

## DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y TIEMPO DE TRABAJO. LA EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE HIJOS

*ÍNDICE: A. La organización del tiempo de trabajo como objeto de las políticas de conciliación. B. Permiso por enfermedad, hospitalización e intervención quirúrgica. C. Permiso de lactancia. D. La reducción de jornada por guarda legal. E. La excedencia voluntaria. F. Excedencia por cuidado de hijos y familiares. G. Discrepancias en materia de conciliación. H. La indemnización en determinados supuestos de jornada reducida. I. El incremento de la prestación no económica por hijo y familiar a cargo y su extensión a la guarda legal. J. Reducción de jornada por guarda legal, hospitalización de neonatos y violencia de género, base reguladora y cuantía de la prestación por desempleo*

Aunque las reformas concretas del ET se contienen en la disposición adicional 11<sup>a</sup> de la Ley, debe destacarse el enunciado de derechos que se contiene en su articulado, porque, además de su indiscutible valor normativo, añade el de ofrecer datos sobre los objetivos perseguidos por la norma, que desde luego deberán tenerse en cuenta por parte de sus intérpretes, y muy en particular por los órganos de la jurisdicción social.

Por lo que respecta a los derechos de conciliación, deben destacarse dos apuntes fundamentales en torno al apartado 1 del art. 44: el primero, que a los adjetivos “familiar” y “laboral” se añade ahora el de “personal”, que denota un entendimiento más amplio del término conciliación que toma en cuenta otros intereses distintos, y que tienen más que ver con el libre desarrollo de la personalidad y con la dignidad de las personas en su dimensión de derecho “madre” reconocido en el art. 10 CE.

El segundo se refiere a la finalidad expresa de fomentar la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y de evitar que se produzcan discriminaciones basadas en el ejercicio de los derechos de conciliación. Este objetivo se anticipa ya en la exposición de motivos, en la que se expresa lo siguiente:

“Se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma”.

Se trata de una cuestión que merece destacarse en su justa medida, por apartarse del criterio de libertad absoluta que había presidido el ejercicio de estos derechos en la versión de la Ley 39/1999, de 5 noviembre. Por supuesto, gran parte de las decisiones judiciales que se pueden suscitar en este ámbito, en particular muchas de las que habrán de dictarse en el marco del proceso especial del art. 138 bis de la LPL, en las que la interpretación del órgano actuante debe desempeñar un papel significativo, habrán de tener en cuenta este criterio inspirador de la Ley.

Debe recordarse que, en esta materia, hay que estar a los mínimos comunitarios que se contienen en la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. En principio, la legislación interna actual cumple con creces con dichos mínimos, si bien hasta la entrada en vigor de la LO 3/2007, sólo una interpretación de la normativa española muy

benevolente permitía afirmar que cumplía con la recomendación expresada en la cláusula 2.2 de dicho Acuerdo Marco, conforme a la cual:

“Para promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, las partes firmantes del presente Acuerdo consideran que el derecho de permiso parental previsto en la cláusula 2.1 debe concederse, en principio, de manera no transferible”.

Bien es cierto que hasta la fecha dicha norma derivada no ha suscitado demasiada jurisprudencia del TJCE, pero sí alguna que subraya las diferencias entre el permiso parental y el permiso de maternidad.

Por ejemplo, la sentencia de 14 abril 2005, asunto C-513/03, Comisión y Gran Ducado de Luxemburgo, expresa lo siguiente: “el permiso parental se concede a los progenitores para que puedan ocuparse de su hijo. A este permiso puede accederse hasta una edad determinada del hijo, que puede ser de hasta ocho años. El permiso de maternidad, por su parte, persigue un objetivo diferente. Su finalidad consiste en asegurar, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”.

Por lo demás, hay que tener en cuenta la jurisprudencia que, sobre esta materia, ha ido generando el TC, que ha incidido en la idea de que el desconocimiento de los derechos de conciliación puede suponer una discriminación indirecta por razón de sexo.

Por ejemplo, la STC 3/2007, de 15 enero, con cita de jurisprudencia constitucional anterior, se pronuncia en los términos que siguen: “la dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”.

No cabe duda de que, así planteada la cuestión, se corre el riesgo de concluir que la conciliación de la vida familiar, laboral y personal constituye un reto que implica sólo a las trabajadoras y no a los trabajadores, de modo que podría fomentarse el mantenimiento de estereotipos sociales que la Ley pretende desterrar. No obstante, sí que debe reconocerse que, al menos de un modo transitorio, la insuficiencia o la inexistencia de medidas de conciliación, o su interpretación indebidamente restrictiva, ostentan una potencialidad lesiva importante en términos de mantenimiento de las discriminaciones indirectas y de las inequidades por causa de género. Es por eso importante destacar la referida jurisprudencia y añadir que acaso resulten indirectamente discriminatorios los convenios colectivos que simplemente omitan abordar estas materias.

#### A. LA ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO OBJETO DE LAS POLÍTICAS DE CONCILIACIÓN

La primera referencia directa a esta materia que se contiene en la disposición adicional undécima de la LO 3/2007, de 22 marzo, versa sobre tiempo de trabajo y supone una

modificación del art. 34 ET, al que se le añade un apartado octavo, que enuncia un derecho “del trabajador” de adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo a los efectos de hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar, laboral y personal. Claro que este derecho no se concibe como directamente invocable ante los órganos judiciales, sino que sólo se reconoce “en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla”.

La experiencia de nuestra negociación colectiva sobre esta materia, aunque no muy abundante, sí que resulta significativa. Sin que proceda entrar ahora en su descripción, sí que conviene destacar que el art. 34.8 se configura como un precepto promocional de ciertos contenidos de los convenios, como sucede desde hace ya tiempo con otros preceptos del ET. Conviene destacar que no establece preferencias entre unos ámbitos convencionales y otros, sino que simplemente subordina el acuerdo de empresa que concrete sobre estas materias a las reglas que se hayan previsto en los convenios. Pero, además, este apartado hay que conectarlo con la nueva redacción del art. 85.1, cuyo nuevo párrafo establece el deber de negociar, si no un plan de igualdad, cuando menos “medidas dirigidas a promover la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el ámbito laboral”. En consecuencia, en este caso, así como en las demás remisiones legales de la LO 3/2007 y en todas aquellas que tengan como contenido objetivo la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, esta misión promocional de la ley de ciertos contenidos de los convenios se refuerza con la imposición de un deber de negociar –y de hacerlo de buena fe- que, desde luego, afecta el tema del tiempo de trabajo.

Además, hay que destacar que las reglas de los convenios que se adopten en desarrollo o con base en el art. 34.8 serán objeto de conocimiento judicial a través de la modalidad procesal prevista en el art. 138 bis de la LPL, por mandato de la nueva disposición adicional 17ª del ET, a la que se hará referencia en el momento oportuno.

## B. PERMISO POR ENFERMEDAD, HOSPITALIZACIÓN E INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA

Se trata del permiso de fuerza mayor al que se refiere la cláusula 3.1 del Acuerdo Marco sobre el permiso parental. La novedad que incorpora la LO 3/2007, al dotar de nueva redacción al art. 37.3 b), al margen de cambiar la conjunción disyuntiva “o” por la copulativa “y” –modificación que no parece tener ningún efecto práctico-, consiste en añadir como causa del permiso la “intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario”. Con ello se superan ciertas dudas en la doctrina judicial que se planteaban en estas situaciones, que desde luego no fueron directamente abordadas en el ámbito de la negociación colectiva. En concreto, no faltan pronunciamientos de la doctrina de suplicación contrarios a reconocer el permiso ante situaciones tales como extracciones sencillas, operaciones de cataratas, pruebas de amniocentesis o similares, en las que la persona operada no requería internamiento hospitalario después de la intervención.

