



UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS (ICADE)

REDUCCIÓN DE JORNADA PARA EL CUIDADO DE LOS HIJOS

Autor: Adrián Martínez-Bujanda Baquerín

Tutor: María José López Álvarez

Madrid

Abril 2014

LISTADO DE ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
UE	Unión Europea
LO	Ley Orgánica
ET	Estatuto de Trabajadores
DJE	Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre Jornadas especiales de trabajo
RD	Real Decreto
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
nº (núm.)	Número
pág. (s)	Página (s)
CC	Código Civil
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
AS	Aranzadi Social
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
JUR	Jurisprudencia Aranzadi
AAVV	Autores Varios (Obra Conjunta)

- 1. Introducción: Conciliación de la vida laboral y familiar.**
- 2. Concepto de Reducción de jornada por cuidado de los hijos.**
- 3. Régimen jurídico.**
 - 3.1. Causa de la reducción de la jornada.**
 - 3.2. Sujetos titulares del derecho.**
 - 3.3. Deber de negociación de los poderes directivos: conflictividad con el trabajador.**
 - 3.4. Tramitación de la reducción de jornada para el cuidado de los hijos.**
 - 3.5. Consecuencias y ventajas significativas.**
 - 3.5.1. Especial protección frente al despido.**
 - 3.5.2. Reducción de la jornada laboral: especial atención a la Reforma de 2012**
 - 3.5.3. Disminución proporcional del salario.**
- 4. Efectos de la reducción de jornada para el empleador.**
- 5. RD- Ley 21 de diciembre 2013 y sus consecuencias.**
- 6. Conclusión.**

ABSTRACT: REDUCCIÓN DE JORNADA PARA EL CUIDADO DE LOS HIJOS

PALABRAS CLAVE: Reducción, Jornada, Hijos, Conciliación, Jornada.

El presente trabajo tiene como primer objetivo que el lector no sólo comprenda el derecho de reducción de jornada por cuidado de hijos desde una perspectiva jurídica, sino también desde una perspectiva sociológica y económica.

Posteriormente el trabajo analizará este derecho desde un punto de vista totalmente legal, explicando todo lo referente a su régimen jurídico, como quién ostenta la titularidad de la reducción de jornada así como su causa, determinando todas las consecuencias y ventajas significativas del derecho a la reducción de jornada, desde el punto de vista del trabajador y del empresario, y siempre teniendo muy presente la jurisprudencia, la cual ha amoldado este derecho a lo largo de los años.

The present work has as its primary objective the reader to understand not only the right to reduce working hours to care for children from a legal perspective but also from a sociological and economic perspective.

Later this work will analyze this right from a legal point of view completely, explaining everything about its status, such as who holds title to the reduction in working hours and their causes, consequences and determining all significant benefits of the right to a reduction of time, from the point of view of the worker and the employer, and always keeping in mind the case law, which has molded this right over the years.

1. INTRODUCCIÓN: CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR.

La conciliación de la vida laboral y familiar contiene una evidente complejidad, resultando en términos sociológicos un problema social total. En consecuencia, supone un tema cuyo estudio se despliega sobre diferentes disciplinas académicas en las que cada una intentará analizar el problema desde diferentes perspectivas.¹

Lo primero que podemos destacar de la conciliación de la vida laboral y familiar es la variedad de enfoques con los que podemos analizar ésta, pues es una cuestión tratada por multitud de disciplinas. Al iniciar el estudio del conflicto, nos encontramos con una gran cantidad de bibliografía compuesta de multitud de análisis, reflexiones e investigaciones en la que su origen teórico es muy dispar.

Partiendo desde un punto de vista sociológico, la conciliación entre vida laboral y familiar es un problema social total al darse con un cambio de estatus y rol de la mujer. Tradicionalmente la mujer ha concebido su vida privada orientada al cuidado de otros, siendo el hombre el encargado de estar dentro del mundo laboral, replegando a la mujer al cuidado de la casa y de los hijos², sin embargo la cuestión del cambio de posición en la vida de la mujer supone el surgimiento de cuestiones y conflictos susceptibles de atención.

Antiguamente aquellas confrontaciones no eran dignas de atención, las mujeres se hacían cargo de todo aquello relacionado con la vida doméstica, no siendo necesario la intervención de las Administraciones Públicas para desarrollar o potenciar ni medidas de conciliación ni de igualdad entre sexos en el mundo laboral, sin embargo con la constitución de una cultura de emancipación característica de la modernidad (emancipación de la persona en general y específicamente de la mujer) y el proceso abrumador de incorporación de la mujer al trabajo, se da lugar a un cambio de valores y principios en la sociedad. Las mujeres dejan atrás su antiguo rol de género pasando a un nuevo status en la vida pública. En consecuencia con la incorporación del sector femenino al mercado laboral, nos encontramos con el problema de la conciliación de la vida laboral y familiar.

¹ INSTITUTO DE LA MUJER. Conciliación de la vida familiar y la vida laboral: Situación actual, necesidades y demandas. NIPO: 803-09-030-9. Maqueta, Depósito Legal: M-34729-2005. Realiza e imprime: RUMAGRAF, S. A. Pág.26.

² MURILLO, Soledad. El mito de la vida privada. Madrid. Editorial Siglo XXI. 1996. Págs. 11 y 12.

De manera que el problema entre vida familiar y vida profesional se determina sociológicamente en un conflicto de roles y posiciones, en el cual el Estado intenta y de hecho consigue (con mayor o menor eficacia) la mayor igualdad posible. Resulta determinante analizar el conflicto de la conciliación no sólo como una estructura sino también como un cambio, una modificación en la estructura social del Estado, en la que el camino de retorno hacia el rol tradicional de la mujer es ya algo impensable³.

En cuanto al análisis económico de la conciliación entre vida familiar y vida laboral, resultan de gran importancia las teorías de la nueva economía familiar, éstas fueron impulsadas en los años 80, en pleno auge del neoliberalismo, las cuales se desarrollaron en base a las premisas del premio Nobel estadounidense Gary Becker. Dichos estudios tienen su pilar terminológico en la teoría económica neoclásica y en las teorías del capital humano⁴.

En las teorías neoclásicas el ser humano se presenta como un homo economicus cuyo comportamiento se mueve por obtener el máximo lucro, y donde la unidad familiar se compone por un núcleo conjunto y no de individuos aislados. Por tanto, la familia va a dedicarse a evaluar el comportamiento productivo que se da al grupo de forma global. Teniendo en cuenta esto, la familia intentará analizar los costes de oportunidad que pueden padecer tanto si la mujer se incorpora o no al mundo laboral.

Los miembros de la familia analizarán el interés económico de que sus miembros desempeñen el trabajo productivo o reproductivo (o ambos). Dicho análisis se realizará de forma que se pueda medir el coste producido por decantarse por uno o por otro, en relación a si el sujeto familiar se dedica a las tareas domésticas abandonando su puesto de trabajo, o costes derivados de los servicios domésticos y cuidados de los menores sujetos a la patria potestad cuando la ocupación en el mundo laboral hace casi imposible la realización de las tareas domésticas.

Por tanto, el coste de renunciar al mercado de trabajo será mayor para aquellas personas que hayan realizado elevadas inversiones en su formación y cuyo puesto de trabajo potencial sea de un nivel retributivo alto, en estos casos la decisión de abandonar

³ BECK-GERSHEIM. E. La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia. Barcelona. ed. Paidós. 2003. Págs. 154 y 155.

⁴ BECKER. G. Tratado sobre la familia. Madrid. Alianza Editorial. 1985. Págs. 9 y ss.
BORDERÍAS. C. CARRASCO. C. ALEMANY. C. Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales. Editorial Icaria. 1994. Pág. 35.

el mundo laboral y dedicarse a las labores domésticas supone un enorme coste de oportunidad.

Partiendo de esta perspectiva, se pueden justificar los procesos de toma de decisión por parte de las familias con sus respectivas estrategias, por lo que resulta lógico que los costes de oportunidad son términos a tener en consideración en la adopción de medidas de conciliación de la vida personal y laboral por parte del Estado. Es lógico pensar que el coste de oportunidad no sólo lo padecen las estructuras familiares sino también el propio Estado, ya que sería un coste de oportunidad terrible el que sujetos con un nivel formativo alto conseguido a través de la inversión en educación y formación por parte de las administraciones públicas, no pudieran realizar actividades retributivas por tener el deber de ocuparse de las labores domésticas. En consecuencia las medidas de conciliación no sólo benefician a las familias sino también al propio Estado tanto a nivel económico como social.

Partiendo de la perspectiva jurídica remarcaremos en primer lugar que en el conflicto trabajo y familia se debe de establecer una premisa básica; tanto el ordenamiento jurídico internacional como el interno han tenido como objetivo tradicional la realización de normas específicas para la mujer trabajadora.

Inicialmente estas normas se caracterizaban por contener elementos de prohibición y protección, con un inconfundible afán paternalista y de concepción de la mujer en el mundo laboral como sujeto fisiológicamente débil, similar a los menores⁵. En definitiva dicho conjunto de normas transmitía la consideración de la mujer como núcleo de familia, con evidentes consecuencias de establecimiento de la mujer trabajadora en un ámbito de desigualdad; acceso a un puesto de trabajo, promoción profesional, ejercer funciones de responsabilidad... perpetuando su rol ajeno al mundo laboral.

En este tema debemos atender a nuestra Constitución como texto supremo garante de nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 14 de la Constitución Española reconoce el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier condición social y el derecho de igualdad. El artículo 39.1 CE recoge el deber de los poderes públicos de proteger social, económica y jurídicamente a la familia, además en el artículo 9.2 del texto constitucional se establece el deber de las

⁵ CARDONA RUBERT. M. B. Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria. Aranzadi. Navarra. 2002. Pág.22.

Administraciones Públicas a asegurar la efectividad de la libertad e igualdad del individuo y los grupos en los que se integra. Partiendo del deber que la Constitución atribuye al Estado con motivo de proteger el desarrollo social, económico y jurídico de sus ciudadanos, como ya se ha dicho antes, surge unos de los cambios sociales más profundos de nuestro siglo: la incorporación de la mujer al mercado laboral.

