La exigencia de cuidado directo, parece excluir, como titulares del derecho, a progenitores separados o divorciados, o cuyo matrimonio se anuló, sin hijos a su custodia, encontrándose en su momento dividida la doctrina científica, a favor y en contra. La tesis negativa fue acogida, en un supuesto donde

⁸ JUR 2006\269476.

⁹ Lousada Arochena, J.F., “La reducción de jornada...”, *cit.*

¹⁰ Así, STSJ Cataluña de 26 octubre 2000 (AS 2000\4544).

¹¹ De esta manera, STSJ Comunidad Valenciana de 11 julio 2000 (AS 2000\501).

se solicitaba la reducción de la jornada para acomodar ésta al régimen de visitas¹².

Más problemática resulta la exigencia de que la persona atendida “no desempeñe una actividad retribuida”, que entraría hasta cierto punto en contradicción con lo que parece la fuerza motriz de las medidas legales de integración social del minusválido, que por lo general permiten compatibilizar la condición de minusválido... con el desarrollo de una actividad retribuida”. Lo idóneo sería la eliminación de la exigencia¹³. Por lo demás, la percepción de una prestación social no se considera a estos efectos una actividad retribuida, no obstante, en consecuencia, daría lugar a la generación del derecho. Ni siquiera cuando dicha prestación incluya, como ocurre con la gran invalidez, la remuneración de la persona que atiende al beneficiario. Tampoco la obsta la percepción de ingresos por parte del minusválido¹⁴. Matizaciones que, sin duda alguna, exacerbaban la crítica en la medida que demuestran cómo se está fomentando la pasividad laboral del minusválido, facilitándole que viva de su pensión o de sus rentas, pero no que trabaje¹⁵.

La reducción de jornada que podrá subsistir –tratándose del cuidado de un menor-, hasta que éste alcance la edad legal, ha sufrido una sustancial mejora para los trabajadores que están al cuidado de menores, pues abarca hasta la edad de 12 años de éstos. En cualquiera de las demás hipótesis, la duración del derecho podrá ser indefinida, al quedar supeditada al mantenimiento –en algunos casos, invariable- de las circunstancias habilitantes (guarda y cuidado)¹⁶. En todo caso el derecho se extinguirá por privación de la guarda legal (cuidado de menor de seis años o de disminuido), por desempeño de actividad retribuida (del discapacitado o del familiar cuyo cuidado se lleva a cabo), por curación (del familiar accidentado), por fallecimiento (tanto del menor, familiar o persona discapacitada, como del trabajador o trabajadora a beneficiario de la reducción) y, por supuesto, por voluntad del trabajador/a beneficiario/a¹⁷.

¹² En la STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1999 (AS 1999/1108).

¹³ Menéndez Sebastián, P., “Reducciones de jornada y ausencias por motivos familiares”, en la obra escrita con Argüelles Blanco, A.R. / Martínez Moreno, C., *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, CES, Madrid, 2004, p.129. En línea semejante con anterioridad, Rivas Vallejo, P., “La guarda legal de menores y disminuidos y su incidencia en la jornada de trabajo. El artículo 37.5 del ET”, *Tribuna Social*, Número 59, 1995, p.38.

¹⁴ Menéndez Sebastián, P., “Reducciones..., *cit.*”

¹⁵ Lousada Arochena, J.F., “La reducción de jornada..., *cit.*”

¹⁶ En Garrigues Giménez, A., *cit.*

¹⁷ Al respecto, la STSJ Madrid de 29 enero 1998 (AS 1998, 5015).

La LOI estableció un régimen de reducción de jornada por motivos familiares mucho más flexible y, por consiguiente, más ajustado a las necesidades reales de tiempo que el/la trabajador/a pueda prestar, así como de sus auténticas posibilidades de “sacrificio” retributivo. Así, la modificación legal mantiene el máximo de reducción en la mitad de la jornada, pero reduce el mínimo a una octava parte de aquella¹⁸.

El legislador no se ha preocupado de regular la acumulación sucesiva de supuestos causantes de la reducción jornada. Parece razonable entender que cuando se genere un nuevo hecho causante, estando otro vigente, discurrirán paralelos y, concluido uno, nada impedirá los efectos del otro, sea el primero generado o sea el segundo generado. Dicho en otros términos, se prolongaría el periodo máximo de la reducción de jornada hasta en tanto se mantenga vigente un hecho causante, aunque sea un hecho causante distinto al hecho causante inicial de la reducción de jornada. Problema importante es, mientras discurren paralelos en el tiempo un inicial y un nuevo hecho causante, si se mantiene el derecho a la reducción inicial de jornada o si, sobre la jornada reducida, se puede aplicar nueva reducción de entre un octavo y la mitad¹⁹. Quizás lo más correcto, al callar la norma, sea admitir sólo una reducción, aunque no es solución segura, dejando a salvo, en todo caso, una jornada mínima de trabajo (la mitad), imposible de preservar si se admitiese la acumulación de reducciones²⁰.

Tras la Ley 39/1999, de 5.11, la doctrina judicial fue unánime en el sentido de entender

compatibles la reducción de jornada y el permiso de lactancia²¹, afirmándose, además, que la reducción de jornada en una media hora en que, de conformidad con el artículo 37.4 del ET, se puede materializar el permiso de lactancia no debe ser reducida a la mitad aunque la trabajadora hubiese reducido su jornada a la mitad por guarda legal.

¹⁸ Garrigues Giménez, A., *cit.*

¹⁹ Fernando Lousada Arochena, J.F., “La reducción de la jornada...”, *cit.*

²⁰ Menéndez Sebastián, P., “Reducciones...”, *cit.*

²¹ SSTSJ de Valencia de 25 de abril de 2002 (AS 2003/1125), y de 24 de mayo de 2002 (AS 2003 2289); STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2003 (AS 2003/ 1955); STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001 (AS 2001/ 2101).

2. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA FINALIDAD DEL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA Y SU EJERCICIO

El propósito de esta reducción es principalmente atender al cuidado directo de un menor de 12 años, discapacitado o familiar impedido. El derecho a la reducción de jornada por motivos familiares que regula el artículo 37.5 del ET, forma parte del desarrollo del mandato constitucional que establece la protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). La razón de ser de esta regulación se sitúa en los profundos cambios sociales y laborales ocasionados por la incorporación de la mujer al mercado laboral y en la necesidad de conciliar el trabajo y la vida familiar. Ahora bien, el objeto propio de la jornada reducida en el caso de la reducción por motivos familiares, no es sólo satisfacer el derecho de los trabajadores a conciliar su vida familiar y profesional, sino también y principalmente, actualizar el derecho de las personas mencionadas en el precepto, a recibir la mejor atención posible²².

