

“ 'Adaptación' del tiempo de trabajo por motivos familiares (arts. 34.8 y 37 ET)”.

Barcelona, 12 de noviembre de 2019

Cristina Aragón Gómez

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Nacional de Educación a Distancia

1.- La adaptación de jornada del art. 34.8 ET

1.- Evolución legislativa:

- Ley 3/2007: *“El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla”*
- Ley 3/2012: Añade al precepto un nuevo apartado con el siguiente tenor: *“A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.”*
- Real Decreto-Ley 6/2019: Confiere al art. 34.8 ET una estructura mucho más sólida.

1.- La adaptación de jornada del art. 34.8 ET

2.- La configuración actual de la adaptación de jornada

- **Fundamento:** Favorecer derechos de presencia frente a los derechos de ausencia.
- **Situación protegida:** Necesidad de conciliación de la vida familiar y laboral
 - ⇒ Ya no se hace referencia a la conciliación de la vida personal y laboral.
- **Configuración**
 - Derecho de titularidad:
 - Neutra: Alcanza por igual a hombres y mujeres.
 - Individual: No impide el ejercicio simultáneo.
 - General:
 - Alcanza a cualquier trabajador con independencia del tipo de contrato, el tipo de jornada o la antigüedad.
 - ⇒ Se mejora con ello la regulación de la Directiva 2019/1158, pues el art. 9.4 permite que el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible se supedite a períodos de trabajo anterior o a una antigüedad que no podrá ser superior a seis meses.
 - Abarca cualquier situación de necesidad (el legislador no concreta un grado de parentesco, ni exige que el familiar no pueda valerse por sí mismo).
 - Derecho de ejercicio condicionado: No estamos ante un derecho subjetivo perfecto a adaptar la jornada de trabajo, sino ante un derecho a solicitar la adaptación en los términos establecidos en la negociación colectiva. A falta de previsión convencional, la solicitud desencadena un período de negociación concluido el cual la empresa debe: a) tomar una decisión; b) notificarla por escrito; y c) de forma fundada.

1.- La adaptación de jornada del art. 34.8 ET

2.- La configuración actual de la adaptación de jornada

- **Solicitud:** A instancia del trabajador y de forma motivada. Ahora bien, ¿qué debe probarse?
 - ¿La existencia de la situación de necesidad?
 - ⇒ Las adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.
 - ⇒ En caso de que se tengan hijos o hijas con edades inferiores a los doce años, parece presumirse la necesidad de atención y de cuidado.
 - ¿La necesidad de que sea el solicitante el único que puede dar respuesta, ante la imposibilidad de que sean otros quienes la atiendan?
 - ¿La imposibilidad de organizarse de otro modo?
- **Duración:**
 - Necesidades de conciliación derivadas de los hijos: hasta que el menor de éstos cumpla doce años.
 - Necesidades de conciliación derivadas de otros familiares: no se prevé limitación expresa, por lo que habrá que estar a cada caso en concreto.