Este suceso ha dado lugar a nuevas políticas por parte de las Administraciones Públicas destinadas a un reparto justo y equitativo de las responsabilidades en la vida laboral y familiar. La necesidad de la conciliación de la vida laboral con la familiar no sólo se ha planteado a nivel nacional, sino a nivel internacional y comunitario, de esta forma en la IV Conferencia de Beijing en septiembre de 1995, se manifestó el objetivo de fomentar la armonización de responsabilidades entre mujeres y hombres.

Por otra parte, a nivel comunitario, maternidad y paternidad se han recogido en las Directivas del Consejo 96/34/UE de 3 de junio y 92/85/UE de 19 de octubre, en las que se recoge la seguridad y salud de la mujer así como el permiso parental y la ausencia del trabajo por casos de fuerza mayor dando lugar a un importante manifiesto respecto al equilibrio entre vida privada y laboral.

Nuestro legislador ha adoptado una serie de maniobras respecto a la conciliación de la vida familiar y laboral, cuyo principal fundamento se basa en la búsqueda de la igualdad de hombres y mujeres en el trabajo. Partiendo de este punto, cabe destacar la Ley 3/1989 con objetivos de desarrollo de los derechos de igualdad de la mujer, siendo digna de mención al incluir al padre como beneficiario de algunos derechos. Otro ejemplo de ello sería la ley 4/1995 de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, con la promulgación posterior de la ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de las personas trabajadoras. Y finalmente la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, con la incorporación de un desarrollo específico del principio de igualdad en el mundo laboral. Dicha Ley trata de una manera transversal el principio de igualdad entre hombres y mujeres⁶, adoptando por un parte un conjunto de medidas generales de actuación en determinados ámbitos, y por otra parte

⁶ GARCÍA RUBIO.M.A, en. A.A.V.V. “Aspectos Generales”, ALBIOL MONTESINOS, I.et alii en Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Págs. 11 y ss.

estableciendo propuestas concretas para su consecución a través de nuevas modificaciones⁷.

Ya que a pesar de que la conciliación de la vida familiar y laboral trate de independizarse de la política de igualdad de sexos, no puede negarse que la distribución de responsabilidades familiares sigue siendo un problema feminizado⁸, como también el desigual reparto de roles entre hombres y mujeres, dando lugar a una de las causas de discriminación en el trabajo. En consecuencia será necesario que los propios trabajadores de sexo masculino participen en la solicitud de medidas de conciliación de trabajo y familia, apostando por la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares.

Por lo que a modo de conclusión la actual legislación laboral contiene diversas disposiciones mediante las cuales se pretende que los trabajadores de ambos sexos puedan disfrutar de la vida familiar sin que ello afecte de forma negativa a las posibilidades de acceso al empleo y puestos de responsabilidad, siendo la reducción voluntaria de la jornada laboral por el cuidado de hijos una consecuencia latente fruto de la conciliación entre vida personal y profesional⁹.

2. CONCEPTO DE REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE LOS HIJOS.

Como comentábamos en la introducción, la reducción de jornada por cuidado de hijos es una manifestación de las políticas de conciliación vida laboral y familiar. Tanto en el DJE de 1995, como el ET establecen regímenes especiales por reducción ya sea por situaciones particulares relativas a la salud del trabajador o como en nuestro caso, por situaciones familiares que merecen atención.

En nuestra legislación laboral podemos distinguir por un lado las limitaciones forzosas, muy habituales en trabajos determinados por su especial peligrosidad y/o dureza en las que el marco normativo de distribución de la jornada laboral es más rígido que el previsto en el ET, por ello el DJE de 1995 engloba todos estos regímenes especiales bajo el encaje de limitaciones de jornada, en las cuales, la libertad de fijación del tiempo de trabajo

⁷ Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres, de 26 de abril de 2006.

⁸ RIVAS VALLEJO. P: “La conciliación de la vida laboral y familiar”, en La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española, Cuadernos de Derecho Judicial, nº3/2004. Págs.4 y ss.

⁹ Exposición de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

queda limitada, como por ejemplo ampliando el derecho de descanso o reduciendo la jornada máxima.

Por otro lado están las reducciones voluntarias por razones familiares, establecidas con la finalidad de que el mantenimiento de una relación laboral no presente insalvables dificultades para atender ciertas responsabilidades familiares. En este punto toma de gran importancia el artículo 37 del ET, el cual reconoce el derecho de disfrute temporal de una jornada reducida en estos cinco casos:

1. El período de lactancia (natural o artificial) de menores de nueve meses.
2. El período en el que el trabajador tenga a su cargo la guarda legal de menores de 12 años o disminuidos que no realicen una actividad retribuida.
3. El tiempo en el que el trabajador asuma el cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, en el que éste por motivo de edad, enfermedad o accidente, no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.
4. El margen en el que sea necesario la asistencia directa de menores de 18 años a cargo del trabajador aquejados por cáncer u otros tipos de enfermedad especialmente graves, que requieran tratamiento y atención continuada previstas en el listado reglamentario.
5. En el tiempo de hospitalización consecutivo al momento del parto de hijos necesitados de especiales cuidados por razón de nacimiento prematuro u otras causas¹⁰.

Concretamente en el caso de guarda legal de menores de 12 años o discapacitados (antes del RD-Ley de 21 de diciembre de 2013 eran 8 años), se da lo mismo que en la asunción de la responsabilidad del cuidado de familiares, hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, los cuales no puedan valerse por sí mismos.

El trabajador tiene el derecho a reducir su jornada ordinaria entre un octavo y un medio de la susodicha, además tras la Reforma de 2012 se limitan las posibilidades a disposición del trabajador ya que sólo puede ser objeto de reducción la jornada diaria, negándose otras soluciones, como por ejemplo reducir el número de días laborables. Sin embargo cabe pacto en contrario o una regulación más flexible en el convenio. Como es lógico, la

¹⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJA.A en A.A.V.V. “Reducción y adaptación de la jornada en Manual del derecho del trabajo. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 372.

reducción de la jornada supondrá una disminución proporcional del salario en virtud del artículo 37.5 ET.

Se trata de un derecho establecido como un mínimo necesario, susceptible de ser mejorado tanto individual como colectivamente, no obstante nunca podrá ser reformulado de forma que tenga requisitos no exigidos por la norma legal para su disfrute por parte de los trabajadores (SAN de 15 de febrero de 2010)¹¹.

Como ya explicaremos más a fondo, los trabajadores que quieran someterse a este derecho laboral deberán de someterse a un preaviso previsto legalmente, tanto para el acceso a la reducción (salvo fuerza mayor), como para restablecer su jornada ordinaria. Ambas situaciones deben de ser avisadas con un margen de 15 días.

Uno de los problemas fehacientes que vemos en la práctica, respecto a la reducción de jornada por cuidado de hijos, es la gran litigiosidad en relación a la concreción horaria del momento de disfrute de los permisos previstos en los artículos 37.4 y 37.5 del ET. Otros problemas resultan de la concreción del sueldo al darse una bajada proporcional del salario junto con las reducciones de los componentes variables relativos a la productividad, resolviéndose de forma favorable al trabajador¹².

Es manifiesta la condición de favorecimiento que goza el trabajador al reducir su jornada laboral para el cuidado de los hijos, ya que siempre en principio, prima el interés de éste, no sólo a efectos de concreción de establecer la reducción (siempre con sujeción a los límites a los límites legales o convencionales que más favorezcan a los intereses de los trabajadores) sino también la elección del tiempo de disfrute de ésta, así como la elección del nuevo horario laboral.

Todo ello sin remarcar que el concepto de reducción de jornada por cuidado de hijos, a pesar de que en principio prima el interés del trabajador, este derecho no es absoluto, un claro ejemplo de la jurisprudencia sería la STSJ Aragón 21 de mayo de 2009: “no se trata de un derecho ilimitado sino limitado, cuyo ejercicio no debe causar perjuicios ajenos a su finalidad”, además dicha solicitud de reducción, a pesar de velar por el beneficio del trabajador, la jurisprudencia viene a justificar el rechazo por parte de la empresa ante solicitudes que puedan considerarse contrarias a la buena fe o abusivas.

¹¹ Las sentencias serán citadas correctamente en el Anexo Jurisprudencial.

¹² MATORRAS DÍAZ-CANEJA. A en A.A.V.V. Manual del derecho del trabajo. Citada Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 374.

Es decir, este derecho es limitado y existe la posibilidad de que sea objeto de rechazo por el empresario (aunque en muy pocas ocasiones), y adicionalmente la reducción de jornada no sólo da lugar a consecuencias positivas sino también negativas, claro es el hecho de la reducción del salario de manera proporcional al tiempo que el trabajador disminuye su jornada para el cuidado de sus hijos.

En este concepto debemos basarnos en la doctrina constitucional recogida en la STC 3/2007 de 15 de enero, en la cual se establece la necesidad de ponderarse las circunstancias concurrentes de cada petición, con la finalidad de si deben de ser atendidas o no satisfactoriamente por parte del empleador, teniendo en cuenta sus necesidades organizativas. En conclusión, puede decirse que las razones empresariales pueden primar sobre el interés del trabajador en ciertos casos excepcionales, siempre y cuando la empresa hubiera aportado objeciones serias y el empleado no hubiera aportado motivos suficientes que defiendan de manera consistente su inflexible propuesta. Un ejemplo muy claro lo tenemos en la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Almería de 1 de abril de 2012, ya que en dicha sentencia la empresa le ofreció a la trabajadora multitud de soluciones alternativas alegando motivos económicos y organizativos, tales como cambiar a la trabajadora de centro de trabajo al estar más cerca de su domicilio, y todo ello unido a:

Que la actora no acredite ningún motivo de peso que le impida realmente trabajar por la tarde, ya que el hecho de tener una hija no es un motivo impeditivo al existir soluciones alternativas y formas de organizarse compatibles con el horario propuesto.