Se está ante un auténtico derecho individual del trabajador o trabajadora (el cual debe ser soportado por el empresario) pues su ejercicio no depende del acuerdo con la empresa, aunque ésta pueda poner objeciones a los términos en que se ejercite. Corresponde al trabajador o la trabajadora como titulares del derecho a la reducción de jornada la elección del horario laboral en que disfrutarán la reducción de jornada que permita el atendimiento y custodia de las personas a su cargo; por ser los trabajadores los únicos capacitados para determinar cuál es el momento más adecuado para cumplir las obligaciones encaminadas a su atención y cuidado. Nada faculta que tal potestad se desplace al empresario por el solo hecho de que surja colisión o se suscite enfrentamiento entre los intereses de uno y otros, el ejercicio de tal derecho, puede friccionar y hasta colisionar con los derechos del empleador y principalmente con los que sobre la ordenación del trabajo le confiere el Estatuto de los Trabajadores, tal colisión ha de solventarse en el sentido de que, en principio la elección del horario de su jornada reducida corresponde a las personas trabajadoras sin que entre en juego la facultad empresarial de dirección y organización²³. Y ello es así, por cuanto es el trabajador quien mejor conoce en qué momento resultará más apropiada la atención a ese menor (familiar) del que es responsable, y

²²Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada de trabajo “diaria” por razones de guarda legal,

Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2012.

²³ STSJ de Cataluña de 21 febrero 2014(AS 2014\786).

compatibilizar así de la mejor forma posible su vida laboral y familiar. Dicho de otro modo, la empresa no puede elegir sin más la determinación de tal disfrute, por desconocer qué circunstancias personales y familiares concurren en cada caso para la compatibilización del trabajo con la guarda y atención del menor o del familiar²⁴.

En tales supuestos de reducción de jornada por motivos familiares, el trabajador prescinde de una parte de salario en función de las necesidades familiares y personales ligadas a las personas atendidas, lo que excluye la posibilidad de que sea el empleador quien, sin conocer de primera mano tales necesidades, pueda decidir la forma de disfrutar el derecho a la reducción de jornada. Así pues como regla general se otorga la facultad de elección de horario para su jornada reducida en favor del trabajador, si bien éste queda sometido a los principios de buena fe contractual en el ejercicio de la citada concreción horaria (por aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 del CC que rige la relaciones jurídicas contractuales y los artículos 5. a y 20.2 ET para la relación jurídica laboral); dicho ejercicio no podrá ser abusivo o contrario a tales exigencias derivadas del principio de buena fe²⁵. Cuando las circunstancias que concurren en cada caso y los términos de la concreción horaria propuesta por el trabajador supongan un grave perjuicio para la subsistencia de la empresa o afecten gravemente su producción no podrá ampararse judicialmente el ejercicio de este derecho; tampoco si existe la posibilidad de satisfacer el derecho del trabajador en otro horario compatible con el proceso productivo de la misma²⁶. Como es sabido el art. 37.5 del ET forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 de la CE) que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad ésta que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa²⁷. Adicionalmente, cuando surjan discrepancias interpretativas, el TC

²⁴ Martín Flórez, L., “Concreción de horario derivada de la reducción de jornada por cuidado de hijos”, *Revista Doctrina Aranzadi Social* núm. 1/2013.

²⁵ STSJ de Cataluña de 21 febrero 2014(AS 2014\786), STSJ de la Rioja de 10 de febrero de 2012 (AS 2012\ 575). La sentencia de de 3 junio de 2013 (AS 2013\2503) que deniega la concreción horaria solicitada por la trabajadora en aplicación de lo establecido en el CC para controladores de tránsito aéreo en la entidad pública empresarial aeropuertos de España por no inexistencia de perjuicios que se le ocasionaría a su derecho de conciliar su vida laboral y familiar.

²⁶ Martín Flórez, L., “Concreción de horario...”, *cit.*

²⁷ STSJ de Navarra Sentencia de 16 enero 2014 (AS 2014\771).

ha avalado como criterio la ponderación de las circunstancias concurrentes, poniendo a un lado de la balanza la importancia que para la efectividad del derecho del trabajador a la no discriminación por razón de sexo tiene la concreta solicitud de jornada reducida planteada, y al otro lado, las razones de la empresa para oponerse a la misma en base a las dificultades que dicha opción pudiera ocasionar en su funcionamiento regular²⁸. Resumidamente, en la mayor parte de las situaciones será la jornada propuesta por el trabajador la que prospere si la empresa no evidencia razones suficientemente justificadas para no acceder a la misma, mientras que si la empresa logra demostrarlas quebrará esa regla general y podrá prosperar el horario que ésta proponga; todo ello siempre dentro de los parámetros de la buena fe en la actuación tanto empresarial como del trabajador²⁹. En otras palabras, la concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho individual del trabajador, que sólo ha de decaer en supuestos excepcionales, como en el caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta la dimensión constitucional de la reducción de jornada solicitada y, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), lo que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa³⁰. Desde la perspectiva constitucional del problema planteado, no cabe sacrificar los derechos de la persona que trabajadora que solicita el derecho a reducción en base a meras alegaciones empresariales, cuando no concurre prueba alguna que acredite la más mínima disfunción en la actividad organizativa de la empleadora³¹.

²⁸ SSTC 3/2007, de 15 de enero de 2007 (RTC 2007, 3) y de 14 de marzo de 2011 (RTC 2011, 26) y del TS de 21 de marzo de 2011 (RJ 2011/3555).

²⁹ STSJ de Cataluña de 21 febrero de 2014(AS 2014\786), STSJ de la Rioja de 10 de febrero de 2012 (AS 2012\ 575).

³⁰ Por todas, SSTC 3/2007, de 15 de enero de 2007 (RTC 2007, 3) y 26/2011, de 14 de marzo de 2001(RTC 2011, 26), y 92/2005, de 18 de abril de 2005 (RTC 2005, 92). Entre las de los Tribunales Superiores de Justicia, alineándose con la dimensión constitucional del problema, por todas algunas recientes, la STSJ de Navarra Sentencia de 16 enero de 2014 (AS 2014\771) y también la STSJ de Navarra de 16 enero de 2014 (AS 2014\771).

³¹ A título de ejemplo de interpretación desde la perspectiva constitucional de ponderación de las circunstancias, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona, de 10 de octubre de 2012, estimó las pretensiones de una trabajadora, que tenía dos hijos menores de ocho años. Como consecuencia del nacimiento del primero de ellos, ya venía disfrutando de reducción de jornada, en horario de 8:30 a 14:30 horas, de lunes a domingo. Con motivo del nacimiento del segundo hijo, con pretensión de realizar una jornada de 34 horas la empleada solicita un cambio

3. INTERPRETACIÓN DEL ART. 37. 5. Y 6 ET: CONCRECIÓN HORARIA DE LA JORNADA REDUCIDA

Conforme al artículo 37.5. ET el trabajador/a “tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria ...de al menos un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella...la concreción horaria y la determinación del período de disfrute le corresponde al trabajador dentro de la jornada ordinaria...”.