1.- La adaptación de jornada del art. 34.8 ET

2.- La configuración actual de la adaptación de jornada

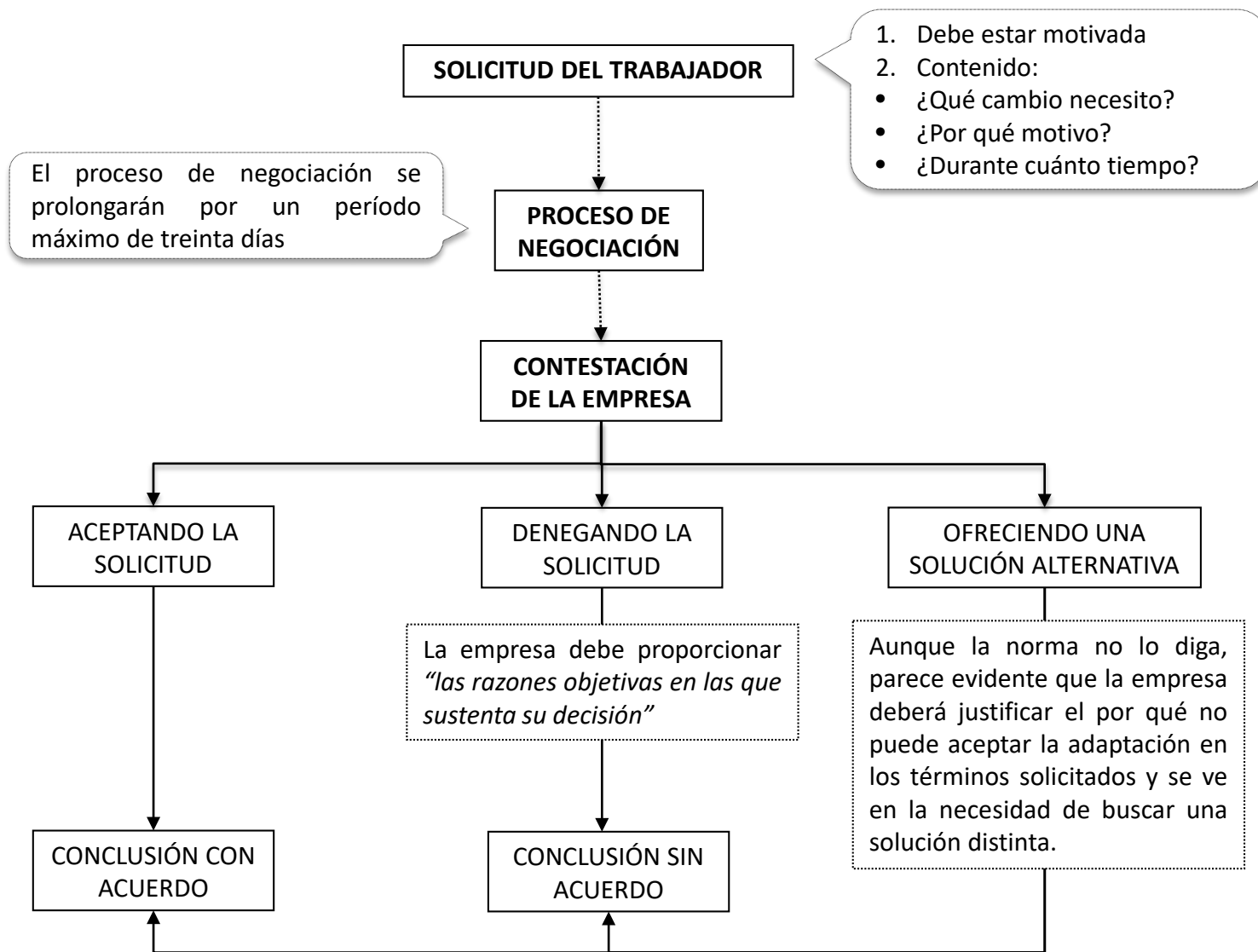
- **Contenido:** La adaptación de la jornada, por necesidades de conciliación, puede suponer:
 - Una variación “*de la duración*” de la jornada de trabajo (dimensión cuantitativa):
 - Una reducción no comprendida en los porcentajes contemplados en el art. 37
 - Una reducción para la atención de necesidades familiares no previstas en el art. 37
 - Una variación “*de la distribución*” de la jornada (dimensión cualitativa):
 - Pasar de una distribución regular a una irregular.
 - Blindarse ante la facultad de la empresa de distribuir de forma irregular un 10% de la jornada
 - Flexibilidad en la hora de entrada y/o en la de salida
 - Reducir la pausa para la comida
 - Convertir una jornada partida en una jornada continuada (o viceversa).
 - Etc.
 - Una variación en la ordenación del tiempo de trabajo:
 - Pasar de un trabajo a turnos a un trabajo de horario fijo.
 - Pasar de un trabajo nocturno a un trabajo diurno.
 - Etc.
 - Una modificación de la forma de prestación del servicio:
 - Pasar de un trabajo presencial a un teletrabajo.
 - Quedar eximido de realizar viajes,
 - Etc.

