

## **LAS ADAPTACIONES DE LA PRESTACIÓN LABORAL A LAS NECESIDADES DE CONCILIACIÓN FAMILIAR: UNA PERSPECTIVA TÓPICA**

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Cádiz (España)  
[antonio.alvarez@uca.es](mailto:antonio.alvarez@uca.es)

### **RESUMEN**

Este trabajo explora la aplicación del método tópico al contexto del Derecho Laboral, específicamente en relación con las adaptaciones de la jornada y del modo de prestación de trabajo para satisfacer las necesidades de conciliación familiar, según el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores español. Se trata de una norma "de textura abierta" que genera una cierta incertidumbre para los operadores jurídicos porque a primera vista apunta a un conflicto de intereses que debe reconducirse, sin embargo, a una solución razonada en Derecho. A través de un enfoque que combina la retórica clásica con la teoría de la argumentación jurídica moderna, el estudio propone un marco teórico que permite identificar los "tópicos" aplicables a estas situaciones. Posteriormente, se proporcionan herramientas argumentativas concretas para las partes, combinando este marco teórico con la observación de la práctica judicial. Finalmente, se ofrecen una serie de orientaciones metodológicas para asistir a los jueces en la adopción y justificación de sus resoluciones en esta materia.

**Palabras clave:** Adaptación de jornada, conciliación de la vida familiar y laboral, razonamiento judicial, argumentación jurídica, tópica jurídica.

## RESUMO

Este traballo explora a aplicación do método tópico ao contexto do Dereito Laboral, especificamente en relación coas adaptacións da xornada e do modo de prestación de traballo para satisfacer as necesidades de conciliación familiar, segundo o artigo 34.8 do Estatuto dos traballadores español. Trátase dunha norma "de textura aberta" que xera unha certa incerteza para os operadores xurídicos porque a primeira vista apunta a un conflito de intereses que debe reconducirse, con todo, a unha solución razoada en Dereito. A través dun enfoque que combina a retórica clásica coa teoría da argumentación xurídica moderna, o estudo propón un marco teórico que permite identificar os "tópicos" aplicables a estas situacións. Posteriormente, proporciónanse ferramentas argumentativas concretas para as partes, combinando este marco teórico coa observación da práctica xudicial. Finalmente, ofrécense unha serie de orientacións metodolóxicas para asistir aos xuíces na adopción e xustificación das súas resolucións nesta materia.

**Palabras chave:** Adaptación de xornada, conciliación da vida familiar e laboral, razoamento xudicial, argumentación xurídica, tópica xurídica.

## ABSTRACT

This paper explores the application of the topical method in the context of Labor Law, specifically regarding the adaptations of working hours and modes of work to meet family reconciliation needs, as stipulated in Article 34.8 of the Spanish Workers' Statute. This provision, characterized by its "open texture," generates some uncertainty for legal practitioners, as it initially presents a conflict of interests that must be resolved through a reasoned legal solution. By combining classical rhetoric with modern legal argumentation theory, the study proposes a theoretical framework that identifies the "topics" applicable to these situations. Subsequently, concrete argumentative tools are provided for the parties involved, integrating this theoretical framework with observations of judicial practice. Finally, a series of

methodological guidelines are offered to assist judges in adopting and justifying their decisions in this area.

**Keywords:** Schedule adaptation, Work-Family Balance, Judicial Reasoning, Legal Argumentation, Legal Topical Method.

## **SUMARIO**

**1. INTRODUCCIÓN; 2. EXPOSICIÓN BÁSICA DE LA PROPUESTA TÓPICA Y DE SUS PRINCIPALES PROBLEMAS; 3. LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS; 4. LA CONFIGURACIÓN DE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS COMO UN "ESTADO DE LA CAUSA"; 5. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS: ARGUMENTACIÓN DE LAS PARTES Y CATÁLOGO DE TÓPICOS; 6. CONCLUSIÓN FINAL: EL USO DE LA TÓPICA POR PARTE DEL JUEZ.**

### **1. INTRODUCCIÓN**

A menudo se concibe el Derecho como un conjunto de normas que establecen soluciones predeterminadas para los conflictos que pudieran presentarse en la sociedad. Desde esta perspectiva, el saber jurídico consistiría fundamentalmente en conocer el contenido de estas normas, de manera que, frente a un problema concreto, el jurista podría simplemente encontrar la "única respuesta correcta" a través de una sencilla operación lógica de subsunción de los hechos del caso en el enunciado general de la norma abstracta. Ciertamente, esta visión del Derecho es más habitual en el común de los ciudadanos que entre los operadores jurídicos, por cuanto estos últimos generalmente son conscientes de que no concuerda del todo con la realidad práctica de su actividad, que, de hecho, en gran medida no sería socialmente necesaria si la respuesta a los problemas jurídicos pudiera siempre alcanzarse con tanta facilidad.

Ello no implica que esta perspectiva carezca de valor. Se trata más bien de un ideal regulatorio, vinculado a la necesidad social de generalización de expectativas que en el lenguaje técnico se denomina "seguridad jurídica" (art. 9.3 CE). Lo

cierto es que, a menudo, esta necesidad se satisface de manera efectiva, en la medida en que las normas jurídicas consiguen predeterminar un punto de equilibrio claro respecto a determinados conflictos de intereses presentes en la sociedad, de modo que estos no se vean sometidos a una renegociación continua en el desenvolvimiento cotidiano de la vida social. Por ejemplo, en la mayoría de los casos, las empresas determinan rutinariamente la cuantía del salario de sus trabajadores a partir del convenio colectivo que resulta de aplicación, sin que la cuestión resulte problemática; ciertamente, seguirá existiendo un conflicto de intereses en relación con la estipulación de esta cantidad en el convenio, pero esta controversia podrá reconducirse a los procesos periódicos de negociación colectiva. Por supuesto, en muchos casos se producen discrepancias respecto a la interpretación y aplicación de estos parámetros normativos -también de los que rigen la cuantía salarial-, de manera que la solución no aparecerá de manera obvia y las partes en conflicto tratarán de defender posiciones distintas en función de sus intereses. Gran parte de la práctica jurídica se orienta a la solución de estos "casos difíciles" o incluso "trágicos"<sup>1</sup>, que ponen de manifiesto la imposibilidad de realización plena del ideal de un sistema jurídico capaz de determinar de antemano la respuesta a todos los problemas.

Los motivos por los que la "teoría de la subsunción" no puede aplicarse a todos los supuestos son muy variados, pero en este caso me interesa destacar uno de ellos: el principio de seguridad jurídica no es un valor absoluto, sino que debe conciliarse de algún modo con la necesidad de que la solución

---

<sup>1</sup> Atienza Rodríguez, "Sobre lo razonable en el Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989, pp. 97-101. Los casos difíciles serían aquellos en los que es necesario alcanzar un punto de equilibrio entre dos principios contrapuestos (por ejemplo, la libertad de empresa y la conciliación de la vida familiar); en los "casos trágicos", no es posible encontrar una solución sin sacrificar elementos esenciales de alguno de estos valores o principios; por ejemplo, un supuesto en el que la persona trabajadora tuviera necesidades de conciliación absolutamente imperiosas que fueran totalmente incompatibles con la prestación de servicio que es objeto del contrato.

a los problemas jurídicos responda de manera adecuada a las circunstancias concurrentes en cada situación concreta. Así, por ejemplo, parece poco apropiado que el ordenamiento jurídico responda de manera contundente -ya sea en sentido afirmativo o negativo- a la pregunta de si la empresa puede prohibir la exhibición de símbolos religiosos en el lugar de trabajo o utilizar cámaras para controlar el desarrollo de la prestación laboral. La respuesta más adecuada a estas situaciones va a depender necesariamente de las circunstancias particulares de cada caso y, aunque ciertamente el legislador podría establecer algunos parámetros orientativos, difícilmente puede prever con antelación todas las posibilidades que se puedan presentar en el futuro.

En estos casos, los juristas prácticos pueden encontrarse con recursos argumentativos limitados para construir soluciones apropiadas, particularmente en el caso español, en el que la enseñanza del Derecho y el discurso sobre el ordenamiento jurídico siguen estando sustentados sobre un cierto formalismo de origen kelseniano, por más que a nivel teórico y entre los profesionales, esta perspectiva esté relativamente desprestigiada<sup>2</sup>. En definitiva, "saber Derecho" se sigue identificando con el conocimiento de una serie de enunciados normativos, organizados en un sistema que se presenta como coherente y cerrado. En este contexto, el aprendizaje de las técnicas de argumentación jurídica para resolver casos "difíciles" o "trágicos" tiende a desarrollarse de manera más intuitiva y menos explícita, a través de la práctica misma, sin ningún método que permita reflexionar activamente sobre esta experiencia o que se dirija a mejorar su eficacia. Esta actitud frente al Derecho parece contrastar con la que se tenía en la Antigüedad Clásica, en la que la disciplina de la Retórica tenía una considerable relevancia explícita, tanto en la formación de los juristas como en su actividad práctica. En este contexto, resulta de interés traer a colación la contribución teórica que hizo Theodor Viehweg a mediados

---

<sup>2</sup> Atienza Rodríguez, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, 2006, p. 23.

del siglo XX, que influyó notablemente en la configuración de un cierto giro retórico y argumentativo en la ciencia jurídica. Viehweg tomaba de algún modo su inspiración en el mundo clásico y proponía una rehabilitación de la "tópica" como método jurídico<sup>3</sup> frente al modelo entonces dominante, que, hasta cierto punto, sostenía la necesidad de un proceder "sistemático" y "lógico" que permitiera deducir las soluciones jurídicas de una serie de mandatos genéricos -normas jurídicas positivas o conceptos abstractos-, que habían de contener por sí mismas la respuesta a todos los problemas que pudieran suscitarse.

El propósito de este trabajo es explorar las posibilidades que presenta este enfoque "tópico", proyectándolo sobre un supuesto específico del Derecho del Trabajo español actual, que constituye un caso extremo de incertidumbre que no puede afrontarse desde la lógica de la subsunción<sup>4</sup> y que está provocando en la actualidad una notable litigiosidad. Se trata de la adaptación de la jornada, el horario y otros aspectos de la prestación laboral a las necesidades de conciliación familiar que se prevé en el art. 34.8 ET. De acuerdo con este precepto, las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar adaptaciones de la prestación laboral a la necesidad de conciliar el trabajo con sus responsabilidades familiares, siempre que sean "razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa". Una vez hecha la solicitud, la norma remite a los procedimientos que pudiera establecer la negociación colectiva y, en su defecto, determina una serie de pautas para la negociación individual. Esto se debe a que, en este caso, el legislador no puede establecer un punto de equilibrio predeterminado

---

<sup>3</sup> En realidad, Viehweg rechaza el uso del término "método", pero lo hace partiendo de una acepción que a mi juicio es demasiado estricta y que en todo caso carece de relevancia a los efectos de este trabajo.

<sup>4</sup> Lousada Arochena, J.F. "Reducción de jornada y adaptación del trabajo por motivos de conciliación en la doctrina judicial", *Trabajo y Derecho*, 70/2020, pp. 1-2 [la paginación se refiere al ejemplar electrónico generado por la base de datos], se refiere a este tipo de enunciados normativos como "normas de textura abierta".

entre los intereses contrapuestos de las partes, dado que su articulación óptima depende de las circunstancias concurrentes en cada supuesto particular, esto es, de las necesidades familiares concretas de la persona trabajadora y de la incidencia específica de la modificación propuesta en la organización de la empresa<sup>5</sup>, de modo que se procura reconducir la armonización de intereses a un proceso de negociación individual entre las partes en conflicto.