Analizaremos en las páginas siguientes los problemas interpretativos que más comúnmente se han planteado los órganos judiciales, haciéndolo desde la óptica de las distintas situaciones en las que se encuentran las personas que pretenden hacer valer su derecho a reducir su jornada por motivos familiares y como consecuencia de ello a concretar su horario. No sin antes hacer una referencia a la inclusión del término jornada “diaria” en el vigente texto del art. 37.5 y 6 ET; el precepto establece que el derecho a la reducción de jornada habrá de proyectarse sobre la jornada de trabajo “diaria”, calificativo inexistente hasta la reforma laboral 2012 y que sirve para delimitar el ejercicio mismo del derecho³². Esta modificación, en apariencia mínima, en cuanto que únicamente incorpora

en su horario de trabajo, con intención de desarrollarlo de 9:15 a 14:55 horas. La empresa demandada rechazó esa solicitud. Solicita alternativamente realizar el siguiente horario: dos semanas de 9:15 a 14:55 horas y otra semana de 7:45 a 13:25 horas, y así sucesivamente. La empresa volvió a rechazar su solicitud. Finalmente, el Juzgado de lo social nº 3 de Pamplona estima la pretensión con fundamento en los razonamientos que se resumen a continuación. La trabajadora acredita la incompatibilidad de su horario con el horario escolar de sus dos hijos menores, así como con el horario de su marido, que trabaja a turnos y en horarios coincidentes. El Juzgado valora la distancia entre los centros escolares y el domicilio de la trabajadora hecho éste que incide en la imposibilidad de compatibilizar el horario en que venía prestando sus servicios y la atención de sus dos hijos. El Juzgado valora también de forma positiva que la trabajadora hace alternativamente dos propuestas de horario, el horario alternativo que es rechazado igualmente por su empleadora. Razona el juzgador a quo que la empresa demandada no aporta elemento alguno de convicción relativo a las dificultades organizativas o productivas que puedan colisionar frontalmente con la pretensión de la demandante, considerando incluso que su oposición a la concreción horaria debe considerarse contraria a la buena fe contractual. Desde la perspectiva constitucional del problema planteado, entiende asimismo la sentencia que no cabe sacrificar los derechos de la demandante en base a meras alegaciones empresariales, pues no concurre prueba alguna que acredite la más mínima disfunción en la actividad organizativa de la empleadora. Por todo ello, concluye el Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona que no es abusiva, ni contraria a la buena fe contractual la elección de horario postulada por la demandante, ya que el cuidado de los hijos menores de la demandante, es la finalidad última del derecho ejercitado, que justifica de forma indubitada la concreción horaria solicitada.

³² Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada...”, *cit.*

el término “diaria” al referirse a la reducción de la jornada de trabajo, tiene un gran impacto en la práctica y en teoría pondrá fin a las diversas interpretaciones, tanto doctrinales como jurisprudenciales sobre el término “jornada” para estos supuestos, suponiendo el abandono de la utilización de parámetros superiores al diario (módulo semanal, mensual, anual) para la concreción del horario, en cuanto que sólo podrán elegirse las horas en que se prestarán servicios dentro del día³³. Ello impediría otro tipo de concreciones que pudieran convenir en cada caso al trabajador, como por ejemplo, utilizar el cómputo semanal que permitiría acumular el trabajo en algunos días para no prolongar su jornada al sábado o domingo; o que, en un cómputo anual, se liberen períodos coincidentes con las vacaciones escolares, en principio tales situaciones no serían factibles³⁴.

La nueva redacción dada al precepto a través de la adición mencionada, permite afirmar, que si se ejercita el derecho de reducción por motivos familiares, esta reducción debe proyectarse sobre todos los días en los que el trabajador o trabajadora tiene que prestar sus servicios³⁵. Así pues si un trabajador o trabajadora presta servicios, de lunes a viernes, esa reducción deberá afectar a la jornada correspondiente a esos cinco días, no solamente a algunos de ellos, lo que sería posible es que el porcentaje de reducción variase de un día a otro³⁶; siempre que tal reducción sea de al menos un octavo de su duración y no sobrepase la mitad de la jornada diaria. El trabajador tendría derecho a reducir su jornada diaria entre un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla, lo que en términos porcentuales permite afirmar que la jornada de trabajo diaria podrá reducirse entre un 12'5% y un 50%³⁷.

La referencia a la jornada de trabajo “diaria” en caso de reducción por guarda legal incorporada en 2012 no permite excluir de la prestación de servicios un día concreto de la semana si la jornada pactada entre empresario y trabajador obliga al trabajo en ese día. Así pues si en la empresa se trabaja de lunes a domingo, o de lunes a sábado no podrá excluirse la prestación de servicios en

³³Fraguas Madurga, L., “Reducción de jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la Reforma laboral de 2012, Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 10/2013. BIB 2013\311

³⁴ Fraguas Madurga, L., “Reducción de jornada y flexibilidad horaria...., *cit.*”

³⁵Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada de trabajo..., *cit.*; Carmen Sánchez Trigueros, “Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012 (II): reducción de jornada por guarda legal y vacaciones”, Aranzadi Social núm. 4/ 2012.

³⁶ Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada de trabajo..., *cit.*”

³⁷Sánchez Trigueros, C., “Conciliación de la vida familiar..., *cit.*”

un día concreto pues se estaría variando unilateralmente la jornada. Esa exclusión supondría reducir la jornada de trabajo de uno de los días en el porcentaje del 100 % que no está permitido en la regulación vigente³⁸.

Se ha dicho que esta previsión es más acorde con la finalidad real del derecho, lo cual es cuestionable porque no abarca todas las posibles situaciones personales, pero lo que no resulta dudoso es que dificulta su ejercicio en la práctica³⁹. La tarea de conciliar vida familiar y laboral se tornaría a partir de ahora “mucho más compleja” ya que ésta “no se logra sólo trabajando menos horas... sino admitiendo que las horas que se trabajan se puedan articular de forma adecuada para hacerlas compatibles con la atención del menor⁴⁰. El sentido finalista de la reducción, que no es otro que permitir al trabajador atender las necesidades familiares desaparece”⁴¹.

