



Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Derecho del trabajo



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

133

2017

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Derecho del Trabajo

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Joaquín García Murcia**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Javier Thibault Aranda**, Director General de Empleo.
- Serie Seguridad Social: **José M^a Marín Correa**, Magistrado del Tribunal Supremo. **Amparo de Rus García**, Directora del Gabinete de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Ignacio Niño Pérez**, Director del Gabinete de la Secretaría de Estado de Empleo.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Asociado Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor Agregado de Derecho de la UE. **M^a Belén Roel de Lara**, Jefa del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

Maria Antonia Castro Arguelles, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

Angel Blasco Pellicer, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

Cristina Gortazar Rotaecbe, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

Nuria Paulina García Piñeiro, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

DIRECTOR

Pablo Hernández-Lahoz Ortiz
Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González
Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Tel: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@meyss.es

Internet: <http://www.meyss.es>

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 17-2.357

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>



Edita y distribuye:

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO Papel: 270-16-002-5

NIPO Internet: 270-15-069-X

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Derecho del Trabajo

CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR CON EL TRABAJO

SUMARIO

EDITORIAL, *Joaquín García Murcia*, 9

ESTUDIOS

La conciliación de la vida laboral, personal y familiar como estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *María Antonia Castro Argüelles*, 15

Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa. *Ana Isabel Pérez Campos*, 37

La conciliación de la vida laboral y familiar en el Derecho de la Unión Europea. *Nuria de Nieves Nieto*, 75

Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. *Rosario Cristóbal Roncero*, 115

Los permisos por razones familiares en el artículo 37.3 ET. *Carmen Sánchez Trigueros*, 139

Derechos de conciliación de la vida familiar y laboral y movilidad geográfica. *Lourdes Meléndez Morillo-Velarde*, 185

La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos críticos.

Juan Gil Plana, 223

El despido y la conciliación de la vida familiar y laboral.

Alberto Cámara Botía, 269

Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social. *Raquel Aguilera Izquierdo, 313*

Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Raquel Yolanda Quintanilla Navarro, 343

El mercado laboral español y la conciliación de la vida profesional, familiar y personal: necesidad de un cambio de modelo económico, social y cultural.

José María Fernández-Crehuet Santos, 369

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Journal of the Ministry of Employment and Social Security

Labour Law

WORK-LIFE BALANCE

CONTENTS

EDITORIAL, *Joaquín García Murcia*, 9

STUDIES

Work-life balance as a strategy to reach effective equality between women and men. *María Antonia Castro Argüelles*, 15

Work-life balance rights: the Evolution of Legislation.
Ana Isabel Pérez Campos, 37

Reconciliation of work and family life in the European Union Law.
Nuria de Nieves Nieto, 75

Reduction and adaptation of working hours due to work-life balance.
Rosario Cristóbal Roncero, 115

Family-related in article 37.3 ET (Statute of Workers).
Carmen Sánchez Trigueros, 139

Work-life balance rights and geographic mobility.
Lourdes Meléndez Morillo-Velarde, 185

Extended leave of absence for child or family care: key points.

Juan Gil Plana, 223

Dismissal and reconciliation between work and family life. *Alberto Cámara Botía, 269*

Work-life balance rights within the scope of Social Security. *Raquel Aguilera Izquierdo, 313*

Teleworking and work-life balance. *Raquel Yolanda Quintanilla Navarro, 343*

The Spanish labour market and work-life balance: the need for a change in the economic, social and cultural model. *José María Fernández-Crehuet Santos, 369*

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Editorial

Trabajo y familia, familia y trabajo. ¿Hay que optar entre esas distintas facetas de la vida o se pueden conjugar? Aparentemente la respuesta es fácil: generalmente, las personas deben trabajar para asegurar su sustento, pero también necesitan (normalmente) una vida en familia. Las cosas, sin embargo, no suelen ser tan sencillas. Muchas circunstancias entorpecen o dificultan la toma de decisiones en ese sentido. Por lo pronto, no todos los trabajos dejan tiempo suficiente para atender debidamente una familia, ni todas las familias tienen las mismas exigencias de tiempo y dedicación. De otro lado, no siempre es fácil el tránsito del trabajo a la familia, pues no siempre es posible disponer de un empleo cercano a la familia, ni tampoco todos los entornos urbanos facilitan el desplazamiento del trabajo a la vivienda (o no lo facilitan en el mismo grado). También hay que tener en cuenta que no todos los grupos sociales se enfrentan a ese dilema de la misma manera. Influye mucho, por ejemplo, el reparto de tareas que han practicado tradicionalmente en la sociedad los hombres y las mujeres, y de modo inevitable influye también el papel que biológicamente corresponde a la mujer en la procreación, desde el embarazo hasta el cuidado maternal de la criatura (piénsese en la lactancia natural); cuando menos, en tanto que el nacimiento de nuevos seres humanos no se haga depender enteramente de la técnica.

En cualquier caso, ni el sistema productivo ni el ordenamiento jurídico pueden ser refractarios a estas preocupaciones y necesidades personales, que en el fondo son necesidades de carácter social. Probablemente en el ámbito estricto de la producción y la organización del trabajo se pueda contribuir mucho a la combinación de trabajo y familia, máxime con los avances que representan las nuevas tecnologías. Es evidente, por poner un ejemplo, que los medios electrónicos y virtuales facilitan el teletrabajo, y que esta modalidad de trabajo puede facilitar extraordinariamente aquella combinación, al menos en el plano teórico o de las abstracciones. Es obvio asimismo que la ordenación de los horarios de trabajo también puede ayudar en ese sentido, sobre todo si las reglas de entrada y salida del trabajo van acompañadas de una organización de la vida social y ciudadana que permita concentrar los tiempos de trabajo y liberar más tiempo para la familia. De todas formas, el trabajo tiene sus exigencias, y cuanto más cualificación revista (y mayor valoración económica y social) más suele exigir en entrega y dedicación (gestiones, reuniones o viajes, entre otras muchas cosas). Quienes se implican en el trabajo deben ser conscientes de sus exigencias y de la clase de vida que cada profesión requiere. La conciliación, a la postre, no es

* Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

tan sólo una cuestión en la que influyan factores externos: cada uno debe reflexionar sobre el tipo de trabajo que más le conviene atendiendo a su proyecto vital y familiar.

Por su parte, el ordenamiento jurídico puede brindar muchas posibilidades de conciliación, aunque también tiene sus limitaciones. Puede comprender el problema y guiarse por determinados principios u objetivos, pero es muy probable que no pueda resolver el problema a plena satisfacción de todos los afectados. La regulación del trabajo asalariado, dicho de otro modo, puede y debe atender las demandas del trabajador en relación con su familia, pero no puede descuidar el interés de la empresa, ni puede desconocer que el contrato de trabajo entraña compromisos de tiempo. Puede abrir muchas puertas para conciliar familia y trabajo (en forma de excedencias, reducciones de jornada, etc.), y desde luego debe ofrecer buenos soportes para que las personas que opten por la conciliación de la vida laboral y familiar no sufran perjuicios ni discriminaciones. También puede proporcionar protección especial para las situaciones más ligadas a la creación o el mantenimiento de la familia (maternidad, riesgo durante el embarazo, lactancia, cuidado de hijos prematuros o gravemente enfermos). Y puede aligerar costes con ese mismo fin, ya sea para que el empresario pueda sustituir a sus trabajadores sin esfuerzo desproporcionado, ya sea para que el trabajador autónomo pueda buscar el auxilio de otra persona en sus tiempos de dedicación más estrecha a la familia.

No se puede decir que nuestro ordenamiento laboral haya sido ajeno a esas preocupaciones. Afortunadamente, contiene en una proporción apreciable ese tipo de medidas. Como es sabido, la Constitución española no habla expresamente de la conciliación de la vida laboral y familiar, lo cual no quiere decir que no sean importantes desde este punto de vista sus reglas de no discriminación o sus mandatos de protección a la familia. Pero, en todo caso, ha sido nuestra legislación ordinaria la más predispuesta para incorporar previsiones encaminadas a facilitar a las personas que trabajan su dedicación a la familia, tanto desde el punto de vista del trabajo (como puede comprobarse a lo largo del Estatuto de los Trabajadores y, para los empleados públicos, en el Estado del Empleado Público), como desde el punto de vista de la seguridad social. La negociación colectiva puede completar desde luego estas previsiones legales, y la legislación procesal proporciona vías específicas para que los interesados puedan reclamar todos esos derechos en sede judicial, tanto los legales como los convencionales. Un punto de inflexión en este sentido fue sin duda la Ley que en el año 1999 procedió a una primera transposición de la Directiva europea de 1996. Si bien se mira, las directrices de la Unión Europea sobre «permiso parental» (modificadas en 2010 y pendientes en estos momentos de nueva redacción, se supone que más avanzada) han sido con toda seguridad el principal factor de impulso de la política de conciliación de la vida laboral y familiar en nuestro país.

El papel de la ley, de todos modos, es relativo. Que brinde o no posibilidades de conciliación es por supuesto muy importante. Pero que el trabajador disfrute o no de márgenes suficientes para atender a su familia también depende en buena parte de la autonomía privada, tanto de la autonomía colectiva como, en la medida de sus posibilidades, de la capacidad de entenderse de trabajador y empresario. La conciliación de la vida laboral y familiar es un asunto de interés general, que tiene mucho que ver con la organización global de la sociedad. Pero a fin de cuentas su virtualidad y su aplicación efectiva depende de circunstancias más concretas, en parte ligadas a la empresa o al tipo de trabajo, y en otra buena porción vinculadas a la situación de cada persona. Por ello, tanto la negociación colectiva como, incluso, el acuerdo particular entre trabajador y empresario son poco menos que imprescindibles para la buena marcha de la conciliación de la vida laboral y familiar. La negociación colectiva es la vía que mejor puede pulsar las posibilidades de cada sector de actividad, cada tipo de trabajo o cada empresa, y la que mejor puede diseñar y

planificar las fórmulas de conciliación. No es casualidad que el artículo 84.2 ET incline hacia los convenios y acuerdos de empresa la regulación de esta materia, aun cuando pudieran concurrir con otros convenios de ámbito superior, ni que el artículo 64 ET asigne a los representantes unitarios una función específica de colaboración con la dirección de la empresa en este terreno. Pero, como hemos dicho, también el acuerdo individual entre trabajador y empresario puede ser decisivo para adecuar las necesidades de una y otra parte del contrato de trabajo, sobre todo en lo que respecta a la adaptación de la jornada de trabajo, una posibilidad prevista en el artículo 34.8 ET y que en buena lógica debería estar llamada a tener más futuro del que formalmente ofrece en la actualidad.

¿Y la conciliación de trabajo y «vida personal», de la que hablan incluso algunos preceptos legales (como el ya citado art.84.2ET)? Estamos, sin duda, ante algo un poco más sofisticado. Todo el mundo sabe, o debe saber, que trabajar es una opción vital que conlleva disponer de menos tiempo para otras cosas de la vida. El que posee medios de sustento distintos del salario o, en general, de los ingresos que proporciona el trabajo, no necesita trabajar ni someterse a las restricciones que el trabajo supone inevitablemente para otros proyectos personales. Alguien tal vez piense que esa es la situación ideal, y tampoco se trata ahora de quitarle la razón. Pero lo que sí es cierto es que aún no hemos llegado a un tipo de sociedad en el que todas las personas puedan prescindir del trabajo (más bien, de los ingresos del trabajo) y, en consecuencia, puedan tener abiertas todas esas opciones. Otros dirán que para eso pueden servir las denominadas «rentas mínimas», pero ¿quién las sufraga?, ¿quién estaría dispuesto a financiar un fondo con cargo a su trabajo para que otros obtengan ingresos por no trabajar? A la hora de la verdad, sólo el tacto en la elección del trabajo y, en su caso, el acuerdo con el empresario, pueden lograr una buena combinación entre las exigencias profesionales y las inclinaciones vitales de una persona. Inclinaciones que no tienen por qué reducirse al ocio o el descanso, sino que pueden tener también como punto de mira otras muchas expectativas personales, desde la formación hasta la práctica religiosa o el voluntariado social.

Pensemos, de todas formas, con un poco más de profundidad. Si bien se mira, tampoco hay razones de peso para despreciar el trabajo, con todo lo que pueda significar de restricción para la organización vital de las personas, o con todo lo que pueda suponer de incomodidad o de fastidio. Al fin y al cabo es un ingrediente más de la vida y, como tal, una posible fuente de satisfacciones y de realización personal. Como dijera Bertrand Russell (*La conquista de la felicidad*, 1930), aunque sea difícil precisar si el trabajo es fuente de felicidad o por el contrario una fuente de desgracia, «el trabajo más desagradable es mucho menos penoso para la mayor parte de las personas que la ociosidad». No se trata por lo tanto de prescindir del trabajo, sino más bien de lograr una buena combinación entre el trabajo y las restantes facetas de la vida. En realidad, no tiene sentido hablar de conciliación de trabajo y vida personal, pues el trabajo es en sí mismo una parte de la misma vida. Se trata, entonces, de construir una vida personal que además del trabajo procure otras ocupaciones y satisfacciones.

Pero dejemos a un lado las reflexiones filosóficas y volvamos a nuestro terreno, esto es, al cauce legal. El reto, como dijimos, es lograr una regulación que sea capaz de ofrecer opciones suficientes y apropiadas para que quien vive de su trabajo pueda también hacerse cargo de su familia (y para que pueda atender su propio desarrollo personal). En el fondo no es nada nuevo, pues ya la emergente legislación laboral vino preocupada por garantizar al trabajador un tiempo de trabajo que no fuera excesivo, no sólo desde el punto de vista de su seguridad sino también desde la perspectiva de su descanso y de sus necesidades de ocio y entretenimiento. ¿Cuenta nuestro vigente ordenamiento laboral con suficientes instrumentos a tal fin? Aparentemente sí,

pero en todo caso el lector podrá comprobarlo a lo largo de las colaboraciones que se han reunido para este nuevo número monográfico de la «serie laboral» (*Derecho del Trabajo* en términos más precisos) de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Como se habrá podido comprobar a lo largo del índice, tales colaboraciones discurren desde el planteamiento general de toda esta problemática (María Antonia Castro Argüelles), o la descripción de la correspondiente trayectoria normativa (Ana Isabel Pérez Campos), hasta el análisis de las aportaciones que a tal efecto hace la legislación de seguridad social (Raquel Aguilera Izquierdo), pasando por el panorama de la Unión Europea (Nuria de Nieves Nieto), las medidas de reducción y adaptación de jornada (Rosario Cristóbal Roncero), los permisos por razones familiares (Carmen Sánchez Trigueros), la movilidad geográfica (Lourdes Meléndez Morillo-Velarde), la excedencia para el cuidado de hijos o familiares (Juan Gil Plana) y el despido (Alberto Cámara Botía). El recorrido se cierra con una consideración específica al teletrabajo (Raquel Yolanda Quintanilla Navarro) y una reflexión sobre el mercado laboral español a la vista de nuestro modelo económico, social y cultural (José María Fernández-Crehuet Santos).

La aportación es desde luego suficiente, no sólo para conocer el estado de cuentas sino también para futuras exploraciones, que podrían dirigirse, por abrir algunas hipótesis, a la negociación colectiva, a la regulación de los empleados públicos, al estatuto de los trabajadores autónomos (en el que acaba de incidir la Ley 6/2017, de 24 de octubre) o incluso a determinadas fórmulas de contratación como el trabajo a tiempo parcial. En consecuencia, es de justicia reconocer y agradecer el esfuerzo de todas las personas que tan amablemente han participado en la confección de esta nueva entrega de la Revista, entre otras razones porque muy probablemente han tenido que estrechar, en mayores o menores dosis, sus tiempos de conciliación familiar (o personal). Al justo agradecimiento a los autores ha de añadirse, por otro lado, el mejor de los recuerdos para don Alfredo Montoya Melgar, que en la actualidad ejerce su egregia condición de magistrado del Tribunal Constitucional pero que durante más de dos décadas asumió con la ilusión y destreza que le caracterizan las labores de coordinación de esta ya prestigiosa serie de la «Revista del Ministerio». De hecho, el número que ahora recibe el lector nació aún bajo el impulso y la buena mano del profesor Montoya. Felicidades y gracias, por consiguiente.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Estudios

La conciliación de la vida laboral, personal y familiar como estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Work-life balance as a strategy to reach effective equality between women and men

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES*

INTRODUCCIÓN

La conciliación de la vida laboral, personal y familiar se suele hacer referencia cuando se analiza el régimen jurídico de algunas instituciones laborales (permisos y licencias, jornada, suspensión del contrato) que incorporan medidas o incluyen derechos de los trabajadores con los que hacer más compatible el trabajo y las responsabilidades familiares¹.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.

¹ Que la doctrina tiende a agrupar bajo el epígrafe de «derechos de conciliación de la vida laboral y familiar». Entre otros, T. SALA FRANCO y M.A. BALLESTER PASTOR, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 23, y T. PÉREZ DEL RÍO, «La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad», en J. CABEZA PEREIRO y B. FERNÁNDEZ DOCAMPO (dirs), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant monografías, 2011, p. 77; M. BASTERRA HERNÁNDEZ, «Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador», *Revista de Derecho Social*, nº78, 2017, p. 97. Sobre qué y cuáles son los denominados «derechos de conciliación», J.J. RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 33 y ss.

Desde otro enfoque, más general, la conciliación de la vida laboral y familiar se ha abordado como una «estrategia que facilita la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres»². Así se define en la Ley orgánica 3/2007, en un sentido no muy alejado del que había orientado, unos años antes, la aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre. Según esta Ley, la necesidad de conciliar esos dos ámbitos, laboral y familiar, era consecuencia de la progresiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Para que esa incorporación se hiciera en términos de igualdad era esencial «un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres» que permitiera «un reparto equilibrado de res-

² Así se decía expresamente en el documento del Ministerio de Igualdad titulado «Conciliación de la vida laboral, familiar y personal» que, como material divulgativo, se enmarcaba en el Proyecto promovido por el Ministerio de Igualdad «Servicio de apoyo al diseño y ejecución de planes de igualdad en las empresas», en <https://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/iEmpleo/corresponsabilidad.htm>. Sobre el tema, C. RUIZ-RICO RUIZ, *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, tirant monografías, 2012, p. 15.

ponsabilidades en la vida profesional y en la privada»³.