El problema se plantea cuando los implicados no consiguen alcanzar un acuerdo, lo que, desgraciadamente, sucede a menudo. A este respecto, el legislador no puede atribuir preponderancia a ninguna de las posiciones en liza, porque ello condicionaría radicalmente los resultados de la negociación previa, de modo que no tiene más remedio que remitir la solución definitiva del problema a la decisión judicial. Sin embargo, en las democracias liberales contemporáneas, los jueces no operan como árbitros que compongan discrecionalmente los intereses de las partes, por cuando la legitimidad de sus decisiones frente a la ciudadanía no deriva de su carisma personal, de su prestigio profesional a título individual o de alguna atribución divina de facultades sobrenaturales, sino

que se sostiene sobre la configuración de estas decisiones como respuestas razonadas sobre la base de una serie de textos normativos formalmente atribuidos a la voluntad popular. En este caso, dado que la normativa aplicable no establece claramente una solución predeterminada, la intervención del juez podría percibirse externamente como un puro arbitraje de equidad<sup>6</sup>, lo que de ningún modo encajaría en el modelo constitucional. Se produce aquí lo que en el mundo clásico llamaban "aporía": una situación en la

---

<sup>5</sup> Álvarez del Cuvillo, A. "Retórica y ponderación judicial en las adaptaciones de la prestación laboral a las necesidades de conciliación". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 479/2024, pp. 50-51.

<sup>6</sup> Apunta estas contradicciones, Jurado Segovia, A., "Tutela del derecho", en F. Pérez de los Cobos Orihuel y E. Monreal Bringsvaerd (Dirs.), *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación: preguntas y respuestas*, Wolters Kluwer, p. 273.

que, a primera vista, no parece haber una respuesta racional a un problema, al menos con los recursos argumentativos disponibles. Precisamente, el modelo de la tónica de Viehweg dice enfocarse sobre la "aporía", por lo que resulta de interés averiguar si esta propuesta metodológica en particular o, con carácter más general, una cierta recuperación de la "tónica" clásica y del enfoque retórico, pueden arrojar algo de luz sobre el problema.

Por supuesto, los parámetros que debe utilizar el juez para abordar estas cuestiones son totalmente ajenos al contexto social, histórico y político de la Antigüedad Clásica, en el que, por muchas razones, jamás se podría haber discutido sobre los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional de los trabajadores asalariados. Sin embargo, precisamente por eso, resulta de interés utilizar un caso como este para determinar en qué medida la metodología tónica tiene utilidad hoy en día, más allá de su aplicación a ciertas instituciones jurídicas donde la influencia del Derecho Romano sigue estando presente. No se me escapa que el problema de la adaptación de la prestación de trabajo a las necesidades familiares parece encajar con cierta facilidad en la teoría más moderna de Robert Alexy sobre la ponderación entre principios jurídicos, por más que esta se haya enfocado particularmente sobre los derechos fundamentales<sup>7</sup>. Precisamente por eso, es necesario analizar cuáles pueden ser las relaciones entre ambas teorías, por ejemplo, si presentan algún tipo de complementariedad entre ellas<sup>8</sup> (epígrafe 3).

Para abordar toda esta problemática, este trabajo asume en gran medida una metodología filosófica (epígrafes 2, 3 y 4). Sin embargo, no se pretende con ello trabajar en un plano

---

<sup>7</sup> No parece que la conciliación de la vida familiar y laboral, considerada en sí misma, sea un derecho fundamental, en el sentido restringido que se ha generalizado en el ordenamiento español y que se refiere a los derechos protegidos por las garantías específicas del art. 53.2 CE. No obstante, su conexión material con la igualdad entre hombres y mujeres conecta a menudo su ejercicio con la prohibición de discriminación indirecta.

<sup>8</sup> Berumen Campos, A. "Ponderación de principios y tónica jurídica". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 143/2015, per totum.



puramente abstracto, disociado de la realidad práctica, sino más bien todo lo contrario. En efecto, siguiendo la tradición eminentemente pragmática de la Retórica clásica, se intenta ayudar a las partes a elaborar argumentos en favor de sus posiciones, ofreciéndoles un “catálogo de tópicos” derivado de la proyección del marco teórico sobre la observación de la práctica judicial (epígrafe 5). Por último, el objetivo final de este trabajo consiste en proporcionar herramientas concretas al juez para la elaboración de sus sentencias en esta materia (epígrafe 6).

## **2.EXPOSICIÓN BÁSICA DE LA PROPUESTA TÓPICA Y DE SUS PRINCIPALES PROBLEMAS**

La famosa obra de Viehweg, “Tópica y jurisprudencia”<sup>9</sup>, toma como punto de partida la contraposición entre dos métodos “científicos”: el método tópico y el método crítico<sup>10</sup>. El método tópico -atribuido a la Antigüedad Clásica- se sostendría sobre “lo verosímil”, mientras que el “método crítico” -fuertemente conectado al pensamiento cartesiano-, se caracterizaría por hacer deducciones en cadena a partir de una verdad primera (p. 27). Con objeto de profundizar en el primero de estos métodos, nuestro autor explora el pensamiento de Aristóteles, en el que se acude a unas herramientas argumentativas denominadas “tópicos” (*topoi*), en el terreno de la Dialéctica, es decir, de lo que resulta opinable o discutible en un momento dado. En este contexto, los tópicos serían “puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean en favor y en contra de lo

---

<sup>9</sup> Viehweg, T. , *Tópica y jurisprudencia*, (Trad. L. Díez-Picazo Ponce de León), Taurus, 1964 [publicado originalmente en 1953]. Los números de página se indican en el texto.

<sup>10</sup> Viehweg expone esta distinción basándose en el filósofo de la Edad Moderna Giambattista Vico. Sin embargo, esta contraposición parece tener su origen remoto como mínimo en la antigua Roma, pues ya se menciona con cierta vaguedad en Quintiliano, *Instituciones Oratorias*, V, 14. 2.

opinable y que parecen conducir a la verdad” (p. 38). A continuación, expone la evolución de esta idea en la obra de Cicerón, en la que los “tópicos” aparecen como “lugares de los que se extraen los argumentos”; a este respecto, la intención de Cicerón sería más pragmática -persuadir al oyente- que puramente teórica -descubrir la verdad- y, por eso mismo, el autor romano aporta un catálogo de tópicos con ejemplos concretos explícitamente referidos a la práctica jurídica.

A partir de estos precedentes clásicos, Viehweg define la tópica como una técnica del pensamiento orientada hacia el “problema” o la “aporía”. Un problema es una cuestión que aparentemente admite más de una respuesta, pero respecto de la cual es necesario adoptar solo una (p. 50). Cuando el enfoque se pone en el “sistema” en lugar de en el “problema”, entonces será el sistema el que determine qué tipo de problemas pueden encajar en él; en cambio, cuando el énfasis se pone en el problema, es este el que apunta al sistema que resulta más adecuado para afrontarlo (p. 51); en ese sentido, la tópica es una reflexión relacionada con la elaboración -“invención”- de las premisas que posteriormente se van a utilizar en el razonamiento que resuelve un problema determinado (p. 58). Esta búsqueda puede realizarse a través de dos procedimientos. La “tópica de primer grado” consiste en seleccionar de manera tentativa y relativamente arbitraria una serie de “puntos de vista” que pueden servir como referencia para abordar el problema (p. 53); por su parte, la “tópica de segundo grado” acude a ciertos repertorios de puntos de vista preparados de antemano, pero que no derivan de una deducción previa, sino que solo cobran sentido a partir del problema mismo (p. 55). Por lo demás, aunque la Retórica clásica se refiere a los tópicos como contenedores abstractos para cualquier tipo de problemas, Viehweg también considera que hay determinados tópicos que son propios solamente de ramas del saber específicas, como sucede con el Derecho (p. 54). Posteriormente, argumenta que el método tópico era el que se utilizaba en el *ius civile romano* (pp. 67 y ss) y en el *mos*

*italicus* (pp. 87 y ss). Asimismo, sostiene que los intentos más modernos de convertir el Derecho en un sistema cerrado del que pudieran obtenerse deducciones automáticas, o incluso matemáticas, no han tenido ningún éxito (pp. 105-124), de manera que la metodología tópica se ha terminado deslizando subrepticamente en la doctrina civilista europea (p. 127 y ss).

A mi juicio, el principal problema que presenta la propuesta metodológica de Viehweg es su elevado grado de abstracción, que implica una cierta ambigüedad respecto a sus planteamientos. Esta excesiva abstracción conduce a su vez a varias dificultades prácticas, que han sido identificadas por la doctrina:

-En primer lugar, podría dudarse de si se trata de una teoría puramente descriptiva -es decir, si explica cómo funciona el Derecho- o también prescriptiva -esto es, si propone cómo debería de funcionar-<sup>11</sup>. A mi juicio, el planteamiento de Viehweg tiene una base fundamentalmente descriptiva, pero de ella derivan consecuencias prescriptivas. En efecto, se sostiene que la práctica jurídica funciona *realmente* según el modelo tópico, de manera que la teoría, para dar cuenta de ello, tiene que cambiar su paradigma y enfocarse en el Derecho como "actividad argumentativa" frente a la idea dominante del Derecho como "conjunto de normas" o "sistema conceptual". Por otra parte, como práctica argumentativa, no se trataría de una actividad puramente lógica, sino sobre todo dialéctica y retórica, porque trata sobre cuestiones opinables y, por tanto, nunca resueltas de modo definitivo. En ese sentido, se defiende que el papel de la "invención" retórica es mucho más relevante que el de la "subsunción"<sup>12</sup>. De cualquier modo, esta descripción del funcionamiento de la práctica jurídica termina sugiriendo también una *actitud* determinada para el jurista práctico, que está cargada de elementos normativos: "Este modo de trabajar se caracteriza sobre todo porque permite a los

---

<sup>11</sup> García Amado, J.A., *Teorías de la tópica jurídica*, Palestra, 2018 [texto original de 1988], p. 81.

<sup>12</sup> Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia...*, *Op. Cit.*, p. 121.

juristas entender el derecho no como algo que se limitan a aceptar, sino como algo que ellos construyen de una manera responsable”<sup>13</sup>. Ahora bien, si lo que queremos es resolver problemas como el de la búsqueda y justificación de un punto de equilibrio entre los intereses del trabajador y de la empresa en relación con las solicitudes de adaptación de la prestación de trabajo a las circunstancias familiares, salta a la vista que la disposición del juez a contribuir a la creación del Derecho buscando la justicia del caso concreto puede ser una condición necesaria, pero no suficiente. Seguramente, nuestro esforzado juez agradecerá que los académicos le proporcionemos algún tipo de orientación teórica que le ayude a salir de la aporía, por más que no se le puedan aportar certezas, porque las características de la cuestión a tratar -por definición, opinable-, lo impiden.

-En este contexto, surge un segundo problema: el de si la tópica es un procedimiento dialéctico para la obtención de un conocimiento probable o verosímil respecto a la solución de un problema jurídico o si se trata tan solo de una técnica retórica para persuadir al auditorio de la solución previamente adoptada por quien concibe el razonamiento. A este respecto, son diferentes las aproximaciones de Aristóteles y Cicerón<sup>14</sup>. Para Aristóteles, una de las funciones de la dialéctica y, por tanto, de la tópica, consiste en distinguir más fácilmente lo “verdadero” de lo “falso”, tanto en términos generales como respecto a cada tipo de conocimiento<sup>15</sup>. En cambio, para Cicerón, la tópica forma parte de la invención retórica<sup>16</sup>, que consiste en “la búsqueda de argumentos verdaderos o verosímiles que hagan creíble nuestra causa”<sup>17</sup>. Dicho de otro modo, en lo que respecta al género judicial, Cicerón se sitúa en la posición de los litigantes que van a defender una postura predeterminada y

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>14</sup> García Amado, J.A., *Op. Cit.*, p. 70.