En la práctica, esta modificación va a suponer un freno a la flexibilidad y a la conciliación de la vida familiar y laboral puesto que si la reducción de jornada debe concretarse obligatoriamente en el módulo diario, se está dotando a la medida de una rigidez que favorecerá, sobre todo, a los intereses empresariales, por encima de los del trabajador⁴². Mayoritariamente la doctrina se ha mostrado muy crítica con lo que se considera una regresión o restricción de un derecho de conciliación fundamental como el regulado en dicho precepto, pues el establecimiento del parámetro diario para la configuración de la reducción de jornada ha terminado de raíz con las solicitudes de reducción de jornada referidas a parámetros temporales superiores al diario; suprimiéndose así la única posibilidad extensiva que podía existir que compensara la falta de un derecho de adaptación de la jornada de trabajo que debiera ser el centro de las políticas de conciliación⁴³.

³⁸ Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada de trabajo...”, *cit*.

³⁹ Herráiz Martín, M.S., “El Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar», en I. García-Perrote y J.R. Mercader Uguina: *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, 2012, p. 281.

⁴⁰ Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada de trabajo...”, *cit*

⁴¹ Herráiz Martín, M.S., “El Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras...”, *cit*.

⁴² Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada...”, *cit*. y Fraguas Madurga, L., “Reducción de jornada...”, *cit*.

⁴³ Ballester Pastor, A., “De cómo la reforma operada por el RDL 3/12 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, *Revista de Derecho Social* nº 57/12.

Con el objeto de proceder al estudio de la reducción de jornada por motivos familiares y su incidencia en el tiempo de trabajo diferenciaremos varios supuestos que podrían afectar al ejercicio práctico del derecho por parte del trabajador.

a) Reducción de jornada en jornada continuada o partida

En este caso se pretende por el trabajador una reducción diaria, si el trabajador que proyecta ejercitar el derecho de reducción de jornada por motivos familiares desempeña su trabajo en jornada continua de trabajo o en jornada de trabajo partida, debería aplicarse si existiera colisión de intereses con el empresario, el principio general de que tiene que prevalecer aquella posición más idónea para la adecuada atención del beneficiario, de manera que la reducción de la jornada solicitada y la concreción horaria postulada, no repercutan negativamente sobre la persona atendida⁴⁴. Si la empresa se niega a aceptar la solicitud del trabajador, éste debería acreditar judicialmente que la reducción y la concreción horaria solicitada posibilita la adecuada atención de la persona en cuestión y permite compatibilizar adecuadamente la vida laboral con el desarrollo de la vida familiar. Por el contrario, el empresario habría de acreditar la imposibilidad de hacer frente a la petición efectuada por el reclamante, con motivos suficientemente justificados para no acceder a la concreción solicitada por el trabajador⁴⁵.

b) Ejercicio del derecho a la concreción horaria cuando se pretende elegir turno de trabajo sin reducción en la jornada.

Se trata de situaciones en que los trabajadores sin pedir reducción de jornada, solicitan un horario de mañana o tarde, en vez del horario que venían prestando para atender al hijo menor o discapacitado en su caso, invocando la

⁴⁴ Fraguas Madurga, L, “Reducción de jornada y flexibilidad horaria...., *cit.*”

⁴⁵ De esta manera lo han entendido, entre otras, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en sentencia de 18 de febrero de 2003(AS 2003, 1777). Los Tribunales admiten por tanto la oposición empresarial por razones organizativas, excepcionalmente y cuando entra en colisión con el derecho del trabajador a la distribución horaria de la reducción de jornada para el cuidado del menor, ya que conforme a lo declarado por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en sentencia de 26 de octubre de 2000 (AS 2000, 4544), “ni el derecho del trabajador puede hacer ilusorio el del empresario a organizar su empresa en la forma que estime más conveniente o idónea para conformar los objetivos de la misma, ni esta facultad puede ejercitarse de manera que impida atender a la finalidad esencial del derecho del trabajador”.

conciliación de la vida familiar y laboral y el artículo 37. 5 y 6 del ET, centrando su petición en el alcance del derecho conferido en dicho precepto y si el mismo permite ó no una interpretación extensiva, de manera que se pueda cambiar el horario o el turno de trabajo, sin la correlativa reducción horaria. Al respecto el TS se pronunció en sentencia de 13 y 18 de junio de 2008⁴⁶ sobre el alcance de la reducción de jornada del apartado 5 del art.37 ET y la extensión con que puede ejercitarse con arreglo al apartado 6 señalando que si bien no cabe duda de que el derecho está concebido en cuanto a su modulación de manera favorable al interés del trabajador por cuanto es éste quien concreta el horario y el período de disfrute, pero siempre en el ámbito de la reducción de jornada; ya que el derecho que establece al trabajador el art. 37.6 del E.T de fijar la concreción horaria está vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones; por tanto no se comprende, la modificación unilateralmente del horario o del sistema de trabajo a turno que se pretende. Precizando que en el ET no se contempla otra posibilidad de variación del horario o del sistema de trabajo a turnos que la del artículo 41.1º.b), como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa en las condiciones tasadas por el precepto, pudiendo dar lugar, en su caso, a la rescisión del contrato. Siendo abundantes las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que comparten esa posición mayoritaria⁴⁷. Contrariamente, si bien con anterioridad a la reforma del art. 34 ET por la LOI, el TSJ de Madrid en sentencia de 19 de diciembre de 2007⁴⁸ se pronunció a favor de admitir una modificación de turno sin reducción de jornada en aras a conseguir una interpretación teleológica y finalista del precepto con el fin de conseguir una real y efectiva conciliación de las responsabilidades laborales y familiares.

c) Ejercicio del derecho cuando se trabaja a turnos y no se pretende la elección de un turno concreto

En el supuesto en que el trabajador en un régimen de trabajo a turnos, solicite la reducción de la jornada de trabajo y la concreción horaria derivada de

⁴⁶ RJ 2008/ 4227 y RJ 2008/ 4230.

⁴⁷ STSJ de Galicia de 24 octubre de 2013 (AS 2013\206), carece de amparo legal la modificación unilateral del sistema de trabajo a turnos por parte del trabajador no pudiendo hacerse una interpretación extensiva del art. 37.5 y 6 del ET; también, entre otras, en S TSJ Madrid de 27 de febrero de 2009 (AS 2009/1749), 17 de junio de 2010(AS 2010/ 2156) y 16 enero de 2012(AS 2012/172) .