Otro límite que existe sería en el caso de que dos o más trabajadores de una misma empresa generasen el derecho a reducir su jornada por el mismo sujeto causante (salvedad del único sujeto causante). En estos casos, los cuales son muy particulares y en la práctica pocas veces se dan, la ley dispone de manera expresa que la empresa tendrá la posibilidad de oponer razones organizativas que impidan el disfrute simultáneo a la reducción.

Por tanto, el empresario puede oponer sus intereses a la concreción horario solicitada por un trabajador siempre y cuando el empresario proponga soluciones alternativas, y el trabajador sin ningún tipo de justificación se niegue a éstas, tal y como se reza en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2008, la cual es también nombrada por el Juzgado de lo Social de Almería.

No existe una obligación incondicional por parte del empresario de acceder a la reducción de la jornada pretendida por el trabajador, entendiéndose que dicho derecho se

desnaturaliza si se concede la reducción en horas inadecuadas para la realización de la finalidad pretendida.

Es cierto que en el caso de colisión de intereses, la legislación y la jurisprudencia tiende a la sobreprotección del trabajador, pero esto no significa que ante todo la postura debe de velar siempre por el interés del hijo menor, al ser éste la causa principal de este derecho. Esta postura ha sido mantenida por la jurisprudencia en sentencias tales como la del Juzgado de lo Social nº 2 de Navarra de 3 de julio de 2003:

En el caso de colisión de intereses entre el trabajador y empresario debe prevalecer aquella posición que pueda considerarse más idónea para la atención del menor, si bien el ejercicio del derecho, deberá estar regido por los principios de buena fe, y no resultar en extremo perjudicial para el empresario.

Es decir, la norma que establece la reducción de jornada por guarda legal no sólo protege el derecho del trabajador a conciliar su vida profesional y personal para asegurar el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad del artículo 154.1 del Código Civil, sino también que el menor tenga la mejor atención posible, asegurando su propio interés.

En base a lo anterior se puede decir que el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores forma parte del desarrollo del precepto constitucional del artículo 39 de la Constitución el cual determina la protección de la familia y la infancia, por lo que dicha finalidad debe servir de orientación para solucionar cualquier duda interpretativa en base a la sentencia del Tribunal Supremo del 18 de junio de 2008 entre otras.

Por lo que en conclusión, el derecho de reducción de jornada para el cuidado de los hijos, es un concepto garantista respecto al interés del trabajador, y sobre todo del menor, pero a su vez presenta ciertos límites y en ocasiones muy excepcionales puede primar el interés del empresario.

3. RÉGIMEN JURÍDICO.

El régimen jurídico de la reducción de jornada para el cuidado de los hijos se plasma fundamentalmente en el Estatuto de Trabajadores, siendo luego éste modificado por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, así como por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. A continuación se plasmará más detenidamente los puntos más importantes del su régimen jurídico.

3.1. CAUSA DE LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA.

La causa para la reducción de la jornada es muy abierta, pues el concepto no sólo se refiere a la conciliación de la vida familiar y laboral, sino también a la vida personal, este término como podemos observar, es muy amplio y sobre todo si lo comparamos con otros ámbitos (formación, deporte, cultura, etc.).

Resulta de gran importancia el artículo 37.5 ET:

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 derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.

En este artículo podemos ver que la causa latente en la reducción de la jornada de trabajo es la guarda legal de un menor de 12 años o una persona discapacitada con la correspondiente necesidad que tiene estas personas y la responsabilidad que tiene los trabajadores afectados, en relación a éstos. Por tanto la guarda legal engloba tres casos:

El primer caso sería la patria potestad del artículo 154 CC (los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres). En el otro sería el acogimiento del artículo 172. 3 CC (la guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de tutela por ministerio de la ley, ya sea por acogimiento residencial o familiar.

El acogimiento residencial se realizará por parte del Director del centro donde se encuentre el menor. En el acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que especifique la Entidad Pública. En virtud del artículo 173.1 CC el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida familiar, por lo que quién reciba el deber del acogimiento tendrá que velar por el menor, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

El último caso sería la tutela del artículo 215 CC en el cual la guarda y protección de la persona y sus bienes o solamente una de las dos, se realizará según proceda por la tutela, curatela o defensor judicial.

En estos casos lo que se intenta lograr es conciliar los tres ámbitos siempre que no originen un perjuicio apreciable al empresario. El conflicto es apreciable en el momento en el cual no exista pacto individual o colectivo, ya que el titular del derecho es el trabajador, pero no puede concretarlo unilateralmente, al poder el empresario alegar

abuso de derecho o demostrar la imposibilidad de establecer la adaptación a lo solicitado por el trabajador, o bien los perjuicios que le pudieran causar a darse dicha reducción de la jornada.

Por todo esto, es fundamental acudir a los principios de buena fe respecto a las posturas discrepantes y su finalidad, establecida en la ya citada STC 3/2007 de 15 de enero, destacando sobre el silencio del precepto de si deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o en cambio las necesidades organizativas del empresario, la sentencia establece: “posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego”.

Otro dato interesante sería que la reducción de jornada no es la única solución posible en virtud de la extensión del precepto, un claro ejemplo sería la STSJ de Galicia de 25 de enero de 2008, en la que se accede al derecho solicitado por el trabajador para la elección de turno, sin acudir a la reducción de jornada. Al darse esta amplitud en el concepto y siendo algo básico para especificar la jornada laboral en turno señalado, sobre todo cuando no consta que lo solicitado no causa ningún perjuicio a la organización de la empresa.

En cambio, debe de remarcarse que el Tribunal Supremo ha establecido posteriormente que la concreción horaria ex art 37.6 ET no permite el simple cambio horario o de turno de trabajo si no se acompaña con una reducción de jornada en base a la STS de 13 de junio de 2008¹³.

3.2. SUJETOS TITULARES DEL DERECHO.

Tras explicar la causa por la que se manifiesta la reducción de jornada por cuidado de hijos, nos debe quedar claro que el sujeto el cual ostenta la titularidad de este derecho sería cualquier trabajador (hombre o mujer) vinculado con un contrato de trabajo de cualquier clase, por lo que sería indiferente en términos de titularidad si el contrato laboral fuera temporal o indefinido, laboral ordinario o especial, con jornada a tiempo completo o a tiempo parcial.

¹³ SOUTO PRIETO. J en A.A.V.V. “Mujer y trabajo. Reducciones de jornada. Puntos críticos en materia laboral”, en Mujer, trabajo y seguridad social. La Ley.2010.Madrid. Pág.125

Dicho derecho analizado es derecho de naturaleza y ejercicio individual, como bien se puede observar en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Navarra de 5 de febrero de 2002 determinando que:

El derecho ejercido por el demandante es un derecho individual, ejercitado frente a la empresa y no frente a otros compañeros de trabajo, siendo la empresa la que debe probar los hechos obstativos del ejercicio de tal derecho.

Aun así, eso no evita que en determinadas situaciones se pueda dar la legitimación pasiva de trabajadores afectados por la reducción de la jornada laboral solicitada por otro o varios empleados, y en consecuencia se haya modificado algunas de las condiciones laborales del resto de trabajadores. Como ya se explicará más adelante, la reducción de jornada por cuidado de hijos causa una serie de perjuicios organizativos y económicos al empresario, viéndose en ocasiones obligado a modificar las condiciones de los trabajadores restantes, repercutiendo la solicitud de reducción de un trabajador indirectamente a los demás empelados.

Como se comentaba al principio, los sujetos titulares del derecho son trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.1 ET. Basándonos en el Estatuto de Trabajadores, carecen de legitimación los trabajadores afiliados al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, un ejemplo de ello lo podemos ver en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia de 2 de noviembre de 1999.

Como es lógico y en virtud del principio de no discriminación y el derecho de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución Española, en relación con las labores domésticas existe el principio de corresponsabilidad de los dos miembros de una pareja y en atención a la familia, por lo que dándose los requisitos necesarios para el surgimiento de este derecho, los dos miembros de la pareja pueden solicitar los efectos del susodicho, pero como luego explicaremos, puede haber alguna excepción si los dos miembros pertenecen a la misma empresa¹⁴.

Por tanto, el mencionar al padre o a la madre puede tener como referencia una unión de hecho, un matrimonio consolidado e incluso una situación individualizada de paternidad o maternidad, por consiguiente el derecho a la reducción corresponde tanto al padre como a la madre.

¹⁴ A. MELLADO, en. A.A.V.V. El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en Comentarios a la Ley Orgánica 9/2007, de 22 de marzo, coordinados por T. SALA FRANCO y otros. La Ley. 2008. Págs. 409 y ss.

En torno a la filiación, ésta puede ser respecto a la reducción de jornada tanto por naturaleza (matrimonial o extramatrimonial), como también por la filiación adoptiva. En el caso de los acogimientos surgen mayores problemas, rechazándose los casos de acogimiento simple y aceptándose los casos de acogimiento permanente o preadoptivo.

En los casos de divorcio o separación legal, el derecho a la reducción de jornada le corresponde a la persona que ostente la custodia del hijo de acuerdo a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de febrero de 1999. En cambio la legitimación pasiva ante la solicitud del trabajador con derecho a la reducción será lógicamente del empresario.

El objetivo de la reducción de jornada por cuidado de hijos es que el tiempo de trabajo y su distribución pueda amoldarse a las necesidades familiares del trabajador, en consecuencia, la tipología de los pactos puede ser muy variada, admitiéndose multitud de cambios, siempre condicionada la capacidad del trabajador con las características de la actividad productiva, fijándose siempre los intereses en juego¹⁵.

Una de las principales características de este derecho es su causalidad, es decir, el trabajador será titular del derecho a la reducción siempre y cuando subsista la causa que lo motivó. La adaptación puede solicitarse de manera temporal si se conoce de antemano el tiempo de duración, ya que en otro caso será indefinida pero no irreversible debido a su carácter causal.