<sup>15</sup> Aristóteles, *Tópica*, I, 110a-110b, 30-35.

<sup>16</sup> Cicerón, *Tópicos*, II.

<sup>17</sup> Cicerón, *La invención retórica*, I, 9-7.

no en la de los jueces que tienen que poner fin a la controversia. Eso no quiere decir que se desentienda de la búsqueda del conocimiento; al contrario, afirma expresamente que la Retórica debe venir acompañada de la sabiduría y ponerse a su servicio<sup>18</sup>. Simplemente, la aprehensión de la verdad de las cosas sería el punto de partida de la argumentación y no el de llegada<sup>19</sup>. Como ya se ha dicho, el propósito de este trabajo es explorar los posibles usos de la tópica para orientar a los jueces en la adopción de decisiones difíciles -o "trágicas"-, frente a las solicitudes de adaptación de la prestación de trabajo. Por lo tanto, resulta de interés examinar las posibilidades que tiene la invención retórica como instrumento de apoyo para encontrar una respuesta apropiada para afrontar cuestiones opinables. Ciertamente es que, en un momento posterior, el propio juez tendrá que presentar su razonamiento de manera inteligible o efectiva, pero antes de persuadir a los demás, deberá "convencerse a sí mismo". A este respecto, sostengo que los procedimientos de indagación que se utilizan para defender una determinada posición de manera persuasiva (Retórica) pueden facilitar la fijación de la posición del intérprete en cuestiones opinables (Dialéctica)<sup>20</sup>.

-En tercer lugar, el concepto de "tópico" presenta una notable indefinición que podría dificultar su operatividad. En época arcaica se utilizaba esta palabra para hacer referencia a esquemas formales que se podían aplicar a cualquier tema para generar argumentos<sup>21</sup>, o, con otras palabras, puntos de

---

<sup>18</sup> Cicerón, *La invención retórica*, I, 1.

<sup>19</sup> García Amado, J.A., *Op. Cit.*, p. 70.

<sup>20</sup> Esta idea coincide con mi experiencia personal como árbitro de elecciones a representantes de los trabajadores durante más de diez años. Aunque es habitual que se parta de una idea intuitiva de cuál es la solución "correcta" tras las alegaciones de las partes y la práctica de la prueba, no es extraño que esta posición inicial se modifique durante el proceso de elaboración de la argumentación destinada a justificarla. Solo a través de la argumentación misma somos capaces de comprender los casos difíciles en su globalidad.

<sup>21</sup> Guzmán Brito, A., "Dialéctica y retórica en los "Tópica" de Cicerón", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Historia del Pensamiento Jurídico y Político]*, XXXII, 2010, p. 169.

vista o “clichés” argumentativos<sup>22</sup>. Siguiendo esta pauta arcaica solo hasta cierto punto, tanto Aristóteles como Cicerón presentan inicialmente los tópicos como “lugares comunes” de los que se obtienen las proposiciones del discurso<sup>23</sup>. Con esto se refieren en principio a una serie de ideas muy abstractas que pueden utilizarse estratégicamente para concebir argumentos respecto de cualquier tema, con objeto de sostener una posición determinada; así, por ejemplo, serían tópicos la “similitud”, la “comparación”, la “contraposición” o la “reciprocidad”. Estas ideas operarían como contenedores abstractos, que solo cobrarían sentido al conectarse con el problema y generar el argumento concreto. Así, por ejemplo, puede acudir al lugar común de las “consecuencias” para señalar que un determinado horario de trabajo es incompatible con el cuidado de un menor. No obstante, al mismo tiempo, Cicerón utiliza la expresión *loci* (lugares o tópicos) para referirse a estrategias argumentativas mucho más concretas, que se presentan de manera estandarizada en determinadas situaciones, como por ejemplo, la idea de afirmar en el juicio que “ningún acto puede ser considerado como inútil o vergonzoso, o al contrario, como útil y digno, sin comprender las intenciones, circunstancias y causas por las que se produjo”<sup>24</sup>.

Ahora bien, esta ambigüedad en la definición de los tópicos parece ineludible<sup>25</sup> y viene dada fundamentalmente por el hecho de que estos se definen por su función y no por su naturaleza<sup>26</sup>. Como consecuencia de ello, este término puede terminar agrupando enunciados muy variados, como refranes jurídicos, leyes lógicas, cánones de interpretación, conceptos, opiniones generalizadas o reglas de uso lingüístico<sup>27</sup>, con distintos niveles de concreción, llegando a

---

<sup>22</sup> García Amado, J.A., *Op. Cit.*, pp. 47-48.

<sup>23</sup> Aristóteles, *Retórica*, II, 1396b, 25 y ss; Cicerón, *Tópicos*, II.

<sup>24</sup> Cicerón, *La invención retórica*, 77.

<sup>25</sup> Fernández Gaztea, J., “Concepto y funciones de la tópica jurídica en el Derecho Público”, *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, 2/2020, pp. 58 y 68.

<sup>26</sup> García Amado, J.A., *Op. Cit.*, pp. 66 y 127.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 68 y 372; Fernández Gaztea, J., *Op. Cit.*, pp. 57 y 59.

veces a confundirse con los argumentos en sentido estricto, que son las proposiciones conectadas al problema. Así, se ha distinguido entre tópicos formales -ideas generales comúnmente aceptadas que sirven para buscar puntos de vista- y tópicos materiales -aforismos a los que se atribuye un valor normativo<sup>28</sup>-. Por ejemplo, de la idea abstracta de "imposibilidad", podríamos extraer un lugar común del razonamiento práctico "nadie está obligado a lo imposible", que se concreta también en un principio general del Derecho "Es nula la obligación de cosas imposibles"<sup>29</sup>; este principio, a su vez, ha cristalizado como una norma jurídica positiva en el ordenamiento español "No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles" (Art. 1272 del Código Civil). Sin embargo, en realidad, ni siquiera esta idea más concreta es un argumento en sentido estricto -dado que no se vincula con un problema específico-, sino que sigue siendo un lugar común, generalmente aceptado, que permite generar un argumento cuando se conecta con el problema: "El trabajador no puede solicitar un cambio de horario por motivos familiares, dado que el establecimiento solo abre al público en la franja horaria que se le ha asignado". En relación con esto, Viehweg destaca que en la práctica jurídica algunos "tópicos" se han "dogmatizado", consagrándose en el texto de las leyes, o incluso de la Constitución nacional, por lo que quedan protegidos frente a cualquier ataque retórico, al situarse en el centro de cada cultura jurídica<sup>30</sup>. Esto puede llevar finalmente, a una confusión entre los tópicos y las normas jurídicas, que desembocaría en la siguiente cuestión.

-En cuarto lugar, se ha criticado que la aplicación de la tópica podría vulnerar el principio de legalidad que rige en las democracias liberales modernas, en la medida en que

---

<sup>28</sup> Díez Sastre, S., "La tópica como método en el Derecho Público", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n.º1/2020, pp. 376-377.

<sup>29</sup> Celso, *Digesto*. L, XVII, 185.

<sup>30</sup> Viehweg, T. , *Tópica y filosofía del Derecho*, (Trad. J. M. Seña), Gedisa, 1997 [recopila textos publicados originalmente en distintas fechas], pp. 172-173.

terminara situando en el mismo plano jerárquico a la ley y a cualesquiera otros argumentos, aunque no derivaran del texto de las normas. Desde un positivismo jurídico moderado, García Amado defiende que la posición al respecto de Viehweg es un tanto ambigua, pero que ciertamente no implica un ataque frontal al principio de legalidad y mucho menos si se entiende como una teoría descriptiva de lo que realmente sucede<sup>31</sup>, que en realidad conectaría con una perspectiva cercana al realismo jurídico.

En mi opinión, los planteamientos de la tópica se desenvuelven en un plano discursivo totalmente distinto al de la descripción abstracta del ordenamiento jurídico como un conjunto de normas sistematizadas y jerarquizadas. En el caso de la tópica, el foco se pone más bien en las argumentaciones que efectivamente se llevan a cabo para resolver problemas jurídicos concretos que se suscitan cuando no existe un consenso absoluto en la aplicación del Derecho. Para entender esta diferencia, resulta oportuno acudir a la distinción aristotélica entre los argumentos intrínsecos al discurso, que deben ser “inventados” (elaborados) por el orador y los extrínsecos a este, que vienen dados de antemano y que, por tanto, no se “inventan”, sino que, simplemente, se “utilizan” en el discurso, tomándolos de la realidad misma<sup>32</sup>. Las leyes serían, en efecto, circunstancias externas al discurso<sup>33</sup>, que indudablemente condicionan sus resultados -como sucede con los hechos del caso-, pero que no son en sí mismas objeto de invención retórica, sino que existen previamente en el mundo social en el que se desenvuelve la argumentación. Los

---

<sup>31</sup> García Amado, J.A., *Op. Cit.*, pp. 256 y ss. y 373-374.

<sup>32</sup> Aristóteles, *Retórica*, I, 2, 1355b, 35. Cicerón mantiene esta distinción (*Vid. Tópica*, II), pero modificando en gran medida su sentido, como indica Guzmán Brito, A., *Op. Cit.*, p. 172. En efecto, el autor romano menciona la existencia de tópicos vinculados a estos factores extrínsecos, indicando que normalmente se basan en la “autoridad” (*Tópica*, IV). En cualquier caso, no pretende que estos elementos sean objeto de invención, sino que esta se ocuparía de generar argumentos que permitieran la aplicación de estos lugares extrínsecos a un caso concreto.

<sup>33</sup> Aristóteles, *Retórica*, I, 15, 1375a, 20.



“tópicos” no serían otra cosa que herramientas cognitivas destinadas a generar los argumentos concretos, en interacción con las circunstancias concurrentes, tanto fácticas como estrictamente normativas, incluyendo, naturalmente, los textos jurídicos que se consideran vigentes en una sociedad determinada. Por eso, las argumentaciones de los juristas no pueden ignorar la ley, como tampoco pueden ignorar los hechos. Así, por ejemplo, en el caso que nos ocupa, no se puede sostener que, como el art. 34.8 ET resulta demasiado confuso, el juez está facultado para aplicar en estos casos un precepto de otro ordenamiento, que resulta más adecuado a los ideales de justicia; esta solución no se ajusta al consenso que actualmente existe en la comunidad política respecto a la vigencia de la ley y, por tanto, no resulta aceptable en el foro. De hecho, es precisamente la necesidad de aplicar esta norma confusa la que ha generado un problema jurídico que debe resolverse a través de la argumentación y por tanto, de la tópica.

En la Antigüedad Clásica, aunque ciertamente no estaba en vigor el principio de legalidad tal y como hoy lo conocemos, también formaba parte del “sentido común” la idea de que los conflictos deben resolverse conforme a la ley que los regula. Así, por ejemplo, Aristóteles sostiene que en los asuntos que la ley es capaz de precisar, nadie duda que debe ser esta la que decida lo mejor<sup>34</sup>; de hecho, incluso afirma que la ley debe ser lo más precisa posible, para reducir la discrecionalidad del juez al máximo<sup>35</sup>. También Cicerón -una vez más, desde una postura más pragmática que teórica- afirma que “como la ley es en toda controversia el argumento más firme, hemos de invocar siempre el testimonio y auxilio de las leyes”<sup>36</sup>. Ahora bien, la existencia de la ley no impide que se sigan produciendo controversias sobre temas

---

<sup>34</sup> Aristóteles, *Política*, III, 16, 1287 b, 10.