1.- La adaptación de jornada del art. 34.8 ET

2.- La configuración actual de la adaptación de jornada

- **Modalidades de ejercicio**
 - Negociación colectiva: ¿contenido mínimo o contenido dispositivo?
 - Negociación individual
 - Reclamación judicial
- **Concreción del ejercicio en caso de negociación individual:**
 - Se impone a las partes la obligación de negociar por un período máximo de treinta días.
 - Se obliga a la empresa a contestar por escrito y a indicar las razones objetivas en las que se sustenta su decisión (en caso de que sea denegatoria).
 - Se prevé la posibilidad de acudir al Juzgado de lo Social para resolver las posibles discrepancias,
 - Se reconoce al trabajador la posibilidad de solicitar su regreso a la situación anterior, *“una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto”* (una redacción que parece contrariar el art. 9.3 de la Directiva 2019/1158).
 - ⇒ El empresario no tiene reconocida de forma expresa esta posibilidad por lo que, de imponer al trabajador el regreso a la situación anterior, estaríamos ante una modificación sustancial que debería canalizarse por la vía del art. 41 ET.
- **Protección de la persona trabajadora durante el ejercicio del derecho:**
 - El Estatuto de los Trabajadores no prevé de forma expresa la protección frente al despido de los trabajadores que están disfrutando de la adaptación de jornada.
 - Art. 12.1 Directiva 2019/1158: *“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir el despido de un trabajador por haber solicitado o disfrutado [...] el tiempo de ausencia del trabajo previsto en el art. 9”*

1.- La adaptación de jornada del art. 34.8 ET



2.- El permiso por cuidado del lactante

1º) Evolución legislativa:

- Art. 9.2 Ley 13-3-1900, sobre trabajo de las mujeres y de los niños:
“Las mujeres que tengan hijos en el período de lactancia tendrán una hora al día, dentro de las del trabajo, para dar el pecho a sus hijos. Esta hora se dividirá en dos períodos de treinta minutos, aprovechables, uno, en el trabajo de la mañana, y otro, en el de la tarde. Estas medias horas serán aprovechadas por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, al entrar en ellos, la hora que hubieren escogido. No será en manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia”
 - Art. 25.5. Ley 16/1976, de relaciones laborales: Limita el derecho hasta los nueve meses de edad del hijo.
 - Art. 37.4 ET 1980: *“Las trabajadoras por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia al trabajo que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad”.*
- ⇒ La STC 109/1993 consideró que dicha redacción no vulneraba el principio de igualdad y no discriminación, en la medida en que la situación de la mujer (frente al hecho del amamantamiento) no era equiparable a la del hombre.

2.- El permiso por cuidado del lactante

1º) Evolución legislativa:

- Ley 3/1989: Aunque la titularidad del permiso por lactancia continuaba siendo de la mujer, la ley admitió su cesión al padre, siempre y cuando la madre trabajara (*“Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”*) y, además, lo hiciera por cuenta ajena (STSJ Andalucía 19-5-2000, Rº 299/2000). En consecuencia:
 - Si el padre no trabajaba, la madre podía hacer uso del permiso por lactancia porque era la titular del derecho.
 - Si la madre no trabajaba o si trabajaba por cuenta propia, el padre carecía de derecho alguno puesto que se configuraba con un derecho derivado o subsidiario.
 - Si ambos trabajaban, sólo uno de ellos podía disfrutar del derecho, por lo que la titularidad no era individual sino compartida.
- ⇒ La STJUE 30-9-2010 (asunto Roca Álvarez), sin embargo, advirtió que nuestra regulación contribuía a perpetuar un reparto tradicional de roles.

2.- El permiso por cuidado del lactante

1º) Evolución legislativa:

- Ley 39/1999: *“La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad”*
- Ley 3/2007: Incrementó proporcionalmente la duración del permiso en caso de parto múltiple y permitió acumular el permiso por lactancia en jornadas completas (una opción que ya había admitido el Tribunal Supremo en STS 20-6-2005, Rº 83/2004, cuando el convenio colectivo preveía esta posibilidad, en la medida en que mejoraba el régimen legal).
- Ley 3/2012: Aclara que el derecho alcanza tanto a la filiación biológica como la adoptiva, así como a los supuestos de acogimiento. El permiso se reconoce, además, de forma neutra (*“Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”*). No obstante, el precepto seguía advirtiendo: *“pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”*. Ante esto:
 - Cuando el otro progenitor no trabajaba (porque se encontraba, por ejemplo, en situación de excedencia por cuidado de hijos o desempleado) algunos tribunales negaban el derecho al otro progenitor por cuanto el cuidado del menor ya estaba garantizado. (STSJ Castilla y León 12-7-2012, Rº 459/2012, Andalucía 5-11-2015, Rº 1634/2015, Andalucía 18-7-2016, Rº 1323/2016, 19-1-2017, Rº 3139/2016).
 - Pero no se trataba de un sentir unánime en la doctrina judicial (SSTSJ Madrid 5-10-2015, Rº 415/2015, Cataluña 9-3-2018, Rº 7001/2017, Asturias 19-2-2019, Rº 2855/2018).
- Real Decreto Legislativo 2/2015 amplía el derecho a los supuestos de guarda con fines de adopción.