⁴⁸ AS 2008/837.

aquella, sólo se le permitiría una reducción “diaria” en cada uno de los turnos, sin existir obstáculo legal alguno para proceder a la reducción de distintos márgenes horarios en cada uno de los turnos siempre que se produjera una reducción para cada uno de los días. La decisión debe ponderar el bien del menor, ejercitando el derecho conforme a los reglas de la buena fe, admitiendo la oposición empresarial excepcionalmente por los motivos analizados en el apartado anterior⁴⁹.

d) Reducción de jornada que afecta al sistema de turnos del trabajador

Son numerosos los problemas planteados en esta concreción de la reducción de la jornada, en la que en la mayoría de los casos se pretende pasar a un turno fijo, generalmente el de mañana; es buena muestra de ello la intervención constante de los Tribunales antes y después de la reforma de 2012, que analizaremos a continuación. Resumidamente, la normativa vigente (art.37.5y 6 ET) permite la reducción de jornada y la fijación por la trabajadora del nuevo horario, derecho no controvertido, pero siempre que ello se haga dentro de la “jornada ordinaria del trabajador/trabajadora”, quien concretará el alcance de la reducción, sin poder exigir un cambio horario o de turno, ni una redistribución de la jornada que exceda de los límites de la jornada ordinaria, salvo que exista acuerdo al respecto con la empleadora. El ET no establece otra posibilidad de variación del horario que la del artículo 41.1º.b) como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa en las condiciones tasadas por el propio art. 41.1º.b), pudiendo dar lugar, en su caso, a la rescisión del contrato. Existiría también una posibilidad diferente que es la de una redistribución de la jornada que exceda de los límites de la jornada habitual, el precepto de referencia para determinar las modalidades de concreción horaria sería entonces el 34.8 ET, en cuyo caso, el nuevo horario habrá de ser pactado, a falta de previsión convencional al respecto, individualmente entre empresa y trabajador⁵⁰. Asimismo respecto a la concreción horaria en tales supuestos, el legislador no ha querido establecer si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego, permitiendo soluciones judiciales distintas “según las circunstancias concurrentes”, siendo nece-

⁴⁹ Azagra Solano, M., “Reducción de la jornada...”, *cit.*

⁵⁰ STS de 20 de octubre de 2010 (JUR 2013\96175).

sario que los tribunales analicen la necesidad de la medida solicitada y las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa⁵¹.

Con posterioridad a la reforma 2012, en fechas recientes, encontramos un buen número de pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia denegatorios del derecho a la concreción horaria en la jornada reducida en un turno fijo o permanente (generalmente el de mañana); así se deniega a la trabajadora a un turno fijo de mañana basándose en el análisis de las circunstancias concurrentes, consistentes en tal caso en razones organizativas y por colisionar con los intereses del resto de los trabajadores del centro; se rechazó también la pretensión de una trabajadora en otro caso de pasar del turno de mañana y tarde a turno de mañana de lunes a sábado de 9 a 14 horas⁵², por razones organizativas o productivas acreditadas por la empresa, por falta de coincidencia de la propuesta de la trabajadora al menos en un día a la semana, el sábado, con el horario de apertura al público de la empresa los sábados que se inicia a las 10 horas, concediéndole una concreción alternativa⁵³; asimismo se denegó la adscripción de la trabajadora a un turno estable, pues la trabajadora tenía una jornada en turnos rotatorios de mañana y tarde reconociéndosele el derecho de

⁵¹ STS de 20 de octubre de 2010 (JUR 2013\96175).

⁵² STSJ de Madrid de de 16 diciembre (AS 2014\114): “si se accediera a la petición que ha solicitado la actora, la empresa se vería obligada a modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de sus compañeros y que estos verían incrementada su jornada de tarde, que como ya hemos dicho dificultaría la conciliación de su vida laboral y familiar, en beneficio de la actora, por lo que entendemos que es correcta la conclusión a la que llega la juez de instancia, máxime cuando el derecho que concede el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores a los trabajadores por razón de guarda legal consiste en disfrutar de una jornada reducida “dentro de su jornada ordinaria”, es decir, una reducción de la jornada que tienen fijada y no el establecimiento de una jornada distinta a la que tenían y para fijar una jornada distinta, es claro que ello no podría llevar consigo un perjuicio para el resto de los trabajadores o tendría que venir dado por la negociación colectiva - artículo 34.8 y 37 del Estatuto de los Trabajadores”.

⁵³ La STSJ de Andalucía, de 30 de enero de 2014 (AS 2014\529) respecto a la concreción horaria pretendida por la trabajadora de pasar de turno de mañana y tarde a turno de mañana de lunes a sábado de 9 a 14 horas, denegación que se basa en razones organizativas o productivas acreditadas por la empresa, por falta de coincidencia de la propuesta de la trabajadora al menos en un día a la semana, el sábado, con el horario de apertura al público que se inicia a las 10 horas la decisión de la empresa de fijar un horario distinto al propuesto por la trabajadora es justificada y razonable, respondiendo al horario de la empresa y necesidades organizativas, sin que se aprecie vestigio alguno discriminatorio por razón de la maternidad de la trabajadora y sin que exista prueba de discriminación en comparación con otros trabajadores que hayan usado del mismo derecho de reducción de jornada.

reducción dentro de su jornada ordinaria pactada es decir, a turnos de mañana y tarde en base al argumento de que el trabajador puede reducir su jornada pero no imponer una jornada distinta⁵⁴.

e) Reducción de jornada con concreción superior a la diaria

La reforma laboral 2012 zanja la discusión en supuestos en los que se pretende en función de la reducción de jornada llevar a cabo una restructuración que alcanzara a un margen superior al diario, es decir, cuando se pretende excluir un día concreto de la semana de la prestación de servicios y que se habían planteado con anterioridad. No obstante, la doctrina científica apunta la posibilidad de que por la negociación colectiva o por acuerdo individual entre trabajador y empresa se pueda acordar una concreción que permita alcanzar un parámetro superior al diario, retomando a la situación anterior a la reforma laboral del 2012⁵⁵.

3.1. Concreción horaria y negociación colectiva

La Ley 3/2012, de 6 de julio reconoció la posibilidad de la negociación colectiva de incidir sobre la regulación de la reducción de jornada por guarda

⁵⁴La STSJ de Galicia de 15 marzo 2013(AS 2013\1928). Existe también por el contrario, algún pronunciamiento favorable en este caso del Juzgado de lo Social nº 2 de Pamplona en sentencia de 4 de julio de 2013(AS 2014/2320) en el que se concede la concreción horaria en turno de mañana de una trabajadora en horario de 8,30 a 14,30 horas de lunes a jueves y viernes de 8,00 a 14,00 horas para el cuidado de sus hijas, de apenas seis meses de edad en el momento de la solicitud; cuyo padre era un trabajador de la industria que tenía una jornada de turnos de mañana , tarde y noche y que la guardería pública en las que habían sido admitidas para el curso escolar 2.014-2.015 (lo fue en horario de 8,00 a 15,00 horas, siendo además que los menores no pueden permanecer más de 7 horas en la guardería) . “La empresa no acreditó que el horario propuesto por la trabajadora le produzca dificultad organizativa insalvable, que pueda justificar la oposición empresarial a su solicitud, mientras que los horarios propuestos por la empresa no le permiten atender a las bebés. De manera que el juzgador estimó que la pretensión realizada por la parte actora se limitaba a pedir una concreción horaria que puede ser satisfecha con una organización de los servicios por parte de la empresa demandada y dicha petición queda justificada por la necesidad de conciliar la vida laboral y familiar y no obedece ni a un capricho ni a una mera conveniencia de la trabajadora, la petición la efectúa la actora en el ejercicio de la facultad conforme a las exigencias de la buena fe, no cabe más que la estimación de la demanda y declarar el derecho de la actora a ejercer la reducción de jornada por cuidado de hijo menor en el horario solicitado en el turno fijo de mañana de 8,30 a 14,30 horas de lunes a jueves y viernes de 8,00 a 14,00 horas”.