Por ejemplo, las SSTSJ de Andalucía/Granada de 25 marzo 2003 (rec. nº 3315/2002) o la Comunidad Valenciana (Sala de lo contencioso-administrativo) de 16 julio 1999 (RJCA 1999\4789) denegaron el derecho al permiso en caso de operación de cataratas. Y alguna sentencia lo reconoció en tal

supuesto, pero sólo en atención a una norma convencional más flexible (vg., STSJ del País Vasco de 9 febrero 1999 (AS 1999\2047). En general, en los casos de extracciones sencillas, también se ha denegado el permiso (vg., STSJ de Madrid de 14 marzo 2006 (AS 2006\701).

Así pues, después de la entrada en vigor de la LO 3/2007, de 22 marzo, ya no se requiere hospitalización ni que el accidente o la enfermedad sean intrínsecamente graves, sino que bastará con que se haya prescrito reposo domiciliario tras una intervención quirúrgica para que la persona trabajadora pueda solicitar un permiso cuando tal circunstancia le ocurra a alguien con quien guarde parentesco dentro de los límites del art. 37.3 b).

### C. PERMISO DE LACTANCIA

En esta materia, las reformas han tenido algo de mayor calado, pese a que no se ha abordado el tema fundamental de la feminización del permiso, pues el derecho del padre a disfrutarlo se condiciona al hecho de que ambos progenitores –padre y madre- trabajen, condición que no se le impone a la madre, que podrá ejercerlo aunque el padre no trabaje.

Ello no obstante, el TC se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad del precepto en STC 109/1993, de 25 marzo, en una redacción del precepto anterior y más restrictiva que la actual, o que la inmediatamente anterior a la LO 3/2007.

Antes de entrar en el comentario concreto de las reformas que se han introducido, conviene no olvidar que el art. 37.4, como precepto incluido sistemáticamente en la sección del ET relativa al tiempo de trabajo, no contempla de forma específica el tema del pluriempleo, que sólo se toma en consideración a los efectos de la jornada de las personas menores de dieciocho años. Debe esto subrayarse porque, a la vista de esta interpretación sistemática, y de la propia finalidad de la norma, no puede ponerse en duda que, en los casos de pluriempleo –o de pluriactividad en el marco de regímenes de Seguridad Social que encuadran actividades por cuenta ajena-, la trabajadora –o el trabajador- ostentarán un derecho íntegro de lactancia frente a cada uno de sus empleadores.

Otro tanto puede decirse en relación con las personas contratadas a tiempo parcial. No hace falta una argumentación detallada para afirmar que, en relación con el permiso de lactancia, debe aplicarse el principio de igualdad, de acuerdo con la regla general del art. 12.4 d) del ET, y no el de proporcionalidad. Y ello es así por muy reducida que sea la jornada diaria de la interesada, aunque de facto implique una dispensa absoluta de la jornada que ha sido contratada.

Pese a alguna doctrina judicial comunitaria muy poco protectora de los derechos de las personas que trabajan a tiempo parcial –vg., sentencia de 12 octubre 2004, asunto C-313/02, Wippel-, la jurisprudencia del TJCE ha sido muy exigente con la igualdad de derechos en cuestión de jornadas y retribución de las trabajadoras a tiempo parcial. En este sentido, puede colegirse la sentencia de 4 junio 1992, asunto C-360/90, Bötel.

En realidad, la doctrina judicial de suplicación ya ha conocido directamente de este particular de la integridad del permiso, aunque se tratara de la compatibilidad entre el permiso de lactancia y la reducción de jornada por guarda legal. En este sentido se pronuncia una STSJ de Canarias/Las Palmas de 20 febrero 2006 (AS 2006\1137: “el hecho de tener una jornada inferior a la normal, bien porque se ha hecho uso de la facultad del art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, bien porque se tiene un contrato a tiempo parcial, no

permite hacer la correspondiente reducción del derecho de lactancia, pues ello no lo permite, a partir de la reforma de 1999, el propio Estatuto de los Trabajadores en su art. 37, ni (para los trabajadores a tiempo parcial) el art. 12.4.d) del mismo cuerpo legal que consagra el principio de igualdad de derechos entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, estableciendo como excepción la proporcionalidad que ha venido establecida por norma legal, o reglamentaria o por Convenio Colectivo". Y, por supuesto, también se ostentan ambos derechos en el caso de trabajo a tiempo parcial (STSJ de Cataluña de 18 marzo 2003, AS 2003\1955).

La primera modificación que ha introducido la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, coherente con la regulación del permiso de maternidad, consiste en incrementar el tiempo de disfrute del derecho de lactancia para los casos de parto múltiple. Por lo tanto, en caso de parto gemelar el permiso alcanzará dos horas –o, debe entenderse, una reducción de la jornada en una hora-. Ahora bien, como el precepto no hace referencia a la paternidad o maternidad adoptivas, surge la duda de si el mismo incremento proporcional debe producirse en el caso de adopción –o acogimiento preadoptivo o permanente, sean o no de carácter provisional-. Desde luego, una interpretación acorde con los principios constitucionales exige pronunciarse por la tesis de la equiparación de derechos, pues lo contrario implicaría sin duda una discriminación indirecta por razón de filiación para quienes no fueran hijos naturales, ya que a sus padres o madres se les denegaría un derecho que sí se les concedería a los biológicos.

La segunda novedad, y acaso la más relevante, se refiere a la posibilidad, remitida a la negociación colectiva o al acuerdo individual entre persona trabajadora y empresa, de que se opte por acumular por jornadas completas el derecho de lactancia. De nuevo hay que destacar que la ley no contiene, tampoco a este respecto, un derecho subjetivo de la persona interesada, sino tan sólo una remisión a la autonomía colectiva o individual. Por lo que se refiere al nivel de los convenios colectivos –o, en su caso, de los acuerdos de empresa- hay que recordar que el vigente art. 85.1 ET establece cierto deber de negociar que alcanza desde luego a esta materia.

En realidad, se trata de un precepto que se limita a recoger una posibilidad que había sido ya incluida en los convenios colectivos y cuya legalidad no hace mucho tiempo reconoció explícitamente el TS, en concreto en sentencia de 20 junio 2005 (RJ 2005\6597). De acuerdo con su fundamentación jurídica:

“...El permiso de lactancia regulado en el repetido precepto estatutario, es susceptible de admitir la mejora en el convenio y esto es lo que han hecho las partes firmantes del convenio colectivo impugnado, en el uso y ejercicio legítimo de su autonomía colectiva, al permitir que el titular del derecho pueda voluntariamente optar por la acumulación de los permisos si, como consecuencia de sus necesidades, dicha acumulación garantiza mejor la protección y atención del recién nacido, que es precisamente la finalidad que persigue el artículo 37 ET”.

El reconocimiento de su licitud ha tenido no poca trascendencia, porque en su día se puso de relieve su posible incompatibilidad con el art. 5 del Convenio nº 103 de la OIT, de 1952, sobre protección de la maternidad, en cuanto ponía en tela de juicio el efectivo ejercicio del derecho de lactancia. O, más claramente, con el art. 2 de su antecedente art. 3 d) del Convenio nº 3, de 1919.