2.- El permiso por cuidado del lactante

1º) Evolución legislativa:

- Con el Real Decreto-Ley 6/2019:
 - Se configura el derecho con titularidad neutra e individual.
 - ⇒ De hecho, el único supuesto en el que cabría limitar su ejercicio se reduce a que ambos progenitores presten servicios en la misma empresa.
 - Permite la ampliación del derecho hasta los doce meses en determinadas condiciones.

2.- El permiso por cuidado del lactante

2º) Bien jurídico protegido: Cuidado de un hijo (biológico o adoptivo) o de un menor acogido.

3º) Titularidad:

- Neutra (para hombres y mujeres)
- Individual (cabe el disfrute simultáneo y al margen de si el otro progenitor trabaja o no trabaja)
- Intransferible (no cabría la acumulación de ambos permisos en favor de un único progenitor).

⇒ Único límite: En caso de que ambos trabajen en la misma empresa: *“No obstante, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito”.*

4º) Requisitos: Previo aviso y justificación.

“El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada” (art. 37.7 ET).

2.- El permiso por cuidado del lactante

5º) Contenido:

- Una hora de ausencia al trabajo que se puede dividir en dos fracciones.
- Además, la persona trabajadora puede:
 - a) Sustituir este derecho por una reducción de “su” jornada en media hora con la misma finalidad;
 - ⇒ Así:
 - El permiso por lactancia no se reduce en caso de que se trabaje a tiempo parcial (“su jornada”).
 - Es compatible con la reducción de jornada por guarda legal.
 - ¿Y sería compatible con la baja por nacimiento y cuidado a tiempo parcial? Parece que no, con base en la DA Primera.7 RD 295/2009.
 - ¿Y si se realiza una jornada superior a la ordinaria? La doctrina judicial ha reconocido el derecho a una hora de ausencia por cada turno de ocho horas (STSJ Castilla y León 14-12-1998, Rº 715/1998).
 - La duración del permiso se incrementa proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.
 - La concreción horaria del permiso corresponde a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria (art. 37.7 ET). No obstante, el empresario puede discrepar de dicha concreción.

2.- El permiso por cuidado del lactante

5º) Contenido:

- b) Acumular este derecho en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario
 - Por lo tanto, *“si no hay previsión convencional o acuerdo con el empresario, no habrá acumulación y, conforme a la ley, un convenio colectivo podría establecer, [...] un tope de acumulación de 14 días, un tope con un número de días superior o inferior, o excluir incluso la acumulación”* (STS 11-11-2009, Rº 133/2008).
 - Lo acumulable es la ausencia de una hora y no la reducción de media hora (STS 19-4-2018, Rº 1286/2016) y su sustitución acumulada debe quedar referida a días laborables y no naturales (STSJ Navarra 12-1-2017, Rº 545/2016).
 - ¿Y qué ocurre si tras el disfrute se produce la suspensión o la extinción del contrato de trabajo?

2.- El permiso por cuidado del lactante

6º) Duración:

- Regla general: 9 meses.
 - *Dies a quo*: el día del nacimiento del menor.
 - ⇒ La suspensión el contrato por nacimiento y cuidado no pospone el inicio del cómputo del plazo.
 - *Dies ad quem*: *el cumplimiento de los nueve meses*.
- Excepción: Cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho “*con la misma duración y régimen, el período de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses*”. En contrapartida, se ha creado una nueva prestación de Seguridad Social.

7º) Carácter:

- Hasta el noveno mes: Retribuido de forma íntegra (STS 9-12-2009, Rº 8/2008).
- Del noveno al duodécimo mes: No retribuido pero sí subsidiado (a través de una prestación pública).

