

“EL DERECHO A LA REDUCCION DE JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS MENORES: PROBLEMAS PRACTICOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE IGUALDAD”

Miguel Azagra Solano

Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de La Rioja

I.- INTRODUCCION

El derecho a la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de un hijo menor, y el derecho a la correlativa concreción horaria derivada del mismo, son derechos regulados en los artículos 37.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores.

Estos preceptos, introducidos en la Norma Estatutaria por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las personas trabajadoras, y que en lo referente al párrafo primero del apartado quinto ha sido modificado por la vigente Ley de Igualdad, no sólo regulan los derechos antes mencionados, siendo su contenido sensiblemente más amplio. Estas normas reconocen el derecho a la reducción de la jornada de trabajo y el derecho a concretar el horario laboral derivado del mismo, tanto a los trabajadores que tengan a su cuidado a un hijo menor, como a aquellos que por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo a un menor, sea o no hijo suyo, a los que tengan a su cuidado directo a un discapacitado físico, psíquico o sensorial, así como a quienes precisen encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe una actividad retribuida.

El análisis que se efectúa en la presente exposición no pretende abarcar todos los problemas prácticos que se derivan de la aplicación de los artículos mencionados anteriormente, sino única y exclusivamente reflejar algunas de las cuestiones problemáticas que se derivan del ejercicio de un derecho muy concreto como es el de “la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de un hijo menor”, dejando al margen el análisis de las cuestiones conflictivas que pueda plantear el ejercicio del derecho a la reducción de jornada en situaciones diferentes a la mencionada. La razón de este

análisis parcial no es otra sino el hecho de que el supuesto analizado es el que más veces se plantea ante los Juzgados y Tribunales, y es un supuesto que de manera expresa ha sufrido una variación significativa con la entrada en vigor de la Ley de Igualdad, cuyo texto definitivo es el que se contiene en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, publicada en el BOE el 23 de marzo de 2007.

II.-REGULACION NORMATIVA

Como he reflejado anteriormente el derecho objeto de estudio se ha venido regulando en el artículo 37.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores. Según estas normas, en su redacción anterior a la actual Ley de Igualdad, (regulación establecida en la Ley 39/1999), y en lo atinente al concreto derecho analizado, los padres que tuvieran a su cuidado a un hijo menor de seis años (ocho años en la actualidad), tenían derecho a una reducción de su jornada de trabajo, con una disminución proporcional del salario entre, al menos un tercio, y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. Esta reducción de la jornada constituía un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero pese a ello, si dos o más trabajadores de una misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podría limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

La concreción horaria y la determinación del periodo de reducción de jornada por cuidado de un hijo menor correspondía, y sigue correspondiendo en la actual regulación, al trabajador dentro de su jornada ordinaria, y las discrepancias que surjan entre empresario y trabajador a este respecto serán resueltas por la jurisdicción social a través de un procedimiento específico establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.

La razón de ser de esta regulación se situaba, y debe continuar situándose, en los profundos cambios sociolaborales ocasionados por un hecho con una repercusión sociológica indiscutible como es la incorporación de la mujer al trabajo.

La ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, vino a introducir cambios legislativos en el ámbito laboral al objeto de que los trabajadores pudieran participar en la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. La Ley pretendía configurar un sistema que contemplara las nuevas relaciones sociales surgidas, y que contemplara

igualmente un nuevo modo de cooperación y compromiso entre hombres y mujeres que permitiera un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la vida privada, lo que tiene también su apoyo en los artículos 14 y 39 de la Constitución Española, precepto este último que atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales.

La necesidad de conciliar la vida familiar y laboral se había convertido en una aspiración obligada en la sociedad actual, aspiración parcialmente alcanzada en la normativa internacional y también en la normativa comunitaria.

En el ámbito internacional cabe destacar los resultados obtenidos en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín en el mes de septiembre de 1995, en donde se consideró como objetivo estratégico fomentar una organización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres, reafirmando este compromiso en la declaración posteriormente aprobada por los 189 Estados allí reunidos.

En lo referente al ámbito estrictamente comunitario, la maternidad y la paternidad en su más amplio sentido han sido objeto de estudio y análisis en Directivas tales como la Directiva del Consejo 92/85, de 19 de octubre, y la Directiva del Consejo 96/34, de 3 de junio.

La primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y de la seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, de la que haya dado a luz o de aquella que se encuentre en periodo de lactancia.

La segunda Directiva antes mencionada, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y la vida familiar de las personas trabajadoras, así como medio para promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

La Ley 39/1999 no constituye sino la transposición a la legislación española del conjunto de directrices establecidas en la normativa internacional y en la normativa comunitaria, superando no obstante los niveles mínimos de protección allí previstos e introduciendo importantes cambios legislativos en el ámbito del derecho del trabajo.

La finalidad de los cambios antes referidos no es otra que posibilitar la participación de los trabajadores en el normal desarrollo de la vida familiar, avanzar en el camino de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, alcanzar un equilibrio que favorezca el disfrute de los permisos de maternidad y de paternidad sin

que ello afecte negativamente a las posibilidades de empleo, a las condiciones de trabajo y al acceso por parte de las mujeres a puestos de especial responsabilidad, y facilitar que los hombres puedan ser copartícipes en el cuidado y atención de sus hijos desde el mismo momento de su nacimiento, o desde el mismo momento de su incorporación a la familia.