⁵⁵ Fraguas Madurga, L., “Reducción de jornada... , *cit.*

legal de menores o discapacitados, o para el cuidado de familiares, más allá de la elevación de los mínimos establecidos en la ley al establecer, en el artículo 37.6 del ET, que “los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas”. La doctrina se apresuró a criticar esta nueva previsión del art. 37.6 ET señalando que el aspecto más problemático que presenta la lectura del actual de precepto surge con la configuración de competencias específicas atribuidas a los convenios colectivos⁵⁶. Esta incorporación supone un cambio fundamental en el alcance del derecho subjetivo a la reducción de jornada que, hasta la fecha, constituía un derecho absoluto y pleno del trabajador/a, constituyendo un derecho fundamental que nace directamente de la Constitución y que no podría ser eliminado vía negociación colectiva, en el anterior escenario el trabajador era el único legitimado para la determinación del momento concreto de su disfrute. Efectivamente, el art. 37.6 ET antes de la reforma de 2012 suponía la rotunda prioridad del trabajador/a a la hora de determinar el momento de su disfrute⁵⁷, que no quedaba alterado por las eventuales discrepancias que pudieran surgir y para las que se establece un procedimiento específico en el art. 139 LRJS. Así las cosas, cuando la actual redacción del art. 37.6 ET establece la posibilidad de que por convenio colectivo se puedan establecer criterios de concreción horaria que tengan en cuenta tanto los derechos de conciliación como las necesidades de la empresa, se opera en opinión de este sector de la doctrina claramente una degradación en el alcance del derecho a la reducción de jornada, que pueden ser alterados en beneficio de la empresa por vía de convenio colectivo. Por su parte con anterioridad a la reforma 2012, el TS en su sentencia de 21 de Marzo de 2011⁵⁸, precisaba que la negociación colectiva puede concretar o determinar la forma de disfrute de la reducción de jornada, pero en todo caso debe permitirse la ponde-

⁵⁶ Ballester Pastor, M. A., Ponencia: “Conciliación y corresponsabilidad en las últimas reformas laborales y de seguridad social, Barcelona 22 de febrero de 2013.

⁵⁷ Menciona Cruz Villalón, J., “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número extraordinario, 1999, p. 89, que el derecho a la concreción horaria del trabajador en reducción de jornada establece una obligación para el empleador de “*adaptar la organización del trabajo en la empresa a la decisión unilateral previa del trabajador*”.

⁵⁸ Un comentario sobre su alcance por Manuel Iglesias Cabero, “Convenio colectivo. Impugnación. Fijación del horario en jornada reducida por cuidado de hijo. Ponderación de los intereses en juego”, *Diario La Ley*, 7707, 3 de Octubre de 2011.

ración de los intereses en juego, sin que resulten válidas las limitaciones genéricas de los derechos de conciliación del trabajador/a, dicha sentencia refuerza la existencia de un derecho individual de conciliación, reconocido por el Tribunal Constitucional, que no puede eliminarse, sino solo ordenarse por la acción de la negociación colectiva, resultando siempre posible la ponderación de intereses en juego⁵⁹.

La rotundidad de estas críticas se ha visto suavizada por las matizaciones establecidas por algún pronunciamiento judicial reciente al respecto posterior a la reforma laboral 2012⁶⁰, que ha precisado que la norma introducida no habilita a la negociación colectiva para imponer una concreción horaria sino “para establecer criterios”. El potencial acuerdo contenido sobre concreción horaria de la reducción de jornada contenido en el convenio colectivo deberá respetar la finalidad de la reducción de jornada de atender las necesidades de conciliación de cada trabajador/a individual, tantas veces aludidas⁶¹; y también las normas de derecho necesario dirigidas a garantizar esa finalidad, dejando un margen a la concreción por el propio trabajador/a. Así pues acuerdos de la representación del personal en los que se alteran de tal manera la mecánica de la reducción de jornada que deja de ser una reducción flexible de jornada para pasar ser siempre un permiso retribuido (acumulado en jornadas), hace cuestionarse si efectivamente en todo caso y circunstancia facilitan la conciliación ordinaria tal y como la pretende satisfacer la reducción de jornada legalmente regulada en los apartados 5 a 7 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores⁶².

4. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DURANTE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES

4.1. Despido y jornada reducida por motivos familiares: especial referencia al despido objetivo

En concreto, se considera nula, cuando no sea procedente, tanto la decisión extintiva por causas objetivas, como el despido disciplinario, de los trabajadores

⁵⁹ En palabras de Ballester Pastor, M.A., Ponencia: “Conciliación...”, *cit.*

⁶⁰ STSJ de Galicia de 16 de mayo de 2014 (AS 2014/1644).

⁶¹ Sobre dicha finalidad véase el apartado 2 del presente estudio.

⁶² STSJ de Galicia de 16 de mayo de 2014 (AS 2014/1644).

que hayan solicitado o estén disfrutando de la reducción de jornada por motivos familiares en aplicación de lo establecido en el art. 55.5b) ET (despido disciplinario) y el 53.4 b) ET (extinción por circunstancias objetivas); en relación con el art. 37.5 del ET.

La extinción del contrato por causas objetivas de trabajadores con jornada reducida es la situación extintiva que ha acaparado mayor atención de nuestros tribunales, motivo por el centraremos sobre ella nuestro análisis. Existe una protección especial de los trabajadores con jornada reducida por motivos familiares frente al resto de los empleados en caso de despido objetivo; el art.53.4 b) del ET establece de forma expresa la nulidad de dicho despido, estando ante un supuesto de nulidad objetiva derivado del ejercicio del derecho a conciliar la vida laboral con la familiar, objetivo legal, que viene avalado por la doctrina unificada del TS en sentencia de 25 de enero de 2.013⁶³ y también la de 17 de marzo de 2009(RJ 2009, 2203); así como del Tribunal Constitucional STC 92/2008 (RTC 2008, 92) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Asunto C-460- 06, sentencia de 11/10/2007(TJCE 2007, 270), en el que si bien se refiere a los supuestos del embarazo, es completamente trasladable al terreno que nos ocupa. Adicionalmente, el art.53.4 c) ET establece una salvedad para la calificación de nulidad de los despidos objetivos, cuando se declare su procedencia por motivos no relacionados con el ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, existiendo solo dos declaraciones posibles, procedencia y nulidad (quedando vetada la improcedencia en tales casos)⁶⁴. La procedencia de tales extinciones sería posible no obstante en situaciones bastante excepcionales (STSJ de Cataluña en sentencia de 6 junio de 2012⁶⁵), en el caso de cierre total de la empresa y; ya más discutiblemente, si se cerrara el centro de trabajo de la trabajadora y no pudiera ser destinada a otro que no supusiese traslado; o cuando fuera la única trabajadora de su categoría profesional y no hubiera posibilidad de destinarla a otra categoría dentro de su grupo profesional, o si en la empresa todos los trabajadores estuvieran en situación de reducción de jornada y aquella tuviera la necesidad objetiva de suprimir puestos de trabajo, etc.; en caso de no acontecer ninguna

⁶³ RJ 2013/1959.