8º) Propuestas de *lege ferenda*:

- Permitir su acumulación en casos de familia monoparental
- Modificar el *dies a quo* en los supuestos de filiación adoptiva o acogimiento.
- Reconocer la posibilidad de acumulación como un derecho de la persona trabajadora no condicionada a la regulación convencional o al acuerdo.

2.- El permiso por cuidado del lactante

PRESTACIÓN POR CORRESPONSABILIDAD EN EL CUIDADO DEL LACTANTE

Regulación	Art. 37.4 ET, arts. 183 a 185 LGSS.
Situación protegida	Se considera situación protegida la reducción de salario que se deriva de la reducción de jornada por el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante desde los nueve hasta los doce meses de edad (pues hasta los nueve meses, la reducción de jornada no conlleva merma retributiva alguna).
Titularidad	Corresponde a uno solo de los progenitores, adoptantes o acogedores.
Requisitos	<ul style="list-style-type: none"> — Que ambos progenitores, adoptantes o acogedores trabajen y ejerzan el derecho a la reducción de jornada por lactancia con la misma duración y régimen. <ul style="list-style-type: none"> ⇒ Precisamente por ello, se debe presentar certificación de la reducción de jornada por parte de las empresas en que ambos trabajen. — Encontrarse en alta o en situación asimilada a la de alta. — Acreditar un determinado período de cotización (el mismo que el exigido para la prestación por nacimiento y cuidado).
Cuantía	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje aplicable = 100% de la base reguladora • Base reguladora = Base de cotización por contingencias comunes del mes anterior a la reducción de la jornada <p>⇒ La cuantía se modula en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.</p>
Gestión y pago	La prestación por el ejercicio corresponsable en el cuidado del lactante es gestionada directamente por la entidad gestora del sistema, sin que queda formula alguna de colaboración.
Duración	Hasta que el menor cumpla los doce meses de edad.

3.- La reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares

1º) Evolución legislativa:

- Art. 37.5 ET 1980: *“Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o a un disminuido físico o psíquico que no desempeñe otra actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla”*.
- Ley 39/1999:
 - Reconoce el derecho a la reducción de jornada para atender las necesidades de cuidado de un familiar *“hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida”*.
 - Aclara que la titularidad del derecho es individual. No obstante, cabe limitar su ejercicio por razones justificadas de funcionamiento de la empresa *“si dos o más trabajadores de la misma empresa general este derecho por el mismo sujeto causante”*.
 - Advierte que la concreción horaria y la determinación del permiso de disfrute corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria y que las discrepancias que surjan al respecto serán resueltas por la Jurisdicción Social a través de un proceso especial.

3.- La reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares

1º) Evolución legislativa:

- Ley 3/2007:
 - Permite solicitar la reducción de jornada por guarda legal hasta que el menor cumpla los ocho años de edad.
 - Admite una reducción de la jornada de trabajo *“entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla”*
- Ley 3/2012: Rectifica la redacción del precepto al objeto de que únicamente quepa solicitar el derecho para reducir la jornada de trabajo “diaria”.
- Real Decreto-ley núm. 16/2013: Admite la reducción de jornada por guarda legal hasta que el menor cumpla los doce años de edad.

3.- La reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares

2º) Configuración

- Derecho de titularidad:
 - Neutra: Alcanza por igual a hombres y mujeres.
 - Individual: No impide el ejercicio simultáneo.
- Derecho de ejercicio NO condicionado.

3º) Situación de necesidad: Encargarse del cuidado directo de:

- Un menor de doce años o menor con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida.
- Un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

4º) Contenido: Reducción de la jornada de trabajo diaria entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

5º) Efectos:

- La modalidad contractual no varía.
- La reducción de jornada conlleva la correlativa disminución proporcional del salario.

3.- La reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares

6º) Concreción horaria: Corresponde a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la persona trabajadora y las necesidades productivas y organizativas de las empresas.

- ¿Trabajar solo de lunes a viernes y quedar exonerado de trabajar los fines de semana?
- ¿Pasar de un turno rotatorio a un turno fijo?
- ¿Pasar de una jornada partida a una jornada continua?

3.- La reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares

7º) Protección del beneficiario:

- **Protección frente al despido:**

- Nulidad objetiva, salvo que haya causa (arts. 53 y 55 ET).

- Además, con respecto al despido objetivo, ya no basta acreditar la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción, es necesario demostrar *“suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida”*.