Respecto a la posibilidad de una reducción de la jornada laboral de manera permanente sí sería posible siempre que lo hayan acordado las partes, pero ello supone una novación del contrato no siendo un caso de reducción de jornada, sino un nuevo contrato a tiempo parcial en virtud de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de 28 de julio de 2009, la cual negó a una trabajadora la posibilidad de volver a su jornada de trabajo a tiempo completo porque la jornada reducida la había obtenido en virtud de la novación del contrato de trabajo y que por tanto, si quería volver a la jornada completa, sería necesario un pacto novatorio.

¹⁵ SOUTO PRIETO. J en A.A.V.V. Mujer, trabajo y seguridad social... citada. La Ley.2010.Madrid. Pág.123

3.3. DEBER DE NEGOCIACIÓN DE LOS PODERES DIRECTIVOS: CONFLICTIVIDAD ENTRE EMPLEADOR Y EMPLEADO.

Para lograr por parte del trabajador la efectividad del derecho a la reducción de jornada para el cuidado de los hijos se tiene que dar un claro deber de negociar. Este deber de negociar establecido por cierta doctrina¹⁶ entiende que nuestro concepto no es simplemente una mera posibilidad de negociar, ya sea en el ámbito del convenio colectivo o del particular del contrato. Sin embargo, esto no significa que si se diera la posibilidad de la inexistencia de convenio o de pacto individual, el empresario pueda ampararse en la mera inactividad y así evitar que el propio trabajador pueda ejercer el derecho a la reducción de jornada.

En consecuencia, ante la negativa abusiva y arbitraria del empresario ante la solicitud de negociación por parte del empleado, se podrá acudir a los tribunales en virtud del artículo 139 de la LRJS que reza:

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

a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social. (...)

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

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

Por tanto puede verse que ante la negativa del empresario, el trabajador tendrá la posibilidad de en un plazo de 20 días acudir a los tribunales con la finalidad de que se le reconozca dicho derecho. Puede asegurarse que la negociación con el empleado es para

¹⁶ A. MELLADO, en A.A.V.V. El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en Comentarios a la Ley Orgánica 9/2007, de 22 de marzo, coordinados por T. SALA FRANCO y otros. La Ley, 2008. 408 y ss.

el empleador un auténtico deber y no una mera posibilidad al poderse deducir del artículo 85.1, párrafo segundo del ET:

Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Por lo que remitirse a la negociación colectiva o al pacto individual no da lugar a que subordine a estos pactos la existencia del derecho genérico que establece el artículo, solamente su concreción. En definitiva si hay acuerdo ya sea individual o colectivo, se tendrá que prestar atención a sus términos; y si no se dan, tendremos que acudir a la solución judicial mediante la vía que nos ofrece el artículo 139 de la LRJS.

Como se ha comentado antes, la tramitación para acceder a la reducción de jornada para el cuidado de los hijos puede ser incoada tanto por varones como por mujeres (como la mayoría de las medidas relacionadas con la conciliación de la vida laboral y familiar), y ambos al solicitar su derecho de conciliar la vida laboral con la familiar se ven obligados a tener un conflicto con los poderes directivos.

Los conflictos entre los empresarios y el principio que tiende a garantizar la conciliación de la vida profesional y privada pueden plantearse de dos formas distintas¹⁷, las cuales no se encuentran en la legislación positiva. Primero cabe pensar en un conflicto obscuro, en el cual el trabajador con cargas domésticas manifiestas es víctima de una actitud discriminatoria por parte del empresario. Adicionalmente se pueden dar dos posibilidades respecto a esta; la primera, en la que el trabajador ha ejercido su derecho de conciliación entre vida privada y laboral, por lo que el empleador ha respondido de manera represiva frente a esta acción del empleado, y la segunda en la cual, el trabajador no ha incoado ningún tipo de tramitación para obtener una reducción de jornada o solución análoga, pero el empresario consciente de sus problemas domésticos actúa de manera arbitraria y discriminatoria. En definitiva, el conflicto puede suceder tanto si el trabajador ha ejercido su derecho a la reducción de jornada como si no lo hubiera ejercido.

En el primer caso aparece de forma mucho más clara una discriminación por parte del empresario, al mostrarse el empleado menos productivo porque debe de satisfacer sus

¹⁷ J.M GOERLICH PESET y L.E NORES TORRES, en A.A.V.V. "Poderes directivos empresariales y conciliación de la vida laboral y familiar: una asignatura pendiente" en Mujer, trabajo y seguridad social. La Ley.2010.Madrid.Pág.185

necesidades familiares. Este tipo de discriminación ha sido tratado por nuestro Tribunal Constitucional como también por las directivas y jurisprudencia comunitarias, ya que en el ámbito comunitario empiezan a verse motivos para establecer la conciliación de la vida laboral y familiar como causa de discriminación¹⁸, como puede observarse en la Directiva 2010/78/UE, la cual se refiere a la cláusula 5.4 en el que se motiva al acogimiento de medidas con el fin de proteger a los trabajadores discriminados negativamente por haber adoptado medidas de conciliación.

Otro ejemplo en el campo comunitario sería la STJUE de 17 de junio de 2008, sirviendo de defensa contra el carácter discriminatorio de estas maniobras en base a la Directiva 2000/78/UE, independientemente de que afecten a hombres o mujeres, en la cual se determina como discriminación directa el trato peyorativo dispensado hacia la madre que tiene un hijo discapacitado.

En nuestra jurisprudencia resulta de gran consideración la STSJ de Madrid de 3 de abril de 2002, en la cual emplaza dichas conductas discriminatorias en el artículo 14 CE: “(...) o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, por lo que el empresario estaría violando dicha cláusula general al discriminar al empleado por una circunstancia personal como es tener un hijo menor de 12 años u otra situación análoga que requiera ciertas medidas de conciliación (STC de 28 de marzo de 2011)

El empresario amparado por nuestro ordenamiento jurídico tiene la posibilidad de modificar la situación laboral de un trabajador debido a diversas causas que pueden ser económicas, técnicas, organizativas o de producción en virtud de los artículos 39.2, 40 y 41 ET, pero no se permitirá la variación de la situación laboral del empleado si no se dan la concurrencia de los susodichas (STSJ de Andalucía de 30 de octubre de 2008).

Lo mismo sucede con decisiones directivas relacionadas con la movilidad funcional del trabajador o modificaciones no sustanciales, las cuales pueden ser ilegítimas al ser discriminatorias. Un claro ejemplo de ello serían las sentencias del TSJ de Castilla y León de 19 de diciembre de 2007 y del TSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 2005, en estas sentencias se estableció que si existe una cierta proximidad entre el ejercicio del trabajador de su derecho a la conciliación entre vida personal y laboral, y una decisión

¹⁸ BALLESTER PASTOR. “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis preliminar” en BALLESTER PASTOR, M. ^a. (coord.), La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2010. Págs. 46 y ss., y 54 y ss.

por parte del empresario la cual empeore la situación laboral del empleado, se dará lugar a una situación discriminatoria salvo que el empleador exponga alguna causa justificativa de su decisión.

En el campo del despido, sucede de manera prácticamente similar a los supuestos anteriores, por lo que resulta nulo un despido con ánimo discriminatorio al darse una situación de conciliación de la vida personal y laboral, dando al trabajador una especial protección frente al despido, protección que será explicada de manera más concreta en el apartado 3.5.1.

3.4. TRAMITACIÓN DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA PARA EL CUIDADO DE LOS HIJOS.

Como se ha comentado antes, sólo podrán solicitar la reducción aquellos trabajadores por cuenta ajena que tengan a su cargo menores de 12 años en virtud del artículo 37. 5 del Estatuto de Trabajadores.

El derecho a la reducción de jornada se establece como un derecho individual de los empleados que tendrán la posibilidad de determinar el horario adecuado para el cuidado del menor sujeto a su patria potestad, en base a lo previsto en el artículo 37.6 ET.

Es cierto que se deja en manos del empleado delimitar los puntos básicos de la reducción, sin embargo nunca se admitirá que el trabajador se atribuya un poder que la ley no le otorga, comenzando éste su nueva jornada reducida sin alcanzar pacto previo con el empresario.

En el caso de desacuerdo con el empresario, la única solución viable para el trabajador será solicitar la asistencia de los tribunales a través del procedimiento establecido en el artículo 139 LRJS. De esto se entiende que la iniciativa propia del trabajador de comenzar su nueva jornada reducida con horario distinto, justificará el despido del trabajador, en virtud a lo expuesto en los artículos 54.a) y b) ET. Un claro ejemplo de lo anterior lo tenemos en la sentencia del TSJ de Aragón de 29 de enero de 2010, en la que una trabajadora solicitó la reducción de jornada para el cuidado de su hijo determinado un horario específico, sin embargo la empresa le negó en parte dicho horario alegando causas organizativas. En cambio pese haber sido requerida la trabajadora en varias ocasiones para que se reintegrara a su horario habitual, siguió llevando un horario sólo de mañana.

La reducción de jornada por cuidado de hijos exige que para que el trabajador se beneficie de este derecho, éste se someta a un preaviso previsto legalmente para así acceder a la reducción (salvo fuerza mayor) con una antelación mínima de 15 días. El trabajador podrá elegir siempre dentro de su jornada laboral, reduciéndose la negativa del empresario al nuevo horario a causas organizativas, económicas o similares muy excepcionales.

Para solicitar dicha reducción se deberá manifestar la intención de reducir su jornada un número de horas al día (mínimo 1/8 y máximo 1/2) con la bajada proporcional de su salario con motivo de atender las necesidades de su hijo menor de 12 años. Además en el escrito hay que hacer constar el horario de trabajo que se propone realizar como consecuencia de la reducción de jornada y su duración, la fecha de inicio y la fecha de finalización del mismo.