⁶⁴ STSJ de Madrid de 24 de febrero de 2014 (AS 2014\912) en un supuesto de extinción por causas objetivas se declara la nulidad del cese por encontrarse la trabajadora disfrutando de jornada reducida por guarda legal de menor.

⁶⁵ AS 2012/1877.

de las circunstancias descritas ni acreditarse objetivamente las razones para la afectación de trabajadora la decisión empresarial frente a otros, el cese con bastante probabilidad se declararía nulo⁶⁶.

Se consideraría también nulo el cese de un trabajador/a a pesar de existir pérdidas y una restricción presupuestaria en la empresa que justifique la necesidad de reducir plantilla si a la hora de individualizar la afectación no ha quedado probado que la amortización del puesto de trabajo de la trabajadora sea inexcusable ni tampoco se prueban las razones para la permanencia de otros trabajadores (en caso de ser reintegrados en otros departamentos de nueva creación, por ejemplo, habiéndose acreditado la polivalencia funcional de la trabajadora con jornada reducida que resulta afectada)⁶⁷. La intensidad de la tutela legal dispensada, reforzada por los pronunciamientos jurisprudenciales dificulta mucho la procedencia de las decisiones extintivas en tales circunstancias. Incluso algún pronunciamiento ha llegado a sugerir el reconocimiento a la trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijos una preferencia efectiva a permanecer en la empresa en caso de reducción de plantilla por despido objetivo individual o por despido colectivo. Esta interpretación es excesiva, ya que legalmente, únicamente gozan de este beneficio los representantes unitarios de los trabajadores y los delegados sindicales [arts 51.5, 68.b)ET y 10.3 LOLS], así como los trabajadores designados por el empresario para ocuparse de la actividad de prevención y los trabajadores integrantes del servicio de prevención cuando la empresa decida constituirlo (art. 30 LPRL). Se trata de una norma que no puede ser interpretada de forma extensiva, dado que el reconocimiento del derecho de permanencia para unos trabajadores, implica “un sacrificio para otros trabajadores que serán los finalmente afectados por el despido”⁶⁸. La reforma de 2012, como hemos visto anteriormente, no dio el paso en este sentido; modestamente, y sólo en relación con el despido colectivo remitió a la negociación colectiva o al acuerdo en período de consultas el establecimiento de prioridades de permanencia favor de los trabajadores con cargas familiares⁶⁹.

⁶⁶ Del mismo modo, la sentencia del TSJ de Navarra de 16 enero de 2014 (AS 2014/771), declara nulo el cese por amortización del puesto de trabajo de una trabajadora con jornada reducida por guarda legal de menor; y también el TSJ de Madrid, en sentencia de 14 octubre de 2013 (AS 2014/959).

⁶⁷ STSJ de Justicia de Asturias de 7 marzo de 2014(AS 2014/1148).

⁶⁸ Roldán Martínez, A., “Reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares: revalorización del papel del convenio colectivo tras la reforma de 2012”, RL n° 7-8, 2014, p. 55.

⁶⁹ Roldán Martínez, A., “Reducción de jornada...”, *cit.*

Ahora bien, un sector importante de la doctrina se plantea que las mayores facilidades para el despido por causa económica, técnica, organizativa o de producción a partir de la nueva configuración de sus causas y de la desaparición de la autorización administrativa en caso de despido colectivo, puede tener un efecto particularmente perjudicial para los sujetos con responsabilidades familiares, puesto que no existen garantías de mantenimiento del empleo prioritario para ellos, ni siquiera para aquellos que se encuentren disfrutando algún tipo de permiso parental o reducción de jornada por cuidado de dependientes. En efecto, la garantía de nulidad del despido establecido en el art. 108.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para ciertas situaciones relacionadas con el embarazo, la maternidad y el disfrute de permisos parentales implica que, salvo procedencia del despido, no cabe otra calificación que la de nulidad. De este modo, cuando existe justa causa para la extinción por causa objetiva o por despido colectivo, no procederá la calificación de nulidad (como tampoco procedería la calificación de improcedencia). Tan solo en caso de embarazo o disfrute de permiso de maternidad podría tal vez considerarse que existe una obligación empresarial de justificar la elección de la trabajadora en esta situación para la extinción objetiva o el despido colectivo dado que el art. 10 de la Directiva 92/85 (de protección de la maternidad) solo admite el despido en los “casos excepcionales” no inherentes a su estado⁷⁰. Pero si se trata de sujetos con responsabilidades familiares en otras situaciones, incluso aunque se encuentren disfrutando de permisos parentales, no existen garantías en el ordenamiento español para que se garantice que no se escoge prioritariamente a los sujetos con responsabilidades familiares. En todo caso, si concurrieran indicios de discriminación podría exigirse al empresario que probara la concurrencia de no discriminación en su elección, pero la existencia de dichos indicios puede resultar compleja, sobre todo en aquellos casos en que existan trabajadores afectados que no tengan responsabilidades familiares⁷¹.

Entre las sentencias, menos numerosas, que declaran la procedencia de la extinción en tales circunstancias, la STSJ de Asturias de 28 de marzo de 2014⁷², debido a que se produjo tanto un descenso de los ingresos como cambios en la organización que incidían en el contrato de trabajo a extinguir, de modo que el despido era una medida razonable en términos de gestión empresarial y justi-

⁷⁰ Así lo defiende Maragall, A., “La prohibición de afectación de las trabajadoras embarazadas y en permiso de maternidad en los despidos colectivo (salvo caso excepcional)”, *Jurisdicción Social*, 127, 2012, p. 39.