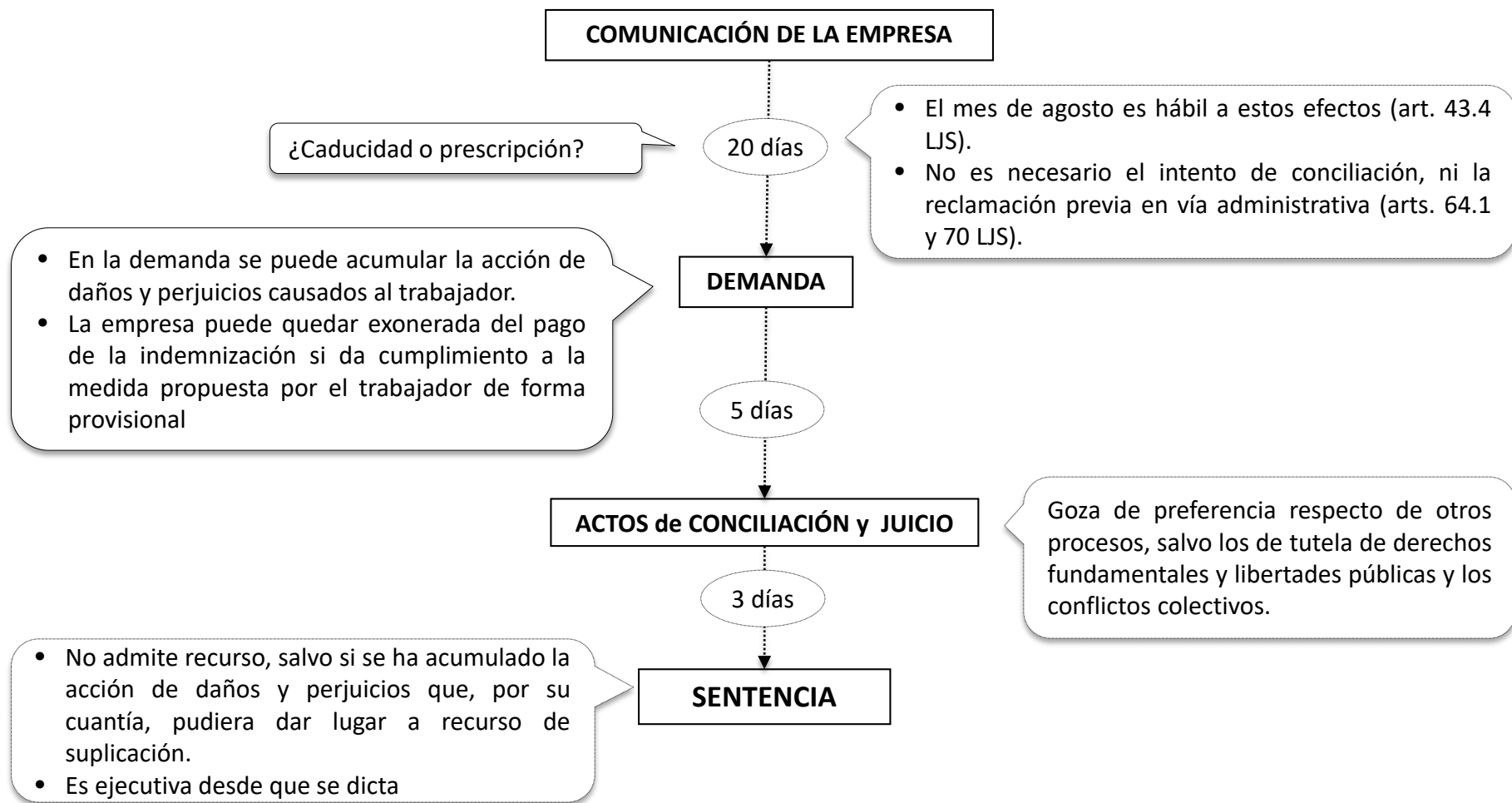
- **Salario regulador a efectos del cálculo de la indemnización:**

DA 19ª ET: “En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37.4 en su párrafo final, así como en sus apartados 5, 6 y 8, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción”

- **Salarios de tramitación:** En la medida en que tienen naturaleza indemnizatoria y no salarial deben calcularse considerando los salarios que hubieran correspondido al trabajador sin la reducción de jornada (STS 25-4-2018, Rº 2152/2016).