Resulta de gran utilidad práctica que el trabajador interesado manifieste que si el empresario no contesta en un margen adecuado de tiempo, se entenderá que éste acepta las condiciones de la reducción de jornada, ya que la ley no exige un modelo oficial para realizar la solicitud de reducción de jornada, por lo que el trabajador tendrá cierto grado de libertad al redactar la solicitud teniendo la oportunidad de incorporar al escrito ciertas condiciones que le favorezcan siempre y cuando no haya abuso de derecho o indefensión del empresario.

Otro dato importante es que la ley no exige que la solicitud se haga por escrito, pudiéndose hacer de forma verbal, sin embargo se recomienda al trabajador que se realice por escrito debido a la mayor seguridad jurídica que tiene el trabajador si lo hace de forma escrita y no verbal.

La empresa, recibida la comunicación, podrá adoptar dos posturas:

- a) Asumir la solicitud del trabajador en sus términos laborales.
- b) Rechazar la posibilidad de reducción en los términos requeridos alegando las consiguientes razones de su negativa, ya sea por los desajustes graves de carácter organizativo o funcional que la reducción de la jornada laboral significa.

Obviamente el problema surgirá cuando el empresario rechace la solicitud del trabajador en los términos planteados en la misma, por lo que la solución como hemos señalado

antes deberá buscarse por la vía judicial, debiendo los tribunales resolver las discrepancias que se hayan dado. De manera que será el órgano jurisdiccional específico el cual deberá resolver dicho conflicto de intereses. Por un lado el interés del trabajador de conciliar su vida laboral y familiar, y por el otro el interés empresarial de organizar sus recursos materiales y humanos con la finalidad de obtener los máximos beneficios y ser competitivos en el mercado.

Es importante remarcar que el artículo 37.6 ET no establece ninguna especificación acerca de cómo concretar el horario de la jornada reducida, no estableciendo que intereses deben de prevalecer a priori. En base a lo anterior el juez deberá de ponderar las circunstancias concurrentes en el caso, valorando en su caso la no discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE, implícito en el derecho de la reducción de jornada, y por otro lado los perjuicios que pueda ocasionar dicha reducción al funcionamiento de la empresa. Teniendo esto presente y como se ha comentado antes, nuestros tribunales han hecho prevalecer el interés del empleado frente al del empresario en el ejercicio del derecho de reducción de jornada.

Finalmente y tras fijar definitivamente el horario de la jornada reducida, cuando el trabajador tenga que reincorporarse a su jornada ordinaria la ley le obliga a preavisar al empresario con un margen de tiempo de 15 días de antelación al día de incorporación de la jornada ordinaria.

3.5. CONSECUENCIAS Y VENTAJAS SIGNIFICATIVAS.

3.5.1. ESPECIAL PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO: NULIDAD DEL DESPIDO.

Originariamente la nulidad del despido tenía como motivo su propia forma, aunque también se daban otros supuestos, como la condición de representante laboral o que padeciese una enfermedad.

Actualmente en nuestro ordenamiento la nulidad se puede establecer en los siguientes supuestos:

1. Nulidad por vulneración de derechos fundamentales.
2. Nulidad por motivos familiares.

Respecto a la nulidad por vulneración de derechos fundamentales el art. 55.5 ET establece que “será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.

De este artículo se determinan dos supuestos diferenciados: el despido discriminatorio y el que se produzca con violación de derechos fundamentales, siendo más relevante para nuestro caso el primero.

En el apartado 3.3 se comentaba que el trabajador podía padecer una actitud discriminatoria por parte del empresario, al verse el empleado obligado a atender ciertas labores domésticas (como pueden ser el cuidado de hijos), tanto si éste había o no solicitado medidas de conciliación.

En torno al despido discriminatorio el fundamento de su nulidad no es la ausencia de causa sino el basarse en una causa torpe y especialmente grave. Para determinar esta causa, es de gran utilidad la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001:

Se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista.

Esta calificación tiene un destacado carácter excepcional pues tienen que darse grandes dosis de no justificación y arbitrariedad en la decisión del empresario, no siendo suficiente la ilicitud o contrariedad del despido a la Ley. La ilegalidad ha de ser intensa y superlativa, vulnerando los más elementales principios del ordenamiento jurídico laboral (STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2003).

En base a lo dicho en el párrafo anterior, el despido nulo no debe generalizarse pues se debe considerar como algo excepcional ya que la sanción establecida para el despido *contra legem* es la declaración de su improcedencia.

En consecuencia el despido será discriminatorio si el empresario finaliza la relación laboral con el trabajador por una causa discriminatoria, por lo que se entiende que el despedir a un trabajador o trabajadora por el hecho de ostentar la guarda legal de un menor de 12 años, tanto si se ha solicitado el derecho a la reducción como si no, será considerado discriminatorio, y por tanto nulo.

El problema del despido discriminatorio se entiende en la dificultad de probar su propia existencia, por lo que nuestra jurisprudencia ha establecido un tipo de modificación, la cual no se considera una inversión, en la carga de la prueba con la finalidad de que

aportados indicios idóneos por el empleado, tenga el empresario que probar la ausencia de la discriminación.

Es decir, no será suficiente con la mera alegación, sino que el trabajador deberá aportar indicios suficientes que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato discriminatorio (STC de 18 de enero de 1993); y se deberá entender por indicios “señales o acciones que manifiestan algo oculto, algo muy distinto de sospechar, que imaginar o aprehender, algo por conjeturas fundadas en apariencias” (STS de 31 de marzo de 1996).

En definitiva, el trabajador con derecho a la reducción deberá aportar indicios suficientes que infundan la sospecha de que el empresario le despidió por el mero hecho de ostentar la guarda legal de un menor de 12 años o por otros motivos relacionados con este tema. En este caso destaca la sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de marzo de 2011, pues otorga el amparo a un trabajador que alega discriminación por circunstancias familiares, además la sentencia apunta que:

La dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar.

Por tanto en el ámbito de la discriminación por tenencia de hijos, no sólo primará el principio de igualdad del trabajador sino también la protección de la familia y de la infancia.

En relación a la nulidad del despido por motivos familiares es destacable la Ley 39/99, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, pues con ésta se hicieron una serie ampliaciones en el art. 55 ET que han ido incrementando los supuestos de nulidad, todo ello relacionado con la Directiva 92/85 UE, concretamente en su artículo 10 determina “como garantía para las trabajadoras” la “prohibición del despido durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad”¹⁹.

¹⁹ SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS. J. M en A.A.V.V. “Despido nulo” en Manual del derecho del trabajo. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 761

En consecuencia, será nulo el despido en los siguientes casos:

- a) El despido de trabajadoras víctimas de la violencia de género cuando hayan ejercido el derecho a la reducción o reordenación de su jornada laboral, de cambio de centro de trabajo, de movilidad geográfica o de suspensión del contrato de trabajo, tal y como se establece en la Ley.
- b) El de las empleadas embarazadas desde la fecha de inicio de su embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad y el de los trabajadores solicitantes de unos de los permisos o excedencias de los presentes en los artículos 37.4, 4bis y 5 5 46.3 ET.
- c) El de los trabajadores tras reintegrarse al trabajo al terminar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, acogimiento o adopción o paternidad, siempre y cuando no hubieran pasado más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, acogimiento, o adopción del hijo.
- d) El de los empleados en el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, acogimiento o paternidad, como también por riesgos durante el embarazo o el notificado en una fecha en la que el plazo de preaviso determinado termine dentro de esa franja de tiempo.

Centrándonos en la reducción de jornada por cuidado de hijos, ésta se protege si el trabajador en cuestión ha ejercitado el derecho, no basta con que se encuentre en situación de pedirlo. Lo mismo ocurre con el embarazo biológico teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de julio de 2003.

En base a lo anterior, la nulidad del despido se entiende como una causa totalmente objetiva: la nulidad del despido no se relaciona con la motivación discriminatoria del empresario, es decir el despido no es nulo por prohibición de discriminación o vulneración de derechos, sino que es una causa objetiva basada en el hecho de solicitar la reducción de jornada por guarda legal, siempre y cuando el trabajador solicitante ostente efectivamente la patria potestad de un menor de 12 años. Dicha objetividad en la causa no tiene sino la motivación de proteger de manera efectiva a los trabajadores que se encuentran en dicha situación, sin tener en cuenta la intención o el móvil del despido del empresario (STSJ País Vasco, 31 de marzo de 2008). De manera que la jurisprudencia es unánime tras la formulación de nuestro Tribunal Constitucional en la nulidad instantánea del despido en base al hecho objetivo de situación familiar protegida o embarazo, sin ser necesaria la acreditación de intención discriminatoria por parte del empresario, siendo

según la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008 de 21 de julio y 124/2009 de 18 de mayo, una protección objetiva y reforzada de la mujer y la familia.

3.5.2. REDUCCIÓN DE LA JORNADA LABORAL: ESPECIAL ATENCIÓN A LA REFORMA DE 2012.

Como hemos dicho los trabajadores tienen el derecho individual de reducción de jornada y en virtud del artículo 37.6 ET serán estos los que concreten el horario y determinen el período de disfrute del nuevo horario dentro de su jornada ordinaria.

En relación a la referencia del artículo 37.6 ET al derecho del trabajador de concretar el horario “dentro de su jornada ordinaria” ha dado lugar a cuestionar hasta donde alcanza la capacidad del empleado para reducir su horario laboral²⁰.

De manera que la jurisprudencia mantiene diferentes criterios para determinar el alcance del derecho a la reducción de jornada. En el caso de solicitar la reducción y pasar a un turno de trabajo fijo frente a un turno rotatorio ordinario, la verdad es que no hay unanimidad judicial a la hora de determinar si se puede o no aceptar dicha solicitud en base al art.37.6 ET (STSJ de Madrid de 29 de marzo de 2006).

En todo caso el ejercicio del derecho debe de concretarse y valorarse conforme a la finalidad de medida de conciliación, por lo que si el trabajador lo necesita y demuestra que es necesario el hecho de pasar a un turno fijo, la empresa deberá aceptar la solicitud de su empleado, salvo que pueda demostrar la imposibilidad de atender la solicitud por causas organizativas (STSJ de Madrid 6 de marzo de 2009).