Este planteamiento de la conciliación de la vida laboral y familiar, como instrumento para garantizar la igualdad efectiva en el trabajo de mujeres y hombres, ha condicionado el tratamiento jurídico que se ha hecho de la cuestión y probablemente también ha limitado el alcance de las medidas que se han adoptado al efecto. Además se trata de un enfoque que suscita, como se va a ver, algunos interrogantes.

La primera duda que plantea la regulación de la conciliación de la vida laboral y familiar es si recoge un auténtico derecho individual de los trabajadores a conciliar la vida laboral, familiar y personal. La cuestión surge porque, pese algunas menciones puntuales, en la Ley orgánica 3/2007, en ningún precepto se definen de forma expresa ni un «derecho a conciliar la vida laboral, personal y familiar», ni unos «derechos de conciliación», sino unos particulares derechos y garantías que contribuyen, con más o menos eficacia, a que el trabajador pueda compaginar con el trabajo algunas responsabilidades familiares.

La segunda cuestión tiene que ver con la delimitación de los ámbitos a conciliar. Como se sabe, las necesidades de conciliación, que en la Ley 39/1999 se referían a las esferas laboral y familiar, a partir de la Ley orgánica 3/2007 se han ampliado también a la esfera personal. En esa esfera personal podrían entenderse subsumidas circunstancias personales relacionadas con el sexo, como el embarazo o la violencia de género⁴. Sin embargo, mientras la

conciliación de la vida laboral, personal y familiar sea fundamentalmente un instrumento para alcanzar la igualdad por razón de sexo, no parece que haya fundamento suficiente para incluir en esa referencia a la vida personal otras circunstancias personales⁵ (religión, militancia política o ideológica...) que, no obstante, también pueden plantear problemas de conciliación con la vida laboral⁶. Pero limitar el ámbito material de las esferas que se quieren conciliar puede, como se verá, limitar el alcance de algunos de los derechos de conciliación formulados legalmente.

Con todo, la vinculación que se ha establecido entre la conciliación de la vida personal y familiar, y la igualdad y no discriminación por razón de sexo ha servido para justificar la incorporación a su régimen jurídico de medidas que persiguen evitar consecuencias negativas vinculadas al ejercicio de los derechos que se reconocen a tal efecto. El ejemplo claro ha sido la extensión de la nulidad, cuando no corresponda la procedencia, del despido que se lleva a cabo durante el ejercicio por el trabajador de alguno de los derechos de conciliación. Ahora bien, la solución normativa que se ha adoptado no deja claro si esa nulidad se produce porque ha habido una discriminación por razón de conciliación de la vida laboral y familiar, o simplemente para salvar las dificultades que en algunos casos podrían plantearse a la hora de acreditar que el despido ha tenido por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución. Habría que preguntarse si la estrategia que se ha seguido supone limitaciones en la extensión al varón (que ejerce derechos de conciliación) de algunas de las garantías antidiscriminatorias y de las medidas de acción positiva previstas en la Ley orgánica 3/2007.

³ En estos términos se expresaba la exposición de motivos de la Ley 39/1999.

⁴ Según el art. 2 de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, uno de los fines de esta Ley es «garantizar derechos en el ámbito laboral y funcional que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género». Sobre el tema, M. IBÁÑEZ SOLAZ, «La Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre», en M. P. RIVAS VALLEJO y G.L. BARRIOS BAUDOR, *Violencia de Género, Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Thomson Aranzadi, 2007, p. 121.

⁵ M. A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos laborales*, Editorial Comares, 2002, p. 5.

⁶ C. RUIZ-RICO RUIZ, *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, tirant monografías, 2012, p. 16.

No cabe duda que el legislador ha entendido que el riesgo de discriminación por razón de conciliación de la vida laboral y familiar surge cuando la necesidad de conciliar recae exclusivamente sobre las trabajadoras. Por ello ha centrado todos sus esfuerzos en fomentar la corresponsabilidad. Pero esos esfuerzos tropiezan con varios obstáculos. En primer lugar, si no existe un derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar puede ser discutible que exista un derecho del trabajador, cualquiera que sea su sexo, a no ser discriminado por tal motivo. Es esta una cuestión que ha tenido que abordar el TC en la STC 26/2011, de 14 de marzo, probablemente porque no estaba nada claro que el encargo expreso del art. 44 de la Ley orgánica 3/2007, de evitar toda discriminación basada en el ejercicio de los derechos de conciliación, fuera suficiente para dar una respuesta afirmativa a esa pregunta, pues este precepto se ha de interpretar teniendo en cuenta lo que dispone el art. 3 de esta misma ley, según el que las diferencias de trato que deriven de la maternidad y de la asunción de obligaciones familiares constituyen una discriminación por razón de sexo⁷.

De otro lado, el riesgo de discriminación no es la única consecuencia negativa vinculada al ejercicio de los derechos para la conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Hasta ahora, la regulación que se ha hecho de la cuestión no ha podido evitar la interferencia que el ejercicio de esos derechos puede tener en el desarrollo profesional y promoción económica de los trabajadores. Mientras ello sea así será difícil alcanzar la corresponsabilidad perseguida.

EL TRATAMIENTO LEGAL DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, PERSONAL Y FAMILIAR

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, fue la primera norma interna en utilizar la expresi-

ón «conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras»⁸, lo que no quiere decir que hasta ese momento no hubiera habido una preocupación del legislador por la armonización de responsabilidades laborales y familiares. En concreto, sin remontarnos más en el tiempo⁹, ya la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980 incorporaba algunos derechos orientados a facilitar que los trabajadores pudieran compatibilizar con el trabajo algunas responsabilidades familiares; en especial la maternidad y el cuidado de los hijos en sus primeros años de vida. El reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad ante la ley y del principio de no discriminación por razón (entre otras) de sexo (art. 14 CE) suponía un fundamento constitucional suficiente para remover los obstáculos que podían existir en el acceso de las mujeres al mercado de trabajo, especialmente aquellos relativos al embarazo y a la maternidad.

No obstante, en aquel momento, la atribución de esos derechos de forma exclusiva u originaria a la mujer tendría efectos no deseados. La constatación de este hecho llevó a un cambio de estrategia que pasaba por incorporar un nuevo objetivo: la corresponsabilidad de los padres (varones) en las responsabilidades familiares. Sólo así se alcanzaría la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

En concreto, el primer paso en esa línea se dio con la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se ampliaba a dieciséis semanas el permiso por

⁸ Esta expresión se encontraba en la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, a la que transponía, cuyo considerando 5º recordaba las consultas que el Acuerdo había hecho a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción comunitaria en materia de conciliación entre la vida profesional y la vida familiar.

⁹ Sobre la creación de «nuevas figuras jurídicas que permitiesen a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de diferentes intereses familiares» en la Ley de contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931, A.R. ARGÜELLES BLANCO, C. MARTÍNEZ MORENO y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)*, CES, 2004, p. 32.

⁷ Sobre el tema, M.A. GARCÍA RUBIO «La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar», en J. CABEZA PEREIRO y B. FERNÁNDEZ DOCAMPO (dirs), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, tirant monografías, 2011, p. 357.

maternidad y se establecían medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. Los cambios normativos en este punto se explicaban porque la regulación que hasta ese momento existía de estas cuestiones no ofrecía los niveles adecuados para evitar que la atención de las situaciones derivadas del nacimiento de hijos incidiese negativamente sobre la vida laboral de los trabajadores. La necesidad de armonizar responsabilidades laborales y familiares se planteaba como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social que surgía de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo.

En la misma línea se orientaron algunos de los cambios normativos que introdujo la Ley 39/1999, en especial aquellos que trataban de facilitar que «los hombres pudieran ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia», con el objetivo, declarado expresamente, de dar «un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres».

La Ley 39/1999 se ocupaba también de la trasposición a nuestro ordenamiento interno de las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio. La primera de ellas contemplaba la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. La segunda, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, establecía el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. Tal vez por ello, en algunas medidas sobre las que incidía la Ley 39/1999, como en el caso descanso por maternidad, esos objetivos (seguridad y salud de la trabajadora y cuidado de los hijos) se seguían confundiendo. Una opción que se ha mantenido, pese a las reformas que se llevaron a cabo con posterioridad, que, en algún caso, ha dado

lugar a soluciones normativas bastante discutibles como que el permiso de paternidad pueda ser disfrutado indistintamente por los progenitores cualquiera que sea el sexo, con excepción de la madre biológica¹⁰.

El fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres respecto de las cargas familiares volvió a ser el objetivo que se proponía en la Ley orgánica 3/2007 para evitar las desventajas que podían derivar de la asunción de las responsabilidades familiares. En el momento de la aprobación de esta Ley, el ejercicio de los derechos de conciliación, en cuanto seguía recayendo mayoritariamente sobre las mujeres¹¹, podía convertirse en una causa de discriminación por razón de sexo análoga a otros supuestos en los que concurre abiertamente un hecho biológico como el embarazo o la maternidad¹². Por ello, uno de los criterios de actuación de los poderes públicos para al-

¹⁰ Sobre lo particular, M. A. CASTRO ARGÜELLES y D. ÁLVAREZ ALONSO, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Thomson-civitas, 2007, p.169.

¹¹ En aquel momento, según las estadísticas, las mujeres trabajadoras continuaban asumiendo la mayor parte del peso de las responsabilidades familiares, lo que se traducía en mayores dificultades en el acceso al trabajo y en el mantenimiento del empleo; también en una menor dedicación al trabajo, con consecuencias negativas para su promoción económica y profesional. Así lo entendió el TC, en la STC 233/2007 de 5 noviembre, en la que no dudó en defender que el ejercicio de derechos asociados a la maternidad (por ejemplo la excedencia) podía constituir una circunstancia, con conexión directa con el sexo de la trabajadora, en la que fundar un trato discriminatorio, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, F. 2; 136/1996, de 23 de julio, F. 5; 20/2001, de 29 de enero, F. 4; 41/2002, de 25 de febrero, F. 3; 17/2003, de 30 de enero, F. 3; 175/2005, de 4 de julio, F. 3; 342/2006, de 11 de diciembre, F. 4, o, STC 17/2007, de 12 de febrero, F. 3); aunque se tratase de derechos que el ordenamiento jurídico reconocía a los progenitores cualquiera que fuera su sexo.

¹² Así lo entendería también el TC (SsTC 203/2000, de 24 de julio, y 233/2007) para el que si se les perjudica o relega laboralmente a consecuencia de su ejercicio, se reproducirá la diferenciación histórica que conlleva una situación de clara discriminación por razón de sexo en la relación laboral, pues esos obstáculos dificultarán el mantenimiento de las mujeres en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones con los hombres.

canzar la igualdad efectiva y evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo sería «el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia». Se consolidaba así la estrecha relación que desde un primer momento había existido entre la igualdad y no discriminación por razón de sexo y la conciliación de la vida laboral y familiar¹³.

De esta forma, las medidas que se introducían en la Ley orgánica 3/2007 para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar se sumaban a otras que pretendían la mejora en el acceso y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo mediante su posible consideración como grupo de población prioritario de las políticas activas de empleo. Pero lo que la Ley no abordaba en ningún momento era cómo se debían articular unas y otras. En efecto, la Ley, de un lado, fomentaba la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares para evitar toda discriminación basada en su ejercicio y, de otro lado, reconocía las medidas de acción positiva en el empleo, con el objetivo de favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. Pero lo hacía sin entrar a valorar de qué manera sus circunstancias personales, en concreto la conciliación de la vida laboral y familiar, podían ser el obstáculo con el que habían tropezado en ese acceso al empleo o a la promoción profesional, o en la permanencia en el trabajo.

En definitiva, la Ley orgánica 3/2007 vinculaba el riesgo de discriminación por razón de conciliación de la vida laboral y familiar a que la misma recayera sobre las trabajadoras

y apostaba como solución por la corresponsabilidad laboral, mediante el reconocimiento de los derechos de conciliación a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomente su asunción equilibrada. Como si esa asunción equilibrada fuera a eliminar todas las consecuencias negativas asociadas a su ejercicio.

Tal y como había advertido en su preámbulo la Ley 39/1999, las dificultades que surgen al tratar de compaginar responsabilidades familiares y trabajo, por más que se hayan producido como consecuencia de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, dan lugar a una problemática social que no puede abordarse únicamente con reformas laborales. Son necesarias también otro tipo de actuaciones y servicios de atención a las personas, que deberán moverse en un marco más amplio de política de familia, con el apoyo del art. 39 CE. Sin embargo, la Ley orgánica 3/2007 no incluyó ninguna medida en este sentido. Se limitó a proclamar como uno de los criterios de actuación de los poderes públicos, el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres (art. 17); tal vez porque era una ley de igualdad y no de conciliación. El principal reto de la Ley era conseguir la asunción real y efectiva por parte del hombre de las responsabilidades familiares¹⁴, y no la ampliación del ámbito material de la conciliación de la vida laboral y familiar, por más que se aprobasen nuevos permisos y se mejorasen otros aspectos de la regulación existente sobre el tema.

Con posterioridad a la Ley orgánica 3/2007, se han aprobado algunas normas que, aunque han incidido en algunos aspectos de la conciliación de la vida familiar y laboral, no varían sustancialmente el planteamiento que se ha venido haciendo sobre el particular. En efecto, la corresponsabilidad se ha visto sin duda reforzada con la nueva configura-

¹³ Un enfoque que también se aprecia en la normativa comunitaria. Sobre el tema, M. A. BALLESTER PASTOR, «Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea», en J. CABEZA PEREIRO y B. FERNÁNDEZ DOCAMPO, *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidades entre sexos*, tirant monografías, 2011, p.23.

¹⁴ Sobre el tema, M. L. MOLERO MARAÑÓN, «La necesaria reorientación de la conciliación de la vida profesional y familiar y la negociación colectiva», *RL*, nº 19, 2011, p.18.

ción de la reducción de jornada por lactancia, que incorpora la Ley 3/2012¹⁵. Ahora bien, no debería pasarse por alto que esta última norma también introduce un nuevo enfoque en el tratamiento del tema, que tiene en cuenta las necesidades de la empresa. Así se aprecia en la puntualización que se incorpora a propósito del derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada del art. 34.8 ET, mediante la incorporación de un párrafo adicional¹⁶; en algunas precisiones sobre la concreción horaria y determinación del periodo de disfrute de las reducciones de jornada por lactancia y cuidados familiares; o en la previsión que se incluye sobre medidas de racionalización de horario. En la misma línea parece enmarcarse la flexibilización que se introduce en el art. 41 ET y que abre la puerta a una decisión empresarial de modificación sustancial del eventual pacto de adaptación de jornada por razones familiares, que se hubiera podido alcanzar por la vía del art. 34.8 ET, por causas relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

De esta forma parece entrar en escena un nuevo objetivo: conseguir la mayor compatibilidad entre la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas. A tal fin, de acuerdo con el art. 34.8 ET, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos¹⁷. Una idea que aparecía en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, de 25 de

enero de 2012 (BOE de 6 de febrero de 2012), según el que «los convenios, especialmente los de empresa, debieran promover la racionalización del horario de trabajo con el objetivo de mejorar la productividad y favorecer la conciliación de la vida laboral y personal»¹⁸. De acuerdo con este Acuerdo, «la flexibilidad del tiempo de trabajo debiera ir acompañada de garantías y seguridad para las personas, que le permitan compatibilizar el tiempo de trabajo y de conciliación»¹⁹.

Sin embargo, no queda claro, ni en la ley ni en la negociación colectiva, cómo se pueden articular ambos objetivos, menos aún que la corresponsabilidad entre hombres y mujeres respecto de las responsabilidades familiares vaya a ser suficiente para evitar que la pro-

¹⁸ No cabe duda, por tanto, que la negociación colectiva era la llamada a incorporar esta perspectiva, a la vista del papel que se le ha atribuido por el legislador en materia de jornada. Sin embargo, no parece que hasta ahora el tema haya merecido especial atención de los sujetos negociadores. Sobre el tema, J. F. LOUSADA AROCHENA, «El tiempo de trabajo, la productividad y la conciliación en la negociación colectiva», *Diario La Ley* nº 7052, 2008, p. 4. J. CABEZA PEREIRO «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», en VV.AA. (J. F. LOUSADA AROCHENA coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MTIN, 2008, pp. 215 y ss.

¹⁹ Esta Ley introdujo otras medidas que pretendían facilitar la participación de la mujer en el mercado de trabajo, como las bonificaciones y reducciones en las cuotas de la Seguridad Social a las empresas por contrataciones de mujeres, la supresión de categorías profesionales en el sistema de clasificación profesional, o la regulación del trabajo a distancia. Así se recordaba en «Antecedentes, marco jurídico y conceptual» del Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, p. 14, disponible en <http://www.inmujer.gob.es/actualidad/PEIO/docs/PEIO2014-2016.pdf>, que responde al compromiso del Gobierno con la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Para este Plan la conciliación de la vida laboral, personal y familiar sigue siendo una cuestión clave para alcanzar igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Téngase en cuenta que en la elaboración de este Plan se han tenido en consideración instrumentos programáticos de la UE como la Estrategia para la Igualdad entre Mujeres y Hombres 2010-2015 de la Unión Europea y la Estrategia Europa 2020. El plan Estratégico, según sus propias palabras, «se alinea» con los objetivos generales de la Política de Cohesión para el periodo 2014-2020, recogidos en los Reglamentos que regulan la aplicación de los Fondos Europeos Estructurales y de Inversión (EEI), así como con los objetivos de España establecidos en el Acuerdo de Asociación 2014-2020, actualmente en fase de elaboración.

¹⁵ D. ÁLVAREZ ALONSO, «Conciliación de la vida laboral y familiar y reglas sobre las vacaciones», en J. GARCÍA MURCIA, *Comentarios a la reforma laboral de 2012*, Thomson Reuters, 2012, pp. 177 y ss.