Este era, por lo tanto, el soporte teórico de la regulación hasta ahora vigente, y es también el soporte teórico de la modificación surgida tras la Ley de Igualdad, que se pretende analizar, y por ello, el soporte de la interpretación de los preceptos en donde se contienen los derechos de reducción de jornada de trabajo y de concreción horaria de la mencionada reducción por cuidado de un hijo menor.

Sobre la base de lo expuesto, debe afirmarse que el artículo 37.6 de la norma estatutaria atribuía y sigue atribuyendo al trabajador la determinación del derecho a reducir su jornada de trabajo por cuidado de un hijo menor, y atribuía, y sigue atribuyendo también al trabajador el derecho a la concreción horaria derivada de esa reducción. El Juzgado de lo Social nº 3 de los de Navarra, en sentencia de 14 de febrero de 2005 estableció que “a la vista de la regulación legal señalada puede concluirse que constituye derecho del trabajador no sólo la reducción de su jornada ..., sino también el derecho a su concreción horaria, es decir, que constituye facultad del mismo elegir el horario en el que se desarrollarán sus servicios dentro de la jornada ordinaria, todo ello con la finalidad de que pueda conciliar la vida familiar y laboral y, en definitiva, que quede debidamente atendido el hijo menor de seis años, sin que expresamente se haya establecido por el legislador en principio ningún límite en el ejercicio de dicha facultad”. Un criterio semejante se mantuvo por ese mismo Juzgado en sentencia de 8 de septiembre de 2003.

Ahora bien, la propia norma establece que “las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en el apartado 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral”.

Si la Ley establece un procedimiento específico para dar solución a las discrepancias que puedan surgir en el ejercicio de este derecho, es porque no nos encontramos ante un derecho absoluto o incondicionado. Muy por el contrario, el derecho a la reducción de jornada y a la concreción horaria por cuidado de un hijo menor, está condicionado a la conformidad o disconformidad mostrada por el

empresario, y a su vez, a la postrera decisión judicial que pueda adoptarse si las partes acuden a los órganos judiciales de la jurisdicción social.

Por ello, si el trabajador o la trabajadora que pretende actualizar su derecho a la reducción de jornada encuentra reticencias en el empresario referentes a la reducción postulada o a la concreción horaria pretendida, debe acudir a los órganos judiciales competentes, ya que no puede olvidarse que la norma no prevé la suspensión del acto impugnado, y el trabajador no puede hacer uso de este derecho ante la disconformidad empresarial sin demandar.

La regulación procesal no está exenta de críticas, y así, se ha defendido en ocasiones la dudosa virtualidad de esta modalidad procesal para ejercitar este derecho, considerándose más adecuada su sustanciación a través del procedimiento ordinario, o la dificultad que para la efectividad del derecho puede suponer el que recaiga sobre el trabajador el deber de demandar, postulándose la conveniencia de que fuera el empresario disconforme con la concreción solicitada el que hubiera tenido que reaccionar judicialmente.

De todos modos, debe recordarse que el objeto del procedimiento al que nos referimos se encontraba limitado a resolver las discrepancias surgidas entre el empresario y el trabajador en la concreta materia referente a la reducción de jornada y a la concreción horaria que de aquélla se deriva. Cualquier otra discrepancia que pudiera surgir como consecuencia del ejercicio de estos derechos no podía ser sustanciada en la regulación procesal anterior a través del procedimiento regulado en el artículo 138 bis de la Ley Adjetiva Laboral, circunstancia esta que, como veremos, también es objeto de modificación en la nueva Ley de Igualdad.

La regulación contenida en la Ley de Igualdad modifica el párrafo primero del apartado quinto del artículo 37 estableciendo que “Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado a un menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella”.

La Ley amplía por una parte la edad máxima del menor que da derecho a la reducción, que pasa de seis a ocho años, y, por otra parte, se reduce a un octavo de la jornada el límite mínimo de dicha reducción.

La problemática referida al ejercicio de este derecho permanece inalterada, a excepción de la materia relativa a la determinación del salario regulador en los casos de

despido en situación de reducción de jornada, y determinación de las prestaciones por desempleo, y Seguridad Social, extremos estos objeto de una específica regulación en la nueva ley a la que más tarde haremos referencia.

III.-SUJETOS LEGITIMADOS PARA EJERCITAR EL DERECHO

El derecho analizado es un derecho de ejercicio individual, cuestión esta que fue expresamente recogida por el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid en sentencia de 16 de octubre de 2000, o por el Juzgado de lo Social nº 2 de Navarra en sentencia de 5 de febrero de 2002. Según esta última resolución “el derecho ejercido por la demandante es un derecho individual, ejercitado frente a la empresa y no frente a otros compañeros de trabajo, siendo la empresa la que debe probar los hechos obstativos del ejercicio de tal derecho”. Esta doctrina no impide sin embargo que en situaciones concretas puedan verse legitimados pasivamente los trabajadores afectados por la reducción o la concreción horaria solicitada por otro trabajador, o porque varios trabajadores hayan solicitado el mismo derecho en un espacio temporal concurrente y ello pueda conllevar una modificación en alguna de las condiciones de trabajo de estos trabajadores.

Sentado lo anterior, debe establecerse que la legitimación activa para el ejercicio de este derecho recae en el trabajador designado conforme a los parámetros establecidos en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Como expuso el Juzgado de lo Social nº 1 de Navarra en sentencia de 12 de abril de 2002 “este derecho lo ostentan los trabajadores también incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores y por tanto trabajadores por cuenta ajena, que tengan por razones de guarda legal a su cuidado a un menor de seis años...”(ocho años en la actualidad).