<sup>35</sup> Aristóteles, *Retórica*, I, 1, 1254a, 30 y 1254b, 1 ss. No obstante, hay que matizar que la noción de “ley” de Aristóteles no coincide enteramente con la actual, dado que parece situar a la “ley no escrita” en una posición de cierta preponderancia.

<sup>36</sup> Cicerón, *Tópicos*, XXV.

opinables, referidos tanto a la existencia o a la calificación de los hechos como a la determinación de los contenidos del Derecho. Es en estas cuestiones discutibles donde se utilizan los tópicos como herramientas para generar argumentos, que deben aparecer siempre conectados tanto a la legislación aplicable como a los hechos del caso. Como explica Viehweg<sup>37</sup>, aquello que se acepta como justo en el aquí y en el ahora deriva de un proceso de comunicación muy complejo, que se lleva a cabo “a través de textos jurídicos”; esto lleva a que el recurso a estos textos sea ineludible.

Por eso, en mi opinión, no tiene ningún sentido plantearse si los tópicos se encuentran al mismo nivel jerárquico que la ley, a un nivel superior o a un nivel inferior; en realidad, como ya se ha dicho, operan en planos del discurso radicalmente distintos a las normas jurídicas, lo que impide la constitución de relaciones de oposición jerárquica entre ellos, del mismo modo que carece de sentido la pregunta de si en caso de conflicto debe prevalecer la Constitución Española o la lengua castellana en la que esta norma se expresa. No puede decirse que las leyes sean “tópicos” en sentido estricto, pero hay que admitir que los textos legales a menudo recopilan tópicos preexistentes en la cultura jurídica o incluso generan otros nuevos que se incorporan a ella a través del acto legislativo; en estos casos, puede afirmarse, con carácter general, que la invocación de estos “lugares comunes” gozará de una particular autoridad, o que, incluso a menudo, resultará ineludible en la argumentación, pero ello no implica que se encuentren en una posición jerárquica diferenciada respecto a otros tópicos. La propia idea del carácter vinculante de las leyes es un tópico firmemente asentado en la cultura jurídica y, del mismo modo, el sentido de la ley o su aplicabilidad a un caso concreto siguen siendo cuestiones que en un momento dado pueden ser objeto de discusión. En otras palabras, por más que se admita el principio de legalidad moderno, no se puede renunciar al uso de los tópicos, pues

---

<sup>37</sup> Viehweg, T., *Tópica y Filosofía del Derecho*, Op. Cit., p. 179,

son inherentes a toda argumentación<sup>38</sup> (del mismo modo que no se puede renunciar al lenguaje). Sin embargo, estas reflexiones permiten poner de manifiesto que, aunque la metodología tópica sea perfectamente compatible con la vinculación de los jueces al imperio de la ley en las democracias liberales, lo cierto es que no permite explicar el modo en el que se produce esta vinculación ni cuáles pueden ser sus consecuencias en la configuración del razonamiento judicial; de ahí se deduce una cierta debilidad de esta teoría para representar adecuadamente el procedimiento por el que los jueces adoptan sus decisiones. Esta cuestión nos llevaría a la siguiente objeción.

En quinto lugar, el problema más importante que se atribuye a esta propuesta es que aparentemente no establece ningún criterio para elegir los tópicos aplicables a cada caso, sucediendo que la selección de unos u otros podría llevar a soluciones distintas<sup>39</sup>. En realidad, no sería coherente que lo hiciera, puesto que, precisamente, lo que se propone la tópica moderna es desterrar el pensamiento axiomático que intenta forzar el encaje del problema en un sistema previo, sustituyéndolo por un procedimiento de indagación más abierto que permita generar la argumentación que cada problema necesita. Dicho de otro modo, inevitablemente, los tópicos más oportunos para resolver un caso práctico serán los que deriven de las circunstancias que efectivamente concurran en cada problema y no los que se deduzcan de una teoría predeterminada, construida en el vacío y “embotellada” para su uso por los juristas.

No obstante lo anterior, es indudable que esta remisión a las circunstancias de cada problema concreto, por más que sea coherente con las premisas de partida, resulta completamente inútil como apoyo para la adopción de decisiones judiciales. Desde luego, no aporta ninguna herramienta específica que nos permita abordar la aporía

---

<sup>38</sup> En sentido similar, Fernández Gaztea, J., *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>39</sup> García Amado, J.A.. *Op. Cit.*, pp. 66, 74 y 141.

relativa a las adaptaciones de la prestación de trabajo a las necesidades familiares. Personalmente, me parece insatisfactorio sostener que el juez simplemente debe adquirir una cierta "prudencia" a través de la experiencia práctica que progresivamente le permitirá buscar la solución más justa a cada caso concreto dentro del respeto al marco jurídico vigente. Es cierto que la práctica profesional permite desarrollar hasta cierto punto esta habilidad, pero en realidad, para ello no necesita del auxilio de ninguna teoría jurídica académica. La clave es si desde la metodología tópica puede proporcionarse alguna herramienta que facilite el desarrollo de esta virtud, del mismo modo que es más fácil aprender a tocar un instrumento musical si se proporcionan unos rudimentos técnicos, en lugar de dejarlo todo a un procedimiento de "prueba y error". Precisamente por ello, como ya hemos visto, se distingue entre una "tópica de primer grado", puramente tentativa y una "tópica de segundo grado" que recopila la experiencia acumulada en catálogos de tópicos que sirven de guía para el intérprete.

Como veremos más adelante, este problema de la selección de los tópicos adecuados a un caso puede abordarse inicialmente a través de la doctrina de los "estados de causa", concebida por los rétores clásicos desde la perspectiva de los litigantes (epígrafe 4). En un segundo momento, habría que considerar los "puntos de vista" de las partes desde una perspectiva imparcial (epígrafe 6). Nada de esto implica que la teoría jurídica pueda proporcionar al juez certeza alguna, pero esto sería imposible, dado que el punto de partida es la necesidad de resolver una cuestión que, por definición, es opinable o discutible. Trataré de proyectar estas orientaciones sobre el problema que nos ocupa, pero antes, es preciso examinar las posibles relaciones de la tópica jurídica con la teoría de la ponderación de principios.

### **3. LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS**

Seguramente, la teoría de la argumentación jurídica más popular en la actualidad es la de Robert Alexy. Este autor afirma que dirige su investigación a similares propósitos que

la tópica de Viehweg, pero critica una serie de debilidades que advierte en ella<sup>40</sup>: a) la heterogeneidad de los diversos “lugares comunes” que se enumeran en los diversos catálogos de tópicos; b) la consiguiente falta de diferenciación entre las diferentes premisas que se utilizan en el razonamiento jurídico, lo que lleva a no prestar suficiente atención al papel de la ley, la dogmática jurídica y el precedente; c) la formulación a menudo muy abstracta de los “lugares comunes”, que no resulta efectiva, porque genera conceptos jurídicos indeterminados, sin especificar mecanismos para su determinación; c) la ausencia de criterios para seleccionar y jerarquizar los “puntos de vista” a considerar, más allá de una remisión excesivamente amplia al consenso, sin especificar cómo se conforma o controla este.

A los efectos de este trabajo, resultan de particular interés las propuestas de este autor respecto a la ponderación entre principios jurídicos, en el contexto de su teoría de los derechos constitucionales<sup>41</sup>. Alexy recoge la distinción teórica contemporánea entre “reglas” y “principios” (p. 82), dotándola de una mayor precisión y concreción. Según esta tesis (pp. 86-87), los “principios” serían mandatos de optimización, que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes, por lo que, en último término, admiten varios grados de cumplimiento (por ejemplo, el derecho a la intimidad); en cambio, las “reglas” son mandatos taxativos que solo pueden cumplirse o no cumplirse (por ejemplo, la prohibición de tortura). Esta distinción resulta muy apropiada para abordar los problemas de conflicto entre normas

---

<sup>40</sup> Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, (Trad. M. Atienza e I. Espejo, Trad.), Palestra, 2017 [el texto original es de 1978], pp. 36-37. Aunque a continuación se enuncian estas debilidades tal y como las describe este autor, salta a la vista que estas coinciden sustancialmente con los problemas que se han enunciado en el epígrafe anterior.

<sup>41</sup> Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón Valdés, Trad.). Centro de Estudios Constitucionales Alexy, 1993 [publicado originalmente en 1986]. Los números de página se indican en el texto.

aparentemente contradictorias, dado que la colisión entre reglas conduce generalmente a una discusión sobre su validez, mientras que la colisión de principios se conecta con el peso relativo de los argumentos (pp. 88-89), es decir, con la máxima de la proporcionalidad (p. 111).

No cabe duda de que la propuesta de Alexy resulta de enorme interés para el problema al que se refiere este trabajo, que fácilmente puede presentarse como un conflicto entre principios de optimización, de acuerdo con su configuración explícita en el propio texto del art. 34.8 ET. En efecto, el legislador desea que los trabajadores puedan compatibilizar al máximo sus obligaciones laborales con sus responsabilidades familiares y, al mismo tiempo, que las empresas puedan gestionar el uso de la fuerza de trabajo con la máxima libertad posible. Evidentemente, ambos mandatos pueden resultar incompatibles en un gran número de situaciones, por lo que el propio texto de la norma invoca expresamente la necesidad de una ponderación entre ambos principios: "Dichas 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". De este modo, incluso aunque adoptáramos una perspectiva estrictamente positivista, que se opusiera con carácter general a la aplicación de las teorías de la ponderación entre principios jurídicos, la letra de la ley nos obligaría a efectuar, de un modo u otro, un análisis de "proporcionalidad", similar al que propone Alexy.

En su teoría, el examen de la proporcionalidad se estructura en un esquema de justificación basado en tres criterios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>42</sup>. La adecuación y la necesidad responderían

---

<sup>42</sup> Estos criterios constituyen una racionalización de las argumentaciones de los tribunales constitucionales europeos pero a su vez su formulación específica se ha terminado asentando en la doctrina judicial de estos órganos; en este sentido, Atienza Rodríguez, M., "A vueltas con la ponderación", en M. Atienza Rodríguez y J. A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra, 2012, p. 18. De hecho, como es sabido, el Tribunal Constitucional español recoge explícitamente este esquema

supuestamente a la conciliación del principio de optimización con las posibilidades fácticas, mientras que la proporcionalidad en sentido estricto se referiría a su armonización con las posibilidades jurídicas<sup>43</sup>.

La "adecuación" (también denominada "idoneidad") implica la postulación de una conexión de causalidad entre la medida que se propone -en este caso, la adaptación de la jornada, el horario o el modo de prestación de trabajo que se solicita- y la realización del mandato contenido en el principio (la atención a las necesidades de cuidado en el seno de la familia). La "necesidad" alude, de manera un tanto equívoca, a la ausencia de alternativas menos lesivas del principio contrapuesto<sup>44</sup>. Por otra parte, la proporcionalidad en sentido estricto implica una verdadera ponderación del "peso" relativo de la afectación de los principios que están en juego, que en nuestro caso sería la atención a las necesidades del trabajador en relación con la consideración de las necesidades organizativas de la empresa. Generalmente, la cuestión más difícil de resolver es la que se refiere a la proporcionalidad en sentido estricto, porque en ella es donde se pone en evidencia que, a menudo, un principio debe prevalecer frente al otro. En el supuesto que nos ocupa, si la persona trabajadora no alcanza un acuerdo con la empresa, el juez solo podrá estimar o desestimar la demanda (en su

---

tripartito en los conflictos relacionados con la limitación de los derechos fundamentales, también en el ámbito laboral.