⁷¹ Ballester Pastor, A., Ponencia: “Conciliación y corresponsabilidad...”, *cit.*

ficada por haber dejado de cumplir el contrato de trabajo afectado su finalidad económica y productiva. Esta conexión de funcionalidad entre la causa, el contrato laboral y el despido presenta diferencias con la anterior a la reforma laboral de 2012, pero existe y ha de justificarse por la empresa, si bien su alcance o límites son objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial como puede verse en las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de fechas 20 de septiembre de 2013⁷³ y 27 de enero de 2014⁷⁴, en un caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo; de la Audiencia Nacional, de fechas de 21 de noviembre de 2012⁷⁵ y de 18 de diciembre de 2012⁷⁶; del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fechas 8⁷⁷ y 20 de noviembre de 2013⁷⁸. Tal justificación estaría ausente en el caso de haber contratado la empresa a un trabajador con el mismo perfil profesional que al que ha despedido, pues se rompería la conexión entre la causa empresarial aducida y el despido, que ya no sería una decisión adoptada por la existencia de la situación económica negativa o de los cambios organizativos, sino por una motivación diferente; salvo que exista una diferencia sustancial entre las funciones de ambos puestos de trabajo que dote de racionalidad y justificación a la medida extintiva.

La lectura de los hechos de algunas sentencias, revela que “el blindaje proporcionado por la reducción de jornada por motivos familiares ha conducido a algunos trabajadores a solicitar la reducción de jornada para protegerse ante un más que probable despido o para tener un régimen más favorable en el caso de un expediente de regulación temporal de empleo con reducción de jornada. Existen pronunciamientos contradictorios a la hora de valorar si dichas solicitudes son fraudulentas. En todo caso, debe partirse de la base de que el fraude debe ser probado por el empresario y que la situación de tensión que existe en la empresa no le legitima a exigir una justificación o explicación de los motivos que llevan al trabajador al ejercicio del derecho en ese momento y no en épocas anteriores”⁷⁹.

⁷² AS 2014\895.

⁷³ RJ 2013/7744.

⁷⁴ RJ 2014/793.

⁷⁵ AS 2012/ 24094.

⁷⁶ AS 2013/1036.

⁷⁷ AS 2013/ 3296.

⁷⁸ AS 2013/ 3213.

⁷⁹ Roldán Martínez, A., “Reducción de jornada..., *cit.*”

4.2. Salario regulador de las indemnizaciones en supuestos de reducción de jornada por motivos familiares

Según la DA 18^a del ET, en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el art. 37. 5 ET el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de indemnizaciones previstas en el propio ET será “el que hubiese correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción”. Esto afecta tanto a las indemnizaciones por traslado como por modificación sustancial de condiciones, muerte jubilación o incapacidad del empresario, la extinción por voluntad del trabajador del art. 50.2 ET, las de despido colectivo y las de extinción por circunstancias objetivas cuando fuese declarada procedente. No afectará a las de despido disciplinario, ya que en estos casos no es posible su declaración de improcedencia, solo la de procedencia o nulidad⁸⁰. La transitoriedad o excepcionalidad de la reducción salarial consiguiente a la reducción de jornada inspira la regla contenida en la citada Disposición Adicional 18^o, transitoriedad o excepcionalidad que se encuentra igualmente presente en la reducción de jornada por cuidado de hijos de nueve y diez años prevista en el 44 del convenio colectivo de grandes almacenes⁸¹ obedeciendo como obedece la indemnización a la finalidad en caso de despido de compensar la pérdida del estatus económico ligado a los salarios que se venían percibiendo, el estatus económico a compensar es entonces el ordinario o el habitual del que se disponía por el trabajo también habitual u ordinario, que no aquel otro estatus excepcional y transitorio que se tuvo con ocasión de la reducción de jornada por cuidado de hijo. El TS en sentencia de 11 de diciembre de 2011 declara al respecto que: el disfrute de los derechos de reducción de jornada por cuidado de hijos menores no puede precipitar perjuicio alguno para el beneficiario de esos derechos, al estar los mismos concebidos como una mejora social cuyos términos están claramente fijados en la ley y, en su caso también en el convenio colectivo, siendo la única contrapartida para el empresario de esa mejora resultante la inexistencia de la obligación de retribuir la parte de jornada que no se trabaje⁸².

⁸⁰Velasco Portero, T., “Conciliación y flexiguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de jornada”, DL n°100, 2014.

⁸¹STSJ Castilla y León, Sentencia de 15 junio de 2011 (AS 2011\2333) en la que se declara aplicable las disposición adicional decimoctava del ET a un supuesto de reducción de jornada de hijos de nueve y diez años, previsto en el artículo convenio colectivo (entonces el límite de edad estaba en ocho años) en relación al salario regulador de indemnización por despido.

⁸²Doctrina que queda reflejada en la referida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid de 15 junio de 2011 (AS 2011\2333) en la que se declara aplicable la disposición adicional decimoctava del ET.

5. CONCLUSIONES

La concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho individual del trabajador, que sólo ha de decaer en supuestos excepcionales, como en el caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta la dimensión constitucional de la reducción de jornada solicitada y, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), lo que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Adicionalmente, cuando surjan discrepancias interpretativas, el TC ha avalado como criterio la ponderación de las circunstancias concurrentes, poniendo a un lado de la balanza la importancia que para la efectividad del derecho del trabajador a la no discriminación por razón de sexo tiene la concreta solicitud de jornada reducida planteada, y al otro lado, las razones de la empresa para oponerse a la misma en base a las dificultades que dicha opción pudiera ocasionar en su funcionamiento regular.

La actual redacción del art. 37.6 ET establece la posibilidad de que por convenio colectivo se puedan establecer criterios de concreción horaria que tengan en cuenta tanto los derechos de conciliación como las necesidades de la empresa. Para evitar una degradación en el alcance del derecho a la reducción de jornada, que puede ser alterado en beneficio de la empresa por vía de convenio colectivo el potencial acuerdo contenido sobre concreción horaria de la reducción de jornada deberá respetar la finalidad de la reducción de jornada de atender las necesidades de conciliación de cada trabajador/a individual y también las normas de derecho necesario dirigidas a garantizar esa finalidad, dejando un margen a la concreción por el propio trabajador/a.

Se considera nula, cuando no sea procedente, tanto la decisión extintiva por causas objetivas, como el despido disciplinario, de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de la reducción de jornada por motivos familiares en aplicación de lo establecido en el art. 55.5b) ET (despido disciplinario) y el 53.4 b) ET (extinción por circunstancias objetivas); en relación con el art. 37.5 del ET. Existe una protección especial de los trabajadores con jornada reducida por motivos familiares frente al resto de los empleados en caso de despido y en particular de despido objetivo; el art.53.4 b) del ET establece de forma expresa la nulidad de dicho despido, estando ante un supuesto de nulidad objetiva derivado del ejercicio del derecho a conciliar la vida laboral con la familiar, objetivo legal, que viene avalado por la doctrina unificada del Tribunal Supremo, así como del Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.