Desde esta perspectiva, carece de legitimación el padre o la madre afiliados al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, tal y como así confirmó la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia en sentencia de 2 de noviembre de 1999.

Las menciones al padre o a la madre pueden tener como referencia a un matrimonio, a una situación de unión de hecho o también a una situación individualizada de maternidad o paternidad (Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid, sentencia de 16 de octubre de 2000), siendo evidente que, tratándose de un derecho individual de los trabajadores hombres o mujeres, no es preciso que la madre consienta

un traspaso de este derecho al padre, toda vez que el padre, al igual que la madre, ostenta el derecho y puede ejercitarlo.

La filiación relacionada con el ejercicio de este derecho puede serlo, tanto la filiación por naturaleza, bien sea ésta matrimonial o no matrimonial, como la filiación adoptiva, surgiendo mayores problemas a la hora de analizar los supuestos de acogimiento, respecto de los cuales debe rechazarse en los casos de acogimiento simple y debe aceptarse en los casos de acogimiento de carácter permanente o preadoptivo.

En los supuestos de separación legal o de divorcio, el derecho se atribuye a quien tenga la custodia del hijo, como así estableció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 3 de febrero de 1999.

Por otro lado, la legitimación pasiva ante la reclamación deducida por el trabajador o trabajadora recae sobre el empresario, debiendo preverse la posibilidad de resultar demandados trabajadores que puedan ver modificadas sus condiciones de trabajo como consecuencia del ejercicio del derecho.

A modo de principio general que debe servir de base en el ejercicio del derecho a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor de ocho años, debe aseverarse que cuando exista discrepancia, o cuando surja un conflicto de intereses entre el trabajador y el empresario como consecuencia del ejercicio del mencionado derecho, tiene que prevalecer aquella posición que pueda considerarse más idónea para la adecuada atención del hijo menor, si bien el ejercicio del mencionado derecho debe estar regido por el principio de buena fe, y no resultar en extremo perjudicial para el empresario.

Según lo expuesto, no existe una obligación incondicional de acceder a la reducción de jornada y a la concreción horaria pretendida por el trabajador, debiendo entenderse que se desnaturaliza el principio inspirador del ejercicio de este derecho, si se concede la reducción en horas no aptas, o poco adecuadas para la consecución de la finalidad pretendida.

En caso de colisión de intereses, debe primar aquella postura garantista de los intereses del hijo menor. Este criterio ha sido mantenido en resoluciones tales como la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Navarra de 3 de julio de 2003, al afirmar que “en el caso de colisión de intereses entre el trabajador y empresario debe prevalecer aquella posición que pueda considerarse más idónea para la atención del menor, si bien el ejercicio del derecho, deberá estar regido por los principios de buena fe, y no resultar en extremo perjudicial para el empresario”, o la sentencia de la Sala de lo Social del

Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de julio de 1997, cuando afirma que “no existe una obligación de acceder incondicionadamente a que la reducción se conceda en la parte de la jornada que indica el trabajador”, o la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de octubre de 2000 cuando afirma que “en caso de colisión de intereses deben primar los intereses del hijo”.

Así, es expresiva la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 16 marzo de 2006, en donde se estableció como principio general en la aplicación de la norma que la jornada reducida por guarda legal tiende a proteger no sólo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el artículo 154.1 del Código Civil (LEG 1889\27), sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible. De ahí que «en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa» (S. 11/12/01 [RJ 2002\2025], 20/7/00 [RJ 2000\7209] y SAN de 28/2/05 [AS 2005\620] entre otras). Doctrina que lleva desechar cualquier interpretación, que venga a desconocer o ampliar la concreta reducción de jornada y concreción horaria de la misma pactada entre el trabajador y la empresa.

Hasta aquí el planteamiento general de la cuestión, lo que da pie al estudio de algunos de los problemas que el ejercicio de este derecho puede plantear.

IV.-PROBLEMAS PRACTICOS QUE PLANTEA EL EJERCICIO DE ESTE DERECHO.

El estudio de los problemas que puede plantear el ejercicio de este derecho pasa por analizar las situaciones laborales en las que se encuentra el trabajador o la trabajadora que pretende hacer valer su derecho a ver reducida su jornada de trabajo y concretado su horario de trabajo, como consecuencia del cuidado de un hijo menor de ocho años.

1º.-EJERCICIO DEL DERECHO A LA REDUCCION DE JORNADA Y CONCRECION HORARIA EN SUPUESTOS DE REALIZACION DEL TRABAJO EN JORNADA CONTINUA O EN JORNADA PARTIDA.

En aquellos casos en los que el trabajador o la trabajadora que pretende ejercitar el derecho de reducción de jornada por cuidado de un hijo menor desempeña su quehacer laboral en jornada continua de trabajo o en jornada de trabajo partida, debe seguirse, caso de existir colisión de intereses con el empresario, el principio general antes expuesto, y hacer prevalente el derecho al adecuado cuidado del hijo menor, de manera que la reducción de la jornada solicitada y la concreción horaria postulada, no repercutan negativamente sobre el menor. Por ello, el trabajador, si se produce la negativa empresarial a aceptar su petición, debe acreditar en sede judicial que la reducción pretendida y la concreción horaria que se postula posibilita la adecuada atención del hijo menor de seis años, y permite compatibilizar adecuadamente la vida laboral con el desarrollo de la vida familiar. Por el contrario, el empresario debe acreditar la imposibilidad empresarial de hacer frente a la petición efectuada por el reclamante, evidenciando razones suficientemente justificadas para no acceder a la específica jornada solicitada por el trabajador.