¹⁶ J.J. RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 29.

¹⁷ La disposición adicional decimoséptima de la Ley 3/2012 establecía las condiciones para que el Gobierno adoptase medidas dirigidas a promover la racionalización de horarios y la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

ductividad de la empresa se pueda ver afectada por las medidas de conciliación.

¿EXISTE UN DERECHO A CONCILIAR LA VIDA LABORAL, FAMILIAR Y PERSONAL?

La Ley orgánica 3/2007 parecía dar un paso en la consolidación de un derecho a conciliar la vida laboral y familiar. En su exposición de motivos se anunciaba el reconocimiento de un «derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral». Y una vez se avanzaba en el articulado de la Ley, su art. 44 advertía expresamente que el reconocimiento de los derechos de conciliación debía hacerse evitando cualquier discriminación por razón de su ejercicio²⁰. Sin embargo, que esta afirmación se hiciera para imponer la atribución de esos derechos de forma que, con ello, se fomentase la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, llevaba a pensar que lo que se pretendía no era reconocer un derecho a la conciliación sino evitar la discriminación por razón de sexo que podía provocar el ejercicio de los derechos reconocidos legalmente para facilitar la conciliación con el trabajo de determinadas circunstancias familiares.

Parece reforzar esta conclusión que esa referencia en la exposición de motivos a un derecho a la conciliación no haya tenido especial desarrollo, ni siquiera en el propio texto de la Ley, que no incorporó ninguna otra reflexión al respecto²¹. De hecho, el art. 44 parecía reducir ese «derecho a conciliar la vida laboral y familiar o personal» a los derechos reconocidos expresamente en la legislación laboral y de Se-

guridad Social, en particular, al permiso y prestación por maternidad (art. 44.2) y al permiso de paternidad²², olvidando que las dificultades de conciliación no se limitan a la época de nacimiento y primeros años de vida de los hijos, ni se agotan en la atención a estos familiares²³.

Es cierto que la Ley orgánica 3/2007 incorporó algunas modificaciones en el texto del Estatuto de los Trabajadores, que alcanzaron a los derechos que contribuyen a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, pero ninguna de ellas permite avanzar sustancialmente en la configuración de esa conciliación como un derecho individual de los trabajadores. Tampoco hay un fundamento constitucional claro que obligue a ello. A fin de cuentas que los poderes públicos deban asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) no implica que ello deba hacerse reconociendo un derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, por más que esta previsión constitucional haya podido invocarse para apoyar el reconocimiento legal de algunos de los derechos para la conciliación de la vida laboral y familiar (exposición de motivos de la Ley 39/1999).

Sólo en la nueva redacción que la Ley orgánica 3/2007 ha dado al art. 34 ET se incorpora una referencia expresa al «derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral». Sin embargo, como más tarde interpretaron doctrina y jurisprudencia²⁴, lo que este precepto regula no es propiamente un derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar,

²⁰ C. RUIZ-RICO RUIZ, *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, tirant monografías, 2012, p. 20, critica que de esta forma se desvinculara (el derecho de conciliación) del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

²¹ Sobre la necesidad de acudir a una interpretación finalista de las normas para dotar de contenido a los derechos de conciliación, M. L. MOLERO MARAÑÓN, «La necesaria reorientación de la conciliación de la vida profesional y familiar y la negociación colectiva», *RL*, nº 19, 2011, p.18.

²² A diferencia del derecho europeo que reconoce un derecho a la compaginación de la vida profesional y familiar, según C. RUIZ-RICO RUIZ, *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, Tirant monografías, 2012, p. 45.

²³ En estos términos C. RUIZ-RICO RUIZ, *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, Tirant monografías, 2012, p. 16.

²⁴ STS 13 de junio de 2008, RJ 4227/2008. Por su parte, las SsTC 24/2011 y 26/2011 parecen avalar que el derecho del art. 34.8 ET no es un derecho directo del trabajador. En este sentido, D. ÁLVAREZ ALONSO, «Conciliación de la vida laboral y familiar y reglas sobre las vacaciones», en J. GARCÍA MURCIA, *Comentarios a la reforma laboral de 2012*, Thomson Reuters, 2012, p.193.

sino un derecho a plantear a la empresa la posible adaptación de la duración y distribución de la jornada por razones de conciliación de la vida laboral y familiar en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla. Se trata además de una previsión normativa bastante imprecisa respecto de cual sea el contenido de ese «derecho a la conciliación», que, de otro lado, ha tenido un escaso desarrollo en la negociación colectiva, al menos hasta el momento²⁵.

Por su parte, el art. 37.7 ET (en este caso, desde la reforma de 2012) menciona unos «derechos a la conciliación de la vida laboral y familiar» que la negociación colectiva habrá de

²⁵ De los convenios revisados (correspondientes al periodo 2012-2017), son pocos los que incorporan alguna previsión al respecto y los que lo hacen optan, a su vez, por fórmulas muy genéricas. Por ejemplo Convenio Colectivo de Repsol Butano (BOE de 22 de diciembre de 2016) incorpora un «protocolo de reducción de jornada para el personal en régimen de 2/3 turnos de lunes a domingo» según el que dada la especificada del trabajo a turnos...se acuerda desarrollar un protocolo específico de reducción de jornada para los trabajadores/as que trabajen en régimen de turnos de lunes a domingo. Las partes dejan constancia de su intención de seguir trabajando con el espíritu de estudiar, analizar y aplicar en su caso, medidas de flexibilidad para los trabajadores/as que se hallen en esta situación, siempre que dichas medidas no obstaculicen el normal desarrollo de la actividad organizativa...Entre las medidas que se citan está la elección de horario dentro de su turno de trabajo del trabajador/a a turnos o la solicitud de acumulación de reducción de jornada, de manera que, si la incidencia organizativa pudiera permitirlo los trabajadores con jornada reducida por motivos familiares, podrán solicitar para todo el periodo de un año, acumular de modo continuado la reducción de jornada anualmente en periodos concretos (verano, semana santa, navidad, etc.) Con todo lo más llamativo es que, en este punto, el convenio se limite a reproducir lo previsto en la Ley. Por ejemplo, Convenio Colectivo de ámbito estatal para la mediación de seguros privados para el periodo 2016-2018 (BOE de 18 de octubre de 2018) según el que (art. 28.5) «El personal tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de su jornada ordinaria de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo al que llegue con la empresa, respetando, en su caso, lo previsto en aquellas». En similares términos, Convenio Colectivo del sector industrias de alimentos compuestos para animales (BOE de 7 de octubre de 2016)

poner en relación con las necesidades organizativas de la empresa, si opta por establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada por lactancia y por guarda legal de un menor o por cuidado de familiar, en clara referencia por tanto a los derechos para la conciliación de responsabilidades familiares concretas y reconocidas en la norma.

Aquí se agotan las referencias genéricas del ET a los derechos a la conciliación, pues en otros preceptos estatutarios el legislador ha optado por referirse a la existencia de cargas familiares (también tras la reforma de 2012), para sugerir a la negociación colectiva que se pacte la prioridad de permanencia a favor de colectivos con cargas familiares, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 40.7 ET y 51.3 ET, a propósito, respectivamente, de los supuestos de movilidad geográfica y de despido colectivo. En este caso, la remisión a la negociación colectiva puede dejar en el aire la efectividad de la previsión legal.

En este sentido resulta significativo el escaso desarrollo que esta remisión legal ha tenido en la negociación colectiva. De los convenios negociados en los últimos años sólo en algún caso las cargas y condicionamientos familiares aparecen, junto con los requerimientos profesionales, como criterios para designar directamente las personas que se pueden ver afectadas por los traslados²⁶; y en ninguno de ellos como único criterio, sino combinado con otros, tales como «requerimientos profesionales del puesto» o «menor antigüedad en la empresa», ser trabajador «mayor de 60 años»; sin aclarar cómo se deban articular. Más aún,

²⁶ De los convenios revisados destacan el Convenio Colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros reaseguros y mutuas colaboradora con la Seguridad Social (BOE de 1 de junio de 2017), el Convenio Colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2016-2018 (BOE de 18 de octubre de 2016), el XV Convenio Colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE de 14 de julio de 2016), el XVIII Convenio colectivo general de industria química (BOE de 19 de agosto de 2015), el Convenio Colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego de bingo (BOE de 19 de junio de 2015).

en algunos de los convenios que incorporan un desarrollo del encargo del art. 40.7 ET se aprecia esa tendencia a confundir conciliación de la vida familiar con embarazo y lactancia, y a limitar el alcance de la medida a la reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares dependientes, de primer grado²⁷, o a los trabajadores/as cuya familia tenga la consideración legal de familia numerosa²⁸.

La revisión convencional también pone de manifiesto que han sido pocos los convenios que han interpretado que la Ley orgánica 3/2017 haya elevado «a la categoría de derechos los diferentes instrumentos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores para fomentar la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares»²⁹. Y los que lo han hecho se han limitado a señalar que, para fomentar la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares y evitar toda discriminación laboral por su ejercicio, las Empresas deberán tener en cuenta para su organización las circunstancias de conciliación de sus trabajadores. Una declaración de principios con poco recorrido habida cuenta de la propia imprecisión sobre lo que deba entenderse por «circunstancias de conciliación».

Por lo tanto, aparte de esas referencia legales expresas al derecho o derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, lo que se formula y regula en la legislación laboral son concretos derechos de los trabajadores para atender determinadas «responsabilidades fa-

miliares», que bien pueden ponerse en relación con los que el art. 44 de la Ley orgánica 3/2007 bautizó como derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. Esta interpretación sin duda limita las posibles pretensiones de conciliación de la vida laboral y familiar que el trabajador puede formular a las concretas medidas de conciliación previstas legal o convencionalmente. A la misma conclusión lleva el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que circunscribe el procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que han sido reconocidos legal o convencionalmente.

Junto a los derechos para la conciliación de la vida laboral y familiar, están aquellos otros que no atienden a responsabilidades familiares sino que responden a otros objetivos, como la seguridad y salud de las trabajadoras, y su protección cuando son víctimas de violencia de género, en los que, por tanto, concurre el hecho biológico de ser mujer. Por ello, respecto de estos derechos no procede extender la pretendida corresponsabilidad entre hombres y mujeres, por más que presenten también dificultades de conciliación, en este caso de la vida laboral y personal, y puedan tener un efecto negativo desde el punto de vista de la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

Esta matización, como se verá en el siguiente epígrafe, probablemente lleve a poner en duda la opción del legislador de generalizar esa perspectiva de regulación, basada en promover la corresponsabilidad entre hombre y mujer, también respecto de las medidas para la conciliación de la vida laboral y personal; o lleve a cuestionar la falta de precisión sobre los ámbitos (personal y/o familiar) a los que ha de referirse la conciliación³⁰.

²⁷ Así, según el art. 36 del Convenio Colectivo del sector de banca (BOE de 15 de junio de 2016) «no podrán ser trasladados en los términos establecidos en este artículo, sin mediar su consentimiento, las personas en situación de embarazo, lactancia o reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares dependientes de primer grado».

²⁸ En este sentido, art. 26 del VII Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías (BOE de 7 de diciembre de 2015).

²⁹ Convenio Colectivo del sector de la banca (BOE de 15 de junio de 2016), XXI Convenio Colectivo para las sociedades cooperativas de crédito (BOE de 12 de enero de 2017), y Convenio Colectivo nacional del sector de harinas panificables y sémolas 2015, 2016 (BOE de 15 de julio de 2015)

³⁰ Que ha llevado a algún autor a sugerir «la revisión del régimen de titularidad de algunos derechos de conciliación reconocidos en principio a la madre trabajadora y cuyo ejercicio por los padres trabajadores no parece contemplarse», en concreto del permiso para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, M. A. GARCÍA RUBIO, «La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conci-

LOS ÁMBITOS LABORAL, PERSONAL Y FAMILIAR A ARMONIZAR

Como se adelantaba en la introducción, mientras la Ley 39/1999 circunscribía las necesidades de conciliación a las esferas laboral y familiar, la Ley orgánica 3/2007 introdujo una referencia expresa a la esfera personal; lo que planteó alguna duda sobre el alcance del cambio, en especial, sobre las posibilidades de entender incluidos, bajo el epígrafe de derechos de conciliación, otras medidas ligadas a la esfera individual, que pueden contribuir, por su parte, a conciliar la vida laboral y personal³¹.

Sin embargo, el que la Ley orgánica 3/2007 haya abordado la conciliación como una estrategia para alcanzar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres limita, sin lugar a dudas, el contenido de esa vida personal cuya conciliación con la vida laboral también parecía preocupar al legislador. No en vano las únicas circunstancias personales, no propiamente familiares, que esta Ley abordaba a efectos de su conciliación con la vida laboral eran aquellas que tienen que ver con el sexo, esto es, el embarazo y la violencia de género³².

liación de la vida laboral y familiar», en J. CABEZA PEREIRO y B. FERNÁNDEZ DOCAMPO (dirs.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, cit., p. 350. Una propuesta difícil de compartir puesto que se trata de derechos con los que conciliar una circunstancia personal relacionada con el sexo y no una circunstancia familiar.

³¹ Por ejemplo, las Leyes 24 y 25/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y el Acuerdo de cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas en España, prevén la sustitución del descanso semanal que prevé el art. 37.1 ET, por la tarde del viernes y el sábado completo, siempre que medie acuerdo entre las partes del contrato.

³² No se olvide que según la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, la violencia de género «constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución». Sobre el particular, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN y T. VELASCO PORTERO, *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, ediciones Cinca, 2006, pp. 26 y ss.

Ese es el marco legal de referencia a la hora de interpretar las alusiones a la vida personal que se han incorporado al articulado del ET (art. 34.8 ET, disposición adicional decimoctava ET), por mucho que se mantenga que actualmente la necesidad de conciliación no debe reducirse a la esfera (o vida) familiar³³.

Otro tema es si esa referencia a la vida personal, que se recoge en alguno de los preceptos del ET, puede servir para ampliar la particular medida conciliatoria, que en los mismos se regula, por ejemplo la adaptación de la jornada, a circunstancias familiares que no cuentan con alguna medida de conciliación prevista expresamente en el ET o en la negociación colectiva³⁴. La cuestión no está clara. La indefinición sobre qué ha de entenderse tanto por vida personal como por vida familiar también puede reducir las razones de conciliación que pueden invocarse por los trabajadores a estos efectos a las concretas situaciones que hayan sido previstas expresamente, legal o convencionalmente.

Por razones similares, esto es, porque el objetivo del tratamiento legal de la conciliación de la vida laboral y personal es asimismo eliminar obstáculos a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, deben de entenderse excluidas de su ámbito material, por ejemplo, determinadas medidas de protección a los trabajadores con discapacidad y otras dirigidas a conciliar, por ejemplo, la práctica religiosa o la militancia política con el desarrollo del trabajo, aunque la esfera personal esté igualmente en juego. Y pese a que también sea la igualdad y no discriminación, en estos casos por razón de discapacidad³⁵, o de religión u opinión, la que sirve, junto a otros derechos fundamen-

³³ Según C. RUIZ-RICO RUIZ, *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, tirant monografías, 2012, p. 16, para quien sólo el cumplimiento de deberes inexcusables en el seno de la familia fundamenta actualmente la atribución de los derechos conciliatorios.

³⁴ En este sentido, J.J. RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 34.

³⁵ R. ESTEBAN LEGARRETA, *Contrato de trabajo y discapacidad*, ibidem, 1999, p. 82.

tales, para justificar estas medidas que desde otra perspectiva contribuyen a armonizar intereses personales con el cumplimiento de las obligaciones propias del contrato de trabajo.

Por último, parece claro que esta visión de la vida personal que puede precisar de medidas de conciliación con la vida laboral, deja fuera cualquier pretensión de que los trabajadores dispongan de un periodo de ocio y esparcimiento, básicamente porque no sería la igualdad y no discriminación por razón de sexo el derecho fundamental en juego³⁶. Por ello, esta otra conciliación del trabajo y la vida personal, así entendida, debe ponerse en conexión con otros derechos regulados legalmente para hacer efectivo un tiempo de descanso, en los que el fundamento constitucional que se ha invocado es otro, relacionado, de un lado, con la seguridad y salud en el trabajo y, de otro, con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del trabajador³⁷.

LAS GARANTÍAS ANTIDISCRIMINATORIAS, LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA Y LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, PERSONAL Y FAMILIAR

El tratamiento que la Ley orgánica 3/2007 ha hecho de la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, como un instru-

mento al servicio de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, explica que junto a las mejoras que se han introducido en la regulación del ejercicio de los derechos para la conciliación de la vida laboral y familiar se hayan reforzado las garantías, de contenido muy variado, que protegen a los trabajadores que ejercen algunos de esos derechos³⁸; e incorporado la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva para asegurar la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. Se trata, en todos los casos, de previsiones que confluyen hacia un mismo objetivo, alcanzar esa igualdad efectiva, pero sin que el legislador se haya planteado una necesaria coordinación entre ellas. Así, las medidas de acción positiva, que persiguen favorecer el acceso de las mujeres al empleo o a la formación y promoción profesional, en ningún momento se vinculan con la conciliación de la vida laboral y familiar.

En efecto, el ejercicio de los derechos para la conciliación de la vida laboral y familiar queda fuera de las medidas de acción positiva previstas en el art 17 ET, que están orientadas exclusivamente a favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. Como se ha dicho ya, estas medidas pueden concretarse en reservas y preferencias en el acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales de las personas «del sexo menos representado», cualquiera que sea su situación o circunstancias familiares. Algo parecido podría decirse respecto de las medidas de acción positiva en materia de ascenso, previstas en el art. 24.2 ET, dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación, pues tal y como está formulado el precepto están referidas exclusivamente a combatir la discriminación por razón de sexo.