<sup>43</sup> Alexy, R., *Teoría de los derechos...*, *Op. Cit.*, pp. 111-113; Alexy, R., *Teoría de la argumentación...*, *Op. Cit.*, pp. 548 y ss. En mi opinión, esta afirmación resulta muy discutible, porque, en realidad, como se verá, las posibilidades fácticas y jurídicas están a menudo entrelazadas.

<sup>44</sup> El uso del término "necesidad" es confuso, porque es muy difícil -seguramente imposible- imaginar una medida que sea absolutamente necesaria para alcanzar un objetivo cualquiera. En realidad, la expresión hace referencia a la inexistencia de alternativas menos lesivas del principio afectado, lo que termina conectando con una valoración de proporcionalidad reforzada. Esta "ausencia de alternativas" es un hecho negativo y, por tanto, no puede ser en realidad objeto de acreditación por parte de quien defiende la necesidad de la medida que se cuestiona. En la práctica, este solo puede hacer una mera afirmación de que la medida es "necesaria", recayendo sobre la parte contraria la carga de rebatir esta alegación. .

caso, total o parcialmente), dando la razón a una de las partes; sin embargo, es muy difícil determinar qué principio ha de prevalecer en cada caso y, por tanto, también justificar racionalmente la decisión adoptada.

Para abordar esta dificultad de concreción, Alexy representa la ponderación a través de una fórmula matemática<sup>45</sup>, definida como un cociente numérico entre los factores que afectan a cada uno de los principios que se contraponen; estos factores son, a) el valor abstracto de cada principio, pues se asume que uno de ellos podría ser más importante que otro en términos generales; b) la intensidad de afectación a cada principio, generalmente definida en una estructura triádica de leve/medio/grave y, c) el grado de fiabilidad de los presupuestos empíricos y normativos sobre los que descansan las valoraciones anteriores.

Esta reducción de la ponderación al lenguaje formal de las matemáticas resulta muy criticable<sup>46</sup>. Para empezar, salta a la vista su falta de operatividad práctica respecto a las discusiones reales que tienen lugar en el foro. No parece probable que ningún abogado o graduado social considere oportuno utilizar esta fórmula para exponer con mayor claridad sus argumentos en el juicio; tampoco tiene mucho sentido que el juez acuda a ella para hacer su resolución más aceptable o comprensible por la sociedad. Ciertamente, podría aducirse que este problema estaría relacionado con la presentación retórica del discurso -en tanto que los operadores jurídicos no suelen sentirse cómodos con el lenguaje matemático-, pero que no excluiría el valor epistémico de la fórmula o su utilidad para comprender mejor las resoluciones judiciales o para someter a crítica sus razonamientos, como sucede, por ejemplo, con el particular lenguaje en el que se expresa la lógica formal, que también es difícil de aprehender por el común de los ciudadanos. Sin embargo, lo cierto es que en la ponderación de principios, no nos movemos en el ámbito de la Lógica, sino en el de la

---

<sup>45</sup> Alexy, R., *Teoría de la argumentación...*, Op. Cit., pp. 563 y ss.

<sup>46</sup> En este sentido, se pronuncia Atienza Rodríguez, M., "A vueltas con la ponderación", Op. Cit., pp. 25-26.



Dialéctica, es decir, en una discusión que versa sobre cuestiones opinables y donde, por tanto, no tiene cabida la exactitud propia de las Matemáticas. A este respecto, cobrarían vigencia de nuevo las críticas de Viehweg a la reducción de la aplicación del Derecho a una serie de operaciones puramente lógicas, puesto que esta maniobra trata infructuosamente de forzar al problema a encajar en un sistema predeterminado de manera artificiosa.

Hay que conceder que la "fórmula del peso" no opera como un sistema cerrado que excluya completamente la discusión, puesto que esta habría de enfocarse sobre las valoraciones relativas a la cuantificación de los distintos factores, que, en realidad, serían intrínsecamente cualitativas a pesar de su determinación numérica (como sucede con la puntuación de un examen). Sin embargo, precisamente por ello, los aspectos verdaderamente interesantes para el debate son aquellos que no han sido "capturados" por la fórmula<sup>47</sup>, mientras que los elementos que se integran en ella, quedan desprovistos de sentido, al quedar artificialmente arrancados de su contexto y, por tanto, separados del problema; si acaso, proporcionan una ilusión de objetividad y precisión respecto de cuestiones que realmente son opinables y discutibles, en cuyo caso funcionarían como un artificio retórico falaz. En definitiva, para aplicar esta fórmula, el intérprete debe tomar decisiones cualitativas para asignar los valores numéricos y, después de haber operado con ellos, volver a interpretar los resultados en términos cualitativos, en lugar de comprender directamente las dimensiones y matices del problema en su contexto y en los términos en los que se formula en el lenguaje común. A mi juicio, se trataría de un empeño similar al de un hablante de español que intentara comprender mejor un poema escrito en dicho idioma traduciéndolo primero al chino, para después volverlo a traducir a su lengua nativa. En otras palabras, los valores

---

<sup>47</sup> Atienza Rodríguez, M., "A vueltas..", *Op. Cit.*, p. 26, sostiene que la presentación matemática de la "fórmula del peso" es desafortunada, porque no añade mayor rigor y puede inducir a pensar que lo importante es la fórmula misma, cuando lo relevante es la asignación de los valores.

numéricos incorporados a la fórmula no significan nada si se desgajan de los motivos por los que el intérprete los determinó en un primer momento, de manera que estas operaciones matemáticas estarían “sumando peras con manzanas”. Alexy se adelanta a esta objeción, afirmando que el carácter conmensurable de estas magnitudes es una premisa necesaria para poder afirmar la posibilidad de adoptar una decisión racional desde la perspectiva constitucional<sup>48</sup>; por supuesto, para resolver un conflicto entre dos bienes socialmente reconocidos es necesario asumir que puede establecerse una comparación entre ellos, pero ello no implica que esta comparación pueda expresarse en números abstractos que operen al margen de los motivos por los que se hizo la asignación numérica, que son los que realmente se comparan. De hecho, incluso aunque admitiéramos que la intensidad en la afectación de cada principio puede presentarse en una escala homogénea en la que los valores numéricos puedan ser equivalentes a través de su identificación con indicadores cualitativos (por ejemplo: leve, medio, grave), esta tarea parece todavía más difícil en lo que respecta a la necesaria equivalencia entre la escala de “pesos abstractos” de cada principio, por un lado y la escala de “intensidad de la afectación” de estos, por otro lado, dado que unos y otros indicadores se refieren a cualidades diferentes entre sí. Este problema de vaciamiento de sentido de los elementos trasladados a la fórmula se pone de manifiesto de manera muy clara en los “empates” numéricos, en los que parece que no hay solución posible y, sin embargo, la respuesta a la aporía puede venir determinada con cierta claridad por las circunstancias del caso, pero esto no puede advertirse en la representación matemática, al haber quedado estas fuera de la fórmula.

Pongamos un ejemplo. Supongamos el caso de una madre soltera que carece de apoyo familiar o estatal y está contratada para trabajar por la noche, de manera que para asistir al trabajo tendría que dejar solo en casa a su bebé de

---

<sup>48</sup> Alexy, R., *Teoría de la argumentación...*, Op. Cit., pp. 563 y ss.

tres meses -lo que, evidentemente, es inviable-, mientras que, por el contrario, tendría algunas alternativas de guardería si trabajara en horario de mañana. En esas circunstancias, podríamos considerar que su necesidad de modificar el horario de trabajo es extrema y, por tanto, asignar un grado máximo de afectación del principio. Sin embargo, dado que la empresa es un pequeño pub nocturno y que solo abre por las noches, realmente no puede conceder un cambio de horario, por lo que también asignaríamos un grado de afectación máximo al interés empresarial. Se trata, por tanto, de un caso "trágico", porque no puede alcanzarse un equilibrio satisfactorio que respete el núcleo esencial de los dos principios en juego. Aunque la aplicación de la fórmula matemática llevaría a un "empate" irresoluble, el juez finalmente da la razón al empresario, entendiendo que la causa del contrato de trabajo -que es la relación que, en definitiva, une a las partes- decaería completamente si la trabajadora no pudiera prestar servicios en el único horario en que la empresa está abierta ("nadie está obligado a lo imposible"); lamentablemente, la trabajadora tendría que solicitar una excedencia o, en su caso, dejar el empleo, sufriendo los consiguientes perjuicios económicos. La respuesta del juez no se debe a que este haya atribuido un mayor peso abstracto a los intereses empresariales frente a los que se refieren a la conciliación de la vida familiar y laboral; tampoco se basa en que la afectación del interés empresarial sea mayor que el de la trabajadora ni en que estas valoraciones sean más o menos fiables. De hecho, en el caso concreto, la situación de necesidad de la trabajadora parece a primera vista más acuciante y digna de compasión que la del empresario, porque el bebé no puede quedarse por la noche sin nadie que lo cuide y ella necesita el trabajo como medio de supervivencia. Ciertamente, podemos defender que la realización del valor de la Justicia exige que esta situación de vulnerabilidad sea atendida de algún modo -por ejemplo, por los poderes públicos-, pero no tiene mucho sentido en este caso concreto atribuir al empresario la responsabilidad de atender a esta necesidad de la trabajadora, al menos si

ello no deriva de un mandato legal más específico. Esto se debe, sencillamente, a las circunstancias particulares que concurren en el caso, que solo podrían encajar en una fórmula matemática de manera forzada, alterando artificialmente las puntuaciones numéricas para que respondan a la respuesta intuitivamente dada, como haría un profesor que primero calificara globalmente el examen del alumno y luego tratara de encajar esta calificación en la rúbrica que se le ha proporcionado.

En otro orden de cosas, también resulta discutible la separación estricta entre idoneidad y necesidad por un lado y proporcionalidad en sentido estricto por otro, dado que, en realidad, las posibilidades fácticas y jurídicas se encuentran entrelazadas. Para que este problema se entienda hay que poner de manifiesto que la "idoneidad" y la "necesidad" admiten gradaciones y, por tanto, a menudo tienen que integrarse en la valoración de proporcionalidad en sentido estricto. Así, por ejemplo, el empresario puede proponer al trabajador una solución alternativa que solo cubra parcialmente su interés, pero que le resulte menos dañina que la propuesta del trabajador; en este caso, la "necesidad" se vería reducida, aunque no eliminada; también puede sostener que el cambio de horario al turno de mañana para conectarlo con el horario escolar no cumple esta función en periodos no lectivos, reduciendo así la intensidad de la "idoneidad".

Ahora bien, aunque el modelo de Alexy fracase en su representación matemática y, por otra parte, los conceptos de su esquema de justificación no pueden interpretarse con excesiva rigidez, lo cierto es que sigue resultando muy útil como orientación y fuente generativa de recursos para la argumentación. En ese sentido, como afirma Atienza, lo que hace este esquema es mostrarnos "los lugares, los tópicos, a los que hay que acudir para resolver conflictos entre derechos o entre bienes"<sup>49</sup>. En efecto, la presentación general del

---

<sup>49</sup> Atienza Rodríguez, M., "A vueltas..", *Op. Cit.*, p. 26.

problema de la adaptación de la jornada a las circunstancias familiares como un conflicto entre “principios de optimización”, el esquema de justificación basado en las ideas de idoneidad /necesidad /proporcionalidad, e incluso, hasta cierto punto, los factores que se incorporan a la “fórmula del peso” -siempre que se entiendan en términos cualitativos-, constituyen un indiscutible apoyo para la invención retórica y podrían considerarse, desde la perspectiva que nos ocupa, como “tópicos”<sup>50</sup>. El propio Alexy defiende su “ley de la ponderación”, justificando que no es una fórmula vacía, puesto que señala qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente<sup>51</sup> -hacia dónde deben dirigirse los argumentos-, con independencia de que también subraye que, naturalmente, también pueden utilizarse otros elementos -es decir, otros “tópicos”-, empleados habitualmente en la argumentación, como serían los cánones de interpretación<sup>52</sup>.