En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sentencia de 18 de febrero de 2003 ha manifestado que “cuando la empresa no evidencie razones suficientemente justificadas para no acceder a la elección de la específica jornada adoptada o solicitada por el trabajador, será esta la que prospere, en tanto que cuando esas razones queden demostradas y el trabajador no aduzca otras motivaciones de mayor significado o relevancia puede prosperar el horario propuesto por la empresa, todo ello siempre dentro de los parámetros de la buena fe en la actuación tanto empresarial como del trabajador...”.

Así pues, y como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en sentencia de 31 de diciembre de 1999, que se remite a la del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1995, “se admite la oposición empresarial por razones organizativas, aunque, sólo excepcionalmente, cuando entra en colisión con el derecho del trabajador a la distribución horaria de la reducción de jornada para el cuidado de la menor, haciendo recaer, en este caso, sobre el trabajador la prueba de las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario frente al propuesto por la potestad organizativa empresarial”.

Conforme a lo sentado hasta ahora, y como declaró la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 26 de octubre de 2000, “ni el derecho del trabajador puede hacer ilusorio el del empresario a organizar su empresa en la forma que estime más conveniente o idónea para conformar los objetivos de la misma, ni esta facultad o *ius dirigendi* puede ejercitarse de manera que impida atender a la finalidad esencial del derecho del trabajador”. Por ello, como repetidamente se ha expuesto, en los casos de colisión de intereses, debe prevalecer la postura que se acredite como más idónea para la protección del menor, incluso con sacrificio empresarial, pues en estos casos no es objeto de una especial protección, lo que en modo alguno supone que el trabajador no deba probar de forma clara y precisa que la modificación horaria solicitada se ajusta a aquella finalidad.

En estos supuestos, es necesario el estudio caso por caso de la situación concretamente planteada, procurando la aplicación del principio general que debe regir la aplicación de este derecho al caso objeto de enjuiciamiento.

2º.-EJERCICIO DEL DERECHO CUANDO SE TRABAJA A TURNOS Y NO SE PRETENDE ELECCION DE TURNO.

Cuando el trabajador que pretende ejercitar su derecho de reducción de jornada presta sus servicios para el empresario en un régimen de trabajo a turnos, la primera posibilidad que se plantea es que se pretenda la reducción de la jornada de trabajo y la concreción horaria derivada de aquella, en cada uno de los turnos de trabajo en los que normalmente son prestados los servicios laborales. Es decir: si el trabajador presta servicios en turnos de trabajo de mañana, tarde y noche, o sólo de mañana y tarde, la reducción se pretende que afecte a cada uno de los turnos previamente establecidos o pactados.

En estos supuestos el planteamiento de la cuestión es esencialmente idéntico al expuesto para los casos de reducción de jornada cuando se trabaja con una jornada continuada o a jornada partida, es decir, la decisión debe ponderar el bien del menor, debe posibilitar su atención adecuada y debe ejercitarse el derecho conforme a los postulados de la buena fe, no resultando en extremo lesivo o perjudicial para el empresario.

Este planteamiento se ha mantenido por el Juzgado de lo Social nº 1 de Navarra en sentencia de 13 de octubre de 2004. En este supuesto la trabajadora demandante

trabajaba para la empresa demandada en turnos de mañana y de tarde, solicitando que la reducción de su jornada afectara al turno de mañana cuando la correspondiera trabajar en dicho turno, y al de tarde cuando tuviera que trabajar por la tarde. Pese a la oposición empresarial a la concreción horaria postulada, por razones organizativas, el Juzgado admite la pretensión y reconoce el derecho solicitado al resultar acreditado que el mismo posibilita la atención adecuada y conveniente del hijo menor, y permite compatibilizar su jornada laboral con la atención del menor y con el horario de trabajo del marido de la reclamante. El rechazo de la posición empresarial se basó esencialmente en la falta de prueba de la imposibilidad empresarial de hacer frente a la petición efectuada por la demandante, y en la apreciación de una causa justificada por parte de la reclamante para efectuar su concreta solicitud, rechazo al que no fue obstáculo el que quedara también acreditado que la nueva distribución horaria causa una mayor incomodidad a la empresa desde el punto de vista organizativo.

3.-EJERCICIO DEL DERECHO CUANDO SE TRABAJA EN REGIMEN DE TRABAJO A TURNOS, Y SE PRETENDE LA ELECCION DE UN TURNO CONCRETO.

El supuesto que ahora se plantea es esencialmente distinto al anterior, toda vez que en este caso el trabajador que reclama el derecho, presta servicios en régimen de trabajo a turnos rotatorios de mañana, tarde y noche, y solicita que el derecho a la reducción de jornada y la concreción horaria que de aquélla se deriva, recaigan en un turno concreto y no en otro. Esto es, el ejercitante del derecho pide la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor, y solicita igualmente la elección de un concreto turno de trabajo en el que prestar servicios, bien sea el de mañana, el de tarde o el de noche.

Respecto de este planteamiento las posiciones mantenidas por los Juzgados y tribunales han sido dispares.