³⁶ Al respecto cabe recordar la STC 192/2003, 27 de octubre, que aborda el derecho de vacaciones retribuidas desde la perspectiva de la dignidad del trabajador como persona y el libre desarrollo de su personalidad. Sobre la misma, M. A. CASTRO ARGÜELLES, «Dignidad del trabajador y vacaciones retribuidas: Sentencia TC 192/2003, de 27 de octubre», en J. GARCÍA MURCIA (dir), *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa. 20 casos de Jurisprudencia constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 57 y ss.

³⁷ En definitiva, otros derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona, no sólo la igualdad y no discriminación por razón de sexo, también pueden servir para abrir espacios para la conciliación de la vida laboral y personal. No obstante, sobre el déficit de regulación de estos derechos en el ámbito laboral, J.L. Goñi Sein, «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?», en Vv.AA. *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ediciones Cinca, 2014, pp. 17 y ss.

³⁸ Sobre la ampliación de las garantías al ejercicio de los derechos de conciliación en la Ley orgánica 3/2007, M. A. CASTRO ARGÜELLES y D. ÁLVAREZ ALONSO, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Thomson Civitas, 2007, pp. 159 y ss.

Por su parte, las garantías que protegen a los trabajadores ante posibles represalias empresariales por haber ejercido los derechos de conciliación forman parte de una «acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo» (preámbulo de la Ley orgánica 3/2007), especialmente, las derivadas de la maternidad y la asunción de obligaciones familiares (art. 3 Ley orgánica 3/2007). Por ello, el art. 44 de la Ley orgánica 3/2017 habla expresamente del ejercicio de los derechos de conciliación como un posible motivo de discriminación que ha de evitarse mediante una asunción equilibrada de los mismos por los trabajadores de uno y otro sexo, en la idea de que esa asunción equilibrada eliminará el riesgo de discriminación que hasta ahora conlleva la conciliación de la vida laboral y familiar.

Probablemente por ello, el ejercicio por los trabajadores, cualquiera que sea su sexo, de la conciliación de la vida laboral y familiar no aparece en el art. 17.1 ET como causa «autónoma» de discriminación. Y ello pese a que la Ley orgánica 3/2007 introdujo algunos cambios en la redacción de este precepto. Desde luego no aparece mencionada en su aparado primero cuando enumera las razones de discriminación directa o indirecta en el empleo así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, que determinan la nulidad y dejan sin efecto «los preceptos reglamentarios, la cláusula de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario».

Pese al silencio legal, no debería resultar difícil defender que la necesidad de conciliación de la vida laboral y familiar puede convertirse en una circunstancia personal o social que puede causar discriminación, cualquiera que sea el sexo del trabajador. Esta interpretación permite activar la protección antidiscriminatoria con independencia del sexo del trabajador. En concreto, no parece haber problemas para subsumirla en la referencia que el art. 14 CE hace a «cualquier otra cir-

cunstancia personal»; y en la que el propio art. 17.1 ET hace a discriminación por «condición social»³⁹. No obstante, esas referencias tan genéricas han precisado de una labor interpretativa, como la que en su día tuvo que llevar a cabo el TC (STC 26/2011⁴⁰), a propósito de la incidencia de decisiones empresariales aparentemente contrarias a concretos «derechos para la conciliación» reconocidos en la Ley, cuando es hombre el trabajador afectado, para justificar la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, cualquiera que sea su sexo, tanto desde la perspectiva de la

³⁹ Sobre el tema, M. A. GARCÍA RUBIO, «La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar», en J. CABEZA PEREIRO y B. FERNÁNDEZ DOCAMPO (dirs) *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, tirant monografías, 2011, p. 356.

⁴⁰ La STC 26/2011, de 14 de marzo, aborda un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, que surge ante la negativa de la empresa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante, lo que según este podía suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral. Esta ha sido la primera ocasión en la que el TC ha utilizado como categoría discriminatoria las circunstancias familiares. Hasta este momento el criterio del TC era que, con el listado del art. 14, la Constitución pretende una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, F. 5; 19/1989, de 31 de enero, F. 4; 145/1991, de 1 de julio, F. 2; 39/2002, de 14 de febrero, F. 4; 161/2004, de 4 de octubre, F. 3; 175/2005, de 4 de julio, F. 3; 214/2006, de 3 de julio, F. 2; 342/2006, de 11 de diciembre, F. 3; 3/2007, de 15 de enero, F. 2; 233/2007, de 5 de noviembre, F. 5; y 62/2008, de 26 de mayo, F. 5, entre otras). Precisamente esta jurisprudencia sería invocada por el voto particular que formuló el Magistrado D. Pablo Pérez Tremps, que cuestionaba el análisis que se había hecho del tema desde la perspectiva del derecho a la no discriminación pero en relación con las «circunstancias familiares», pues a la vista de esta doctrina constitucional la determinación de una nueva categoría discriminatoria, distinta de las expresamente recogidas en el art. 14 CE, exigía del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que hubieran situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a los trabajadores varones en una situación de desventaja.

igualdad y no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)⁴¹.

No está tan claro, en cambio, que este fundamento permita invocar la igualdad y no discriminación por razones de conciliación de la vida laboral y familia para extender la aplicación de garantías antidiscriminatorias que no se han vinculado de forma expresa al ejercicio de algunos de esos concretos «derechos de conciliación», como, por ejemplo, la garantía de indemnidad (art. 17 ET). En concreto, la falta de una referencia legal expresa a la igualdad y no discriminación por razones de conciliación de la vida laboral y familiar, en el art. 17.1 ET, puede dificultar la protección al trabajador varón frente a decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable que coincida en el tiempo, por ejemplo, con una pretensión de adaptación de la jornada en los términos previstos en el art. 34 ET.

Cabe pensar que esa dimensión constitucional que el TC ha atribuido a las medidas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ya sea desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de circunstancias personales (art. 14 CE), ya desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39), debería prevalecer y servir de orientación en la interpretación del art. 34 ET. Pero no parece tan claro que, en el ejemplo analizado, sea tan fácil activar en todo caso la nulidad prevista en el segundo párrafo del art. 17.1 ET. La inexistencia de una prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de conciliación de la vida laboral y familiar dificulta

que se pueda reconocer la lesión directa del art. 14 CE y deja abierta la vía a que se pueda reconocer valor legitimador a la concurrencia de otros motivos empresariales que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio. Otra respuesta por el contrario podría darse si el fundamento fuera la no discriminación por razón de sexo desde el momento en que el mismo TC ha seguido invocando «la necesidad de compensación de las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre» para deducir «la afectación a la no discriminación por razón de sexo cuando se produzcan decisiones empresariales... que resulten contrarias al ejercicio por parte de la mujer de derechos asociados a su maternidad» (STC 2/2017, de 16 de enero)⁴².

De otro lado, no debe pasarse por alto que, buena parte de las garantías que sí están expresamente asociadas al ejercicio de los derechos para la conciliación de la vida laboral y familiar, se activan únicamente respecto de concretos derechos de conciliación que tienen que ver con el cuidado de los hijos, en trasposición de lo dispuesto en el art. 5 de la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental y se deroga la Directiva 96/34/CE. Según este precepto, con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho al permiso parental, los Estados miembros o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra un trato menos favorable o el despido por haber solicitado o tomado un permiso parental, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales.

Eso es lo que sucede con la protección que el art. 55.5 ET prevé frente al despido que coincide con la suspensión del contrato por mater-

⁴¹ Merece la pena recordar lo dispuesto en la STC 66/2014, de 5 de mayo, FJ 2, según la que «la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio».

⁴² STC 2/2017, de 16 de enero, que reitera jurisprudencia recogida en la STC 233/2007 a la que habían hecho referencia las SsTC 66/2014, de 5 de mayo y 162/2016, de 3 de octubre.

nidad, paternidad, adopción o acogimiento, o se decida en los nueve meses siguientes desde la fecha de nacimiento o adopción o acogimiento del hijo. Al respecto, cabe entender que la incorporación expresa de esos supuestos de nulidad del contrato, cuando no se declare la procedencia, a renglón seguido de la declaración de nulidad del despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibida en la Constitución, responde al empeño del legislador en reforzar las garantías frente a la discriminación por razón de sexo⁴³; o simplemente concluir que el legislador no ha asumido que la conciliación de la vida laboral y familiar está entre esas causas de discriminación prohibida del art. 14 CE, lo que le habría obligado a añadir este supuesto de nulidad para trasponer adecuadamente las Directivas 92/85/CEE, de 19 de octubre y 96/34/CE, de 3 de junio⁴⁴.

Pero cualquiera que sea la interpretación que se haga, de lo que no cabe duda es de que esa garantía reforzada del art. 55.5 ET no se extiende, por ejemplo, a la reducción por guarda legal de un menor, menos aún al derecho a reducir la jornada diaria para encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, siempre que no desempeñe actividad retribuida.

Por otro lado, tampoco se puede obviar que por mucho que se haya avanzado en el tema, las responsabilidades familiares siguen planteando dificultades de conciliación que la norma no ha previsto, y que pueden en un determinado momento impedir la asistencia al trabajo. Sin embargo, a la vista del carácter limitado de los derechos de conciliación regulados legal y convencionalmente, no puede garantizarse que algunas ausencias al trabajo como consecuencia de la conciliación de la vida laboral y familiar

(por ejemplo, necesidades imprevistas de llevar al hijo o al ascendiente al médico) no permitan al empresario justificar un despido por causas objetivas de acuerdo con el art. 52.1.d ET. Es verdad que este precepto se apresura a excluir del cómputo de ausencias justificadas, en que apoyar el despido, las ausencias por maternidad, IT relacionadas con el embarazo, licencias y vacaciones..., pero no queda claro que en esa noción de «licencias» se puedan incluir otros supuestos que los permisos previstos legal o convencionalmente⁴⁵.

Por último, es discutible que el tratamiento que han recibido los derechos para la conciliación de la vida laboral, familiar y personal permita neutralizar las eventuales colisiones que su ejercicio puede tener con derechos profesionales (salariales, de promoción profesional) de los trabajadores⁴⁶. Es evidente que el enfoque que se ha seguido en el tratamiento del tema no ofrece garantías suficientes para contrarrestar los efectos adversos que el ejercicio de los derechos de conciliación pueda tener en el acceso, por ejemplo, a determinados complementos salariales que premian la antigüedad⁴⁷, la asistencia o asiduidad⁴⁸, la dis-

⁴⁵ Por ejemplo, aquellos permisos previstos convencionalmente si se han completado con mecanismos de compensación horaria que finalmente no se hayan utilizados por el trabajador, como, por ejemplo, el previsto en el art. 33 del Convenio colectivo del sector de la banca (BOE de 15 de junio de 2016) según el que «se concederá permiso para el acompañamiento a los servicios de asistencia sanitaria de hijos o hijas menores de catorce años y de familiares mayores de primer grado de consanguinidad y afinidad que no puedan valerse por sí mismos. En estos supuestos, por tratarse de permisos no retribuidos, podrán establecerse mecanismos de compensación horaria».

⁴⁶ En este sentido, C. RUIZ-RICO RUIZ, *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, Tirant monografías, 2012, p. 23.

⁴⁷ que puede perderse cuando el trabajador ha estado en excedencia para cuidado de hijos, a diferencia de lo que ocurre con el tiempo de excedencia por cargo público o sindical que no se computará a ningún efecto, por ejemplo, en el Convenio Colectivo de Mayoristas de Alimentación (BOPA de 27 de agosto de 2012).

⁴⁸ Por ejemplo, artículo 20. Convenio Colectivo de ámbito provincial de Garajes, Aparcamientos y Estaciones de Lavado y Engrase (BO de Alicante de 28 de noviembre de 2013) que establece un Plus de asistencia de 1,15 Euros por día efectiva-

⁴³ Como entendió la STC 92/2008 de 21 de julio, respecto del despido nulo de la trabajadora embarazada.

⁴⁴ M.A.CASTRO ARGÜELLES, «Permiso parental y conciliación de familia y trabajo (Directiva 96/34/CE)», en J. GARCÍA MURCIA, *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español*, MTAS, 2005, p. 393.

ponibilidad, la mayor flexibilidad al trabajo o la formación profesional⁴⁹, previstos en convenios colectivos; incluso en aquellos que al mismo tiempo no dudan en incorporar previsiones expresas contra las diferencias salariales discriminatorias por razón de género⁵⁰.

Lo mismo sucede en el acceso a la promoción profesional. Las medidas de acción positiva a que hace referencia el ET pretenden favorecer el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional de la mujer, con independencia de sus circunstancias personales y, por lo tanto, de si tienen o no cargas familiares⁵¹. De ahí que realmente no sirvan para

mente trabajado, que se percibirá 264 veces al año, (22 días de trabajo por 12 meses al año) siempre que el trabajador asista puntualmente superando su jornada habitual las seis horas, sin incluir ninguna advertencia que permita excluir determinadas ausencias. También las faltas justificadas de asistencia al trabajo supondrán la pérdida de la prima de asistencia correspondiente a ese día en el Convenio Colectivo del sector «Industrias del Aceite y sus Derivados de la provincia de Sevilla» (BO de Sevilla de 21 de febrero de 2015).

⁴⁹ Cuya utilización, por cierto, no es necesariamente discriminatoria incluso cuando de facto favorece al hombre frente a la mujer. En este sentido, se ha pronunciado el TJCE. Según la STJCE de 17 de octubre de 1989, asunto C-109/88, el empresario puede, por ejemplo, justificar la utilización del criterio (retributivo) de la mayor flexibilidad del trabajador si esta flexibilidad se entiende en el sentido de mayor adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo o a cambio de funciones. También si reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas. No así si se entiende referido a la calidad del trabajo realizado por el trabajador. También puede utilizar el criterio de formación profesional si acredita que la formación es importante para el desarrollo del trabajo o facilita la polivalencia funcional, por más que ello pueda favorecer al hombre frente a la mujer (en este sentido también, STJCE de 11 de mayo de 1999, asunto C-309/97). Y en ningún caso debe justificar de modo especial la utilización del criterio de antigüedad (por cuanto presupone mayor experiencia, mejor cumplimiento de las tareas)

⁵⁰ Por ejemplo, Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con las Seguridad Social (BOE de 1 de junio de 2017) según el que «Las partes coinciden en la necesidad de lograr la máxima observancia del principio relativo a la no discriminación en materia de retribuciones por razón de género, de forma que quede garantizada la misma retribución para un trabajo de igual valor y mismas condiciones objetivas y personales, sin que pueda existir diferencia discriminatoria alguna por razón de sexo».

⁵¹ Por ejemplo en el Plan de igualdad de paradores de turismo de España (BOE de 8 de junio de 2016) «se adoptará

compensar, en todos los casos, los efectos que en esos ámbitos pueda tener la conciliación de la vida laboral y familiar. Por ejemplo, no garantizan que entre dos candidatas, a igualdad de mérito y capacidad, tengan preferencia las trabajadoras que se hayan visto obligadas a ejercer los derechos de conciliación.

Es cierto que la negociación colectiva no ha necesitado apoyo legal para extender a las personas que han ejercido derechos de conciliación, cualquiera que sea su sexo, garantías que contribuyen a evitar perjuicios asociados al ejercicio de los derechos de conciliación, que pueden aplicarse sin dificultad al acceso a la formación y promoción profesional⁵²; o preferencias para disfrutar permisos de formación⁵³. Más en concreto,

la medida de acción positiva de que a igualdad de mérito y capacidades, tendrán preferencia las mujeres en el ascenso a puestos de trabajo en los que estén subrepresentadas, esto es, cuando el porcentaje de su presencia no alcance el 30%».

⁵² Así parece ocurrir con alguna previsión convencional en la que, bajo el genérico título de «políticas de recursos humanos», y después de establecer que «la igualdad de oportunidades y la no discriminación por razón de género estarán presentes en las políticas de recursos humanos que desarrollen las empresas especialmente en lo referente a la carrera profesional de sus trabajadores», se dispone, en particular, «ninguna de las disposiciones que se contiene en el presente convenio, singularmente las que suponen reducción de tiempo de trabajo, podrán afectar negativamente a los trabajadores que sean sus beneficiarios». Disposición adicional segunda VI Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria. (BOE de 15 de diciembre de 2016)

⁵³ Convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 19 de junio de 2015), Convenio colectivo del sector de la banca (BOE 15 de junio de 2016), según el que (art. 34.6) «En los supuestos de suspensión o reducción de jornada por obligaciones familiares establecidos en este artículo, se facilitará el acceso a las actividades formativas» o (art.61) «Los representantes de los trabajadores tendrán acceso a actividades formativas y al reciclaje tanto durante su mandato como al concluir el mismo. Igualmente se facilitará el acceso a cursos de reciclaje a las personas que se incorporen después de excedencia o disminución de jornada por obligaciones familiares». En el XXVI Convenio colectivo de Repsol Butano, SA (BOE 22 de diciembre de 2016) (art. 69. Medidas de conciliación de la vida laboral y familiar) «c) Formación y desarrollo profesional del trabajador o trabajadora en reducción de jornada: En el caso del trabajador o trabajadora a turnos y en reducción de jornada, será obligatoria su convocatoria por la empresa y su asistencia a los cursos de formación correspondientes a su puesto de trabajo, para evitar el menoscabo

en los planes de igualdad se pueden encontrar medidas para favorecer el acceso a la promoción y formación profesional, desde una perspectiva vinculada a la igualdad y no discriminación por razón de sexo⁵⁴, que en algunos casos alcanzan al ejercicio de la conciliación laboral y familiar o personal⁵⁵. El problema está en que ni esta

en la carrera profesional del trabajador o trabajadora en esta situación, así como la desactualización en los conocimientos propios de su puesto de trabajo».

⁵⁴ Por ejemplo, en el Plan de igualdad de Securitas España, SA (BOE de 5 de julio de 2016) entre las medidas que se acuerdan está «facilitar la formación, a través de modalidades a distancia y/o on-line» a los trabajadores con reducción de jornada. Esa perspectiva se aprecia también en medidas que se acuerdan, por ejemplo, en el Plan de igualdad de Serveis Integrals Lafuente, SL (BOE de 16 de mayo de 2017), Plan de igualdad de Setex Aparki (BOE de 11 de abril de 2017), Plan de igualdad de Actren Mantenimiento Ferroviario, SA (BOE de 11 de abril de 2017), Plan de igualdad de Activa Mutua 2008 (BOE de 18 de enero de 2017), Plan de igualdad Cesce, SA, SME, (BOE de 2 de enero de 2017), Plan de igualdad de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU (BOE de 20 de junio de 2016), Plan de igualdad del Grupo Vips (BOE de 19 de junio de 2016).