En este punto, puede encontrarse una conexión y una cierta complementariedad entre la tópica jurídica y la teoría de Alexy<sup>53</sup>. De hecho, el propio Viehweg hace referencia “*avant la lettre*” a los posibles conflictos entre principios jurídicos abstractos, que, a su juicio, no deberían contemplarse desde la lógica deductivo-sistemática, sino más bien desde los planteamientos de la tópica<sup>54</sup>. Desde esta perspectiva, la “ponderación de principios” podría contemplarse como una situación estandarizada, que se conecta generalmente con el uso de determinados tópicos previamente catalogados, por lo que su descripción teórica puede proporcionar una valiosa orientación al intérprete, sin excluir el uso de otros recursos argumentativos cuando el caso lo exija. Este tipo de situaciones estandarizadas encaja con lo que los rétores clásicos llamaban “estado de la causa”.

---

<sup>50</sup> En este sentido, Díez Sastre, S., *Op. Cit.*, pp 388-399.

<sup>51</sup> Alexy, R., *Teoría de los derechos...*, *Op. Cit.*, p. 167.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 159.

<sup>53</sup> Berumen Campos, A., *Op. Cit.*, pp. 542-543.

<sup>54</sup> Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, pp. 140-143.

#### **4. LA CONFIGURACIÓN DE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS COMO UN “ESTADO DE LA CAUSA”**

Como ya se ha visto, uno de los problemas que plantea el método tópico es la falta de determinación de los criterios para seleccionar los tópicos aplicables a un caso. Ciertamente, esta tarea resulta imposible si lo que se pretende es establecer un sistema cerrado para resolver los conflictos, pero, al mismo tiempo, como ya se ha dicho, el mero llamamiento a la prudencia del intérprete resulta insatisfactorio. La Retórica Clásica abordaba esa cuestión estableciendo una serie de tipos estandarizados de cuestiones, como por ejemplo, los “estados de causa”, que agrupaban los problemas, permitiendo al intérprete acudir a catálogos de tópicos específicos que habitualmente se utilizaban en esas situaciones, sin que ello excluyera la utilización de otros cuando fuera oportuno. De este modo, la reflexión sobre el tipo de problemas que se está intentando resolver facilita enormemente la invención de argumentos para defender una postura determinada, de la misma manera que el recurso flexible a los cánones de un género musical o literario pueden estimular la creatividad del artista, sin que esto constituya necesariamente una limitación. Eso sí, los distintos tópicos recopilados para cada situación no se jerarquizaban entre sí, entre otras cosas, porque se adoptaba la posición del litigante, que podía utilizar los “estados de causa” como recursos para obtener ideas que permitieran la invención retórica, pero siempre con objeto de defender su propia posición.

La primera clasificación de estados de la causa que se conoce se atribuye a Hermágoras de Temnos<sup>55</sup>, aunque a lo largo del tiempo se plantearon múltiples variaciones. Seguiré aquí a grandes rasgos el esquema que plantea Cicerón en “La invención retórica”<sup>56</sup>, para que sea más sencilla su vinculación con los catálogos de tópicos que se incluyen en esta obra. Este autor sostiene que hay cuatro tipo de disputas

---

<sup>55</sup> García Amado, J.A., *Op. Cit.*, pp. 75-76; Guzmán Brito, A., *Op. Cit.*, p. 179.

<sup>56</sup> Cicerón, *La invención retórica*, I, 10-16.

desde el punto de vista de la refutación de una acusación determinada: las que versan sobre la concurrencia o no de los hechos (conjetura), las que tratan sobre cómo estos deben denominarse (definición), las relativas a la valoración de los hechos (calificación) y las que se refieren a la adecuación del procedimiento (competencia). El supuesto que nos ocupa, al igual que los demás “conflictos entre principios jurídicos” se ubicaría en el estado de “calificación”, porque se trata de determinar si la solicitud del trabajador de modificar sus condiciones de trabajo es “razonable” y “proporcionada”, lo que implica hacer una serie de valoraciones<sup>57</sup>. Este “estado calificativo” podría a su vez subdividirse en dos tipos de causa, la que se refiere a la justicia o injusticia de un hecho (jurídica) y la que versa sobre la determinación de las leyes y costumbres aplicables (pragmática). En este caso nos encontraríamos ante el primer tipo, porque, en realidad, no se trata de determinar cuál es la norma aplicable ni su contenido abstracto o su finalidad, sino más bien en conectarla con un caso concreto.

---

<sup>57</sup> En cambio, si se quisiera eludir la ponderación de principios, planteándose la aplicación de una regla taxativa, habría que reconducir el estado de la causa a la definición en lugar de a la calificación. A este respecto, resulta llamativo un ejemplo de Cicerón (*La invención retórica*, II, 52-53), relativo a un padre que recurre a la patria potestad para dar órdenes a un cargo público; el problema se analiza desde la perspectiva de la definición del delito y no del conflicto entre diversos bienes dignos de protección, aunque admitiendo explícitamente que se podría acudir a otro estado de causa. En los tiempos modernos, este problema se plantea en lo que respecta a los conflictos -al menos aparentes- entre derechos fundamentales, puesto que hay autores que postulan que no debería acudirse a la ponderación, sino a la delimitación (definición) del contenido de cada derecho; en este sentido, Presno Linera, M.A., “Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales”, *Liber amicorum: homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Universidad de Oviedo, 2016, pp. 575-587. Por mi parte, aunque no comparto esta crítica con carácter general, sí que entiendo que la lógica de la delimitación debe prevalecer frente a la de la ponderación en lo que respecta a la prohibición de discriminación. No obstante, en lo relativo a la adaptación de la jornada y prestación de trabajo a las necesidades familiares, como ya se ha sugerido, la mención legal expresa a la idea de “proporcionalidad” impone la lógica de la ponderación.

Ahora bien, esta determinación no se puede hacer valorando el hecho -el cambio que se solicita-, por sí solo -como sucedería en la causa que se denomina "jurídica absoluta"-, sino en relación con otro elemento, lo que nos llevaría a la "causa jurídica asuntiva". Finalmente, dentro de la causa asuntiva, nos encontraríamos ante el estado de la causa que Cicerón denomina "comparación", por cuanto la producción del daño -en este caso, la limitación de la potestad empresarial para gestionar la mano de obra- se justifica en base a la obtención de un beneficio -la atención a una necesidad familiar-<sup>58</sup>.

Por supuesto, la "comparación" no excluye la posible invocación de otros "estados de causa"; así, por ejemplo, podrán utilizarse "conjeturas" para impugnar los hechos alegados por la parte contraria<sup>59</sup>, pero existen una serie de lugares comunes vinculados a la comparación misma, que, en último término, se reconducirían a los recursos del género deliberativo, que son los tópicos de la dignidad, utilidad y necesidad<sup>60</sup>. Ciertamente, este modelo del género deliberativo recuerda de algún modo al esquema moderno de Alexy, aunque con bastantes matices.

La dignidad haría referencia al valor intrínseco del bien perseguido<sup>61</sup>, lo que, aplicado al contexto moderno, podría identificarse con su reconocimiento constitucional; desde la perspectiva de Alexy, se podría conectar con el "peso abstracto" del principio, aunque, en realidad, dado que no es posible aplicar mecánicamente una fórmula matemática, lo más oportuno sería construir retóricamente el valor especial del principio que se defiende en cada caso a partir de las circunstancias concretas que se producen en el supuesto sobre el que se argumenta<sup>62</sup>. La "utilidad" responde

---

<sup>58</sup> El ejemplo que pone Cicerón es el de un general que entrega al enemigo las armas y aparejos de su ejército para salvar las vidas de sus soldados.

<sup>59</sup> Cicerón, *La invención retórica*, II, 74.

<sup>60</sup> *Ibid.*, 75-76.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 159.

<sup>62</sup> Si un principio se concibe en abstracto como jerárquicamente superior a otro, entonces no habría, en realidad, ninguna necesidad de ponderarlos. En ese contexto, lo que Alexy denomina el "peso abstracto" no puede ser otra



sustancialmente a lo que hoy en día llamaríamos "racionalidad instrumental"<sup>63</sup> y que podríamos vincular al requisito de la "adecuación" del esquema de Alexy. En cuanto a la "necesidad", Cicerón reconoce que, si esta fuera absoluta, no tendría cabida la deliberación, por lo que normalmente se hace referencia a una necesidad impropia, condicionada al deseo de evitar o de obtener un resultado, lo que en último término se conecta con la dignidad y la utilidad<sup>64</sup>; nosotros podríamos referirla, no a la ausencia de alternativas menos dañosas -que es el sentido que tiene en el esquema de Alexy-, sino más bien a la intensidad de afectación del principio, que es precisamente a lo que se refiere el art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores cuando se refiere a las "necesidades" del trabajador y de la empresa.

## **5. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS: ARGUMENTACIÓN DE LAS PARTES Y CATÁLOGO DE TÓPICOS**

Así las cosas, podemos concebir la ponderación de principios como un "estado de la causa" específico, que consiste en una comparación entre dos bienes considerados valiosos por el

---

cosa que una apreciación general de que, en un número mayor de situaciones, uno de estos principios tiende a prevalecer sobre otro, en relación con el modo en que habitualmente se ven mutuamente afectados. Así sucedería, por ejemplo, si se argumenta que el derecho a la vida habitualmente prevalece sobre el derecho a la libertad, porque no hay libertad sin supervivencia, pero, al mismo tiempo, se admite que hay situaciones en que esto no va a ser así, como la obligación del soldado de arriesgar su vida en una guerra. Por lo tanto, el "peso específico" no puede desconectarse de la situación concreta en la que se produce el conflicto.

<sup>63</sup> Inicialmente, Cicerón critica que Aristóteles establezca que el fin del género deliberativo es la "utilidad" (*La invención retórica*, II, 156), sosteniendo que también hay que tomar en consideración la dignidad, pero esto es porque vincula la utilidad exclusivamente a los medios materiales o externos que se utilizan para alcanzar otros fines (168-169; sin embargo, décadas después (*Tópicos*, XXIV) asumirá que el discurso deliberativo se concentra en la "utilidad". En realidad, podríamos recuperar esta distinción para diferenciar entre la razonabilidad de los fines en sí mismos (dignidad) y la racionalidad instrumental, referida a los medios utilizados para alcanzar tales fines (utilidad).

<sup>64</sup> Es por ello que Quintiliano (*Instituciones Oratorias*, III, 8) prefiere no hacer referencia a la "necesidad".

ordenamiento y que remite, en último término a los lugares comunes del discurso deliberativo, que se refieren a la razonabilidad de los fines, la racionalidad de los medios utilizados y a la intensidad en la que cada uno de los bienes en conflicto se ven afectados. Este modelo proporciona a las partes orientación para inventar argumentos que permitan defender sus posiciones, primero en la negociación previa y luego ante el juez, poniendo en conexión los tópicos relativos a la deliberación con las circunstancias particulares del caso. En concreto, lo que tienen que hacer las partes es incorporar a la negociación previa y después al proceso, una serie de hechos que permitan amplificar la relevancia del principio jurídico que subyace a su postura o minimizar la relevancia del principio que se opone a él<sup>65</sup>. Por lo demás, también podrán acudir a los tópicos de otros estados de causa, sobre todo de la “conjetura” cuando se pretendan refutar los hechos alegados por la parte contraria. Asimismo, podrán incorporar a su razonamiento elementos argumentativos que no son “hechos” en sentido técnico-jurídico, pero que, desde una perspectiva retórica, funcionan como circunstancias aplicables al caso que condicionan la solución final; así, por ejemplo, podrán alegar normas específicas -como el convenio colectivo aplicable- o precedentes judiciales. Sobre estos elementos se podrán plantear, a su vez, los clásicos problemas relativos al significado y aplicabilidad de las normas y otros elementos textuales, que remitirían a otras situaciones estandarizadas y que, por tanto, no se tratarán aquí.