La doctrina judicial expuesta y la reforma legal plantean notables retos a la negociación colectiva en torno a la forma de acumular el permiso del art. 37.4. Como regla general, hay que considerar que el convenio ostenta un margen amplio de configuración, de

forma tal que como norma mínima debe entenderse tan sólo el elemento cuantitativo de la hora diaria o la media hora de reducción de jornada, o los correspondientes incrementos en casos de parto o adopción múltiples. De modo que cabe que se tome como mínimo la reducción diaria de media hora o bien el derecho de ausencia de una hora al día. Dicho en otros términos, no sería ilegal el convenio que dispusiera la suma de medias horas al día y las proyectara en función del número de días que transcurren hasta que el lactante alcance la edad de nueve meses. Además, el convenio no tiene por qué presumir que la persona que utiliza el derecho es la misma que ha ejercido el de suspensión del contrato por maternidad. Sí que debería considerar que, como mínimo, ha estado ausente seis semanas si se trata de la madre biológica y que se ha acogido al permiso de paternidad del art. 48 bis ET y al permiso por nacimiento de hijo del art. 37.3 b) si es el padre biológico o el progenitor adoptivo que no ha empleado la suspensión por adopción o acogimiento. Aunque, desde luego, también puede condicionar el número de días de permiso a la modalidad de disfrute de los derechos de maternidad y paternidad.

Una limitación fuerte sucede en el caso en el que se disfrute a tiempo parcial la suspensión por maternidad, pues, de acuerdo con la disposición adicional primera, apartado 5, del RD 1251/2001, de 16 noviembre, si ésta es la modalidad de disfrute, durante todo su ejercicio no cabe compatibilidad con el permiso de lactancia. Lo cual puede tener repercusiones en la acumulación por jornadas completas de éste. Es decir, si el convenio nada explícita, debe entenderse desde luego que la persona trabajadora goza igualmente de los días acumulados una vez que expire el derecho de maternidad. Pero no sería ilegal el convenio que expresara que, si se produce disfrute a tiempo parcial del derecho del art. 48.4 ET, el número de días de acumulación sólo cubriría el período teórico desde la reincorporación a jornada completa hasta que la criatura alcanzara la edad de nueve meses. Y lo mismo cabría predicar, *mutatis mutandis*, en torno al disfrute a tiempo parcial del derecho de paternidad.

Por supuesto, también cabe la posibilidad de que el convenio colectivo tenga en cuenta la situación de suspensión del derecho de maternidad por causa de hospitalización del neonato a la hora de computar por jornadas completas la lactancia, en el sentido de la incompatibilidad entre maternidad y derecho de lactancia. Aunque debe recordarse que no existe dicha incompatibilidad entre los permisos del art. 37.4 y 37.4 bis, máxime a la vista de que la finalidad de ambos es claramente diferenciada.

Y, en otro orden de cosas, debe tenerse en cuenta que el límite temporal de la lactancia viene marcado por la edad del lactante. De ahí que, salvo mejora en convenio colectivo, el mes de vacaciones puede ser imputado proporcionalmente a las jornadas completas a que tiene derecho la persona que se acoge al permiso por lactancia, pero sólo cuando el calendario de vacaciones produce como consecuencia que éstas coincidan necesariamente con el período en el cual el lactante tiene de cero a nueve meses de edad.

Probablemente la negociación colectiva no se dedique a regular todos los aspectos comentados. Pero sí que debe destacarse la tendencia, pernicioso y restrictiva, de que la regulación convencional de las acumulaciones del permiso de lactancia parte del presupuesto de que la misma persona que se acogió a la suspensión íntegra del permiso por maternidad biológica —es decir, la madre— es la que utiliza el derecho de lactancia

acumulada. Esta presuposición convencional resulta claramente contraria al objetivo explicitado en la LO 3/2007, de 22 de marzo, de corresponsabilizar al padre en la asunción de obligaciones familiares.

#### D. LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL

En esta institución también la LO 3/2007, de 22 marzo, ha introducido ciertos cambios, de una importancia más que notable. Alguno tiene un carácter meramente terminológico, sin implicaciones de fondo, como es el de sustituir la expresión “minusválido” por “persona con discapacidad”, en la línea de una nomenclatura más actualizada. Pero hay otros dos que merecen un comentario algo más pormenorizado.

El primero consiste en una prolongación material del permiso en el tiempo en el que puede ser disfrutado, porque, en el caso del menor sin discapacidad, se puede extender hasta que éste cumpla la edad de ocho años. Lo cual supone situar el tope máximo en el contemplado en la cláusula 2 del Acuerdo Marco sobre el permiso parental. Dicho en términos cuantitativos, se incrementa en dos años el tiempo de disfrute de este derecho, o lo que es lo mismo, en su umbral máximo de reducción de la jornada a la mitad, sería tanto, en tiempo efectivo, como incrementar en un año la excedencia por cuidado de hijos.

Esta comparación reviste gran importancia, a partir de los elementos de flexibilización de una institución que se van a comentar. Pero, al menos, suscita la pregunta de por qué no se ha incrementado dicha excedencia hasta los cuatro años, como hubiera sido coherente con la reforma del art. 37.5, a partir de la intercambiabilidad de ambas instituciones.

Bien es cierto que podría contestarse este argumento con la toma en consideración de la guarda legal por cuidado de familiares o de personas con discapacidad, que no está temporalmente limitada, mientras que sí lo está la excedencia homóloga. Por lo demás, es importante tener en cuenta cómo el fraccionamiento de la excedencia tiene relevancia en cuanto a su duración máxima, como se va a ver más adelante.

Claro que quizá el problema no deba plantearse desde las omisiones del art. 46.3, sino desde los cambios del art. 37.5. Es decir, acaso pueda considerarse excesivo el incremento de edad hasta los ocho años. En esta línea, no es casual que en otros ordenamientos y en la normativa de Estados como el Reino de Suecia se esté planteando precisamente la edad del menor hasta la cual se puedan utilizar los permisos parentales con el objetivo declarado de que las empresas cuenten con menos incertidumbres acerca del período máximo en el cual las personas trabajadoras, en particular las mujeres, hagan uso de los derechos que les reconoce la legislación interna.

El cambio tiene repercusiones inducidas, si se tiene en cuenta que se prolonga el tiempo durante el cual se mantiene el derecho de tutela frente al despido de los arts. 53.4 b) y 55.5 b), o durante el cual la empresa deberá enfrentarse a la indemnización correspondiente a la jornada completa, de conformidad con la nueva disposición adicional decimoctava del ET.

La otra reforma consiste en una flexibilización del umbral mínimo de jornada que se puede reducir. Hasta ahora, sin perjuicio de las mejoras que pudiera introducir la negociación colectiva, como mínimo debía disminuirse en una tercera parte, con la correspondiente reducción retributiva en el mismo porcentaje. Desde la entrada en vigor de la LO 3/2007, de 22 marzo, cabe que se disminuyan únicamente ambos conceptos –jornada y salario- en un octavo, o en cualquier porcentaje intermedio entre ese octavo y la mitad de la jornada. Se trata de una modificación de calado y de una honda potencialidad conciliatoria, pues va a permitir un acceso más flexible a esta institución a personas anteriormente renuentes a causa de la fuerte reducción salarial que suponía. Por lo demás, esta misma novedad rige también en el caso de guarda legal por cuidado directo de un familiar, de acuerdo con los parámetros del apartado segundo del art. 37.5.

Los mayores retos que plantea esta institución se refieren sin duda a la distribución de la reducción de la jornada. En la casuística tradicional se ha planteado en cadencia diaria, de modo tal que la persona usuaria del derecho trabajaba al día un porcentaje de sus horas de prestación de servicios menor al anteriormente desarrollado. Pero no hay ningún obstáculo para que se opte por una distribución “vertical”, en la que algunos días en los que se presten servicios como se prestaban antes de la reducción se alternan con otros en los que no hay prestación laboral. Es decir, puede optarse por concentrar el tiempo de trabajo a lo largo de algunos días, con dispensa de trabajar en otros.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que la jurisprudencia del TC alienta mucho una distribución flexible de la reducción, que no tiene que homologarse necesariamente con la jornada que se prestaba antes de que se ejerciera este derecho de guarda legal. En efecto, así se pronuncia la STC 3/2007. de 15 enero:

“En el asunto ahora sometido a nuestra consideración el órgano judicial ha denegado la reducción de jornada solicitada por la trabajadora, convalidando la previa decisión denegatoria de la empresa, con base a consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que efectúa de la expresión “dentro de su jornada ordinaria” utilizada por el apartado 6 del art. 37 LET al referirse a la decisión de la trabajadora respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada...Esta fundamentación de la resolución judicial prescinde de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma”. El fondo del asunto se refería a una trabajadora que había solicitado reducir su jornada para prestar servicios las tardes de lunes a miércoles, cuando en origen trabajaba de lunes a sábado en turnos rotativos de mañana y tarde.