⁵⁵ A esas dos esferas o ámbitos de referencia de las medidas de conciliación hace alusión el Plan de igualdad de Compañía Transmediterránea, SA (BOE de 18 de abril de 2016) En algunos planes de igualdad se marcan objetivos que pueden contribuir a erradicar los efectos adversos que la conciliación de la vida laboral y familiar puede tener el acceso al empleo o a la formación profesional y promoción profesionales, o en la retribución, como «garantizar que en toda promoción o mejora económica se respetará el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación, quedando absolutamente vedada cualquier discriminación... derivada del disfrute de cualesquiera medidas de conciliación...» (Plan de igualdad de Compañía Transmediterránea, SA, BOE de 18 de abril de 2016); «garantizar la objetividad y la no discriminación en la promoción y ascensos en base a criterios objetivos, públicos y transparentes» (Plan de igualdad de Centro de Seguros y Servicios, Correduría de Seguros El Corte Inglés, SA., BOE de 19 de enero de 2017); o «que el ejercicio de los derechos relacionados con la conciliación puedan disfrutarse sin obstáculos con arreglo a criterios legales establecidos y no supongan un recorte de oportunidades, ni en la promoción, ni en el acceso a la formación, ni una disminución de las condiciones laborales de los trabajadores y las trabajadoras». Para ello, en el Plan de igualdad de Compañía Transmediterránea, SA (BOE de 18 de abril de 2016) se adoptan, como medidas, facilitar «que los horarios para las acciones formativas sean dentro del horario de trabajo y compatibles con las responsabilidades familiares y personales» y, como objetivos, procurar «la participación de las personas con contrato de trabajo suspendido por excedencias basadas en motivos familiares, en los cursos destinados a su reciclaje profesional o mejora

cuestión ha sido tratada con exhaustividad en los planes de igualdad, ni estos actúan en todas las empresas.

REFLEXIONES FINALES

Es evidente que la respuesta que nuestro ordenamiento jurídico ha dado a los problemas que puede plantear la conciliación de la vida laboral y familiar resulta limitada; y no sólo porque lo sean los concretos derechos que se han regulado al efecto, que desde luego no atienden a todas las dificultades de conciliación que las obligaciones laborales y familiares pueden plantear. Las limitaciones derivan también de la indefinición legal sobre los ámbitos familiar y personal de referencia, lo que restringe el alcance de las pretensiones de conciliación, que pueden invocar los trabajadores, a las circunstancias que han sido expresamente atendidas en la formulación legal o convencional de los particulares derechos.

Como se ha visto, la preocupación del legislador se ha centrado en promover la corres-

de su empleabilidad». En la misma línea, en Plan de igualdad de Telecor, SA (BOE de 16 de mayo de 2016) y, en parecidos términos, en el Plan de igualdad de Centro de Seguros y Servicios, Correduría de Seguros El Corte Inglés, SA. (BOE de 19 de enero de 2017), se dispone «que las personas que se acojan a una jornada distinta de la completa, no pierdan oportunidades de formación y promoción». En otros supuestos, con el mismo objetivo, se adoptan acuerdos concretos como «realizar acciones formativas a las trabajadoras/es reingresados en la empresa a la finalización de la excedencia, en los casos que sea necesario para facilitar la reincorporación a su puesto de trabajo» (Plan de igualdad de paradores de turismo España (BOE de 8 de junio de 2016), o «tras una ausencia prolongada motivada por el ejercicio de derechos de conciliación». En estos términos se manifiesta el II Plan de igualdad de Obras con Huarte Lain, SA (BOE de 29 de abril de 2016) En este plan también se acuerda que «las trabajadoras y los trabajadores que se encuentren en situación de excedencia o con reducción de jornada, en ambos supuestos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, tendrán derecho a la asistencia a los cursos de formación profesional que, en relación con su puesto de trabajo, pudieran impartirse, y estarán en las mismas condiciones de igualdad que el resto de los trabajadores y trabajadoras para optar a puestos de promoción interna que el resto de sus compañeros y compañeras»

ponsabilidad entre hombres y mujeres para así conseguir la mayor implicación de los primeros en la asunción de las obligaciones familiares y evitar el riesgo de discriminación por razón de sexo que el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar ha representado.

Esa opción del legislador ha estado plenamente justificada por cuanto las dificultades de conciliación de la vida laboral y familiar se han planteado como consecuencia de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Y se sigue justificando mientras las responsabilidades familiares continúen recayendo mayoritariamente sobre las mujeres. También es el mejor enfoque para reforzar los derechos de conciliación frente a las necesidades organizativas o productivas que la empresa pueda alegar. Si la conciliación no tuviera su fundamento en la igualdad y no discriminación por razón de sexo podría ceder más fácilmente ante las necesidades de la empresa y en concreto ante la defensa de la productividad. No se olvide que la defensa de la productividad ha servido para justificar, aunque haya sido excepcionalmente, limitaciones a derechos reconocidos constitucionalmente, como el derecho a la negociación colectiva⁵⁶; por lo que no hay razones para pensar que no podrá hacerlo respecto de unos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar que ni siquiera cuentan con una previsión constitucional.

Además, parece claro que la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, de conseguirse, reducirá el riesgo de discriminación por razón de sexo asociada al ejercicio de los derechos para la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, y repartirá los efectos negativos que el ejercicio de esos derechos puede acarrear cuando colisiona con otros derechos laborales (salariales, de promoción profesional...).

Pero esa corresponsabilidad no podrá evitar todo riesgo de discriminación por razón

de sexo, que el ejercicio de la conciliación de la vida laboral y personal lleva acompañado, desde el momento en que seguirá habiendo circunstancias que hay que compaginar con las obligaciones laborales vinculadas exclusivamente al sexo. Tampoco puede eliminar totalmente la incidencia que el ejercicio de estos derechos puede tener en la productividad o en la organización de la empresa⁵⁷. En aquellos casos en los que la promoción va ligada inevitablemente a la experiencia que se adquiere con el desarrollo profesional, la incidencia negativa del ejercicio de los derechos de conciliación, especialmente de los que suponen disminuir o reducir la dedicación que se presta a ese desarrollo profesional, es un riesgo que difícilmente podrá evitarse, cualquiera que sea el sexo del trabajador, por más que pueda compensarse con medidas de acción positiva.

Por otra parte, el enfoque que se ha seguido en el tratamiento de la conciliación de la vida laboral y familiar parece dejar en un segundo plano los intereses personales (facilitar la vida familiar) a los que se quería dar respuesta al regular los distintos derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Como se ha visto, lo prioritario ha sido proteger la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y evitar la no discriminación por razón de sexo. Esta opción ha traído como consecuencia que la conciliación de la vida laboral, personal y familiar no haya alcanzado autonomía institucional, respeto de la protección del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo⁵⁸. Tal vez por ello no ha llegado a reconocerse un derecho individual a conciliar la vida laboral y familiar, sino particulares derechos que ayudan a compatibilizar con el trabajo algunas situaciones familiares y personales.

⁵⁷ J.P. MALDONADO MONTOYA y S. PAGÉS LUIS, *La conciliación del trabajo y la vida familiar. Retos y dificultades de las Pymes*, CEU Ediciones, 2007, p. 111 y ss.

⁵⁸ No obstante, téngase en cuenta que el Gobierno ha asumido el compromiso de articular una política integral de apoyo económico y social a la familia, (Plan integral de apoyo a la familia 2015-2017) en el que la conciliación y corresponsabilidad de la vida familiar, laboral y personal, constituye una de las líneas estratégicas.

⁵⁶ STC 119/2014, de 16 de julio.

Es más que probable que la perspectiva que el legislador ha utilizado al regular las medidas para la conciliación de la vida laboral, familiar y personal haya estado condicionada por el temor a que pudieran desviarse de su objetivo principal, si se desvinculaban de la protección de la mujer⁵⁹. Pero no está claro que la conciliación de la vida laboral y familiar sólo constituya un riesgo de discriminación laboral si recae sobre las mujeres, ni que los derechos para la conciliación de la vida laboral y familiar sólo tengan incidencia en la integración de las mujeres en el mercado de trabajo⁶⁰.

Los resultados alcanzados parecen poner en entredicho la estrategia que se ha seguido hasta ahora. Es evidente que sigue sin existir un reparto equilibrado de responsabilidades familiares⁶¹, de manera que la intervención

normativa no ha impedido que las mismas sigan recayendo mayoritariamente sobre las mujeres⁶².

Por lo tanto, todavía queda mucho por hacer, pero probablemente en ese marco más amplio de que hablaba la Ley 39/1999, que se alejaría del ámbito material de la igualdad y no discriminación por razón de sexo para situarse en el de la protección a la familia. En definitiva, hay otra corresponsabilidad en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, que no ha sido planteada abiertamente por el legislador, que es la corresponsabilidad social en la que apoyar otro tipo de medidas (fiscales, de asistencia social y servicios sociales) con las que afrontar los problemas que sigue planteando a los trabajadores, cualquiera que sea su sexo, conciliar la vida laboral y familiar.

⁵⁹ M. L. MOLERO MARAÑÓN, «la necesaria reorientación de la conciliación de la vida profesional y familiar y la negociación colectiva», *RL*, nº 19, 2011, p.18.

⁶⁰ Sobre la incidencia que los derechos de conciliación de la vida familiar, personal y laboral, tienen en el tratamiento y evolución de cuestiones como el envejecimiento de la población, los índices de natalidad, M. BASTERRA HERNÁNDEZ, «Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares», *Revista de Derecho Social*, nº 78, 2017, p. 97.

⁶¹ J. CABEZA PEREIRO, «Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres», en J. CABEZA PEREIRO y B. FERNÁNDEZ DOCAMPO, *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidades entre sexos*, tirant monografías, 2011, p.82 y ss.

⁶² STC 162/2016, de 3 de octubre, y STC 2/2017, de 16 de enero. En estas sentencias se sigue insistiendo en que la condición biológica y la salud de la mujer trabajadora han de ser compatibles con la conservación de los derechos profesionales, sin que la maternidad pueda producir ninguna desventaja.

RESUMEN

En este trabajo se estudia el tratamiento legal que se ha hecho de la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; su evolución, los objetivos que persigue y las limitaciones que presenta. Para la legislación laboral, la conciliación de la vida laboral y familiar es una estrategia para alcanzar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Este enfoque, que tiene sentido mientras las responsabilidades familiares continúen recayendo mayoritariamente sobre las mujeres, suscita, no obstante, algunos interrogantes sobre la existencia de un verdadero derecho de los trabajadores, cualquiera que sea su sexo, a conciliar su vida laboral, personal y familiar; la delimitación de los ámbitos a conciliar; o la extensión al varón de las garantías que persiguen evitar posibles represalias empresariales por razones de conciliación.

La conclusión a la que se llega, a partir del análisis de los distintos preceptos en juego, es que el legislador se ha limitado a regular unos derechos para armonizar algunas circunstancias familiares con el trabajo. No hay un derecho a conciliar la vida laboral, personal y familiar, ni un fundamento claro para que deba haberlo. El planteamiento que se ha hecho de la cuestión deja en un segundo plano los intereses personales (facilitar la vida familiar) a los que se quería dar respuesta al regular esos derechos; limita claramente las circunstancias personales, no propiamente familiares, que se pueden invocar; y, por ello, el alcance de algunas de las medidas adoptadas al efecto. Esa perspectiva, que conecta la conciliación con la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, deja fuera de esa vida personal, que puede precisar de medidas de conciliación, cualquier pretensión de que los trabajadores dispongan de un periodo de ocio y esparcimiento, básicamente porque no sería la igualdad y no discriminación por razón de sexo el derecho fundamental en juego.

No cabe duda que el legislador ha entendido que el riesgo de discriminación por razón de conciliación de la vida laboral y familiar surge cuando la necesidad de conciliar recae exclusivamente sobre las trabajadoras. Por ello ha centrado todos sus esfuerzos en fomentar la corresponsabilidad. Pero, como se advierte en el trabajo, esos esfuerzos tropiezan con varios obstáculos. En primer lugar, se pregunta hasta qué punto si no existe un derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar puede defenderse que exista un derecho del trabajador, cualquiera que sea su sexo, a no ser discriminado por tal motivo. La Ley orgánica 3/2007 ha querido que las garantías que protegen a los trabajadores ante posibles represalias empresariales por haber ejercido los derechos de conciliación, formen parte de una «acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo» (preámbulo), especialmente, las derivadas de la maternidad y la asunción de obligaciones familiares (art. 3). Por ello, el ejercicio por los trabajadores de la conciliación de la vida laboral y familiar no aparece en el art. 17.1 ET como causa «autónoma» de discriminación. Ahora bien, esta opción puede dificultar la protección del trabajador varón que ejerce alguno de los derechos de conciliación. Es cierto que existen razones para defender que la necesidad de conciliación de la vida laboral y familiar es una de esas circunstancias personales o sociales protegidas por los arts. 14 CE y 17.1 ET, cualquiera que sea el sexo del trabajador. Así lo entendió la STC 26/2011, de 14 de marzo, que no ha dudado en justificar la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, cualquiera que sea su sexo, ya sea desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) ya desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). Sin embargo, no está claro que este fundamento permita invocar la igualdad y no discriminación por razones de conciliación de la vida laboral y familiar para extender la aplicación de garantías antidiscriminatorias que no se han vinculado de forma expresa al ejercicio de algunos de esos concretos «derechos de conciliación», como la garantía de indemnidad (art. 17 ET); lo que

podría dificultar la protección al trabajador varón frente a decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable que coincida en el tiempo, por ejemplo, con una pretensión de adaptación de la jornada en los términos previstos en el art. 34 ET. Mientras así sea difícilmente se alcanzará la corresponsabilidad pretendida.

Por razones similares, es discutible que el tratamiento que han recibido los derechos para la conciliación de la vida laboral, familiar y personal permita neutralizar sus eventuales colisiones con los derechos profesionales de los trabajadores. Por ejemplo, el enfoque que se ha seguido en el tratamiento del tema no ofrece garantías suficientes para contrarrestar los efectos adversos que el ejercicio de los derechos de conciliación pueda tener en el acceso a determinados complementos salariales, negociados colectivamente, que premian la antigüedad, la asistencia o asiduidad, la disponibilidad, la mayor flexibilidad al trabajo o la formación profesional. Algo que los convenios colectivos consultados no han sabido o no han querido evitar. Por otra parte, la conciliación ha quedado fuera de las medidas de acción positiva, previstas en el art 17 ET, que están orientadas exclusivamente a favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones, cualquiera que sea su situación o circunstancias familiares. Lo mismo podría decirse respecto de las medidas de acción positiva en materia de ascenso, previstas en el art. 24.2 ET, dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación, pues tal y como está formulado el precepto están referidas exclusivamente a combatir la discriminación por razón de sexo.

En definitiva, las conclusiones a las que se llega en el trabajo parecen poner en entredicho la estrategia seguida. Después de todo, la intervención normativa no ha impedido que las responsabilidades familiares sigan recayendo mayoritariamente sobre las mujeres. Tal vez sea el momento para hacer sino un cambio sí un ajuste en el enfoque utilizado.

Palabras clave: Derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; esfera personal y esfera familiar; garantías antidiscriminatorias, medidas de acción positiva, garantía de indemnidad, despido objetivo, despido nulo; promoción profesional, acceso al empleo, igualdad efectiva de mujeres y hombres, discriminación por razón de sexo.

ABSTRACT

This paper deals with work-life balance from the legal point of view; its evolution, objectives and limitations. In terms of labour law, work-life balance is a strategy to achieve effective equality between women and men. This approach, which makes sense as long as family responsibilities continue to fall mostly on women, raises, however, some questions about the existence of a real right of workers, whatever their sex, to work-life balance: setting the limits of the areas to be reconciled or extending the protection to male workers in order to avoid possible corporate reprisals due to work-life balance.

From the analysis of different precepts at play, the conclusion is that legislators have limited themselves to regulating some rights to harmonize some family circumstances with work. There is no right to work-life balance nor clear grounds for it to be. The approach to this issue leaves in the background personal interests (facilitating family life), which needed an answer when regulating those rights; it clearly limits personal (but not family) circumstances that can be invoked and, therefore, the scope of some of the measures adopted for that purpose. This perspective, which connects work-life balance with effective equality between men and women, leaves out of that personal life, which may require conciliation measures, any claim that workers have a period of leisure and free time, basically because the fundamental rights at stake would not be equality and non-discrimination based on sex.

There is no doubt that legislators have understood that the risk of discrimination based on work-life balance arises when the need to reconcile falls exclusively on female workers. For this reason, they have focused all their efforts on promoting co-responsibility. However, as seen at work, these efforts encounter several obstacles. First, they question to what extent, if there is no right to work-life balance, it can be argued that workers, regardless of sex, have the right not to be discriminated for that reason. Organic Law 3/2007 has wanted that the guarantees that protect workers against possible corporate reprisals for having exercised the rights of conciliation, are part of a «regulation aimed at fighting against the still existing forms of direct or indirect discrimination based on sex» (preamble), especially those derived from maternity and family obligations (art. 3). Therefore, the exercise by workers of work-life balance does not appear in art. 17.1 of Workers' Statute (ET) as an «autonomous» cause for discrimination. However, this option can hinder the protection of male workers who exercise some of the conciliation rights. It is true that there are reasons to argue that the need for work-life balance is one of those personal or social circumstances protected by art. 14 of the Spanish Constitution (CE) and art. 17.1 ET, regardless of the sex of the worker. This is how Case Law 26/2011 of 14 March understood it and there are no doubts to justify the constitutional dimension of the regulation aimed at facilitating work-life balance of workers, regardless of their sex, whether from the perspective of the equality and non-discrimination due to personal circumstances (art. 14 CE) or from the mandate of protection of the family and children (art. 39 CE). However, it is not clear whether on these grounds it would be possible to invoke equality and non-discrimination for reasons of work-life balance to extend the application of anti-discrimination measures that have not been expressly linked to the exercise of some of those specific «rights of conciliation», as the guarantee of indemnity (art. 17 ET), which could hinder the protection of male workers against decisions of employers that imply unfavourable treatment that coincides in time, for example, with a plan to adapt the working day in the terms foreseen in art. 34 ET. As long as it continues this way, the desired co-responsibility will be difficult to achieve.