El trabajador tiene que sostener, en primer lugar, la existencia de una “necesidad familiar”, entendida como una incompatibilidad de sus condiciones de trabajo actuales con

---

<sup>65</sup> En la práctica jurídica española suele utilizarse impropriamente la expresión “indicios” para referirse a los hechos incorporados al proceso que, unidos a un determinado razonamiento, apuntan a una determinada calificación jurídica compleja (por ejemplo, la laboralidad de una relación contractual o la delimitación de un centro de trabajo). Digo que este uso es impropio porque en Derecho Procesal un “indicio” es un hecho que, a través de un razonamiento, apunta a otro hecho y no a una calificación jurídica. Por ello considero más oportuno utilizar en este caso la palabra “indicadores”.

determinados requerimientos del cuidado de familiares<sup>66</sup>. En segundo lugar, podrá aportar elementos que intensifiquen esta necesidad, como la especial vulnerabilidad de la persona que debe ser cuidada (por ejemplo, por su reducida edad<sup>67</sup> o grado de dependencia) o la imposibilidad de que otros familiares se hagan cargo<sup>68</sup>. En tercer lugar, puede subrayar la dignidad de la finalidad pretendida, aludiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional que obliga a tomar en consideración la dimensión constitucional del derecho (SSTC 3/2007 y 26/2011), conectando su pretensión con los valores de la protección de la familia y la igualdad de género; sin embargo, como se ha dicho, para que esta invocación del “peso abstracto” que se atribuye al principio valorado por el ordenamiento sea realmente persuasiva, conviene conectar estos elementos con las circunstancias concretas del caso, normalmente aludiendo a las “consecuencias”<sup>69</sup> que podría tener la denegación empresarial sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la corresponsabilidad de los varones o la protección de la familia<sup>70</sup>. En cuarto lugar, tiene que argumentarse, al menos

---

<sup>66</sup> Así, por ejemplo, el órgano judicial aprecia que no se acredita suficientemente la necesidad de cuidado en SJS n.º 1 de Santiago de Compostela, de 26-3-2024, (n.º 64) y SJS n.º 2 de Toledo, de 27-3-2024, (n.º 82).

<sup>67</sup> SJS n.º 1 de Logroño, de 23-1-2023 (n.º 15); SJS n.º 1 de Salamanca, de 22-2-2023 (n.º 70).

<sup>68</sup> SJS n.º 2 de Ciudad Real, de 25-4-2023 (n.º 148); SJS n.º 1 de Mieres, de 19-5-2023 (n.º 109); SJS n.º 1 de Ávila, de 13-4-2023 (n.º 127); SJS n.º 1 de Logroño, de 23-1-2023 (n.º 15), ECLI:ES:JSO:2023:586; SJS n.º 2 de Ponferrada, de 15-12-2022 (n.º 566).

<sup>69</sup> “Además, cuando dos cosas son muy próximas una a otra y no podemos percibir ninguna superioridad respecto de la otra, hay que verlo a partir de sus consecuencias”, Aristóteles, *Tópica*, III, 2, 117a, 5.

<sup>70</sup> Por ejemplo, una trabajadora mujer puede razonar que, si no se concede la modificación, se vería obligada a ejercitar otros derechos “de ausencia” o, en el peor de los casos, abandonar el empleo asalariado, dedicándose exclusivamente a las tareas de cuidado; un trabajador varón puede explicar que la medida es oportuna para favorecer su corresponsabilidad en el cuidado de la familia o bien para contribuir con su ejemplo a la idea de que los varones también deben asumir responsabilidad en el cuidado. El problema de la consideración de la “dimensión constitucional” del derecho a

en un grado mínimo, la idoneidad o utilidad que presenta la modificación que se solicita para atender a la necesidad familiar que la justifica (por ejemplo, si la solicitud permite armonizar el horario de trabajo con el tiempo en el que los menores acuden a la escuela)<sup>71</sup>. En quinto lugar, podría minimizarse el impacto de la medida que se solicita sobre las necesidades empresariales, por ejemplo, señalando que la empresa tiene un elevado número de trabajadores<sup>72</sup>, lo que permite cambiar los turnos con facilidad. Por último, podría criticarse la actitud de la empresa en el proceso de negociación previo, alegando que no se ha dado una respuesta razonada<sup>73</sup> o que no se ha querido negociar de buena fe.

Por su parte, el empresario generalmente centrará su argumentación en la intensidad del perjuicio organizativo o económico que sufriría si admitiera la medida solicitada, en función de factores como: la necesidad de cubrir el servicio en una franja determinada<sup>74</sup>, la cualificación o responsabilidad específicas de la persona solicitante<sup>75</sup> o el reducido o nulo número de trabajadores que podrían sustituir

---

la conciliación, se trata con mayor detalle en Álvarez del Cuvillo, A., *Op. Cit.*, pp. 55-57, donde se destaca que esta exigencia puede quedar vacía de contenido si no se conecta con argumentos concretos vinculados al caso. Esto se debe a que la importancia del interés en juego no puede realmente incorporarse a una fórmula matemática como la de Alexy.

<sup>71</sup> Las resoluciones judiciales a menudo desestiman la pretensión si la adaptación concreta que se solicita no conecta suficientemente con las necesidades alegadas. Por ejemplo, SJS n.º 2 de Gijón, de 16-12-2022 (n.º 248); SJS n.º 2 de Burgos, de 7-3-2023 (n.º 113); SJS n.º 4 de Toledo, de 28-11-2022, (n.º 413); SJS n.º 1 de León, de 20-1-2023 (n.º 15); SJS n.º 4 de Toledo, de 16-4-2024, n.º 136; SJS n.º 1 de Cuenca, de 25-4-2024 (n.º 161).

<sup>72</sup> En la SJS n.º 1 de Cartagena, de 25-3-2024, (n.º 122), se tiene en cuenta, entre otros elementos, que la empresa tenía 110 trabajadores.

<sup>73</sup> SJS n.º 3 de Badajoz, de 22-3-2024 (n.º 74); SJS de Pontevedra, de 22-3-2024 (n.º 107).

<sup>74</sup> SJS n.º 4 de León, de 3-2-2023 (n.º 30); SJS n.º 1 de Guadalajara, de 20-4-2023 (n.º 56); SJS n.º 1 de León, de 24-4-2024 (n.º 180).

<sup>75</sup> SJS n.º 2 de Palma de Mallorca, de 17-1-2023 (n.º 17).

al solicitante<sup>76</sup>. En este sentido, en caso de que solo pueda atender a la solicitud contratando otra persona, podría defenderse que decaería completamente la causa del contrato de trabajo. Asimismo, la "dignidad" de su posición podría amplificarse argumentando que la hipotética modificación del contrato perjudica significativamente a otros trabajadores<sup>77</sup>, por ejemplo, si estos tuvieran que desplazarse a otro horario y tuvieran también necesidades familiares equivalentes<sup>78</sup>. Si fuera posible, también podría tratar de refutar o minimizar los argumentos aportados de contrario, sosteniendo la inexistencia de la necesidad familiar, de los factores que la intensifican o de la conexión de causalidad entre esta y la solución propuesta por el trabajador; otra opción sería proponer en la fase de negociación una alternativa menos lesiva para sus intereses, que satisfaga las necesidades familiares del solicitante, contrastándola con su falta de disposición para llegar a un acuerdo<sup>79</sup>.

Lógicamente, los tópicos a utilizar no están jerarquizados entre sí, ni siguen realmente un esquema rígido de justificación, porque los litigantes los utilizarán de la manera que les resulte más conveniente, en relación con las circunstancias del caso, incorporando los hechos que conectan con ellos y anticipándose a los posibles argumentos de la contraparte. A continuación se añade -siguiendo la tradición de la retórica clásica de los "catálogos de tópicos"-, una tabla de argumentos posibles a utilizar por las partes en estos casos, que viene a sintetizar todo lo anterior, junto con

---

<sup>76</sup> SJS n.º 3 de Cartagena, de 30-12-2022 n.º 5/2023; SJS n.º 4 de León, de 29-4-2024 (n.º 164).

<sup>77</sup> SJS n.º 4 de Toledo, de 28-11-2022, (n.º 413); SJS n.º 4 de León, de 29-4-2024 (n.º 164); SJS n.º 3 de Vigo, de 5-4-2024 (n.º 181); SJS n.º 4 de León, de 29-4-2024 (n.º 164).

<sup>78</sup> En relación con las necesidades familiares de los demás trabajadores, SJS n.º 1 de León, de 16-1-2023 (n.º 12); SJS n.º 7 de Vigo, de 22-12-2022 (n.º 475).

<sup>79</sup> *Vid.* SJS n.º 1 de Burgos, de 10-4-2024 (n.º 181). La empresa le ofreció. SJS n.º 2 de Vigo, de 4-4-2024 (n.º 157).

otros parámetros teóricos y judiciales<sup>80</sup> en un formato directamente utilizable por los operadores jurídicos. Por supuesto, este catálogo podría expandirse en el futuro, ampliando la información a partir del estudio de sucesivas resoluciones judiciales.

TÓPICOS ARGUMENTATIVOS EN FAVOR DE LA PERSONA TRABAJADORA		
Necesidad familiar	Grado mínimo (existencia de una necesidad familiar)	Menor de 12 años a cargo (automático)  Mayor de 12 años conviviente (acreditar dependencia)
	Intensidad de la necesidad	Vulnerabilidad de la persona cuidada  -Edad -Grado de dependencia  Imposibilidad /dificultad de que se hagan cargo:  -El otro progenitor u otros familiares -Servicios externos
	Dimensión de género y protección de la familia	Consecuencias de la falta de atención a la necesidad familiar

<sup>80</sup> Me apoyo también en un estudio anterior sobre la argumentación de las resoluciones de los juzgados de instancia: Álvarez del Cuvillo, A., *Op. Cit., per totum*.