- **En materia de Seguridad Social:** Las cotizaciones correspondientes a los dos primeros años de la reducción de jornada se totalizan como si la reducción de jornada no se hubiera producido, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (art. 237 LGSS).

4.- La tutela judicial



4.- La tutela judicial

Principio de interpretación: **La preponderancia del derecho del trabajador.**

Primero.- Por la dimensión constitucional de los derechos de conciliación (SSTC 3/2007 y 26/2011)

La dimensión constitucional de las medidas tendentes a la conciliación de la vida familiar y laboral *“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”*.

Segundo.- Por la propia concreción legal: En la reducción de jornada y en el permiso por cuidado del lactante, la concreción horaria compete a la persona trabajadora. En consecuencia, en caso de discrepancia, debe darse prioridad a lo solicitado por el empleado.

Tercero.- Por la posibilidad de la empresa, en los supuestos de reducción de jornada, de minimizar el impacto a través de contratos de interinidad a tiempo parcial (una opción que, sin embargo, no existe en caso de adaptación de jornada).

⇒ En consecuencia, la negativa de la empresa únicamente estaría justificada en caso de imposibilidad, sacrificio excesivo o daño desproporcionado. No basta la dificultad organizativa, el mero trastorno o la conveniencia.

4.- La tutela judicial

Variables ponderadas por los jueces:

a) Relativas a la situación de necesidad:

- Número, edad y circunstancias de escolarización de los hijos

b) Relativas a la necesidad de que sea el solicitante quien de respuesta :

- Estado civil de la persona trabajadora
- Posibilidad del otro progenitor de asumir las tareas de cuidado (situación laboral, régimen de visitas,...)
- Existencia de otros familiares que puedan hacerse cargo
- Posibilidad de que el menor coma en el comedor del colegio o se apunte a actividades extraescolares.

b) Relativas a la capacidad de respuesta de la empresa:

- Sistema de organización del trabajo y posibilidad de alteración
- Tamaño de la empresa
- Polivalencia del resto de empleados
- Carga de trabajo a lo largo de la jornada

c) Relativas al proceso mismo de negociación:

- Número de reuniones mantenidas entre las partes
- Evidencias de haber negociado de buena fe (existencia de contrapropuestas por parte de la empresa)
- Motivación de la denegación por parte de la empresa

d) Relativas a otros terceros afectados:

- Perjuicio causado al resto de compañeros

4.- La tutela judicial

Valoración personal:

¿Por qué la persona trabajadora debe acreditar que no puede organizarse de otra manera?

- Se trata de un derecho personalísimo: *“La sala discrepa del argumento de la sentencia de instancia relativa a que no se acredita por qué no puede ser el padre quien pida el cambio de horario o la reducción de jornada para hacerse cargo de las hijas, dado que al parecer éste goza de mayor flexibilidad horaria que la madre y por ello de mayor facilidad para subvenir a sus cuidados; y la sala discrepa del anterior argumento por cuanto que se trata de un derecho personalísimo de la trabajadora”* (STSJ Galicia 22-7-2019, Rº 1992/2019).
- La patria potestad compete a los padres: *“Es un hecho notorio la importancia de los abuelos en la sociedad actual y el importante soporte que son tanto para sus hijos como para sus nietos; pero la patria potestad, con todos los deberes y facultades que comporta, le corresponde a los padres (art. 154 y siguientes del Código Civil). Son los padres los que tienen que velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Y para ello necesariamente tienen que poder conciliar su vida laboral, con la personal y familiar”* (STSJ Galicia 28-5-2019, Rº 1492/2019).
- Debe garantizarse su derecho a la intimidad: ¿En qué medida puede la empresa adentrarse en datos de la vida íntima de la persona trabajadora? ¿Está facultado un juez para determinar quién debe conciliar?