For similar reasons, it can be argued that the treatment that rights for work-life balance have received will be able to neutralize their eventual collisions with the professional rights of workers. For example, the approach that has been followed in the treatment of the subject does not offer sufficient guarantees to counteract the adverse effects that the exercise of conciliation rights may have on access to certain salary supplements, collectively negotiated, that reward seniority, attendance or assiduity, availability, greater

flexibility at work or professional training. This is something that collective agreements we checked have not known or wanted to avoid. On the other hand, conciliation has been left out of the positive action measures, foreseen in art. 17 ET, which are exclusively oriented to favour the access of women to all professions, whatever their situation or family circumstances. The same could be said with regard to positive action measures in terms of promotion, foreseen in art. 24.2 ET, aimed at eliminating or compensating situations of discrimination, since, as the precept is formulated, they refer exclusively to fighting against gender discrimination.

In short, the conclusions reached in this paper seem to call the followed strategy into question. After all, regulations have not avoided that family responsibilities are still falling mostly on women. Maybe it is time not to make a change but an adjustment in the approach.

Keywords: The right to work-life balance; personal and family sphere; anti-discrimination guarantee; positive action measures; indemnity guarantee; objective dismissal, null dismissal; professional promotion; access to employment; effective equality between women and men; gender discrimination.

Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa

Work-life balance rights: the Evolution of Legislation

ANA ISABEL PÉREZ CAMPOS*

1. INTRODUCCIÓN

La aparición en la escena social de la conciliación de la vida laboral y familiar ha constituido un motor de impulso para el desarrollo normativo y de creación de políticas en esta materia. No obstante, el ejercicio de los derechos de conciliación sigue constituyendo, en la actualidad, una cuestión pendiente.

La conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo han venido experimentando una creciente importancia en la actividad de los distintos niveles de producción normativa: internacional, europeo, estatal y autonómico, al menos, en su vertiente formal. Sin embargo, en su vertiente práctica, aún subsisten problemas de ejercicio y aplicación práctica de estos derechos, en la medida en que existe una profunda tradición cultural occidental, que ha atribuido a la mujer el rol de su ejercicio.

Así pues, el reconocimiento de los derechos de conciliación ha estado íntimamente ligado a la lucha por la consecución de la igualdad

efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. Tras la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, las primeras medidas de conciliación se dirigieron a la mujer trabajadora, en los momentos de mayor exigencia familiar. A este respecto, el reconocimiento de los derechos laborales relativos a la maternidad significó un avance histórico para la consecución de la igualdad efectiva entre sexos.

Lo cierto es que la mujer también se ha convertido en la principal destinataria del resto de medidas de conciliación que se han ido reconociendo progresivamente y que, en principio, también se dirigían al hombre; derechos conciliatorios laborales tales como la reducción de jornada o la excedencia para el cuidado de hijos menores son solicitados, casi exclusivamente, por mujeres¹.

En los últimos años, se han experimentado cambios de diversa tipología, que han tenido

¹ CUESTA LÓPEZ, V., «Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la Unión Europea». *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 16, 2011, págs. 331-376.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid.

una relevante repercusión en materia de conciliación. Desde una perspectiva social, destacarían la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, el envejecimiento de la población por la baja natalidad y el aumento de la esperanza de vida, o, incluso, el nuevo concepto de familia. Desde el ámbito económico, la repercusión hacia la conciliación tendría su germen en el impacto de la globalización y en la crisis económica y, por ende, en la mayor disponibilidad que exigen las nuevas organizaciones productivas.

Todos estos cambios han tenido una especial incidencia en materia de conciliación; por ello, en los últimos tiempos, se habla de corresponsabilidad; ésta tendría como objetivo prioritario la equiparación formal y material entre los padres trabajadores de los derechos y deberes derivados de la conciliación. En otros términos, se ha de conseguir no sólo que las medidas de conciliación vayan dirigidas por igual, a los trabajadores –sean hombres y/o mujeres–, sino también que éstas sean solicitadas y empleadas en igual medida tanto por trabajadores masculinos, como femeninos².

El objetivo de este estudio se sitúa en analizar la evolución legislativa de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Desde una perspectiva jurídica se analizará la evolución de esta figura en los diferentes niveles del ordenamiento jurídico: internacional, europeo, estatal, autonómico y comparado.

No es objeto del presente estudio entrar a analizar *in extenso* el régimen jurídico de las figuras vigentes que pretenden facilitar esa conciliación y que, exhaustivamente, han venido siendo analizadas, desde su implantación, por la doctrina científica. Se trata, a través de este estudio de, realizar un recorrido sobre la evolución y desarrollo de los derechos de conciliación, partiendo de la identificación de los supuestos contemplados legalmente,

para poner de manifiesto que aun siendo de relevancia, no son suficientes.

Conviene precisar que el estudio se aborda desde una perspectiva estrictamente jurídica, lo que implica que se hayan dejado fuera del estudio, elementos interesantes, como la vertiente relativa a políticas sociales o a la evolución jurisprudencial. Asimismo, también se ha exceptuado del análisis las cuestiones del Derecho de la Seguridad Social que tienen que ver con cada uno de los derechos de conciliación. No se ha acometido su análisis porque se desbordaba el estudio en perjuicio de la intención de profundizar en el objeto de análisis.

2. CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR CON EL TRABAJO EN EL DERECHO SUPRANACIONAL. ANÁLISIS NORMATIVO

La necesidad de armonizar la vida personal, familiar y laboral no surge hasta mediados del siglo XX y, a través de dos factores interrelacionados, como son la incorporación de la mujer al mercado laboral y el progresivo avance en el reconocimiento de la igualdad formal por razón de género. Y es que conciliación y mujer trabajadora ha sido un binomio de preocupación constante para la sociedad, lo que propició que las primeras normas laborales se ocuparan de ellas bajo diversas perspectivas.

El binomio trabajo-familia se ha entendido de múltiples y diversas formas. En un sentido estricto, se refiere a la compatibilización de los tiempos dedicados a la familia y al trabajo; en esta línea interpretativa, conciliar, significa mantener el equilibrio en las diferentes dimensiones de la vida con el fin de mejorar el bienestar, la salud y la capacidad de trabajo personal. Y, en su sentido amplio, hace referencia al conjunto de medidas tendentes a paliar las dificultades que presenta la vida profesional, personal y familiar³.

² JUARISTI BESALDUCH, E., ¿Qué persigue la normativa de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral? CIES núm. 96, 2012, pág. 14.

³ No existe un concepto unívoco de conciliación, pese a que pueda existir un consenso claro acerca del sentido del

El término conciliación, también se utilizó en la década de los años setenta como herramienta metodológica de la sociología feminista que servía para reflejar el conflicto entre el trabajo doméstico y el profesional, siendo éste un concepto que propugnaba la necesidad de alterar los roles sociales y fomentar el reparto de responsabilidades en el seno social y familiar, situando en el centro del debate la división sexual del trabajo, las desigualdades entre padre y madre tanto en el trabajo como en la unidad familiar⁴.

En fin, la conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo podría ser entendida como aquel fenómeno consistente en compaginar diversas facetas de la vida de una persona. Cada una de ellas se caracteriza por requerir de un determinado tiempo para ser desarrollada. La conciliación persigue el logro de un equilibrio entre los tiempos dedicados a aspectos tales como la maternidad, el tiempo de trabajo y los servicios públicos habilitados para la atención de personas dependientes⁵. En otros términos, la expresión conciliación poco a poco discurre hacia una expresión más amplia como es la de la corresponsabilidad que, como es sabido, pretende conseguir la

término. El vocablo, de implantación tardía en nuestro Derecho y acervo jurisprudencial, proviene de la sustitución de los más tradicionales «compatibilización» y «armonización», con los que se comenzó a dar traslación de las iniciativas europeas como la recogida en la Directiva 96/34/CEE, actualizada y sustituida por la 2010/18/UE, de 8 de marzo, sobre el permiso parental. En aquel entonces la preferencia manifestada hacia el concepto de «armonización de las responsabilidades familiares con el desarrollo profesional» dejó paso a la actual «conciliación». Véase, RIVAS VALLEJO, M^a P., Conciliación de la vida privada y personal: consecuencias y metas en el Derecho comunitario y en el derecho español, en AA:VV. Mujer, trabajo y Seguridad Social, (Dir. E. Borrajo Dacruz), La Ley, Madrid 2010.

⁴ BALLESTER PASTOR, M., «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». Revista de Derecho Social, núm. 51, 2010, págs.31-66.

⁵ «Las principales instituciones que permiten conciliar las responsabilidades laborales y las personales son básicamente tres: en primer, licencias y permisos retribuidos; la flexibilidad horaria y los servicios de atención a dependientes. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares», Bomarzo, Albacete, 2010, pág. 16,

igualdad plena de responsabilidades, derechos y deberes, entre ambos géneros.

Por su parte, los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se podrían definir como un conjunto de disposiciones legales y, por tanto, plenamente exigibles, que el legislador ha ido poniendo al alcance de los trabajadores para poder hacer efectiva esa armonía de responsabilidades. Así pues, cuando hablamos de conciliación nos referimos a todos aquellos derechos recogidos en la legislación laboral estatal, autonómica, en la negociación colectiva y demás normas que, de una u otra forma, nos ayudan a compatibilizar nuestra vida personal y familiar con el trabajo.

2.1. Marco normativo internacional

En el marco regulador de los derechos de conciliación, especialmente relevante han sido y, continúan siendo, las normas de origen supranacional a escala internacional y comunitaria.

A nivel internacional, el primer antecedente de política proteccionista lo encontramos en 1919, en el Convenio núm. 3 de la OIT, que hacía referencia a la protección de la mujer trabajadora, incluyendo aspectos relativos a la protección, antes y después del parto. No obstante, no será hasta 1981 cuando se aborde de una forma coherente la conciliación de la vida familiar y la vida laboral, con la adopción del Convenio de la OIT núm. 156 y la Recomendación núm. 165 sobre la igualdad de trato y oportunidades para los trabajadores de ambos sexos con responsabilidades familiares⁶.

Como antecedente normativo también cabe destacar el art.25.2 de la Declaración

⁶ Mas específicamente, véase, GARCÍA MURCIA, J., «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras». Revista Justicia Laboral, febrero 2000, pág. 10. ARROYO ABAD, C., «Perspectivas laborales en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral: el reto de la compatibilidad y la corresponsabilidad», Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XL (2007), pág. 246.

Universal de Derechos Humanos de 1948, reconoció para la maternidad y la infancia un derecho a cuidados y asistencias especiales. Por su parte, la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961,—ratificada por España el 29 de abril de 1980—, en concordancia con el Convenio de la OIT núm. 103 de 28 de junio de 1952,—ratificado por España el 26 de mayo de 1965 y publicado el 31 de agosto de 1966—, establecía a favor de la mujer trabajadora un descanso mínimo de doce semanas, en los supuestos de parto, con prestaciones a cargo de la Seguridad Social o fondos públicos, así como la ilegalidad de la extinción de su contrato durante el reseñado permiso de maternidad⁷.

En la Convención de la ONU celebrada el 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, se recomendó a los Estados miembros la adopción de medidas para facilitar la conciliación de la vida profesional con la familiar de hombres y mujeres.

Con independencia de lo señalado, la norma internacional más importante relacionada con la conciliación entre la vida familiar y laboral es el ya mencionado Convenio núm. 156 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores con responsabilidades familiares. Establece la obligación de los Estados miembros de adoptar políticas que posibiliten que estos trabajadores ejerzan su derecho, sin ser discriminados (art. 3.). Asimismo, se establece que la responsabilidad familiar no debe constituir *per se* una causa para terminar la relación de trabajo.

Por otra parte, en su artículo 6° compromete a los países a promover mediante la información y la educación una mejor comprensión por parte del público del principio de la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y acerca

de los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares, así como una corriente de opinión favorable a la solución de esos problemas. En cumplimiento de esta convención cada Estado deberá también promover o desarrollar la organización de los servicios de cuidado.

Junto al mencionado convenio, cabe destacar la Recomendación núm. 165 que tiene como objeto resolver y reducir al mínimo el conflicto entre trabajo y las responsabilidades familiares y sus implicaciones para la igualdad de oportunidades en el mercado del trabajo. Especifica medidas de apoyo para garantizar el acceso, permanencia y reintegro al trabajo de los trabajadores con responsabilidades familiares. Agrega medidas destinadas al mejoramiento de las condiciones de trabajo y la calidad de vida, como la reducción de la jornada de trabajo y la flexibilidad de horarios. Se asume que tanto hombres como mujeres son responsables de sus hijos y, por lo mismo, se propone que ambos puedan hacer uso de una licencia parental posterior a la licencia de maternidad.

También a instancias internacionales, ha ido adquiriendo más fuerza otra estrategia de conciliación que resulta fundamental para lograr la igualdad y evitar la discriminación de trabajadores/as con responsabilidades familiares: la corresponsabilidad social. Implica el reparto en las tareas reproductivas y de cuidado, no solo entre hombres y mujeres, sino de todos los actores que integran una sociedad: Estado, organizaciones sindicales, empresas, familias, sociedad civil en su conjunto. En otros términos, no es entendida, no como una responsabilidad «derivada» del ámbito privado al ámbito público o social, sino como originaria de cada uno de estos actores, asumida en forma solidaria y a la que cada uno debería responder desde su lugar y con sus propios recursos en forma articulada y armónica⁸.

⁷ VALLE MUÑOZ, F.A., «La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares», Madrid, 1999. ORELLANA CANO, A.M. «Medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Análisis de las Directivas Comunitarias 92/85 y 96/34 y lagunas en su transposición al ordenamiento interno español, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 37, 2002, pág.62.

⁸ En la publicación presentada por OIT y PNUD «Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social» (2009), se sostiene que lograr conciliar la vida personal y familiar con la vida laboral constituye uno de los mayores retos de nuestro tiempo y un requisito fundamental para avanzar hacia la equidad de género, lo cual resulta a su

En definitiva, la OIT sostiene la importancia de asumir la corresponsabilidad social en las tareas de cuidado e invita a los países miembros a que promuevan e implementen las medidas adecuadas para garantizar la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral, de todos los trabajadores –hombres y mujeres– con responsabilidades familiares y evitar que sean discriminados por ésta condición. En consecuencia, se han incorporado así, en los convenios y tratados internacionales, sistemas de conciliación basados en la redistribución de las tareas de cuidado concebidas como una responsabilidad de la sociedad en su conjunto⁹.

Por otra parte, al margen de las referencias normativas reseñadas, destacan otros instrumentos internacionales que consideran la corresponsabilidad en las tareas de cuidado la base fundamental para lograr conciliar la vida familiar y laboral, entre los que cabría destacar:

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 donde se establece que los Estados deben brindar protección y asistencia a las familias para el cuidado y educación de los/as hijos/as. (art. 10).

- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹⁰. Contempla preceptos para la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres.

- La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos¹¹ que establece que «Los

Estados Parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de los derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges...» (Art. 17. Protección de la familia), así como que «*todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado...*» (Art. 19. Derechos del Niño)

- La Convención sobre los Derechos del Niño¹². Según la cual el Estado debe garantizar el reconocimiento del principio de que «ambos padres tienen en las obligaciones comunes respecto a la crianza y el desarrollo del niño, para lo cual se les prestará la asistencia apropiada con el fin de lograr el desempeño de sus funciones» (art. 18).

- La Carta Social Europea (revisada) de 1996, reúne en su art. 8 los derechos consolidados en relación a la maternidad (permiso de maternidad con cobertura económica, protección por despidos vinculados a la maternidad, derecho a interrupciones a las madres lactantes, regulación del trabajo nocturno y prohibición de desempeño de trabajos peligrosos o insalubres) pero además se refiere en el art. 27 al derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a desempeñar su trabajo sin verse sometidos a discriminación. Con el objeto de garantizar este derecho, se invita a los Estado miembros del Consejo de Europa a promover medidas que garanticen el acceso y la reintegración en el trabajo tras la ausencia debida al desempeño de responsabilidades familiares (art. 27.1.a), a adaptar las condiciones del trabajo a las necesidades de los trabajadores con responsabilidad familiar (art. 27.1.b) desarrollar o promover servicios de atención a la infancia (art. 27.1.c), a facilitar el disfrute de permisos parentales por parte de cualquiera de los progenitores (art. 27.2), y a proteger al trabajador frente

vez imprescindible para la defensa del trabajo decente y los derechos humanos, con resultados positivos también en la esfera laboral económica y productiva. Se considera que para el logro de este objetivo se requiere no sólo del accionar de los gobiernos sino también del diálogo social y de una amplia participación ciudadana.

⁹ OIT y PNUD «Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social...*cit.*, pág. 88

¹⁰ Aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

¹¹ Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

¹² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989.

a un despido motivado por el desempeño de responsabilidades familiares.

– La IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995, donde se reafirmó el compromiso de fomentar la armonización de responsabilidades familiares y laborales de las personas trabajadoras.

2.2. Marco normativo europeo

Desde la Unión Europea, se han venido desarrollando una amplia y variada normativa en el ámbito de la conciliación de la vida personal y laboral, dirigida a que los Estados miembros incorporen en sus legislaciones, medidas destinadas a mejorar y hacer más compatibles las condiciones de vida y trabajo.

En el análisis de la evolución normativa de los derechos de conciliación, resulta de interés recorrer cronológicamente todo ese acervo, en la medida en que nos permitirá comprender la evolución normativa en el contexto histórico en que se desarrolla, y la forma en que ha ido construyendo el derecho a la conciliación, así como las herramientas articuladas para favorecer su ejercicio.