En el fondo, una interpretación del art. 37.5 que no resulte indebidamente restrictiva sobre la distribución horaria de la reducción de la jornada es asimismo congruente con otra aproximación a la excedencia por cuidado de familiares, referida en este caso a la posibilidad de disfrutarla de forma fraccionada, a la que más tarde se hará referencia. Es claro, en todo caso, que los litigios que deben tramitarse al amparo del art. 37.5 y 6 y d ela disposición adicional 17ª ET y del art. 138 bis LPL están llamados a multiplicarse. Y que la jurisprudencia del TC anima una interpretación extensiva de los derechos de disposición de su jornada de trabajo por parte de la persona trabajadora.

## E. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA

No se trata de una institución que de un modo directo sirva a la conciliación de intereses familiares y laborales, pero desde una perspectiva más amplia de estos derechos, que tome en consideración también la vida personal, no cabe duda de que debe desempeñar un significativo papel. Sin que corresponda aquí repasar sus perfiles, que han sido ampliamente conocidos por la doctrina y por la jurisprudencia, sí que ha de comentarse la única modificación que sobre ella ha introducido la LO 3/2007, de 22 marzo. Consiste en una flexibilización de su umbral mínimo de duración, que pasa desde los dos años hasta los cuatro meses.

Con esta reducción, muy en la línea de orquestarla con otras medidas más vinculadas al permiso parental, se busca una normativa de flexibilidad interna más compatible con los intereses particulares de las personas trabajadoras. Si ahora estaba implícita su utilización para un proyecto –profesional no no- que se vinculase con una duración del mismo de cierta consideración, con el nuevo régimen legal del art. 46.2 parece aproximarse más a la lógica de atender a ciertas vicisitudes, más o menos inesperadas, que le puedan ocurrir a quienes desarrollan un trabajo por cuenta ajena en el marco del ET. Con esta intención, puede intercambiarse con la excedencia por cuidado de familiares, o con los permisos que regula el art. 37.3, para situaciones o duraciones no cubiertas por una o por otros, con la ventaja añadida de que las motivaciones quedan en el fuero interno del solicitante, pues no ha de justificar el ejercicio del derecho con base en una causa determinada.

Desde otro punto de vista, no cabe duda de que la duración mínima de la excedencia voluntaria tiene importantes repercusiones en relación con la existencia o inexistencia de vacante. Sin perjuicio de las medidas que pueda adoptar al respecto la negociación colectiva, podría suscitarse la cuestión de si no constituye una respuesta desproporcionada al ejercicio de un derecho la cobertura inmediata de la vacante por parte de la empresa con la intención de que no exista ésta cuando, al cabo de un breve lapso de tiempo, la persona en excedencia solicita su reingreso.

Lo cual tiene bastante que ver con una doctrina judicial restrictiva que no admite el recurso al contrato de interinidad por sustitución con el fin de cubrir la ausencia de una persona que ejerce el derecho de excedencia voluntaria. En este sentido, vg., STSJ de las Islas Baleares de 9 abril 2003 (rec. nº 135/03) y STSJ de Galicia de 21 octubre 2005 (AS 2005/3544). Probablemente, una reducción del plazo de excedencia voluntaria a un umbral de cuatro meses, tan dentro de la lógica de permisos parentales, exigiría un replanteamiento de esta doctrina dentro de una corriente algo más flexibilizadora.

## F. EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS Y FAMILIARES

Se trata de una materia en la que la Ley 39/1999, de 5 noviembre, dejó una huella importante, en términos de extensión del derecho al cuidado de familiares y de reconocimiento individual del derecho a todas las personas trabajadoras. Asimismo tuvo cierta incidencia la Ley 40/2003, de 18 noviembre, de protección de las familias numerosas, para tomar en específica consideración estos núcleos familiares. La LO 3/2007 introduce algunas interesantes novedades, que, en líneas generales no constituyen un replanteamiento a fondo de la institución, aunque sí unas herramientas sumamente útiles a los efectos de su

utilización más flexible y adaptada a las necesidades e intereses de las personas trabajadoras.

La primera novedad, de carácter sistemático, tiene en cuenta las situaciones de acogimiento provisional, de la misma manera que se toman en consideración para la suspensión del art. 48.4.

La segunda se refiere a la excedencia por cuidado de familiares, cuya duración se duplica hasta los dos años, frente al año anterior, y sin perjuicio de las mejoras que introduzca la negociación colectiva. Duplicación que se acompasa, además, y como se va a describir, con un incremento en la prestación no económica de Seguridad Social por hijo a cargo.

Por último, la tercera y acaso más interesante novedad reconoce el derecho al disfrute de forma fraccionada de ambas –por cuidado de hijos y de familiares-. No concreta mucho la norma en qué consiste esta modalidad de disfrute. Pero su preexistencia en algún que otro convenio colectivo permite afirmar que se trata de la posibilidad de que la persona que se acoge a esta modalidad puede disfrutar la excedencia, reincorporarse después de cierto tiempo y situarse de nuevo en excedencia, si todavía no se han consumido los tres años o si todavía no ha concluido el plazo de dos años de excedencia por cuidado de familiares. Antes de otras consideraciones, debe destacarse que, tal y como se ha redactado el precepto, parece claro que el disfrute fraccionado constituye un derecho subjetivo, no una posibilidad que debe desarrollar la negociación colectiva o someterse al oportuno acuerdo entre empresa y persona trabajadora.

Debe destacarse que la doctrina judicial ha venido sosteniendo que el derecho de excedencia del art. 46.3, a lo largo del primer año, en cuanto que implica reserva de puesto de trabajo, implica un derecho incondicionado al reingreso, de tal forma que la negociación colectiva no puede establecer requisitos ni obstáculos no previstos en la norma legal.

Por ejemplo, así se pronuncia una STSJ de Castilla-La Mancha de 11 octubre 2005 (AS 2005\3187): “estamos por tanto ante una regulación específica, derivada de la mencionada Ley de 5-11-99, y que introdujo en el ámbito laboral un régimen jurídico propio y particular, en beneficio del menor, en claro desarrollo de lo que establece el artículo 39 del texto constitucional. Quiere ello decir que el ejercicio de tal derecho a la excedencia, cuando está fundado en alguna de las causas señaladas, no está sometido a ninguna otra exigencia, y desde luego, no puede ser minorado por los convenios colectivos, que están limitados en cuanto a su contenido, por lo que venga establecido sobre la materia en la Ley (artículo 85, 1 ET). No estamos por lo tanto ante un derecho que sea dispositivo, sino ante una regulación general mínima e irrenunciable (artículo 3, 5 ET), e innegociable en el ámbito colectivo (artículo 85, 1 ET citado)...Por lo tanto, y conforme entendió el juzgador de instancia, no puede prevalecer la exigencia de realizar comunicación con un mes de antelación”.

Es decir, el derecho de reingreso de la persona excedente por las causas del art. 46.3 es un derecho incondicionado que no puede ser sometido a plazos o a preavisos determinados. Así lo ha declarado el TS, a través de una interpretación *a contrario* del art. 46.6 en la sentencia de 18 septiembre 2002 (RJ 2002\10678).