4.- La tutela judicial

La reparación del daño: La Indemnización por daños y perjuicios

1.- Concepto: La indemnización de daños y perjuicios consiste en una suma de dinero que el deudor incumplidor debe abonar al acreedor para resarcirle de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

2.- Requisitos para que proceda la obligación de indemnizar: Con carácter general, la indemnización de daños y perjuicios propiamente dicha no se genera de forma automática con motivo de un incumplimiento contractual, sino que es necesario que se den los siguientes requisitos:

- Que exista efectivamente un perjuicio
- Que este perjuicio proceda de dicha inexecución (existencia de un nexo causal)
- Que de ella sea responsable el deudor

3.- El daño:

- Daño material:
 - Daño emergente: Lo que el acreedor perdió al no recibir la prestación (coste del centro de día, del empleado de hogar contratado para cuidar al menor, de la ampliación del horario de la guardería, de la clase extraescolar,...).
 - Lucro cesante: Lo que el acreedor dejó de ganar y habría ganado de haber recibido la prestación comprometida (salario dejado de percibir por el hecho de haber tenido que solicitar una reducción de jornada, ante la negativa de la empresa a aceptar la mera adaptación,...)
- Daño extrapatrimonial:
 - Daño corporal: Supone una agresión a la integridad física o psíquica de la persona y provoca la disminución de un bien como es la salud.
 - Daño moral: Lesión de un bien puramente espiritual (STS 15-4-2013, Rº 1114/2012).

4.- La tutela judicial

La reparación del daño: La Indemnización por daños y perjuicios

4.- La prueba del daño:

- Regla general: El incumplimiento no implica necesariamente la producción de un daño. En consecuencia, la existencia y cuantía del mismo no se presumen y deben ser probadas por quien pretende la indemnización.
- Excepciones:
 - Primera excepción: Cuando la propia norma anuda la consecuencia resarcitoria a la sola actuación antijurídica, como ocurre en caso de vulneración de derechos fundamentales (art. 183 LJS).
 - ⇒ Así, la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, nos llevaría a defender la exoneración de la prueba de la existencia de los daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada.
 - Segunda excepción: Cuando el incumplimiento constituya per se un daño o perjuicio o frustración en intereses materiales o morales.

“El tiempo perdido sin poder atender personalmente a su hija, nunca podrá ser restituido, con lo que ello conlleva de sufrimiento personal y emocional, generador de un efectivo daño moral llamado a ser indemnizado por el que lo causó” (STSJ Castilla La Mancha 9-5-2000).

“Es una cuestión de afectos, cercanía y dedicación inconmensurables. Junto a ello, la angustia ante la situación de incertidumbre que origina la decisión empresarial que obliga a un replanteamiento de la vida familiar y laboral, el desasosiego por litigar contra la empresa y de ver desconocidos los que son sus derechos fundamentales”. (STSJ Canarias 12-3-2019, Rº 1596/2018).

4.- La tutela judicial

La reparación del daño: La Indemnización por daños y perjuicios

5.- La cuantía del daño: En la medida en que la indemnización tiende a resarcir los daños y perjuicios sufridos por el acreedor a causa del incumplimiento o del cumplimiento inexacto, su importe debe consistir en aquella suma de dinero en que se valore el daño.

- Si los daños están tasados: La cuantía de la indemnización viene prefijada por el legislador y a ella se ha de estar con independencia del alcance real del daño.
- Si los daños no están tasados: La cuantía de la indemnización será el resultado de aplicar las siguientes reglas y principios de valoración del daño:
 - Primera.- ¿Quién debe probar la entidad del daño?
 - Regla general: Quien alega el daño debe aportar las bases fácticas de la cuantía de la indemnización que reclama.
 - Excepción: No se exige la cuantificación de los daños morales en caso de vulneración de un derecho fundamental (art. 179.3 LJS).
 - Segunda.- ¿Quién cuantifica el daño? La cuantificación del daño se encomienda al juez de instancia y la cuantía que éste establezca no será revisable salvo que sea manifiestamente desproporcionada.
 - Tercera.- ¿Cómo se valora el daño?
 - El daño patrimonial es evaluable económicamente, según el valor que posea el bien dañado en el mercado.
 - El daño extrapatrimonial no puede ser reparado en sentido estricto, pues incide sobre bienes que se encuentran fuera del comercio. En la medida en que no existe en el mercado un sustituto del bien perdido, la indemnización va dirigida a compensar el sufrimiento causado.
 - ⇒ Como el bien dañado no puede ser estimado económicamente (¿cuál es el precio del dolor?), son muchas las sentencias que toman como referencia la conducta lesiva y aplican como referencia los tipos y sanciones de la LISOS.