	(dimensión constitucional)	<p>Necesidad de la trabajadora de acudir a “derechos de ausencia” más lesivos o dejar el empleo</p> <p>Oportunidad del trabajador varón solicitante de corresponsabilidad con su pareja femenina o, en caso de no tenerla, de contribuir simbólicamente a la corresponsabilidad.</p>
<b>Conexión de idoneidad entre la adaptación solicitada y la necesidad</b>	<p>Conexión de la adaptación solicitada con la disponibilidad de recursos familiares (por ejemplo, el otro progenitor) o externos (por ejemplo, horarios escolares).</p> <p>Consecuencias sobre la familia del tiempo de desplazamiento (para el teletrabajo)</p>	
<b>Minimización del impacto sobre la empresa</b>	Elevado número de trabajadores	
<b>Actitud de la empresa en el proceso de negociación</b>	Falta de buena fe	

TÓPICOS ARGUMENTATIVOS EN FAVOR DE LA EMPRESA

<b>Necesidad empresarial</b>	Grado mínimo: existencia de un perjuicio organizativo	
	Intensidad del perjuicio	<ul style="list-style-type: none"><li>-Necesidad de cobertura del servicio en una franja horaria determinada</li><li>-Cualificación específica de la persona solicitante</li><li>-Número reducido de trabajadores para intercambiar posiciones</li><li>-Decaimiento de la causa del contrato (ej. necesidad de contratar a otra persona)</li></ul>
<b>Afectación a otras personas trabajadoras</b>	<p>Contradicción con derechos de conciliación posibles o ya solicitados</p> <p>Intereses individuales de trabajadores afectados (especialmente, si afecta a varios trabajadores al mismo tiempo)</p>	
<b>Refutación de argumentos planteados por la persona trabajadora</b>	<p>Discusión sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>-Existencia de la necesidad</li><li>-Intensidad de la necesidad</li><li>-Dimensión constitucional (género y protección de la familia)</li><li>-Conexión de idoneidad</li></ul>	



	-Comportamiento de la empresa en la negociación
<b>Planteamiento de una alternativa menos lesiva sobre la organización empresarial</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Cobertura total de la necesidad familiar</li><li>• Cobertura parcial de la necesidad familiar</li><li>• Vinculación a la actitud negativa de la persona solicitante en el proceso de negociación</li></ul>

Sin embargo, todavía queda resolver la cuestión que se planteó al inicio de este estudio, respecto a si el método tópico puede proporcionar algún tipo de orientación efectiva al juez que finalmente tiene que decidir sobre el caso.

**6. CONCLUSIÓN FINAL: EL USO DE LA TÓPICA POR PARTE DEL JUEZ**

El punto de partida para abordar el problema por parte del juez debe ser la asunción de que este se refiere, por definición, a una materia “opinable” o sujeta a discusión, que no deja de serlo después de la sentencia. La resolución judicial, cuando es firme -en el caso que nos ocupa, las posibilidades de recurso son muy limitadas- ciertamente pone fin autoritativamente a la controversia suscitada, tanto por motivos pragmáticos, como, sobre todo, porque, aunque no sea aceptada por las partes, termina imponiéndose a estas forzosamente. Sin embargo, en realidad, eso no implica que la decisión adoptada por el juez sea indiscutible en términos racionales, salvo que esta derive necesariamente de premisas irrefutables, lo que no sucede cuando existe una verdadera ponderación de principios normativos. Las aporías nunca son susceptibles de una solución definitiva desde una perspectiva racional, pero no por ello carecen de sentido,

porque pueden ser objeto de una decisión que ponga fin a la discusión, por más que teóricamente sigan siendo posibles otras respuestas<sup>81</sup>. Esto implica que en estos casos no puede decirse que exista verdaderamente una "única respuesta correcta", en la medida en que puedan plantearse interpretaciones alternativas a la solución adoptada que puedan ser también razonables o defendibles. También implica que el juez, al igual que los litigantes, debe construir una argumentación que sea suficientemente persuasiva para la comunidad jurídica.

Ahora bien, lo cierto es que la idea de la "única respuesta correcta" resulta necesaria como un ideal regulatorio, que opera como un presupuesto necesario para el debate jurídico<sup>82</sup>, aún en los casos en los que realmente quepan varias respuestas bien fundamentadas. En el supuesto que nos ocupa, el juez tiene la obligación de buscar un punto de equilibrio entre los intereses de las partes reconocidos por el ordenamiento, apuntando hacia la consecución de la justicia en "el aquí y el ahora"<sup>83</sup> y actuando como si hubiera solamente un único punto de equilibrio óptimo. De hecho, se plantea una situación similar en cualquier deliberación que se refiera a cuestiones opinables, por ejemplo, en el plano de la ética o la política; en todos estos casos, la búsqueda de una solución óptima es un presupuesto de la deliberación misma. El juez se adentra en esta indagación a través de su exposición a los argumentos planteados por las partes y adoptando alternativamente sus "puntos de vista" de manera sucesiva. La dialéctica implica la existencia de un diálogo, si no real, al menos figurado, entre posiciones contrapuestas sobre una cuestión abierta a debate; en este caso, el diálogo entre las partes se produce efectivamente en el proceso de negociación previo al juicio y, en caso de desacuerdo, se reproduce de nuevo en el proceso judicial. En tal caso, el juez deberá arbitrar el intercambio comunicativo, controlando la

---

<sup>81</sup> La autoría de esta idea corresponde a Sampaio Ferraz Jr., citado por García Amado, *Op. Cit.*, p. 121 (no ha sido posible localizar el texto original).

<sup>82</sup> Alexy, R., "Teoría de la argumentación...", *Op. Cit.*, pp. 517-518.

<sup>83</sup> Cfr. Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, *Op. Cit.*, pp. 100 y 128.

aplicación de las reglas de procedimiento dialéctico y determinando autoritativamente cuál es la conclusión que de él se desprende, dado que la falta de acuerdo presupone que las partes no han alcanzado por sí mismas ninguna conclusión en su discusión.

En cuanto a las reglas de procedimiento, el juez lleva a cabo un control *a posteriori* de la negociación individual realizada por las partes; en este caso, las reglas de la Dialéctica se vinculan al principio general de buena fe en la negociación. En los casos en los que se acredite que alguna de las partes no se ha comportado correctamente en la negociación previa, es muy posible que sus pretensiones se vean desestimadas, sin entrar, por tanto, en la ponderación o, de cualquier modo, el proceso de negociación condicione los hechos que pueden hacerse valer en juicio. Por otra parte, las reglas del intercambio dialéctico se proyectan también sobre el proceso judicial posterior; en el caso que nos ocupa, resulta especialmente necesario acudir a los tópicos relacionados con la carga de la persuasión, cuya aplicación a menudo lleva a eludir la ponderación en sentido estricto. La carga de la persuasión corresponde inicialmente a quien pretende modificar el *statu quo*, por lo que será el trabajador, en su solicitud inicial a la empresa, quien deberá alegar tanto la existencia de una necesidad familiar como la idoneidad de la medida propuesta para abordarla. Si no lo hace, entonces no habrá conseguido configurar ni siquiera el supuesto de hecho al que se refiere el art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores y que, en su caso, hubiera desencadenado la ponderación. En cambio, el trabajador no tiene inicialmente la carga de acreditar la "necesidad" en el sentido de Alexy, esto es, la ausencia de alternativas menos lesivas para el interés empresarial, dado que se trataría de un hecho negativo, por lo que este rasgo debe presumirse como un punto de partida que puede ser refutado por la contraparte. Una vez configurado el supuesto de hecho de la norma, es el empresario el que -en el proceso de negociación previa y luego en el juicio-, tiene la carga de exponer las dificultades de la empresa para acceder a la solicitud o bien de ofrecer

alternativas menos lesivas para su interés que satisfagan en todo o en parte la necesidad del trabajador. Si no consigue hacerlo, la solicitud del trabajador deberá admitirse, porque no habrá elementos que ponderar.

La ponderación solamente se produce en caso de que ambas partes hayan aportado los hechos que permitan sostener mínimamente la carga de la persuasión que corresponde a cada una de ellas. Entonces entra en juego otra regla dialéctica incorporada al procedimiento judicial, que es la igualdad de partes. El juez debe examinar todos los argumentos presentados por ambas partes, tomando en consideración todos los hechos aportados, tanto los que intensifican la necesidad del trabajador como los que subrayan la posición de la empresa. En nuestro sistema jurídico, el juez no se encuentra estrictamente vinculado por la argumentación de las partes, pero sí por los hechos que estas han aportado al proceso, de modo que también debe analizar de manera independiente estos hechos, adoptando sucesivamente el punto de vista de cada una de las partes, poniéndolos en relación con los tópicos que resulten aplicables y buscando la solución que apuntaría al punto de equilibrio óptimo definido como ideal regulatorio; a estos efectos, también podrá acudir a precedentes judiciales o a otras normas específicas que los litigantes no hayan incorporado. Esta necesaria consideración sucesiva de los puntos de vista de ambas partes recuerda al método escolástico de la *disputatio*<sup>84</sup>, según el cual el estudio de un tema implica siempre la ponderación de los argumentos a favor de cada una de las posiciones posibles. En este contexto, la convicción del juez no parte del vacío, sino que está condicionada por los elementos fácticos aportados por las partes en el proceso, así como, en gran medida, por los argumentos que hubieran alegado. Por otra parte, incluso más allá de estos argumentos, los tópicos comúnmente aceptados -por ejemplo, el esquema basado en la idoneidad, necesidad y proporcionalidad-, funcionan como

---

<sup>84</sup> Alude a ella el propio Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, Op. Cit., p. 96.

“disparadores” que permiten activar la invención de nuevos argumentos por parte del juez, asumiendo sucesivamente la posición de ambas partes.

No obstante, hay que admitir que la decisión final que determinaría el punto de equilibrio óptimo entre los principios contrapuestos, tiene un elemento intuitivo que resulta ineludible y que no admite su encaje en ninguna fórmula matemática. Por eso, una vez que el juez ha adoptado la decisión que personalmente considera óptima -tras sopesar alternativamente los “puntos de vista” de ambas partes-, tiene que justificarla para hacerla aceptable por la comunidad jurídica, lo que nos sitúa de nuevo en el plano retórico. En este segundo momento, su actividad es similar a la de los litigantes, con la salvedad de que la presentación explícita de la argumentación no debe en ningún caso omitir estratégicamente la mención expresa de las circunstancias que favorecen a la opción que se rechaza. Dicho de otro modo, los argumentos que juegan en contra de la opción que finalmente se defiende tienen que refutarse explícitamente, en aplicación de las reglas de la Dialéctica. Para ello, el juez tiene que preguntarse por los motivos que le han llevado en el caso concreto a dar un mayor valor al interés del trabajador o al del empresario después de haber examinado ambos puntos de vista a la luz de los tópicos que resultan aplicables en función de las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean el supuesto. Después deberá trasladar estos motivos de manera inteligible al texto de la fundamentación, utilizando para ello recursos argumentativos, como los modalizadores del discurso, que permiten subrayar la importancia de determinadas circunstancias y minimizar la relevancia de otras<sup>85</sup>.

En definitiva, la metodología tópica resulta fructífera para abordar los problemas aplicativos que genera el art. 34.8 ET, aunque lógicamente no puede proporcionar certezas ni engañosas fórmulas matemáticas que permitan deducir una

---

<sup>85</sup> *Vid.*, Álvarez del Cuervo, A., *Op. Cit.*, pp. 74-75, donde se ofrecen ejemplos concretos de modalizadores discursivos extraídos del texto de diversas resoluciones judiciales.

solución irrefutable. En primer lugar, permite poner el foco en la argumentación como una técnica apropiada para buscar -y luego defender- respuestas verosímiles para una cuestión que es esencialmente discutible. En segundo lugar, facilita la ubicación del problema en una situación estandarizada (la ponderación de principios jurídicos) que apunta a determinados "tópicos" que pueden recopilarse a partir de la observación de la práctica judicial. En tercer lugar, favorece el contraste de los "puntos de vista" contrapuestos de las partes a partir de una serie de reglas de procedimiento (buena fe en la negociación previa, carga de la persuasión, igualdad de partes en el proceso), que condicionan las operaciones intelectuales dirigidas hacia la búsqueda de una verdad plausible, a partir del ideal regulatorio del punto de equilibrio óptimo. En cuarto lugar, los tópicos se convierten finalmente en herramientas retóricas que permiten justificar de manera convincente la solución final alcanzada por el órgano judicial. No se trata de que el juez se vea sustituido por un procedimiento infalible, sino más bien de proporcionarle asideros para que la respuesta judicial no se presente como un mero arbitraje de equidad.