Si esta doctrina rige –como debe regir- para toda la vigencia de la excedencia por motivos familiares, y no solo a lo largo del primer año de reserva de puesto de trabajo, el

lógico corolario consiste en que también se debe aplicar a la opción por el disfrute fraccionado, de tal forma que la empresa no podrá oponerse a que la persona interesada se reincorpore de acuerdo con sus necesidades familiares y personales. Lo cual, en el fondo, debe ser así si se interpretan armónicamente las instituciones de la excedencia y de la guarda legal. Y ello por más que a la empresa la doctrina judicial de suplicación le ha reconocido cierto margen de maniobra a la hora de modificar el horario de las personas que ejercen este derecho con motivo de su reincorporación al puesto de trabajo.

Además, desde una perspectiva refleja, no cabe duda de que el disfrute fraccionado va a tener repercusiones muy interesantes. De acuerdo con la versión actual del art. 46.3, se da por enterrada la vieja polémica sobre la duración de la excedencia, derivada de que el *dies a quo* se hacía y se hace coincidir con el nacimiento o con la adopción, de manera que el plazo máximo podría reducirse por la concurrencia con situaciones suspensivas del contrato o con permisos. Ahora ya no hay duda de que se puede trascender la edad de tres años del menor, pues la duración total son tres años, con independencia de las interrupciones que haya por el medio. De tal forma que, haya o no fraccionamiento, la persona trabajadora cuenta con tres años íntegros. Dicho en otros términos, pierde toda su relevancia el *dies a quo* del cómputo de los tres años, al no ser éstos necesariamente ininterrumpidos.

Pero he aquí uno de los mayores inconvenientes que ostenta la norma, en el sentido de que no se establece ninguna edad máxima hasta la cual puede disfrutarse de excedencia. Quizá hubiera podido optarse por la de ocho años, de conformidad con el Acuerdo Marco sobre el permiso parental, pero no se ha acogido esta solución, de tal modo que habrá que estarse a una razonable aplicación de la norma para establecer un momento en el que la persona menor ya no es susceptible de justificar, si no cuenta con discapacidad o enfermedad que le impida valerse por sí mismo, la concesión a su padre o a su madre de la excedencia por cuidado de hijos.

## G. DISCREPANCIAS EN MATERIA DE CONCILIACIÓN

La Ley 39/1999, de 5 noviembre, reguló una modalidad procesal especial, sistemáticamente incluida en el art. 138 bis de la LPL, de concreción horaria y determinación de los períodos de disfrute de permisos de lactancia y reducción de jornadas por motivos familiares, cuya redacción no ha sido modificada por la LO 3/2007, de 22 de marzo. Sin embargo, se añade una disposición adicional decimoséptima al ET, de conformidad con la cual las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través de dicha modalidad procesal.

Basta una primera lectura de este precepto para percatarse de tres cuestiones. La primera de ellas, que el objetivo de la norma consiste en extender el empleo de esta modalidad procesal especial mediante el expediente de su ampliación objetiva. Desde este prisma, resulta claro que pretende realizarse el acogimiento a ella en su dimensión de procedimiento urgente, de instancia única y sometido a un plazo breve de caducidad para la interposición de la demanda. Lo cual sin duda debe considerarse adecuado, pues se están

discutiendo en estos conflictos cuestiones sumamente perentorias para la organización de la vida de las personas.

La segunda se refiere a una técnica legislativa discutible, que consiste en regular temas procesales en los textos sustantivos. Con el agravante de que sería más aconsejable y mucho más adecuado que redactar una nueva disposición adicional, modificar el art. 37.6, párrafo segundo del ET. La opción escogida resulta la peor posible, pues el objeto del proceso se regula en una norma extraprocesal, sin reformar el precepto procesal, cuyo párrafo primero lo describe en unos términos más estrictos, correspondientes a la situación anterior a la LO 3/2007, de 22 marzo. Cuando menos, sería exigible que el legislador, además de incluir una adicional nueva en el ET, hubiese introducido una modificación en la LPL.

La tercera alude a unas más que previsibles consecuencias de este precepto, a la vista de la jurisprudencia constitucional, y tomando en cuenta la irrecurribilidad de la sentencia que dicta en instancia el órgano judicial territorialmente competente. En efecto, es jurisprudencia consolidada del TC que estas materias no pueden ser sólo contempladas desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, porque tienen como trasfondo la posible existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo. Como ha expresado el TC en la reiterada sentencia 3/2007, de 15 enero,

“El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional *ex* art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado” (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; y 92/2005, de 18 de abril, FJ 5)”.

Por lo tanto, es previsible, si se ligan las cualidades de proceso de instancia única y materia sensible desde el punto de vista de los derechos fundamentales, que los próximos años asistan a un creciente número de casos que accedan a recurso de amparo, ante el agotamiento temprano de la jurisdicción ordinaria. De ahí que la labor que cabe aventurarle al TC sobre conciliación de la vida familiar y laboral es profusa. Lo cual plantea la duda de si acaso se está reconociendo insuficientemente el papel de los órganos de la jurisdicción ordinaria como garantes de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Puede ponerse como ejemplo de contraste la modalidad procesal en materia electoral de impugnación de laudos –arts. 127 y ss. LPL-. Como quiera que a través de ella se conocen de asuntos que implican el contenido adicional de la libertad sindical, hay no pocos pronunciamientos del TC que conocen de la materia de elecciones sindicales.

Dicho esto, lo que resulta sin duda más grave y pernicioso de la disposición adicional que se comenta es la indefinición de su objeto, problema este que va a lastrar el enjuiciamiento de los litigios, ante la más que previsible dificultad de deslinde de contenciosos concretos, y la consiguiente interposición de excepciones referidas a

inadecuación de procedimiento o la existencia de múltiples problemas de competencia funcional, con el consiguiente acrecimiento de los recursos de queja.

Por una parte, la ley expresa ahora que se tramitarán por esta modalidad procesal las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores “en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación”. Es decir, no se trata sólo de la concreción horaria y de la determinación de los períodos de disfrute, sino de discrepancias que pueden afectar al propio contenido del derecho y de su ejercicio. Lo cual constituye una diferencia notable, pero que produce inseguridad cuando se discute, por ejemplo, la propia existencia del derecho. En todo caso, parece que es razonable decantarse ahora por un entendimiento amplio del objeto de la modalidad procesal del art. 138 bis, que incluya cualquier discrepancia relativa a los derechos de conciliación. Repárese, en este sentido, cómo se habría superado la anterior corriente restrictiva, que adelgazaba su utilización a favor del proceso ordinario.

Por ejemplo, puede citarse, como doctrina superada por la nueva legislación, una STSJ de La Rioja de 2 junio 2005 (AS 2005\1712): “se deduce de todo ello que la modalidad procesal prevista en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, introducida por el artículo 9.2 de la Ley 39/1999, que entró en vigor el 7 de noviembre de 1999, fue concebida por el Legislador para resolver las discrepancias surgidas entre trabajador y empresario, en materia de permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares, en dos aspectos concretos, a) la concreción horaria y b) el período de disfrute, propuestos por aquél. Pero cuando lo que se debate no son esos dos aspectos concretos del disfrute del derecho, sino, como aquí ocurre, la concurrencia de los requisitos legales necesarios para el reconocimiento del derecho mismo, ha de sustanciarse por los trámites del proceso ordinario, como acertadamente entendió la Juez «a quo». Y la sentencia dictada en él es recurrible en suplicación conforme a la regla general del artículo 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, al no estar incluida en ninguna de las salvedades que el mismo precepto establece, ya que no se trata ni de la concreción horaria ni de la determinación del período de disfrute”.

El tema tiene cierto interés, porque las dudas sobre la existencia o no del derecho pueden resultar importantes, cuando se trata de la interpretación no sólo de normas estatales, sino también de normas convencionales. Piénsese, sin ir más lejos, en el problema de la excedencia o la guarda legal por cuidado de familiares. Conceptos como el hecho de no valerse por sí mismo/a o estar discapacitado/a pueden ser discutidos jurídicamente y condicionar el acceso a dichos derechos. Y la nueva disposición adicional decimoséptima avala una postura proclive a que estas diferencias se diluciden por el cauce procesal del art. 138 bis LPL.