Una primera postura establece la posibilidad de elección de turno, afirmando que del contenido del artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, no se desprende limitación alguna a este respecto. La sentencia de fecha 21 de junio de 2004, dictada por el juzgado de lo Social nº 3 de Valladolid analizó la cuestión desde la base de diferenciar la “jornada de trabajo” del “turno de trabajo”, afirmando que jornada de trabajo no es sinónimo de turno de trabajo, así “la jornada de trabajo podríamos

definirla como el tiempo que cada día o semana se dedica por el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo.... En tanto que el turno de trabajo está más directamente relacionado con el horario de trabajo, siendo la determinación de los periodos precisos con que cada día se ha de entrar y salir del trabajo según la jornada”.

El planteamiento parte de la presencia de dos categorías distintas aunque no distantes, y que no pueden ser identificadas y por ello debe asumirse que la limitación establecida en el artículo 37.6 de la Norma Estatutaria al hablar de la “jornada ordinaria”, debe entenderse referida a la jornada de trabajo y no a los turnos de trabajo, respecto de los cuales no se predica limitación legal alguna. En el supuesto analizado, la oposición empresarial no afectaba a la reducción de jornada solicitada y sí a la concreción horaria que era pretendida. A tal efecto la empresa mantuvo que si la jornada ordinaria de trabajo de la solicitante era realizada en turnos de trabajo, la concreción derivada de la reducción debía realizarse siguiendo esos turnos. El Juzgado, como hemos expuesto, rechaza el planteamiento y afirma que “en una interpretación literal del artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores no se establece la limitación (de la reducción) sea en los mismos turnos sino en la jornada ordinaria”, llegando también a la conclusión de admitir la reclamación sobre la base de aplicar el principio “*pro operario*” y por el hecho de que debe efectuarse una aplicación finalista de la norma para conseguir el fin que con la misma se pretende.

Un criterio semejante fue mantenido con anterioridad a la sentencia antes mencionada por las sentencias del Juzgado de lo Social nº 2 de Navarra de fechas 5 de abril de 2001 y 3 de julio de 2003, del Juzgado de lo Social nº 3 de Navarra de fecha 8 de septiembre de 2003, o del Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid de fecha 6 de mayo de 2004. Recientemente el Juzgado de lo Social nº 3 de Navarra en sentencia de 14 de febrero de 2005 ha reconocido igualmente el derecho a la elección de turno de trabajo como consecuencia del ejercicio del derecho de reducción de jornada.

Una segunda postura, dispar a la hasta ahora expuesta, se ha mantenido por otros órganos judiciales. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 22 de diciembre de 2002, revocatoria de la dictada por el juzgado, estableció que “es evidente que la actora tiene derecho a elegir el horario que le conviene dentro de su jornada laboral pactada, pero lo que no puede es modificar tal jornada laboral en el modo que pactó con la empresa y aquí no ofrece duda que fue un sistema de trabajo a turnos de mañana, tarde y noche, por lo que debe continuar realizando tales turnos y elegir el horario que desee trabajar dentro de cada turno, pues

de lo contrario no sólo se alteraría su contrato laboral sino también el régimen de trabajo de sus compañeros...”.

En un sentido muy parecido se ha pronunciado el Juzgado de lo Social nº 2 de Móstoles en sentencia de 21 de septiembre de 2004, recogiendo la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de diciembre de 1999, el Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona en sentencia de 21 de mayo de 2003, el Juzgado de lo Social nº 1 de Sabadell en sentencia de 15 de julio de 2002, el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid en sentencia de 24 de octubre de 2002, el Social nº 13 de Madrid en fecha 19 de abril de 2002, el Social nº 21 de Madrid el 5 de diciembre de 2002 o el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid en sentencia de 26 de abril de 2002, entre otras muchas. En estas resoluciones la expresión “jornada ordinaria” no permite modificar el régimen de trabajo a turnos establecido convencional o contractualmente.

A este respecto, es significativa la Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 220/2006 Madrid, de 29 marzo, en la que se establece que “como puede observarse, el apartado quinto prevé únicamente la reducción de la jornada de trabajo para quienes tengan a su cuidado directo a algún menor de seis años y el apartado sexto prevé que la concreción horario y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y reducción horario previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo correspondería al trabajador, dentro de su jornada ordinaria, pero la elección de turno de trabajo en ningún caso está prevista en el mencionado precepto, por lo que la sentencia de instancia deniega correctamente la pretensión de la demandante y en consecuencia debe desestimarse el recurso formulado y confirmarse la sentencia de instancia”.

En sentido similar se pronuncia la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 mayo de 2006, en donde se recoge que “la cuestión planteada del derecho a elegir turno por razón de guarda legal es una cuestión que solo a los órganos con potestad legislativa o a lo negociadores colectivos compete afrontar. Los Tribunales ordinarios, excediéndose de una razonable interpretación analógica, no pueden crear normas que respondan a los criterios que estimen de mayor justicia, pues ello supondría un desarrollo normativo sin potestad para ello”.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 febrero de 2005 mantiene también este criterio afirmando que nada establece el precepto legal en orden a la concreción horaria de la reducción de jornada, ni si en tal actuación debe prevalecer el criterio o las necesidades concretas del trabajador o las organizativas de la empresa, la Ley únicamente regula la concreción horaria otorgando derecho automático

de concesión al trabajador para reducir su jornada de trabajo, pero nada dice respecto del cambio de turno.