Otro caso analizado por la jurisprudencia es si se solicita la reducción de jornada concentrada en determinados días de la semana, en donde tampoco hay un pronunciamiento unánime de la jurisprudencia. Generalmente nuestros tribunales niegan esta posibilidad considerando que dicha solicitud se entiende relacionada a la actividad que normalmente realiza el empleado respecto a todos los días de la semana (STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de noviembre de 2005).

En la situación de solicitar la reducción y el cambio de jornada partida a continuada, algunas resoluciones niegan que se pueda dar dicha solicitud al no ajustarse a la referencia legal “dentro de su jornada ordinaria”. Sin embargo si se diera acuerdo entre la empresa

²⁰ GARCÍA RUBIO. M. A. “La facultad de concreción horaria en...”, citado págs. 210 y 211.

y el trabajador sí se admite esta posibilidad de pasar de la jornada partida a continuada y no cabe después negar este derecho alegando que la reducción debe de realizarse dentro de la jornada ordinaria (STSJ de Madrid de 21 de mayo de 2007).

Si lo que se quiere es la reducción y un cambio de horario fuera del horario de la empresa, resulta imposible al ir más allá de la configuración objetiva del derecho a la reducción de jornada, pues la empresa no puede hacer frente a la solicitud de este tipo (STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2008).

Es sabido que el camino a seguir en los dos últimos procesos de reforma realizados en nuestra legislación laboral, con la reforma 2010-2011 y la reforma 2012 han tenido como objetivo el favorecimiento de la negociación colectiva en la empresa y el desarrollo de mecanismos de flexibilidad interna.

El mes de febrero del año 2012 entró en vigor el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas de urgencia para la reforma del mercado laboral. Dicha reforma afectó a ciertos preceptos de conciliación de vida personal y laboral entre otros. Es importante remarcar que las modificaciones en materia de conciliación se encuentran en las disposiciones finales, concretamente en la disposición final primera, haciendo la reforma laboral de 2012 de esta temática una materia menor. Todo ello justificado en que la regulación de las cuestiones relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral no se encuentren en el articulado del Real Decreto-Ley 3/2012 sino en la distante disposición final primera.

Centrándose en las modificaciones que presenta la reducción de jornada por cuidado de familiares en los apartados 5 y 6 del artículo 37 del Estatuto de Trabajadores, se pueden ver estos cambios:

Respecto a los sujetos causantes de dicho derecho, se mantienen las mismas condiciones antes y después de la reforma de 2012, lo único es que gracias al Real Decreto-Ley de 21 de diciembre 2013, aumenta la franja de edad del menor de 8 a 12 años, dándose una mayor amplitud del derecho.

En relación a los porcentajes de reducción, se mantiene las mismas condiciones (mínimo de 1/8 y máximo de 1/2). Antes de la reforma era posible acumular las jornadas, pudiendo el trabajador no trabajar durante días completos, pero a partir de febrero de 2012 la

reducción se tiene que realizar diariamente, por lo que el trabajador por día como máximo reducirse la mitad.

En el período de reducción y la concreción horaria, antes de la reforma la concreción se podía realizar de manera mucha más amplia (por ejemplo conseguir un horario fijo a pesar de que se trabajase a turnos), en cambio tras la reforma, se produce una reducción de la capacidad del trabajador para elegir su nuevo horario. El nuevo horario debe ser solicitado por el trabajador dentro de su jornada ordinaria, salvo que dicha circunstancia estuviera regulada por convenio colectivo. En contra de esto, es imprescindible nombra la sentencia del Juzgado de lo Social número 27 de Madrid de 13 de noviembre de 2013, en la cual dicho juzgado permite a una trabajadora con un hijo menor de 8 años concretar su nuevo horario fuera de su jornada ordinario:

La actora informó a la demandada que con fecha 23 de septiembre de 2013 iba a ejercer el derecho previsto en el art.37 del ET, reduciéndose la jornada de trabajo en un 12,5%, de lunes a sábado de 10.00 a 16 horas hasta el próximo 8 de abril de 2021, fecha en la que su hijo menor cumplirá 8 años de edad (...) Con fecha 12 de julio de 2013, la mercantil demandada comunicó a la actora, la aceptación de la reducción de jornada, no así la concreción horaria, dado que ello suponía una modificación su régimen de jornada de trabajo, pasando al turno fijo de mañana, cuando la jornada actual y horario es de lunes a sábado, domingos y festivos de apertura, fijo de tarde y en concreto de 14 a 21 horas, tal y como establece el contrato de trabajo como el calendario laboral. Asimismo se añadía que el cambio de su jornada a turno de mañana tampoco resulta viable por razones organizativas y de producción del centro.

Como podemos ver, la actora pretende cambiar del turno de tarde (14 a 21 horas) al turno de mañana (10.00 a 16 horas), dando lugar a una reducción de jornada fuera de la ordinaria. Esto que ya se ha explicado antes, tras la reforma laboral de 2012 no es posible debido a que la reducción tiene que realizarse dentro de la jornada ordinaria, además la empresa demandada alega circunstancias organizativas las cuales no hacen posible dicha concreción horaria al darse el 55 por ciento de las ventas en el horario de tarde.

Sin embargo el juez establece que la concreción horaria que solicita la actora es la más adecuada para el cuidado de su hijo, teniendo en cuenta que el artículo 37 del ET es una norma de desarrollo del 39 CE (SS. 11/12/01 [RJ 2002, 2025], 20/7/00 [RJ 2000, 7209] y SAN de 28/2/05 [AS 2005, 620], entre otras). Por tanto el juez toma como la solución más acorde a derecho conceder la razón a la actora porque además la empresa (según el juez) no alega motivos organizativos que justifiquen la negativa frente a la solicitud de mujer trabajadora.

Lo más destacable de la sentencia no es lo comentado en ella, sino lo que se omite en la susodicha. En ningún momento al juez se le ha ocurrido hacer mención alguna acerca de la reforma laboral de 2012, la cual establece expresamente que la reducción de jornada debe de hacerse dentro de la misma, sin embargo éste no hace referencia a la reforma en ningún momento, como si no hubiera existido aquélla, dándose una confrontación clara entre la legislación y la jurisprudencia.

Dejando atrás esta controversia, la reforma de 2012 incluye aún más cambios en la legislación laboral. Antes de la reforma el trabajador no tenía la obligación de preavisar al empresario pero tras la reforma se debe de realizar un preaviso de 15 días o según establezca el convenio e indicar la fecha de inicio y de fin de la reducción. Respecto al ámbito de las cotizaciones y la protección frente al despido se mantienen las mismas condiciones.

3.5.3. DISMINUCIÓN PROPORCIONAL DEL SALARIO.

El art. 37.5 ET establece el derecho del empleado a solicitar una reducción de jornada para el cuidado de un hijo menor de 12 años así como de un familiar que no pueda valerse por sí solo con la correspondiente “disminución proporcional del salario”. Una de las diferencias con el permiso de lactancia, la reducción de jornada para el cuidado de hijos se ha realizado sobre la base de un descuento del salario para el trabajador. El problema de esta reducción del salario es conseguir que se cumpla el principio de proporcionalidad entre la reducción de la jornada y su correspondiente disminución del salario²¹.

Uno de los puntos en la reducción de la jornada son aquellos supuestos en los que el trabajador ha venido percibiendo complementos funcionales los cuales pierden su justificación o causalidad con la nueva concreción horaria. Es decir, se debe determinar si el trabajador puede seguir obteniendo los abonos aunque de forma reducida proporcionalmente.

Actualmente no hay unanimidad en la respuesta de la jurisprudencia respecto a este complicado problema. En ciertos casos se ha negado el derecho al trabajador con su jornada reducida a recibir pluses sobre una jornada que no realizaba al completo, en base

²¹ LÓPEZ ÁLVAREZ. M. J en A.A.V.V. “Impacto en la retribución de los permisos y reducciones de jornada por causas familiares” en Mujer, trabajo y seguridad social. La Ley.2010.Madrid. Pág.214

a la discriminación que puede esto suponer en relación con el resto de los empleados de la empresa (STSJ del País Vasco de 30 de enero de 2007, Rec.2565/06)

Todo ello se basa en la teoría de que estos complementos están relacionados a una jornada y condiciones específicas que si no se dan, daría como resultado la pérdida del derecho a solicitar el complemento funcional correspondiente. Otras sentencias son más garantistas con el trabajador, como la sentencia del TSJ de Castilla y León de 8 de mayo de 2006, la cual establece: “el salario a percibir es aquel que se lucraba antes de la minoración del tiempo de trabajo, incluidos pues la totalidad de sus conceptos o partidas”. Como ya se ha advertido antes la reducción de jornada no produce novación en el contrato de trabajo del empleado, éste permanece inmutable respecto a las condiciones laborales, por tanto su disfrute no modifica ni la jornada ni el horario, todo ello sin perjuicio de la disminución de la una y de la otra establecidos en los preceptos legales. El mantenimiento de los complementos se da con la finalidad de evitar cualquier perjuicio al empleado que solicita la reducción, ya que el objetivo de este derecho es una mejora social no sólo del trabajador sino también del menor, al ser éste la causa por la que se justifica este derecho familiar, en base a la sentencia del TSJ de Madrid de 21 de mayo de 2008.

Respecto a la reducción proporcional del salario los empleados afectados, resulta de importancia los términos que puedan ser objeto de minoración. En este tema tampoco hay un consenso general por parte de la jurisprudencia, sin embargo la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 2004 establece un criterio general de la naturaleza jurídica de la partida salarial o no que se determine.

Por lo que parece que no se puede aceptar un descuento en las partidas extrasalariales, salvo que resulten incompatibles con la reducción de jornada que se disfruta²². En relación al principio de proporcionalidad que predica el art. 37.5 ET, se han dado problemas interpretativos respecto a aquellas partidas complementarias vinculadas no tanto al trabajo realizado sino a otras circunstancias específicas que tienen que ver con la prestación de servicios.