Pero, por otra parte, existe un ulterior problema si cabe de más difícil solución. Se trata de que no existe en el ordenamiento jurídico español un concepto técnico de “derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”. Lo cual se ve agravado por una utilización coloquial del término, sin duda propiciada por el propio legislador español, que en la Ley 39/1999, de 5 noviembre, incluyó cuestiones de permiso parental y cuestiones de maternidad, muchas de estas últimas más bien obedientes a la lógica de la seguridad y la salud en el trabajo que a la de la conciliación.

Por ejemplo, no parece que haya dudas sobre que el permiso de paternidad del art. 48 bis constituye un derecho de conciliación de la vida familiar y laboral, o la suspensión del contrato por adopción y acogimiento, o la excedencia por cuidado de hijos y familiares, o la guarda legal. Ya suscita alguna mayor discusión el permiso de lactancia, ligado a los

derechos de protección de la salud de la madre y del lactante, por lo menos cuando aquélla lacta naturalmente a éste. Desde luego, la maternidad del art. 48.4, en cuanto que institución que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 92/1985/CEE, de 19 octubre 1992, debe considerarse una materia de seguridad y salud en el trabajo y no de conciliación. Y lo mismo debe afirmarse del riesgo durante el embarazo y del riesgo durante la lactancia.

Y cabe enunciar muchas más dudas: puede considerarse como de conciliación el ejercicio por el otro progenitor del derecho de maternidad cuando la madre opta por cederle hasta diez semanas, aunque dentro de la discusión acaso se adhieran aspectos de salubridad en el trabajo. Es muy discutible que la excedencia voluntaria constituya una institución que deba inscribirse dentro de este tópico, pero la nueva versión del art. 46.2 quiere otorgarle cierto cariz más relacionado con la materia. En cuanto a los permisos del art. 37.3 del ET, algunos de ellos –el de nacimiento de hijos o fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización e intervención quirúrgica sin hospitalización- responden a la lógica de ausencias al trabajo por motivos de fuerza mayor del Acuerdo Marco sobre el permiso parental. Sin embargo, otros, como el permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto son cuestiones más bien relacionadas con la maternidad que con la conciliación.

Pero el tema del objeto del proceso se complica más si se tiene en cuenta que no se trata tan sólo de la conciliación de la vida laboral con la familiar, sino también con la personal. De modo que se incluirían también discrepancias sobre el ejercicio, por ejemplo, del permiso por matrimonio, del permiso por traslado de la vivienda habitual, por cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Acaso -¿por qué no?- controversias relativas a permisos de estudio o permisos de formación profesional. Y, desde luego, son problemas de conciliación de la vida laboral y personal todos los relativos al tiempo de trabajo y reducción de jornada de las víctimas de violencia de género. No obstante, y salvando este último supuesto, la intención del legislador no parece haber sido la de engordar de una forma tan grande la modalidad procesal del art. 138 bis.

Y si se tiene en cuenta que hay que atender a las normas de conciliación de vida personal, familiar y laboral que se contienen en los convenios colectivos, las dudas se multiplican exponencialmente. Por proponer tan sólo algunos ejemplos elementales: los permisos “por asuntos propios” tan característicos de los convenios del personal laboral de las Administraciones públicas, los horarios flexibles, los créditos de horas estipulados a favor del trabajador para que pueda realizarlas cuando lo estime oportuno, los permisos de visitas médicas y un largísimo etcétera de eventuales contenidos propios de la negociación colectiva.

Por último, temas tan sensibles como la distribución del tiempo de trabajo de las personas que trabajen a tiempo parcial o de organización de los períodos de vacaciones también serían susceptibles de ser contemplados desde el punto de vista del art. 138 bis LPL. Con el agravante, en el caso de las vacaciones, de que puede colisionarse con otra modalidad procesal específica.

Por consiguiente, la crítica que debe formularse a la ambigüedad de esta disposición adicional ha de ser necesariamente fuerte. Parece que resulta adecuada una interpretación razonable del precepto que circunscriba el objeto de la modalidad procesal a las materias que constituyen el núcleo duro de los permisos parentales y de las ausencias de fuerza mayor. Pero esta aproximación “razonable” –si lo es- puede ser objetada por resultar *contra legem* y en todo caso muy discutible.

#### H. LA INDEMNIZACIÓN EN DETERMINADOS SUPUESTOS DE JORNADA REDUCIDA

Se trata de una cuestión que debe considerarse satisfactoriamente resuelta por la LO 3/2007, de 22 de marzo, y que a lo largo de los últimos años había producido algunas incertidumbres, por más que la mayoría de ellas en la realidad fueran ficticias. El problema se reconducía a supuestos típicos como aquellos en los que se extinguía el contrato de la persona que estaba disfrutando de ciertos derechos parentales, como el caso más característico de la reducción de jornada. En tales casos, si la extinción contractual –o la decisión modificativa, que también podía ser- daba lugar a una indemnización tasada, se planteaba la duda de si el cálculo de la misma debía hacerse tomando como base el salario que percibía antes de acogerse al derecho parental, o si había que estar al salario que realmente cobraba en el momento de la decisión de la empresa que generaba el derecho indemnizatorio. Esta segunda postura se sustentaba en la regla habitual de que el salario base de cálculo debía ser el que se cobraba en el momento de la extinción –o, en su caso, de la modificación-. Sin embargo, la jurisprudencia dominante se inclinó por la tesis de que las personas trabajadoras no debían verse perjudicadas por acogerse a estos derechos, de modo que el salario de cálculo debía ser el anterior a la reducción de jornada.

En realidad, el tema ha provocado una controversia jurídica apreciable, con argumentos que sustentaban cada una de las dos posiciones. Así lo sintetizó la STS de 24 octubre 2006 (RJ 2006\6687), la cual, aunque se decantó por la tesis de que la indemnización debía cobrarse en atención a la jornada que se venía realizando anteriormente a la reducción, consideró como error excusable, a los efectos de la validez de un despido por causas objetivas, la puesta a disposición de la persona interesada de una cantidad indemnizatoria calculada con base en el salario que percibía en la situación de reducción de jornada por guarda legal, a la sazón vigente en la fecha del despido.

La LO 3/2007, de 22 octubre, disipa cualquier duda al respecto para todos los casos de reducción de jornada previstos en el art. 37 ET. Introduce una nueva disposición adicional decimooctava en el ET, conforme a la cual, para el cálculo de las indemnizaciones previstas en todo el texto estatutario, el salario que debe tenerse en cuenta es el que hubiese correspondido sin considerar la reducción de jornada efectuada, en los supuestos de: 1) reducción de jornada por atención de neonatos prematuros o que, por cualquier otra circunstancia, requieran hospitalización tras el parto, 2) reducción de jornada por guarda legal y 3) reducción de jornada de la trabajadora víctima de violencia de género.

Por supuesto, el precepto sólo se aplica a la indemnización mínima legal, no a las mejoras que puedan pactarse en convenio colectivo, en acuerdo de empresa –por ejemplo, en fase de consultas de un despido colectivo- o en pacto individual, para las cuales rige en toda su extensión el principio de la autonomía de la voluntad.

Esta regla relativa a la indemnización calculada sobre el salario anterior a la reducción se aplica sólo en tanto no hubiese transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para ella. La restricción implica, desde luego, que para los plazos adicionales previstos en la negociación colectiva o acordados en el ámbito individual la indemnización ya se habrá de calcular sobre la retribución reducida. Sin embargo, debe recordarse que no hay plazo máximo legal para la guarda de personas con discapacidad física, psíquica o sensorial o de familiares que por edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismas.