Recientemente la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en sentencia de 28 de febrero de 2005 ha vuelto a analizar el debate consistente en determinar si los trabajadores pueden o no concretar la reducción de la jornada con independencia del turno de trabajo que, cada semana, deban desempeñar en la empresa. Para la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional los trabajadores tienen la facultad de concretar su horario en cualquiera de los turnos que con carácter rotativo vienen desempeñando semanalmente, pues los únicos límites fijados en el Convenio Colectivo de aplicación a las relaciones estudiadas, vienen referidos al número de horas máximas semanales en la jornada ordinaria de trabajo, y la consideración de laborales de todos los días de la semana, debiendo resultar excluidas las reducciones que insten la concreción en determinados días de la semana o en cómputo anual, pero no las que respetando la distribución semanal postulen la concreción horaria en un determinado turno de trabajo.

4.-EJERCICIO DEL DERECHO CUANDO SE PRETENDE ELEGIR TURNO DE TRABAJO SIN QUE SE PRODUZCA REDUCCION ALGUNA EN LA JORNADA DE TRABAJO.

La cuestión que ahora se plantea es la de si el derecho que se analiza, sólo afecta a la reducción de la jornada laboral con elección de horario, o si también puede aplicarse a supuestos en los que sin que se produzca la citada reducción de jornada, el trabajador pretende elegir una jornada con un horario adecuado a los intereses familiares.

La cuestión ha sido abordada por el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid en sentencia de 6 de mayo de 2004. La trabajadora demandante, que prestaba servicios en turnos de mañana y tarde, no solicitó reducción alguna de su jornada de trabajo sino únicamente la modificación de sus turnos de trabajo manteniendo el mismo horario. La trabajadora, en definitiva, solicitó que su turno de trabajo fuera siempre el turno de mañana, sin solicitar reducción alguna de su jornada.

La primera dificultad con que nos encontramos a la hora de analizar la solicitud realizada por la trabajadora es la de encajar la petición en el contenido del artículo 37.5 y 6 del Estatuto, pues la modificación de turno de trabajo, sin la presencia de reducción alguna en la jornada de trabajo ordinaria, tiene un difícil encaje en la norma, que se

circunscribe al reconocimiento del derecho a una reducción de jornada cuando concurren determinados motivos familiares entre los cuales se encuentra el cuidado de un hijo menor de seis años. Es precisamente este el argumento utilizado por la empresa en su oposición a la pretensión de la trabajadora.

El Juzgado se cuestiona si la trabajadora, al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.5 y 6 del Estatuto, tiene o no derecho a modificar el turno de trabajo para hacerlo más compatible con sus responsabilidades familiares, y concluye reconociendo el derecho solicitado, optando por una interpretación teleológica y finalista del precepto en aras a conseguir una real y efectiva conciliación de las responsabilidades laborales y familiares, renunciando a una interpretación restrictiva y literal del mismo. Para el juzgador la laguna legal existente debe integrarse teniendo en consideración la finalidad perseguida por el artículo 37, que no es otra sino la de conciliar la vida laboral y la vida familiar. Sentado lo anterior, y establecido el derecho a la elección de turno, debe admitirse el derecho de la trabajadora a la concreción horaria, pues este derecho sólo en supuestos excepcionales de abuso de derecho, mala fe o manifiesto quebranto para la empresa, ha de decaer.

La resolución separa el derecho a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor, del derecho a la concreción horaria que en principio se deriva de la reducción, contemplando los derechos como derechos independientes lo que difícilmente se concilia con el tenor literal de la norma, aunque sí lo haga con el espíritu de la norma.

Semejante criterio se mantiene en la Sentencia del Juzgado de lo Social núm.10 de Málaga, de 13 octubre de 2005 al afirmar que “de esta forma, la concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho del trabajador que sólo en supuestos excepcionales ha de decaer, como en caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa”.

5.-EJERCICIO DEL DERECHO CUANDO SIN TRABAJAR A TURNOS SE PRETENDE EXCLUIR UN DIA CONCRETO DE LA SEMANA DE LA PRESTACION DE SERVICIOS.

La siguiente cuestión se plantea cuando el trabajador o la trabajadora que pretende ejercitar su derecho de reducción de jornada por cuidado de un hijo menor, pretende excluir de la prestación de servicios un día concreto de la semana.

El problema fue abordado por el Juzgado de lo Social nº 1 de Navarra en sentencia de 19 de septiembre de 2001, sentencia en la cual, tras reconocerse que es a la trabajadora solicitante a quien corresponde concretar el horario de trabajo del modo que le permita atender a las necesidades de su hijo, aun cuando ello suponga una variación del sistema de trabajo a turnos, siempre que demuestre que no distorsiona la actividad empresarial, y tras reconocer igualmente que debe prevalecer la elección de la trabajadora por encima de las inevitables incomodidades que pueda suponer para la empresa esa concreción horaria dentro de la jornada reducida, afirma que trabajándose en la empresa de lunes a domingo, el derecho de la trabajadora puede concretarse en un turno fijo pero siempre de lunes a domingo, no de lunes a viernes, ni de lunes a viernes excluyendo el sábado y trabajando el domingo.

El derecho que atribuye el artículo 37.5 implica la reducción de la jornada, pero no conlleva la posibilidad de alterar esta en otros aspectos que no sean su duración, de modo que si la jornada semanal es de lunes a sábado o de lunes a domingo, no puede acudirse al precepto antes mencionado para excluir de esa jornada a los sábados o a los domingos, pues se estaría variando unilateralmente la jornada, apreciación que ya fue puesta de manifiesto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sentencia de 4 de noviembre de 1997. En igual sentido se ha pronunciado el Juzgado de lo Social nº 2 de Navarra en sentencia de 22 de diciembre de 2004, el Juzgado nº 4 de Málaga en sentencia de 18 de abril de 2005 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 22 noviembre de 2005 en donde se establece que “la petición de reducción de la jornada laboral se entiende referida a la que habitualmente realiza la demandante, que va de lunes a sábado, es decir, a la recogida en la cláusula tercera del contrato de trabajo, máxime cuando la trabajadora en su solicitud guardó absoluto silencio sobre el compromiso de trabajar en festivos, compromiso expreso y claramente establecido en la cláusula 7ª del contrato que no se modificó y que ahora no podemos entender tácitamente derogado”.