La cuestión de la conciliación de la vida familiar y personal con el trabajo lleva presente en la agenda de la Unión, desde la década de los noventa del siglo pasado y, en la actualidad, se ha convertido en uno de los retos más importantes del nuevo siglo.

La Unión Europea (UE) ha reiterado en numerosas ocasiones y documentos, la necesidad de la conciliación de la vida laboral y familiar¹³. La evolución normativa de

la UE de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo es amplia y variada y podría sistematizarse diferenciando dos etapas: en primer lugar, la que abarca el período comprendido entre el Tratado de Roma y el de Ámsterdam (1957-1997), y, en segundo término, la que se extiende desde el Tratado de Ámsterdam hasta la actualidad¹⁴.

2.2.1. Del Tratado de Roma al Tratado de Ámsterdam

En los primeros años de andadura europea, no existía un referente normativo específico que regulase derechos de conciliación; por el contrario, las medidas conciliatorias se relacionaban con el principio de igualdad retributiva. Así el art. 119 TCE declaraba expresamente la «igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo» y constituía, por tanto, la base jurídica específica para la aprobación de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. Un año más tarde, el Consejo aprueba la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo que extiende la prohibición de la discriminación por razón de sexo, al resto de las situaciones laborales. El objetivo era evitar la ventaja competitiva de aquellos Estados cuyos salarios femeninos eran inferiores respecto de

¹³ Entre otras, destacaría la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social europeo de regiones. Igualdad entre mujeres y hombres – 2009. Bruselas, 27.2.2009 COM (2009) 77 final, que establece que «Es fundamental que haya una mayor reconciliación de la vida laboral y familiar tanto de las mujeres como de los hombres».

¹⁴ MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a. L., «La política comunitaria sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación. Recepción en la Ley de Igualdad», en AA.VV., Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Estudios), Comares, Granada, 2007, págs. 89 y ss. JUARISTI BESALDUCH, E., ¿Qué persigue la normativa de la unión europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?... cit., pág. 6.

los masculinos por un trabajo de igual valor¹⁵. Otro avance importante de la Directiva relacionado con las mujeres trabajadoras es que su art. 2.3 declara que las medidas legales de protección de la maternidad (durante el embarazo y después del alumbramiento) en los Estados miembros son una excepción justificada a la igualdad de trato¹⁶.

A final de la década de los ochenta se incluyen referencias específicas sobre la conciliación familiar y profesional en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales, de 19 de diciembre de 1989, cuyo art. 16 invita a desarrollar medidas «que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares». Esta declaración de derechos sociales, sin efectos jurídicos vinculantes en los Estados miembros, se acompaña, pocos años después, de dos Directivas que si integran derechos subjetivos concretos. En primer lugar, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y que contempla una excepción al principio de igualdad formal de que se justifica en razón de la condición biológica de la madre y que viene a evitar la situación discriminatoria que supondría la aplicación de un mismo régimen jurídico a situaciones de hecho diferentes.

Conviene precisar que la citada Directiva comunitaria es una directiva específica de la Directiva marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medi-

das para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, cuyo art. 15 establecía la necesidad de protección específica de grupos de trabajadores expuestos a riesgos entre los que se debía incluir a las mujeres embarazadas y a las madres lactantes.

La Directiva 92/85/CEE, que establece numerosos requisitos sobre salud y seguridad en el centro de trabajo para proteger a la trabajadora embarazada, contempla, en su art. 8, la duración mínima del permiso de maternidad por un periodo de catorce semanas ininterrumpidas, de las cuáles dos semanas son de carácter obligatorio, que pueden ser disfrutadas antes o después del parto. En su artículo 11.2.a), la Directiva 92/85/CEE garantiza que la mujer mantendrá los derechos inherentes a su contrato de trabajo mientras que, en su art. 10, prohíbe expresamente el despido durante el embarazo y durante el disfrute del permiso de maternidad. En lo respecta a la cobertura económica del permiso de maternidad, queda reconocido el derecho de la madre a recibir una retribución o prestación económica «adecuada» (art. 11.2.b).

Durante la década de 1990 se produce un cambio legislativo en relación al objetivo de protección de la madre trabajadora y la necesidad de conciliar el cuidado de los hijos con el trabajo. Así pues, se pasa de entender la conciliación como una finalidad relevante para la normativa comunitaria, si bien más relacionada con la promoción de la mujer en el empleo que con la igualdad real de oportunidades. A este respecto destaca la Recomendación del Consejo de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y las niñas¹⁷. A pesar de tratarse de una norma no obligatoria, resulta relevante, en la medida en que resalta la enorme correspondencia entre el reparto equitativo de las responsabilidades derivadas del cuidado de los hijos y del hogar y el princi-

¹⁵ AAW. *Políticas de género en la Unión Europea*, (Coord. M. Rossilli), Narcea, S.A de Ediciones, Madrid, 2001, pág.27.

¹⁶ En la sentencia de 12 de julio de 1984, Hoffmann, asunto C-184/83, el Tribunal de Justicia confirma en su Sentencia del caso Hoffmann la legitimidad de «las necesidades específicas de la mujer asegurando la protección de su condición biológica durante el embarazo y posteriormente hasta que sus funciones biológicas y mentales hayan vuelto a la normalidad y la relación especial entre una mujer y su hijo en el período que sigue a embarazo y nacimiento.

¹⁷ Recomendación 92/241/CE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas (Diario Oficial L 123 de 8.5.1992).

pio de igualdad de oportunidades en el empleo para hombres y mujeres.

Poco después vio la luz la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, que se refiere a determinados aspectos para ordenar el tiempo de trabajo, destacando como cuestión fundamental la necesidad de conciliar la vida profesional y personal¹⁸.

Por su parte, la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado el 14 de diciembre de 1995 por la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria de Europa), CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública) y la CES (Confederación Europea de Sindicatos), normativa considerada por la doctrina científica como «la primera muestra de un enfoque integrador de la maternidad-paternidad y las responsabilidades familiares»¹⁹. Esta norma, fruto del diálogo social pone fin al exclusivo disfrute de la licencia parental por parte de la madre en algunos Estados miembros declarando el derecho a un permiso individual de los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo. La Directiva 96/34/CE integra un acuerdo de mínimos que ha permitido a los Estados miembros un amplio margen de discrecionalidad en su implementación lo que, a su vez, ha contribuido, como se verá más adelante, a la persistencia de un panorama legislativo muy heterogéneo.

Durante la década de los noventa, la Unión Europea también toma consciencia de la impor-

¹⁸ Esta Directiva se modificará por la 2000/34/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, para incluir los sectores y las actividades inicialmente excluidos. Y posteriormente, ha sido derogada por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES.

¹⁹ Un estudio exhaustivo, véase, en AGUILERA IZQUIERDO, R. «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. extra 2, 2007, págs. 69-119.

tancia de la atención profesionalizada a los menores para facilitar el objetivo de la conciliación. A este respecto, y aunque se trata de normas no vinculante, destaca la Recomendación 92/241/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas y se estima la conveniencia de fomentar políticas públicas de apoyo a los servicios de atención a la infancia con el objeto de hacer compatible «las obligaciones profesionales, familiares y educativas, de los hombres y de las mujeres»²⁰.

Por otra parte, la Unión Europea también avanza en esta década en el objetivo de una mayor flexibilidad laboral, aprobando la Directiva 1997/81/CE, de 15 de diciembre de 1997, sobre trabajo a tiempo parcial, que establecía un marco general para la eliminación de discriminaciones en relación con la conciliación, de los trabajadores a tiempo parcial. El trabajo a tiempo parcial se ha venido considerando como una de las modalidades de empleo que mejor facilita la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y así queda dispuesto en su quinto considerando²¹.

2.2.2. *Del Tratado de Ámsterdam a la actualidad*

Las políticas de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo surgen como

²⁰ La Recomendación insta a los Estados miembros a establecer servicios de atención a la infancia no sólo para que los progenitores puedan trabajar, sino también para recibir educación o formación para conseguir un empleo o estén llevando a cabo gestiones para obtenerlo (art. 2.1). Asimismo, se recomienda que «el entorno, la estructura y la organización del trabajo» se adapte a las necesidades de los trabajadores con hijos.

²¹ «Considerando que las Partes del presente Acuerdo consideran importantes las medidas que podrían facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial para los hombres y las mujeres con vistas a preparar la jubilación, compaginar la vida profesional y la vida familiar y aprovechar las posibilidades de educación y de formación, a fin de mejorar sus competencias y sus oportunidades profesionales, en el interés mutuo de los empresarios y los trabajadores, y de una manera que favorezca el desarrollo de las empresas» (Directiva 1997/81, de 15 de diciembre de 1997).

resultado del Consejo Europeo Extraordinario sobre Empleo celebrado en Luxemburgo en el año 1997. Este consejo reconoce que los países miembros de la UE deben asumir una nueva estrategia en materia de empleo, como es la de fomento del empleo femenino. Esta estrategia política toma el nombre de conciliación y se materializa en un conjunto de directivas orientadas a promover los permisos laborales y los servicios de atención a la vida diaria²².

En consecuencia, como se ha señalado por parte de la doctrina científica, a lo largo de la década de los noventa, la conciliación, pasará a tener una posición neurálgica tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam, en la medida en que vinculó como aspectos inseparables la empleabilidad y la conciliación²³.

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea cuenta con nuevos fundamentos jurídicos en el derecho primario para la promoción de la igualdad de género más allá de la no discriminación retributiva (arts. 2, 3.2, 13, y 141 TCE). Los nuevos preceptos consagran el principio de igualdad entre hombre y mujer como objetivo fundamental de la Unión y vienen a reconocer la conveniencia de las medidas de acción positiva en los Estados miembros para garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral y «facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales» (art. 141.3 TCE).

También cabe destacar la promulgación de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, que establece un marco

general para la igualdad de trato en el empleo, y la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico

Por su parte, la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres para acceder al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo. La citada norma contiene disposiciones relacionadas con el derecho al reingreso tras la finalización del permiso de maternidad, y el derecho a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia por dicho permiso, proponiendo también infraestructuras y servicios encaminados a facilitar la conciliación.

En esta línea, en el comienzo del nuevo siglo XXI continúan adoptándose medidas a favor de la conciliación de la vida familiar y laboral, en cuyo ámbito normativo cabe destacar:

Las sucesivas convocatorias de las Cumbres Europeas de Empleo –celebradas al amparo del nuevo Título de Empleo aprobado por el Tratado– traducirían en actuaciones concretas las propuestas programáticas del mismo.

El lanzamiento de la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo en el año 2000 supone la inclusión de la política de conciliación de la vida familiar y laboral, también entre los objetivos estratégicos de la política de empleo. El Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo, reconoce la importancia de las políticas de conciliación para facilitar una mayor incorporación de la mujer al mercado de trabajo, marcándose como objetivo estratégico una tasa de empleo femenino del 60 % (todavía diez puntos, inferior, a la del hombre) para el año 2010. El Consejo Europeo de Barcelona, 15-16 de marzo de 2002, se refiere, dentro de la estrategia de empleo reforzada, a

²² TORNS, T.; BORRÁS, V.; MORENO, S. «Las políticas de conciliación: políticas laborales versus políticas de tiempo», PAPERS, 83, 2007, págs. 83-96. CASTRO ARGÜELLES, M.A., Permiso parental y conciliación de familia y trabajo, en AA.VV., La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español (Dir. J. GARCÍA MURCIA), Ministerio de trabajo, 2005, págs.381-394.

²³ NUÑO GÓMEZ, L., «Análisis comparado del tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral en los países de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 6, 2010.

la necesidad de remover las dificultades para la contratación de la mano de obra femenina y de fomentar los servicios de cuidado de niños, fijándose como objetivo, también para 2010, la atención profesional para al menos el 90% de los niños de edad comprendida entre los tres años y la edad de escolarización obligatoria, y al menos el 33% de los niños de menos de tres años. Constatado el fracaso de la estrategia de Lisboa en la consecución de sus ambiciosos objetivos, la Comisión Europea, fija en la nueva Estrategia Europa 2020 su agenda para «un crecimiento sostenible, inteligente e integrador». Dentro de la iniciativa emblemática «Una agenda para nuevas cualificaciones y empleos» se insta a los Estados miembros a ejecutar planes nacionales de flexiseguridad (conjugación de flexibilidad y seguridad en el trabajo) con objeto de reducir la segmentación del mercado laboral y facilitar las transiciones, así como facilitar la conciliación entre vida laboral y familiar²⁴.

Entre 2006 y 2010 se lleva a cabo el Plan de Trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres, donde se establece como tema principal «la conciliación de la vida privada y actividad profesional». Se aprueba, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación²⁵. No se trata de una norma que realice una considerable aportación a la conciliación entre la

vida profesional y familiar, ni cuantitativa ni cualitativamente; sin embargo, sí contiene pequeñas pinceladas al respecto que construyen y suponen un avance en este sentido.

Además, y en lo que respecta a la conciliación, el preámbulo de la Directiva insta a los Estados miembros a adoptar reglamentaciones flexibles sobre la jornada laboral y «reglamentaciones adecuadas sobre permiso parental, que puedan solicitar tanto los padres como las madres, y la creación de instalaciones accesibles y asequibles para el cuidado de los niños y la asistencia a personas dependientes». También habría que destacar que, en su art. 16, la Directiva prevé el mismo nivel de protección para el trabajador padre que ejerce su derecho al permiso de paternidad que el que tradicionalmente se concedió a la mujer que disfrutase del permiso de maternidad, declarando, en consecuencia, que los Estados miembros deben proteger al padre trabajador frente al despido motivado por el ejercicio de tal derecho y garantizar el derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera tenido derecho durante su ausencia.

En el año 2008 la Comisión pretende dar un nuevo impulso a la política conciliatoria de la UE proponiendo en su Comunicación «Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar», de 3 de octubre de 2008, un paquete de medidas conciliatorias («*work-life balance package*») entre las que destacan la consolidación del derecho de los trabajadores al permiso por motivos familiares, la equiparación de los trabajadores autónomos y sus cónyuges colaboradores en el ejercicio del derecho a los permisos por motivos familiares y la actualización del compromiso de la propia Comisión respecto a los objetivos de atención a la infancia marcados en el Consejo Europeo de Barcelona de 2002.

Consciente de las limitaciones del modelo europeo de conciliación, la Comisión abre un

²⁴ CUESTA LÓPEZ, V., «Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la Unión Europea». *cit.*, págs. 331-376

²⁵ La citada Directiva reúne en un único texto las Directivas 75/117/CEE del Consejo de 10 de febrero; Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976; Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986 modificada por la Dir 96/97/CE; Directiva 97/80/CE; y la jurisprudencia consolidada en la materia recapitulando, de este modo, todo el acervo europeo sobre igualdad de trato en relación a la retribución, el acceso al empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo, el régimen profesional de seguridad social, así como el principio de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

periodo de consultas con los interlocutores sociales europeos entre 2006 y 2007 sobre la manera de actualizar el marco legislativo europeo de la conciliación y, concretamente, la legislación sobre protección de la maternidad y permiso parental, así como sobre la posibilidad de introducir nuevos tipos de permisos familiares como el permiso de paternidad (breve permiso para padres en torno al nacimiento o adopción de un niño), permiso por adopción (para madres en torno a la adopción de un niño) y permiso filial (para cuidado de familiares dependientes).

El desarrollo de estas consultas dio lugar a una nueva Directiva sobre permiso parental. La Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAP-ME, el CEEP y la CES, que perseguía mejorar la conciliación de la vida profesional, privada y familiar para los trabajadores con hijos y la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo²⁶.

La cláusula 1.1 proclama como fin del Acuerdo «*facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares y respetando al mismo tiempo la legislación, los convenios o los usos nacionales*». En su preámbulo viene establecida una relación directa entre las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en cuestiones de empleo, haciendo referencia expresa a la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo²⁷. De esta ma-

nera las medidas conducentes a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral vuelven a quedar subordinadas a intereses relativos al incremento del empleo, es decir, a intereses económicos.

A efectos de conciliación propiamente dichos, destacaría el considerando cuarto, donde se establece que los principales instrumentos de los que la Unión Europea se vale para la mejora de la conciliación de la vida profesional, privada y familiar son aquellas medidas existentes en materia de protección de la maternidad y de permiso parental. Por otra parte, mediante la distinción entre el permiso de maternidad, el parental y las ausencias al trabajo por causa mayor, la directiva trata de poner de manifiesto que la conciliación no puede ser reducida a la maternidad, y que no pueden las disposiciones que protegen la maternidad sustituir a los específicos permisos parentales²⁸.

En cuanto a sus características más destacables, conviene señalar que, desde el punto de vista formal, todo el contenido de la Directiva está redactado de forma neutra. Reconoce un mínimo derecho de permiso parental, consistente en un permiso de cuatro meses para el cuidado de hijos menores de ocho años, de los cuales, al menos un mes, debe tener carácter intransferible y que podrá disfrutarse a tiempo completo o parcial (cláusula 2 de la Directiva 2010/18/UE). Ahora bien, este permiso no se configura como un derecho para el cuidado de otros familiares dependientes sino solo para los hijos, nacidos o adoptados.

Otra modificación significativa es la relativa a la posibilidad de que el empleador/a posponga la concesión del permiso parental por razones justificables relacionadas con el

²⁶ Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental y que deroga finalmente la anterior directiva 96/34 CE.

²⁷ La Cumbre de Luxemburgo sobre el empleo en noviembre de 1997, anticipa la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam lanzando la Estrategia Europea de Empleo. El objetivo de la EEE es reducir significativamente el desempleo a escala europea en cinco años. El Consejo de Lisboa de marzo de 2000, fijó el objetivo de convertir a Europa en «la economía basada en

el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social» en diez años. La EEE adquiere toda su importancia en esa estrategia global.