Una circunstancia específica relacionada con lo anterior sería el complemento por antigüedad, el cual premia al trabajador por su fidelidad, pero respecto el cual se ha aceptado por la jurisprudencia su descuento proporcional, independientemente de la

²² LÓPEZ ÁLVAREZ. M. J en A.A.V.V. Mujer, trabajo y seguridad social La Ley.2010.Madrid. . Citado. Pág.217

presencia o no de previsión expresa por parte del convenio colectivo de aplicación (STS de 25 de enero de 2005).

Sucede lo mismo en los pluses de vinculación, como se ve en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de julio de 2004, el cual estaba recogida en el convenio, sin embargo no se manifiesta lo mismo en la procedencia del descuento de la prima de asistencia porque no se compensa al trabajador por el trabajo que haya realizado sino por una aptitud de diligencia en relación a la obligación de puntualidad del trabajador, todo ello basándose en la STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2000, la cual establece:

Expuesto todo lo anterior debe entenderse que la práctica empresarial, origen del presente proceso, consistente en abonar la «prima» a quienes han reducido su jornada, el amparo del artículo 37.5 del ET, proporcionalmente al tiempo trabajado, cuando dicha «prima» retribuye la puntualidad y la presencia en el puesto de trabajo y deja de abonarse en casos de falta de puntualidad o de asistencia sin justificar, encierra –objetivamente– una discriminación indirecta por cuanto podría desincentivar el uso de tal derecho entre el colectivo de femenino de trabajadoras, y por tanto contraria al ordenamiento jurídico (...). Lo razonado no queda obstaculizado por la previsión del artículo 37.5 que habla de «disminución proporcional del salario», pues dicha norma legal, que es válida con carácter general para el salario que retribuye directamente la cantidad de trabajo o la cantidad de tiempo dedicada al trabajo, no lo es para aquellos conceptos salariales que retribuyen aspectos no directamente relacionados con los antedichos: piénsese, por ejemplo, en el concepto salarial de la antigüedad; y en el presente caso el plus que se debate está ligado, como se ha dicho, a la actitud ante la puntualidad, por lo que no es de aplicarle la reducción proporcional. Todo lo expuesto lleva a estimar el salario.

Sentencias como la anterior tratan sobre la discriminación indirecta, pero sin remarcar claramente los límites que nos adviertan sobre la existencia de una situación discriminatoria para el trabajador, sobre todo para las mujeres trabajadoras. Otro problema que se nos presenta es la relación entre la reducción de la jornada y el descuento correspondiente a los complementos salariales anexionados al cumplimiento de objetivos. En este caso es importante citar la STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2004, en la cual la solución más lógica sería realizar un programa de dichos incentivos que tenga en consideración la existencia de jornada reducida para el cuidado de los hijos, de manera que los objetivos se amolden al tiempo efectivo que el trabajador haya realizado realmente, y como consecuencia de la reducción, una disminución proporcional de la cuantía económica del complemento que sea.

En conclusión, puede decirse que la reducción de jornada para el cuidado de menores de 12 años, sujetos a la guarda legal del trabajador solicitante de dicho derecho lleva

consigo una minoración proporcional de su salario. Por tanto se permite el descuento de todas las partidas de carácter salarial, siempre y cuando no se de discriminación indirecta por la repercusión negativa que padecen los empleados solicitantes del derecho a la reducción o similares²³.

4. EFECTOS DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA PARA EL EMPLEADOR.

A lo largo del trabajo hemos remarcado el perjuicio que causa el ejercicio del derecho contenido en el art.37 ET al propio empresario. Es lógico deducir cuando un trabajador ejercita su derecho a la reducción de jornada que el empresario debe de realizar diversas reformas tanto organizativas como productivas para paliar el desajuste horario provocado por el empleado solicitante del derecho, pues el hecho de la concesión del nuevo horario da lugar a costes organizativos, productivos y por supuesto económicos que el empresario debe afrontar.

Sin embargo nuestro ordenamiento jurídico prevé estos perjuicios causados a los empresarios dando lugar sobre todo a nivel autonómico, a ayudas a empresas con trabajadores ejercitantes del derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos.

Estos costes sólo han sido incidentalmente analizados por la jurisprudencia, dos ejemplos de ello son las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009 y de 11 de febrero de 2010, la primera es por lactancia y la segunda por reducción de jornada por cuidado de hijos²⁴.

Se debe de tener en cuenta que gran parte de las medidas para potenciar la conciliación de la vida laboral con la familiar introducidas tanto por la Ley 39/1999 de Conciliación como por la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad, suponen un gasto económico el cual es casi soportado en su mayoría por el empresario.

El progresivo desarrollo de los derechos familiares en el campo de lo laboral supone que el empresario tiene que asumir tanto los costes directos relativos a las cotizaciones o contrataciones externas para sustituir a los trabajadores que gozan de la reducción, como los costes indirectos en los que se acomoda la organización productiva a los nuevos horarios reducidos.

²³ LÓPEZ ÁLVAREZ. M. J en A.A.V.V. Mujer, trabajo y seguridad social. La Ley.2010.Madrid.Citado.Pág.219

²⁴ LÓPEZ ÁLVAREZ. M. J en A.A.V.V. Mujer, trabajo y seguridad social. La Ley.2010.Madrid. Citado.Pág.205.

Como es lógico, las consecuencias de estos costes serán desiguales dependiendo de la empresa afectada, todo ello en función de su tamaño, su producción o sector de actividad. En consecuencia, no será la misma situación una trabajadora con reducción de jornada en una empresa de 3 personas que en una multinacional.

Este problema no ha sido abordado por nuestra legislación pero sí por la jurisprudencia, la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de febrero de 2010 establece la nulidad de una cláusula convencional por imponer limitaciones superiores a la ley, siempre que el centro de trabajo contara con una plantilla media de 75 trabajadores:

Igual cabe razonar sobre que la plantilla supere 75 empleados en el centro ,porque en los anteriores apartados del precepto no se contemple este límite y porque el derecho viene conectado a la atención de fines de relevancia constitucional y su satisfacción requiere de una ponderación de las circunstancias concurrentes derivadas de su disfrute y del ejercicio de las facultades organizativas del empleador, que el propio Estatuto de los Trabajadores (art. 37-5º " in fine") prevé PERO SIEMPRE EN EL SENO DE CASOS INDIVIDUALIZADOS.

En este párrafo de los fundamentos de derecho de la sentencia podemos ver que siempre se deberá de ponderar las circunstancias en materia de conciliación al no ser lo mismo una empresa que otra, pudiéndose dar un perjuicio irreparable al empresario y a su vez darse un vacío en el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Como todos sabemos es un dato estadístico, que la mayoría de los trabajadores por cuenta ajena que solicitan medidas de conciliación son mujeres, y esto unido a la enorme sobreprotección que tiene los trabajadores que solicitan dichos derechos puede dar lugar a que el empresario pueda aumentar la discriminación estadística, dando lugar a mayores dificultades de las mujeres en integrarse en el mercado laboral²⁵.

Tanto en el marco estatal como en el autonómico se potencian medidas de discriminación positiva en favor de los hombres, para que estos ejerzan sus derechos de conciliación, ya que a pesar de que estas medidas se consideran neutras terminan por convertirse en formas de discriminación material de las mujeres²⁶. Un ejemplo sería el efecto boomerang respecto a la sentencia 109/1993 del Tribunal Constitucional:

²⁵ VID.DUBIN, K.A ¿Contradicciones traidoras? Las implicaciones de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres para las estrategias empresariales, en la Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág.57.

²⁶ DOLORES CARRILLO y LÓPEZ ÁLVAREZ. M.J. Protección Socio laboral de la familia en el ámbito autonómico, especial referencia a la conciliación de la vida familiar y laboral. Fundación BBVA.2008.Pág. 37.

A nadie se le oculta que, para un empresario poco escrupuloso con el principio de igualdad, siempre le será más rentable contratar a hombres que a mujeres trabajadoras, dado el incremento de los costes laborales que, por estas causas y otra biológicas, las mujeres siempre ocasionan.

Hasta ahora, gran parte de las medidas destinadas a la conciliación se han dado a costa de un sobrecoste económico enorme para el empresario, y como consecuencia, se darán serias dificultades para el progreso y normalización en el ejercicio de los derechos familiares, dando lugar al efecto contrario al cual se pretende.

5. RD- LEY 21 DE DICIEMBRE 2013 Y SUS CONSECUENCIAS.

Con el Real Decreto-Ley aprobado el año anterior se dieron una serie de medidas entre las cuales destaca la ampliación de solicitud del derecho de reducción de jornada para el cuidado de hijos. Antes del Real Decreto-Ley de 21 de diciembre de 2013 sólo podían realizar la solicitud de reducción de jornada los trabajadores que ostentaran la guarda legal de un menor con edad inferior a 8 años, sin embargo con la nueva legislación este margen de tiempo se amplía 4 años más, siendo posible que un empleado solicite la reducción siempre y cuando su hijo tenga menos de 12 años.

Cierta doctrina criticaba que no se hubiera ampliado el límite de edad de 8 años (ya que el límite de edad es el resultado de la ampliación llevada a cabo por la LOI, específicamente hasta los 12 años, como ocurre en el empleo público, tal y como se establece en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en su artículo 48.1.h)²⁷.

Es importante destacar que la ampliación hasta los 12 años opera con todos los efectos que se daban cuando la legislación era hasta 8 años, por lo que un trabajador con un hijo entre 8 y 12 años gozará de todas las ventajas de la reducción de jornada como la protección frente al despido.