Y el apartado segundo de esta nueva disposición adicional decimooctava prevé la misma regla para los casos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos de maternidad, adopción y acogimiento, y paternidad, ampliándose pues la regla que había sido ya anticipada, como se ha visto, por el TS. A este respecto, hay que concluir, pues, que no sería válido el acuerdo de disfrute a tiempo parcial de tales derechos en la parte en que estableciese la regla de que las indemnizaciones tasadas previstas por el ET se calcularían conforme al salario que se percibiera en tales situaciones.

Enunciados los casos para los que rige este precepto, hay que entender excluidos los demás. Por lo tanto, si se extingue un contrato durante un período de regulación temporal de empleo con reducción de jornada al amparo del art. 203.3 de la LGSS, o de trabajo a tiempo parcial por novación del contrato a voluntad de la persona trabajadora de acuerdo con el art. 12.4 e) ET, es claro que la indemnización se habrá de calcular en función del salario que percibía en ese momento dicha persona.

#### I. EL INCREMENTO DE LA PRESTACIÓN NO ECONÓMICA POR HIJO Y FAMILIAR A CARGO Y SU EXTENSIÓN A LA GUARDA LEGAL

Una de las exiguas prestaciones familiares que reconoce el ordenamiento español de Seguridad Social consiste en la consideración como períodos asimilados a cotización de las excedencias que las personas trabajadoras hubiesen disfrutado para el cuidado de hijos. Aunque la Ley 39/1999, de 5 noviembre, extendió la excedencia al cuidado de familiares en los términos que regulaba el art. 46.3 hasta la LO 3/2007, de 22 marzo, lo cierto es que no introdujo su disfrute como período de asimilación a la cotización. En cuanto a la de cuidado de hijos, tan solo el primer año –el que implica reserva absoluta de puesto de trabajo– se consideraba a dichos efectos. Unos años más tarde, la disposición adicional primera de la Ley 40/2003, de 18 noviembre, de protección a las familias numerosas, incrementó el tiempo de presunción de cotización a quince meses en el caso de familias numerosas de categoría general y a dieciocho meses en el caso de las de categoría especial. Y, a los pocos días, la Ley 52/2003, de 10 diciembre, dotó de nueva redacción al art. 180 LGSS, para reordenar su estructura y para precisar que la asimilación a cotización rige sólo para las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad –no, entre otras, para la de riesgo durante el embarazo–.

La LO 3/2007 amplía la técnica del período asimilado a cotización. Además de alguna reforma técnica lógica y coherente con otras modificaciones legales –que no se hace referencia explícita ahora al tipo de filiación (natural o adoptiva) y que se toma en

consideración el acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque uno u otro sean provisionales- se incluyen otras novedades ya de mayor calado.

La primera de ellas consiste en la extensión de uno a dos años del período asimilado a cotización en el caso ordinario de excedencia por cuidado de hijos. Coherentemente, se duplica asimismo el período en caso de familia numerosa de categoría general –a 30 meses- y de categoría especial –a 36 meses-. Por lo tanto, para el supuesto ordinario, se desvincula la asimilación del plazo de reserva absoluta de puesto de trabajo, que no ha sido modificado.

La modificación reviste una trascendencia social importante para las madres de familias numerosas, pues resulta una evidencia empírica que la tasa de abandono del mercado de trabajo crece muy fuertemente con el nacimiento del tercer hijo. Nótese, por lo demás, que en el caso de familias numerosas de categoría especial se equipara el período máximo de excedencia con la duración de la presunción legal de cotización.

En segundo lugar, se extiende la técnica al primer año de la excedencia por cuidado de familiares prevista en el art. 46.3 ET, lo cual implica la generación de un derecho nuevo anteriormente inexistente. Y tendrá su importancia, como se ha de ver, en orden a las reglas transitorias que contiene la propia Ley. Y dicho sea de paso, en ambas excedencias –por cuidado de hijos y de familiares- la posibilidad de disfrute fraccionado no constituye obstáculo alguno para el juego de la presunción de cotización.

Como comentario valorativo, hay que considerar positivo que se amplíe la técnica a la excedencia por cuidado de familiares. Pero no se entiende bien el porqué se ha establecido en un umbral más restrictivo que para el caso de la excedencia por cuidado de hijos, a no ser que se base en exclusivas razones de ahorro económico por parte de las entidades gestoras de la Seguridad Social. Porque, desde una perspectiva sociológica, no cabe duda de que el colectivo de solicitantes de excedencias por cuidado de familiares, además de estar tan feminizado como el de excedentes por cuidado de hijo, abarca potencialmente a mujeres de mayor edad, que pueden considerar más perentorio y necesario un cómputo a efectos de pensiones, tanto de jubilación como de incapacidad permanente.

Merece una referencia el elenco de prestaciones a las cuales se aplica esta técnica. A las preexistentes a la LO 3/2007, de 22 marzo, se ha incrementado tan solo la prestación de paternidad, en coherencia con la previa inclusión de la maternidad. Pero debe destacarse que ha perdido significado que se omita la referencia al riesgo durante el embarazo y durante la lactancia, porque, al tener desde ahora la consideración de contingencias profesionales, ya no se requiere cotización previa para acceder a los correspondientes subsidios.

La tercera reforma –art. 180.3- consiste en extender la misma prestación no económica al derecho de guarda legal, de una forma paralela a los casos de excedencia por cuidado de hijos. Es decir, consideración de cotización por un plazo de dos años en el caso de guarda de menores y de un año en los restantes casos de guarda legal del art. 37.5. Por supuesto, la misma crítica que se ha formulado anteriormente debe reproducirse aquí. Por lo demás, la técnica consiste en computar incrementadas las cotizaciones que efectivamente

se realicen, con un incremento equivalente a la cantidad necesaria para alcanzar la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada de trabajo sin reducción.

Finalmente, el apartado 4 del art. 180 se enfrenta a los supuestos combinados de reducción de jornada seguidos de excedencia por cuidado de hijos o de familiares. En tales casos, la ley pretende conseguir el efecto útil de ambas presunciones legales de cotización. A los efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo. En realidad, podría alcanzarse esta misma conclusión aunque dicho párrafo no hubiera sido introducido. A no ser por una cuestión adicional: como este párrafo no distingue, puede –y debe- entenderse que la misma regla se aplica aunque la guarda legal se hubiera extendido por un período más amplio del considerado como de ocupación cotizada por la jornada anterior a la reducción en los términos del art. 180.3.

Particular interés tiene sobre esta materia la normativa transitoria. En concreto, la disposición transitoria séptima de la LO 3/2007, de 22 marzo. Conviene reproducir su párrafo tercero, cuya interpretación no resulta del todo sencilla: “la consideración como cotizados de los períodos a que se refieren el apartado 6 del artículo 124 y la disposición adicional cuadragésimo cuarta del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social...será de aplicación para las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la presente Ley. Iguales efectos se aplicarán a la ampliación del período que se considera como cotizado en el apartado 1 del artículo 180 de la misma norma y a la consideración como cotizados al 100 por 100 de los períodos a que se refieren los apartados 3 y 4 del citado artículo”. La ley opta, pues, por el criterio tradicional del hecho causante. El problema es que no resulta del todo sencillo definir el hecho causante cuando se trata del ejercicio de un derecho como es el de la excedencia por cuidado de hijos o de familiares. En apariencia, si la persona interesada estuviese ya disfrutando la excedencia por cuidado de hijos el día 24 marzo 2007, sólo el primer año de excedencia le computaría como de ocupación cotizada. Pero no podría evitarse que renunciase a su excedencia y volviese a acogerse a ella al cabo de un breve lapso de tiempo, en cuyo caso sí que le computaría el segundo año. En la práctica, se trataría de una interrupción de la excedencia y, una vez reanudada ésta, difícilmente podría sostenerse que no se ha producido un hecho causante nuevo, que se acogería al régimen de la LO 3/2007, de 22 marzo.