Por el contrario, sentencias tales como la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de marzo de 2003, o la reciente sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid de 17 de marzo de 2005 han mantenido un criterio diferente.

En esta última resolución “nada impide en la ley una distribución irregular de la jornada de trabajo, de manera que la jornada reducida resultante puede concentrarse en determinados días o provocar la libranza de otros, salvo que se acredite que tal

pretensión es abusiva o responde a finalidades estratégicas espúreas”. Según esta postura interpretativa “si la ley hubiera querido referirse al “horario ordinario” no tendría por qué emplear el término “jornada”. Y aunque se entendiera “horario ordinario” no puede concluirse que la reducción haya de practicarse con criterios de uniformidad, reduciendo la prestación de servicios todos los días en la misma cuantía”.

En igual sentido se expresa la Sentencia Juzgado de lo Social núm.34 de Madrid de 7 marzo de 2006.

6.-CALCULO DE LA INDEMNIZACION EN LOS CASOS DE EXTINCION DE CONTRATOS DE TRABAJADORES CON JORNADA REDUCIDA POR CUIDADO DE UN HIJO MENOR.

Otra cuestión que se ha planteado siempre como consecuencia del ejercicio del derecho analizado, es el relativo a cual ha de ser el salario regulador de la indemnización que por despido improcedente debe corresponder a un trabajador que tiene, en el momento del cese, reducida su jornada en aplicación del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Con anterioridad a la reforma estatutaria mediante la Ley para la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, un trabajador despedido encontrándose en situación de reducción de jornada por cuidado de un hijo menor, debía acudir a las alegaciones relativas a la discriminación por razón de sexo o a las referentes a la vulneración de derechos fundamentales para amparar su reclamación, ya que no existía una protección efectiva y directa en los casos de despido en las mencionadas circunstancias.

La Ley 39/1999 estableció una regulación específica a este respecto, pero sin embargo, seguía existiendo una falta de cobertura legal en relación al concreto problema que ahora se analiza, toda vez que la norma no preveía una regulación específica para determinar el salario regulador que debe tenerse en consideración para el cálculo de la indemnización en los casos de despido.

El problema dio lugar a diversos pronunciamientos judiciales de muy diverso signo. El Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de septiembre de 1985 acudió al criterio general según el cual el salario regulador debía ser el salario correspondiente al trabajador en el momento del despido, estimando que la reducción de la jornada se debía a la voluntad del trabajador y en su propio interés.

En otros casos el Alto Tribunal estimó que el módulo salarial debía ser el correspondiente al momento inmediatamente anterior a producirse la reducción de jornada, y así lo hizo constar en sentencia de 6 de abril de 1990, o de 25 de febrero de 1993, para terminar afirmando, en sentencia de 15 de octubre de 1990, que frente al criterio general de que el salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización es el realmente percibido por el trabajador, es posible constatar la presencia de determinadas excepciones, y una de ellas es precisamente el supuesto ahora analizado. Por la excepcionalidad de la situación, la indemnización debe calcularse como si de una jornada a tiempo completo se tratase. Así pues en los casos de reducción de jornada, el salario regulador a estos efectos debe ser aquél que le correspondería al trabajador que ejerce el derecho como si en ese momento trabajara a tiempo completo, no el salario completo que percibía con anterioridad a otorgarse la reducción, así lo ha entendido la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001.

En definitiva, la única consecuencia negativa que debe derivarse de la reducción de jornada, es la de no percibir la remuneración correspondiente a la reducción, pero para el cálculo de la indemnización, debe atenderse al salario del momento del despido sin tener en consideración la reducción de la jornada.

La polémica jurisprudencial, prácticamente inexistente tras los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo, se elimina de raíz con la nueva Ley de Igualdad, toda vez que esta introduce una nueva Disposición Adicional en el ET, la decimoctava, según la cual “En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37, apartados 4 bis, 5 y 7 el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha resolución”.

Es por tanto este uno de los supuestos en los que la Ley recoge el criterio jurisprudencia existente en la materia.

7.-EFECTOS DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE UN HIJO MENOR DE SEIS AÑOS EN EL COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD A PERCIBIR POR EL TRABAJADOR.

Para establecer los efectos que el ejercicio del derecho a la reducción de jornada por razones familiares produce sobre el complemento de antigüedad, debe traerse a

colación la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 25 de enero de 2005, recurso de casación num. 24/2003, sentencia en donde se recoge de manera expresa que los trabajadores acogidos a la reducción legal de su jornada de trabajo ordinaria, no tienen derecho a percibir el complemento de antigüedad como si se tratara de la realización de su jornada ordinaria de trabajo.

La reclamación de la surge la sentencia del Tribunal Supremo se articula a través de un Conflicto Colectivo en donde se solicita el dictado de una sentencia en la que se declare el derecho de los trabajadores con jornada reducida por cualquiera de los motivos establecidos en la Ley 39/1999, al percibo íntegro del plus de complemento por antigüedad, en igualdad de condiciones que los trabajadores que realicen la jornada ordinaria establecida en el convenio colectivo de aplicación.