Además todos aquellos trabajadores que solicitaron la reducción antes (fecha de entrada en vigor del RD-Ley 16/2013, de 20.12.13) no tienen que solicitar la ampliación de la reducción cuando su hijo cumpla los ocho años, pues se les aplicará de manera automática la nueva normativa, sin que sea necesario comunicar al empresario que quieren seguir disfrutando de la reducción hasta que su hijo cumpla los 12 años. No obstante puede surgir

²⁷ RODRÍGUEZ PASTOR, G., en A.A.V.V. “Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI” en Los aspectos laborables de la Ley de Igualdad. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007. Pág.87, al considerar que con esta edad el menor tiene más autonomía y no necesita una atención tan directa.

la posibilidad de que el trabajador hubiese acordado expresamente con el empresario en de reincorporación cerrada (por ejemplo, al cumplir los ocho años). En este caso sí deberá comunicarle su intención de prorrogar o no la reducción de jornada más allá de dicha fecha.

6. CONCLUSIÓN

La reducción de jornada ya sea para el cuidado de hijos como para otros casos de conciliación de vida laboral y familiar es un derecho que genera una gran litigiosidad (un claro ejemplo lo tenemos en el anexo jurisprudencial de este trabajo), en cuanto que dicho derecho podría decirse que se ha forjado en los tribunales. Esto se da bajo mi punto de vista por el motivo de que el legislador no ha hecho el suficiente hincapié en detallar minuciosamente el derecho del artículo 37.5 ET dejando a los jueces de los social un amplio ámbito de actuación y determinación del derecho a la reducción de jornada

Teniendo en cuenta todo lo anterior acerca de la reducción de jornada por cuidado de hijos podemos decir que es un derecho en el cual se protege de forma excesiva al trabajador, pues tanto la legislación como la jurisprudencia tienden a favorecer la condición del trabajador frente al empresario. Además a pesar de ser un derecho neutro cuya titularidad es ostentada tanto por hombres como por mujeres, sin embargo son éstas las que en su gran mayoría solicitan la reducción.

Esta situación provoca según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, un efecto boomerang en el cual en vez de favorecer al trabajador con hijos y que éstos puedan conciliar su vida personal y profesional, se da lugar el efecto contrario, dándose una postura reacia por parte de los empresarios a contratar trabajadores con esta situación y en especial a las mujeres por los motivos antes expuestos.

En adición a la posible discriminación que pueden sufrir los trabajadores solicitantes de este derecho, debemos añadir la bajada proporcional de su sueldo correspondiente a la disminución de horas diarias de trabajo lo cual da lugar a una notable bajada del nivel adquisitivo de los trabajadores con reducción de jornada para el cuidado de los hijos. Por tanto se puede decir que este derecho no es tan atractivo como parece para el empleado laboral.

Además de no ser muy tentador para el trabajador tampoco lo es para el empresario ya que ante la reducción de jornada por uno o varios de sus trabajadores el empresario debe

de enfrentarse a problemas de índole organizativo, funcional y económico, siendo en ocasiones un problema de grandes dimensiones para el empleador (obviamente no es lo mismo una empresa de 3 trabajadores a una multinacional, donde en la primera ésta puede padecer serias dificultades).

Dichas medidas de conciliación han dado lugar a una sobrecoste económico para el propio empresario, por lo que parece oportuno abolir en cierta medida la excesiva protección garantista que obtienen los trabajadores titulares de este derecho.

Otro problema resulta de la insuficiencia de ayudas por parte del Estado para que tanto el empresario como los trabajadores que ven reducidos sus salarios puedan afrontar esta situación de una forma menos drástica, al sólo poder observarse este tipo de ayudas en algunas Comunidades Autónomas, siendo inexistentes a nivel estatal y comunitario.

En consecuencia la reducción de jornada para el cuidado de los hijos no parece ser la forma o maniobra más adecuada para el fin de conciliar la vida laboral con la personal, al producirse unos costes personales y económicos tanto al empresario como al propio trabajador solicitante del derecho.

Por lo tanto se debería buscar o potenciar medidas alternativas a la reducción de jornada que omitan o por lo menos mitiguen de manera más eficiente las consecuencias más negativas de las medidas de conciliación. Tales alternativas bajo mi punto de vista podrían ser el trabajo a turnos o el trabajo desde el propio domicilio del trabajador en aquellos casos en los que fuera posible. Sin embargo siempre pueden darse otras soluciones dependiendo de los casos que se nos planteen, ponderando siempre todas las circunstancias concurrentes.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR. “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis preliminar” en BALLESTER PASTOR, M. ^a. (coord.), La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2010.

BECK-GERSHEIM, ELISABETH. La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia. Barcelona. ed. Paidós. 2003.

BECKER, GARY. Tratado sobre la familia. Madrid. Alianza Editorial. 1985.

BORDERÍAS CRISTINA, CARRASCO CRISTINA, ALEMANY CARMEN. Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales. Editorial Icaria. 1994.

CARDONA RUBERT. M. B. Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria. Aranzadi. Navarra. 2002.

DOLORES CARRILLO y LÓPEZ ÁLVAREZ. M.J. Protección Socio laboral de la familia en el ámbito autonómico, especial referencia a la conciliación de la vida familiar y laboral.

MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO en A.A.V.V. “Aspectos Generales”, ALBIOL MONTESINOS, I. et alii en Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

J.M GOERLICH PESET y L.E NORES TORRES, en A.A.V.V. “Poderes directivos empresariales y conciliación de la vida laboral y familiar: una asignatura pendiente” en Mujer, trabajo y seguridad social. La Ley.2010.Madrid.

LÓPEZ ÁLVAREZ. M.J. en A.A.V.V. “Impacto en la retribución de los permisos y reducciones de jornada por causas familiares” en Mujer, trabajo y seguridad social. La Ley.2010.Madrid.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA.A en A.A.V.V. “Reducción y adaptación de la jornada” en Manual del derecho del trabajo. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

A. MELLADO: El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en Comentarios a la Ley Orgánica 9/2007, de 22 de marzo, coordinados por T. SALA FRANCO y otros. La Ley, 2008.

MURILLO. SOLEDAD. EL mito de la vida privada. Madrid. Editorial Siglo XXI. 1996.

VID.DUBIN, K.A ¿Contradicciones traidoras? Las implicaciones de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres para las estrategias empresariales, en la Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág.57.

RIVAS VALLEJO, P en A.A.V.V. “La conciliación de la vida laboral y familiar”, en La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española, Cuadernos de Derecho Judicial, nº3/2004.

RODRÍGUEZ PASTOR, G., en A.A.V.V. “Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI” en Los aspectos laborables de la Ley de Igualdad. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007.

JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS en A.A.V.V. “Despido Nulo” en Manual del derecho del trabajo. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

SOUTO PRIETO. J en A.A.V.V. “Mujer y trabajo. Reducciones de jornada. Puntos críticos en materia laboral”, en Mujer, trabajo y seguridad social. La Ley.2010.Madrid.

INSTITUTO DE LA MUJER. Conciliación de la vida familiar y la vida laboral: Situación actual, necesidades y demandas. NIPO: 803-09-030-9. Maqueta, Depósito Legal: M-34729-2005. Realiza e imprime: RUMAGRAF, S. A.

Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres, de 26 de abril de 2006.

Exposición de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) Caso S. Coleman contra Attridge Law. Sentencia de 17 julio 2008. TJCE 2008\176 Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 9/2010 de 15 febrero. AS 2010\110.

Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 7/1993 de 18 enero. RTC 1993\7.

Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 109/1993 de 25 marzo. RTC 1993\109.

Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 3/2007 de 15 enero. RTC 2007\3.

Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 26/2011 de 14 marzo. RTC 2011\26.

Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 36/2011 de 28 marzo. RTC 2011\36.

Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 9 febrero de 1996. RJ 1996\1007.

Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 29 enero de 2001. RJ 2001\2069.

Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 25 enero de 2005. RJ 2005\1199.

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia de 13 junio 2008. RJ 2008\4227.

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia de 18 junio 2008. RJ 2008\4230.

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia de 9 diciembre 2009. RJ 2010\2.

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia de 11 febrero 2010. RJ 2010\3413.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 814/1999 de 3 febrero. AS 1999\1108.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social) Sentencia de 2 noviembre 1999. AS 1999\3493.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 3334/2000 de 11 abril. AS 2000\1915.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección2ª) Sentencia núm. 211/2002 de 3 abril. AS 2002\1832.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección Única) Sentencia núm. 4471/2003 de 8 julio. AS 2003\3005.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 5384/2004 de 13 julio. AS 2004\2682.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección5ª) Sentencia núm. 896/2004 de 21 diciembre. AS 2004\4025.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 6836/2005 de 13 septiembre. AS 2005\2585.

Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 3711/2005 de 22 noviembre. AS 2006\1216.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección5ª) Sentencia núm. 220/2006 de 29 marzo. AS 2006\1689.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 599/2006 de 8 mayo. JUR 2006\174703.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 360/2007 de 21 mayo. JUR 2007\200039.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 1991/2007 de 19 diciembre. AS 2008\784.

Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia de 31 marzo 2008. AS 2008\1656.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección2ª) Sentencia núm. 325/2008 de 21 mayo. AS 2008\1869.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 3477/2008 de 30 octubre. AS 2009\515.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección5ª) Sentencia núm. 922/2008 de 20 noviembre. AS 2009\574.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 172/2009 de 6 marzo. AS 2009\1149.

Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 391/2009 de 21 mayo. JUR 2009\291880.

Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 715/2009 de 28 julio. JUR 2009\374532.

Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 85/2004 de 26 octubre. JUR 2005\3772.

Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 9/2010 de 15 febrero. AS 2010\110.

Juzgado de lo Social núm. 2 de Pamplona (Comunidad Foral de Navarra) Sentencia núm. 56/2002 de 5 febrero. AS 2002\675.

Juzgado de lo Social núm. 2 de Pamplona (Comunidad Foral de Navarra) Sentencia de 3 julio 2003. AS 2003\2506.

Juzgado de lo Social núm. 4 de Almería (Comunidad Autónoma de Andalucía) Sentencia núm. 167/2012 de 1 abril. AS 2012\920.

Juzgado de lo Social núm. 27 de Madrid Sentencia núm. 392/2013 de 13 noviembre. AS 2013\3088.