Más complicado es el caso de la asimilación a cotización de la excedencia por cuidado de familiares del art. 180.2 LGSS. En torno a ella, de una parte, debe tenerse en cuenta que antes de la entrada en vigor de la LO 3/2007, de 22 marzo, no podía hablarse de hecho causante, sencillamente porque no había prestación, sino sólo derecho laboral sustantivo. Pero, de otra, no se alude a este párrafo en la disposición transitoria séptima. La consecuencia obligada es que a partir del 24 marzo 2007 se computa el primer año de excedencia como de ocupación cotizada en cualquier caso. En cuanto a la consideración de cotizados al 100 por 100 de la jornada anterior de los períodos de guarda legal, conforme al art. 180.3 LGSS, sí que se contempla en la disposición transitoria objeto de este comentario, pero de nuevo hay que recordar que no puede aludirse propiamente a un hecho causante allí donde no había prestación. Por lo demás, y al igual que con la excedencia por

cuidado de hijos, una interpretación restrictiva distinta de la que aquí se sostiene se sortearía fácilmente renunciando al derecho de guarda legal para solicitarlo al cabo de un breve lapso de tiempo, generándose así el hecho causante al que se refiere la disposición transitoria. Y lo mismo hay que afirmar, *mutatis mutandis*, en relación con el encadenamiento de guarda legal y excedencia y sus efectos en cuanto a los períodos de ocupación cotizada al amparo del art. 180.4.

En resumen, así pues, la prestación no económica resulta de difícil limitación a través de reglas transitorias, una vez que se amplían los derechos reconocidos por la legislación anterior. En consecuencia, lo más razonable es decantarse por una postura flexible que no ponga trabas a estas presunciones de cotización. Máxime si se tiene en cuenta que los problemas reales de cómputo se pueden producir a muy largo plazo, cuando suceda el hecho causante realmente importante: la prestación a cuya carencia o a cuyo porcentaje haya de aplicarse el período asimilado a cotización.

#### J. REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL, HOSPITALIZACIÓN DE NEONATOS Y VIOLENCIA DE GÉNERO, BASE REGULADORA Y CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Se trata de un problema paralelo al del cálculo de las indemnizaciones en caso de jornada reducida, pero en esta ocasión en relación con la prestación contributiva de desempleo. Claro que a este respecto, la jurisprudencia del TS era la contraria a la de la solución por la que ahora opta la ley. La disposición adicional decimo-octava, trece, incluye un nuevo párrafo al art. 211.5 de la LGSS. El problema se refiere a cómo se calcula dicha prestación cuando, en el período inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, la persona desempleada hubiese estado acogida a una jornada reducida por guarda legal. Debe recordarse que la regla general del art. 211.1 consiste en que la base reguladora es el promedio de las bases de cotización de los últimos ciento ochenta días, de manera que, en principio, hay que estar a las bases de cotización efectivas durante dicho período.

Planteada la cuestión de si a la persona desempleada que hubiese accedido meses antes del hecho causante a la reducción de jornada por guarda legal se le calculaba sin más la prestación de desempleo a partir de las bases de cotización de los 180 días anteriores, o bien si había que retrotraer el cálculo al momento inmediatamente anterior a dicha reducción, se suscitó una doctrina de suplicación sumamente contradictoria. Finalmente, la Sala de lo Social del TS, reunida en Sala General, declaró, por sentencia de 6 abril 2004 (RJ 2004\5909) que la base reguladora del cálculo de la prestación por desempleo debía calcularse a partir de las bases de cotización por las que se cotizaba en fecha de despido.

En realidad, la aplicación literal de la norma legal no podía llevar a otra consecuencia más que a calcular la prestación a partir de las bases reducidas. Lo contrario implicaba una aplicación sumamente voluntarista del texto normativo. Así pues, la jurisprudencia finalmente consolidada en absoluto merece críticas, sino que las merecía la imprevisión legal.

De hecho, así lo ha confirmado recientemente el TC, en Auto de su Pleno de 27 marzo 2007, que da respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Guadalajara, relativo al cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente en los casos de reducción de jornada. No está de más reproducir el

siguiente pasaje de su fundamentación jurídica: “sin embargo, que la actual regulación legal no contemple una norma específica que permita considerar como cotizados a jornada completa, a efectos del cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social, los períodos trabajados (y cotizados) a jornada reducida (por razones de guarda legal, por trabajo a tiempo parcial, etc.), no determina la inconstitucionalidad por omisión que pretende el Juzgado proponente por las razones expuestas, siendo al legislador a quien, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la viabilidad y eficacia del sistema de Seguridad Social, le corresponde decidir (dentro del respeto a la garantía institucional consagrada por el art. 41 CE) acerca del grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales...”

Conviene añadir que este auto cuenta con un voto particular suscrito por los magistrados Casas Baamonde y Pérez Vera, que propugna la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, por razones ligadas a las que se contienen en la fundamentación jurídica de la STC 3/2007, de 15 enero. Este voto particular rechaza la asimilación del derecho del art. 37.5 ET a los supuestos ordinarios de trabajo a tiempo parcial, de modo que no resulta linealmente aplicable la doctrina de la STC 253/2004, de 22 diciembre, a la que el voto mayoritario hace constante referencia.

Finalmente, el nuevo art. 211.5 soluciona la papeleta, para las reducciones de jornada por cuidado de hijos, personas discapacitadas o familiares, para la reducción de jornada en caso de hospitalización de neonatos y para la reducción de jornada en los casos de violencia de género: para el cálculo de la correspondiente base reguladora, se tendrán en cuenta las bases de cotización incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

Por supuesto que debe considerarse muy acertada esta reforma legal, pero pone en evidencia el sistema de cálculo de la prestación por desempleo en los casos más habituales de pérdida de un trabajo a tiempo parcial. El hecho de que se tengan en cuenta únicamente las bases de cotización de los últimos seis meses provoca que el importe de la prestación sea muy aleatorio, en los casos de tránsitos del tiempo completo al tiempo parcial, o viceversa. Porque puede ser que pocos meses antes de la situación legal se haya producido un cambio de jornada, incluso, dentro de determinadas circunstancias, impuesto unilateralmente por la empresa, que afecte a una prestación que se devengue poco tiempo después. En tal caso, a un esfuerzo contributivo grande se le puede aplicar una prestación reducida o viceversa, cuando pocos meses antes se hubiese incrementado la jornada. Ni que decir tiene que todas estas circunstancias ostentan una clara connotación de género, a partir de la feminización ostensible del trabajo a tiempo parcial.

Por lo demás, también se reforma en estos casos el tope mínimo y máximo de las prestaciones contributivas en los casos de reducción de jornada del art. 37 ET, en coherencia con el cálculo de las mismas. Se trata, en síntesis, de que la cuantía no podrá superar los porcentajes máximos del art. 211.3, ni caer por debajo de los mínimos del mismo, pero calculados en función de las horas trabajadas antes de la reducción de jornada.

No obstante lo dicho, debe recalcar que la reforma afecta tan sólo a la prestación por desempleo, pero no a otras prestaciones del sistema de Seguridad Social, como la de incapacidad permanente –conocida en el Auto del TC de 27 marzo 2007-, o la de incapacidad temporal, entre otras.

En suma, se trata de unas reformas que ya no inciden, como las anteriormente comentadas, en la carencia o en el porcentaje aplicable, sino en el cálculo de la base reguladora y en la modulación de la cuantía resultante. Unas y otras tienen, no obstante, la virtud común de arbitrar medidas compensadoras en materia de Seguridad Social para las personas que hacen uso de los derechos parentales.