La reclamación fue inicialmente rechazada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y esta fue confirmada por el Tribunal Supremo.

La cuestión litigiosa se resuelve partiendo de la redacción dada por el convenio colectivo de aplicación, regulación a la que se remite el artículo 25 del Estatuto de los Trabajadores.

El Tribunal Supremo ya había establecido el 25 de mayo de 2004 que el abono proporcional de la antigüedad a quien tiene reducción de jornada por cuidado de hijo, no es contrario a la Ley ni a preceptos constitucionales.

8.-SITUACIÓN DE DESEMPLEO DESDE LA SITUACIÓN DE REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE UN HIJO MENOR DE SEIS AÑOS.

Otro problema derivado del ejercicio del derecho a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor, es el de establecer cómo calcular la cuantía de la prestación por desempleo de un trabajador que encontrándose en situación de reducción de jornada se coloca en situación de desempleo.

El Tribunal Supremo, en una primera sentencia de 6 de abril de 2004 estableció que la base reguladora de la prestación por desempleo debía ser el promedio de la base por la que hubiera cotizado la trabajadora en los 180 días anteriores a la fecha en que se comenzó a cotizar conforme al salario de una jornada reducida. El criterio demostraba una especial sensibilidad hacia la maternidad y su incidencia en la adquisición de

derechos de la Seguridad Social, analizando para ello, no sólo el artículo 211 de la LGSS, sino también las normas de derecho del trabajo relativas a la materia.

Este criterio fue modificado en un espacio de tiempo muy corto, y así el 4 de noviembre de 2004 el Tribunal Supremo cambia de criterio y establece que no hay lagunas legales en nuestro ordenamiento jurídico y el supuesto de reducción de jornada se contempla en el artículo 211 de la LGSS que establece el principio general de proporcionalidad entre la renta sustituida y la renta de sustitución. La prestación por desempleo será por tanto, el promedio por lo que se haya cotizado por esta contingencia en los últimos 180 días trabajados. En igual sentido se han manifestado las sentencias de 23 de noviembre de 2004 y de 14 de marzo de 2005 en donde se consolida una interpretación ciertamente regresiva para los intereses de la conciliación de la vida laboral y social.

La nueva Ley, se hace eco de esta polémica y decide zanjarla añadiendo un nuevo apartado 5 al artículo 211 de la LGSS, cuyo tenor literal es el siguiente: “En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial

Si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máxima y mínima a que se refieren los apartados anteriores se determinarán teniendo en cuenta el IPREM, en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada”

9.-PRESTACIONES

La nueva regulación se refiere igualmente a las cotizaciones efectuadas en situación de reducción de jornada por cuidado de un menor, e introduce los apartados 3 y 4 en el artículo 180 de la LGSS, según los cuales “Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción de jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer

año en el resto de supuestos de reducción de jornada contemplados en el mencionado artículo.

Cuando las situaciones de excedencia señaladas en los apartados 1 y 2 hubieran estado precedidas por una reducción de jornada en los términos previstos en el artículo 37.5 del ET, a efectos de la consideración como cotizados de los periodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción de jornada de trabajo”.

Se pretende evitar un perjuicio excesivo en el percibo de prestaciones de Seguridad Social a quien ha decidido disfrutar de su derecho a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor, efectuando un incremento ficticio de las cotizaciones, que impidan una reducción en el cálculo de la base de cada una de las prestaciones a percibir por el trabajador.

VI.-CONCLUSIONES.

A modo de conclusión debe establecerse que el ejercicio de este derecho debe estar presidido por el principio general, tantas veces apuntado, de que cuando existen discrepancias, o cuando surge el conflicto de intereses entre el trabajador y el empresario como consecuencia del ejercicio del derecho a la reducción de jornada y a la concreción horaria por cuidado de un hijo menor, debe prevalecer aquella posición que pueda considerarse más idónea para la adecuada atención del menor, teniendo siempre en consideración que el ejercicio de este derecho debe estar regido siempre por el principio de buena fe, y no resultar en extremo perjudicial para el empresario.

El ejercicio de este derecho no presenta mayores problemas que los derivados de la correcta aplicación de este principio general, cuando nos encontramos ante trabajadores que solicitan la reducción de jornada y trabajan en jornada de trabajo continuada o partida, no planteándose tampoco excesivos problemas cuando el trabajador presta servicios en régimen de trabajo a turnos y postula la reducción en cada uno de los turnos que normalmente tiene asignados. En los supuestos en los que se pretende la elección de un turno de trabajo específico en el que concretar la reducción, las posturas de los tribunales son dispares pudiendo apreciarse una mayor inclinación hacia aquellas posturas que permiten la elección de turno. Esta inclinación sin embargo es contraria a la admisión cuando lo pretendido es la exclusión de la prestación de

servicios en un día concreto de la semana, cuando la jornada de trabajo de la empresa se distribuye en toda ella, existiendo mayor paridad en las posturas cuando lo postulado es la elección de un determinado turno de trabajo sin reducción alguna de la jornada.

Por lo demás, la única consecuencia negativa que debe derivarse de la reducción de jornada, es la de no percibir la remuneración correspondiente a la reducción, lo que tiene su reflejo en el cálculo de la indemnización que puede corresponder al trabajador en los casos de extinción de su contrato de trabajo, y en el cálculo de las prestaciones por desempleo tal y como esta cuestión se concibe en la nueva Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.