²⁸ JUARISTI BESALDUCH, E., ¿Qué persigue la normativa de la unión europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?... *cit.*, pág. 11.

funcionamiento de la organización (cláusula 3.1.c), donde se elimina la referencia ejemplificativa de las posibles justificaciones de la oposición empresarial que antes se contenían en la Dir. 96/34/CE. Se trataría de una modificación relevante porque ya no cabrían situaciones presuntas que admiten la oposición empresarial, sino que será necesario que se motive o justifique, en cada caso, la negativa empresarial²⁹.

Pero, sin duda, uno de los aspectos más novedosos de la Directiva es la configuración obligatoria del carácter intransferible del permiso parental que ya había quedado formulado como objetivo en la Directiva 96/34/CE, si bien su configuración obligatoria aparece por primera vez en la Directiva 2010/18/UE (cláusula 2.2 supra). Este uso privativo del derecho tiene como objetivo que el permiso no acabe recayendo en uno solo de los miembros de la unidad familiar. Pretende promover el reparto y corregir, desde una perspectiva de género, los efectos perversos que puede tener la propia configuración de los permisos parentales.

En este sentido, se ha afirmado que la primera característica que deberían tener los permisos parentales para que su uso fuera más igualitario y no incrementaran la división sexual del trabajo es la de la no transferencia ya que los hombres solamente se toman la parte intransferible; la segunda, que deberían ser retribuidos con un reemplazo del salario cercano al 100%; y la tercera, que no deberían ser largos. Todos los indicios apuntan a que los permisos parentales conjuntos, hasta ahora disfrutados mayoritariamente por mujeres, tienen un efecto negativo sobre la división sexual del trabajo en la medida en que alejan a las mujeres del mercado de trabajo y aumentan la segregación y la brecha salarial³⁰.

²⁹ BALLESTER PASTOR, M. A., «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Revista de Derecho Social*, núm. 51 2010, pág. 57.

³⁰ CASTRO GARCÍA, Carmen y PAZOS MORÁN, María, «Los permisos parentales: una crítica feminista de las tendencias actuales en Europa». En el II Congreso de Economía Feminista.

2.2.3. Otros instrumentos normativos: las declaraciones supranacionales

La acción comunitaria en materia de igualdad, conciliación de la vida laboral y familiar e incremento de la participación de los varones en la vida familiar, no se agota en los textos señalados; por el contrario, cabría reseñar los siguientes:

Uno de los instrumentos normativos más relevantes, que resulta obligado mencionar es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 (CDFUE), cuyo artículo 33 reconoce el derecho a conciliar la vida personal, familiar y laboral. También destacan el art. 33 de la citada carta que alude al principio de protección a la familia «en los planos jurídico, económico y social». Se trata de una cláusula genérica e imprecisa respecto de la formulación del principio de protección de la familia del artículo 16 de la Carta Social Europea, en la que se inspira.

Como es sabido, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados en 2009 con la promulgación del Tratado de Lisboa. Su ubicación en el texto normativo, a juicio de algunos autores, indica que las políticas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral han de encuadrarse dentro de las políticas familiares y no como políticas de igualdad de oportunidades, o como políticas de empleo³¹.

Más explícitamente, el apartado 2 del art. 33 establece el derecho de toda persona «a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por materni-

Zaragoza: 2007. RECHE TELLO, N., *La dimensión constitucional del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral*. Tesis doctoral, Elche, 2016, págs. 93 y ss. <http://dspace.umh.es/handle/11000/2945>.

³¹ JUARISTI BESALDUCH, E., ¿Qué persigue la normativa de la unión europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?, *cit.*, pág. 7.

dad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño».

El derecho al permiso de maternidad goza de una mayor protección constitucional ya que, a continuación, el art. 34 CDFUE también garantiza el «derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad». En cambio, no existe alusión alguna al acceso a las prestaciones de la seguridad social durante el disfrute del permiso parental.

Por su parte, entre otras actuaciones también merecen señalarse:

- El IV Programa de Acción Comunitario para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (1996-2000) se titulaba «conciliación del trabajo y de la vida familiar de los hombres y de las mujeres» y, asimismo, por Decisión del Consejo 2001/51/CE, de 20 de diciembre de 2000, se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005).

- Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar; la Recomendación 92/241/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas y la Comunicación de la Comisión, de 7 de junio de 2000 «Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres»³². Mas reciente el Plan de Trabajo para la Igualdad entre las Mujeres y los Hombres (2006-2010) que constituye la continuación del Programa de Acción Comunitaria para la Igualdad de Oportunidades (2001-2005)³³ del que hace balance propo-

niendo nuevas actividades centradas en seis áreas prioritarias: la misma independencia económica para las mujeres y los hombres; la conciliación de la vida privada y la actividad profesional; la misma representación en la toma de decisiones; la erradicación de todas las formas de violencia de género; la eliminación de los estereotipos sexistas y la promoción de la igualdad de género en la política exterior y de desarrollo.

- En la estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015, la Comisión presenta sus nuevas prioridades en materia de igualdad entre mujeres y hombres. Esta estrategia debe contribuir a mejorar la situación de las mujeres en el mercado laboral, la sociedad y los puestos de decisión, tanto en la Unión Europea como en el resto del mundo. Recoge las prioridades definidas por la Carta de la Mujer, constituye el programa de trabajo de la Comisión y describe las acciones clave previstas entre 2010 y 2015³⁴. La Estrategia para la igualdad entre hombres y mujeres 2016-2019 –continuada de la anterior– pone el acento en el equilibrio entre responsabilidades familiares y profesionales y la corresponsabilidad para conseguir el objetivo de la UE para 2020 del 75% de mujeres y hombres empleados.

- La Estrategia 2020 para el crecimiento de la UE durante el próximo decenio que establece expresamente: «en su respectivo nivel, los Estados miembros necesitarán promover nuevas formas de equilibrio entre la vida laboral y familiar y políticas de envejecimiento activo e incrementar la igualdad entre sexos». Esta formulación refuerza la obligación de la empresa de una reorganización empresarial para facilitar la compatibilidad.

A la vista del extenso desarrollo normativo, a modo de síntesis, cabe destacar que

nitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2006)

³⁴ http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/equality_between_men_and_women/em0037_es.htm.

³² [COM (2000) 335 final – no publicada en el Diario Oficial].

³³ Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comu-

la UE ha mostrado su preocupación por el derecho de conciliación. Se observa una evolución en la que se distingue una primera etapa, exenta de formulación normativa, aunque conectada directamente con la igualdad de género y la incentivación del reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado. En una segunda etapa que se correspondería con el comienzo de los años 90, la conciliación se desarrolla a nivel normativo y se distancia respecto de la igualdad de género, vinculándose sobre todo al mercado de trabajo y la competitividad empresarial. En lo que podría denominarse, una tercera etapa se advierte de nuevo una reconexión de la conciliación con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades.

En fin, los ámbitos inusitados en los que está apareciendo la cuestión del cuidado evidencian el avance imparable de las instituciones europeas frente al tema de la conciliación, configurándose como un contenido en expansión dentro de la normativa de la UE, que muestra su conexión con aspectos fundamentales relacionados con la prohibición de discriminación sexo/género, la protección de la salud de las mujeres trabajadoras, la protección de la familia o el pleno empleo³⁵.

2.3. Derecho comparado. Apuntes básicos

En este apartado se pretende realizar una breve aproximación al estado de la cuestión desde el derecho comparado con el objeto de completar el mapa general que se está trazando, dedicado al marco jurídico y normativo de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo.

Conciliar la vida laboral y familiar de los trabajadores con responsabilidades familiares constituye la base fundamental para

garantizar la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral. Para ello existen diversas estrategias que adoptan las distintas legislaciones o implementan las políticas públicas de cada país.

A grandes rasgos y desde una óptica panorámica, las estrategias de conciliación adoptadas en el derecho comparado se pueden clasificar en dos. Algunas se basan en alternar los tiempos que se destinan a una y otra actividad. Esta alternancia se logra, por ejemplo, a través de licencias laborales, la jornada parcial, la flexibilización temporal y espacial del trabajo, entre otras. Otra estrategia de conciliación consistiría en trasladar, derivar, las tareas de cuidado al mercado o al ámbito público, liberando así, al menos parcialmente, su carga del ámbito privado de las familias. Constituye ejemplo de esto la prestación subsidiada de servicios estatales de cuidado, la extensión del horario escolar, entre otros.

En el análisis de la conciliación a nivel de derecho comparado cabe destacar el informe de la OIT «Maternity and paternity at work»³⁶. El estudio examina la legislación y la práctica a nivel nacional en materia de maternidad y paternidad en el trabajo en 185 países y territorios incluyendo las licencias, las prestaciones, la protección del empleo, la protección de la salud, las disposiciones relativas a la lactancia en el trabajo y el cuidado de los hijos.

El informe compara la legislación nacional de 185 países y territorios con las normas de la OIT más recientes. Si bien los resultados sugieren que muchos países han incorporado en su legislación los principios de protección de la maternidad y de apoyo a los trabajadores con responsabilidades familiares, en la práctica la falta de protección sigue siendo uno de

³⁵ BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad», *cit.*

³⁶ «Maternity and paternity at work: Law and practice across the world» (Ginebra: OIT, 2014). <http://www.ilo.org/maternityprotection>.

los mayores desafíos para la maternidad y la paternidad actualmente»³⁷.

En lo que refiere a los derechos derivados de la maternidad, el informe destaca una evolución a nivel mundial hacia periodos de licencia de maternidad acordes o superiores a la norma de la OIT de 14 semanas. La mayoría de los países ahora prevén la duración de la licencia de conformidad con el Convenio núm. 183. Desde 1994, ningún país ha reducido la duración de la licencia de maternidad. Solo dos³⁸ de los 185 países y territorios analizado en el citado informe no prevén prestaciones pecuniarias obligatorias durante la licencia de maternidad. Más de 100 países ahora financian las prestaciones mediante la seguridad social, reduciendo así la responsabilidad del empleador. Sin embargo, el estudio indica que, en más de la mitad de ellos, las prestaciones son insuficientes desde el punto de vista financiero y de la duración de las mismas. Las duraciones obligatorias promedio más prolongadas de la licencia de maternidad se registran en Europa Oriental y Asia Central (casi 27 semanas), y en las Economías Desarrolladas (21 semanas). La media regional más breve tiene lugar en Oriente Medio (9,2 semanas).

Otro aspecto interesante que destaca el informe es la distinción entre quienes tienen el derecho legal a la protección de la maternidad y quienes lo aprovechan en la práctica. A este respecto, el informe destaca la existencia de brechas en la cobertura guardan relación con el desconocimiento de las mujeres sobre sus derechos y las prestaciones de que gozan por ley; la limitada capacidad contributiva; los retos de los sistemas de seguridad social; la aplicación inadecuada; las prácticas dis-

criminatorias; la informalidad y la exclusión social.

En relación con la protección por paternidad, el informe matiza que las disposiciones relativas a la licencia de paternidad son cada vez más habituales y reflejan la evolución de la visión de la paternidad. El derecho obligatorio a la licencia de paternidad rige en la mayoría de los países, con una licencia remunerada; ello pone de manifiesto la tendencia a una mayor participación de los padres en torno al nacimiento. En 66 de los 169 países estudiados, había disposiciones relativas a la licencia parental; sobre todo, en las Economías Desarrolladas, Europa Oriental y Asia Central y muy rara vez en otras regiones.

Lo habitual es que la licencia parental se ofrezca como derecho compartido, y son las mujeres quienes principalmente hacen uso de la misma. El índice de utilización de la licencia por parte de los hombres es bajo, en especial, si la licencia no es remunerada.

Por último, en lo que refiere a otros mecanismos de protección de la maternidad, podrían destacarse los referidos a la seguridad y la salud y a la protección del empleo.

- En relación con la salud y seguridad, el citado informe señala que de 160 países disponen de una legislación sobre el trabajo peligroso o insalubre que afecta a las mujeres embarazadas o lactantes, y 78 establecen prohibiciones explícitas contra este tipo de trabajo. Casi la mitad de ellos prohíbe a todas las mujeres trabajar en determinadas condiciones, clasificadas como peligrosas.
- En lo que refiere a la protección del empleo en el ejercicio de los derechos de conciliación, resulta muy difícil determinar el alcance de los despidos y de la discriminación en el empleo por razón de la maternidad, y los estudios en la materia son limitados. Sin embargo, la información procedente de

³⁷ Lo ha declarado la coautora del informe LAURA ADDATI, especialista en protección de la maternidad y de conciliación entre la vida familiar y profesional del Servicio de género, igualdad y diversidad de la OIT.

³⁸ Papua Nueva Guinea y los Estados Unidos de América prevén una licencia de maternidad obligatoria, pero no cuentan con disposiciones jurídicas generales relativas a prestaciones pecuniarias por maternidad.

causas judiciales, órganos encargados de velar por la igualdad de oportunidades, sindicatos y otras fuentes indica que la discriminación es un problema constante en todo el mundo. Por ejemplo, un examen por países de la Unión Europea, reveló un nivel apreciable de discriminación por razón de maternidad en todos sus Estados Miembros, precisamente en una región en la que los países cuentan con legislación adecuada contra la discriminación. En España, Lituania y Rumania se ha dado cuenta de tácticas de presión a trabajadoras embarazadas y madres recientes, como el acoso, para inducir las a renunciar. En Croacia, Grecia, Italia y Portugal se ha denunciado el uso de «renuncias en blanco», una carta de renuncia sin fecha, que las trabajadoras se ven forzadas a firmar al momento de la contratación, y que se utiliza para dejarlas sin trabajo en caso de embarazo, enfermedad de larga duración o responsabilidades familiares. No obstante, el citado informe señala que, en 145 de los 165 países sobre los que se disponía de información cuentan con leyes que prohíben la discriminación por razón de maternidad.

De las principales conclusiones del informe de la OIT cabría destacar la de crear una cultura de conciliación en el lugar de trabajo. La maternidad, la paternidad y las responsabilidades familiares deben pasar a ser un elemento normal de la dinámica empresarial. Para reducir las penalizaciones que entraña ser trabajador/a y tener responsabilidades familiares cabría poner al alcance de todos los trabajadores opciones de conciliación de la vida laboral y personal, como el trabajo a tiempo parcial de calidad, o disposiciones en relación con el trabajo flexible, que favorezcan a todos los/las integrantes de la fuerza de trabajo.

3. CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR CON EL TRABAJO EN EL DERECHO ESPAÑOL. EVOLUCIÓN Y DESARROLLO

Una vez analizado el progresivo reconocimiento del derecho a la conciliación en los textos internacionales y de la Unión Europea, cabría preguntarse entonces cuál sería la verdadera dimensión de los derechos de conciliación en el ordenamiento jurídico español. En la configuración normativa de los derechos de conciliación, se pueden distinguir diferentes etapas que dan muestra de su evolución desde un enfoque inicial, donde la protección se extiende hacia la mujer, pero sin cuestionar el reparto de responsabilidades, y una segunda vía hacia la denominada corresponsabilidad y, por tanto, desde una más adecuada y necesaria perspectiva de género.

En el análisis de la evolución y desarrollo de los derechos de conciliación de la vida familiar, personal y laboral en el ordenamiento español, en primer lugar, debe precisarse el alcance de estos derechos en la constitución española.

3.1. La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo

La no discriminación y la protección de la familia, como fundamentos de la conciliación familiar y profesional, encuentran su base en la actual Constitución Española de 1978.

De forma sintética pueden señalarse, entre otros, como preceptos más relevantes que van a servir de base o pilar en el ámbito de la conciliación:

3.1.1. *La relación con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo/género (art. 14 CE)*

El artículo 14 recoge el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discrimi-

nación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquiera otra condición. Como ya se ha señalado, resulta indudable la conexión entre igualdad y conciliación. Asimismo, hemos examinado que en el derecho internacional y de la Unión Europea, la igualdad de mujeres y hombres se reconoce como un valor universal, a través de los diversos textos sobre derechos humanos, al mismo tiempo que la conciliación se entiende como presupuesto necesario para su alcance. Por otro lado, la conexión entre ambos se manifiesta en numerosas facetas: la protección de la maternidad a través de la prohibición de trato discriminatorio desde el inicio del embarazo y hasta la lactancia, la prohibición de discriminación por razón de sexo o por responsabilidades familiares en el empleo, así como en su faceta activa del derecho a la igualdad de oportunidades en el empleo de mujeres y hombres, facilitando este a quienes deciden ejercer libremente sus derechos de conciliación.

3.1.2. *La relación con el derecho a la protección integral de la familia (art. 39 CE)*

Nuestra CE alude a aspectos fundamentales de la familia en su art. 39. Concretamente, por lo que respecta a la conciliación, el citado precepto establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia³⁹. Y el párrafo segundo del citado precepto, alude al nexo de conexión entre los derechos reconocidos en la legislación laboral española asociados a las situaciones de maternidad, paternidad, cuidado de hijos y de familiares adultos dependientes y el principio rector de protección social, económica y jurídica a la familia y, muy especialmente, con el mandato de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE).

En consecuencia, adentrándonos en la relación de la protección de la familia con la conciliación de la vida familiar y profesional, el art. 39.1 de la CE hace una mención a que la protección de la familia se debe desarrollar en el plano socioeconómico, por lo que de manera necesaria se ha de establecer una conexión con el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente para poder satisfacer las necesidades de la persona y su familia. Aquí encontramos un primer engarce entre la protección de la familia y el derecho a la conciliación de las personas trabajadoras, concretamente aquellas que tienen cargas familiares y necesitan, a la hora de prestar servicios en una empresa, compatibilizar el cuidado familiar con el trabajo.

Por lo tanto, los derechos como la suspensión temporal de contrato, la reducción de jornada o la excedencia por motivos familiares deberán entenderse como desarrollo legislativo del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia⁴⁰.

3.1.3. *La relación con el derecho al trabajo (art. 35.1 CE)*

El artículo 35 refiere a la no discriminación por razón de sexo en el ejercicio del derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia.

En la CE, el derecho al trabajo se reconoce en un doble aspecto: individual y colectivo. En su aspecto individual, que es el recogido en el art. 35.1 CE, se concreta en el igual derecho de toda la ciudadanía a un determinado puesto de trabajo, si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, así como en

³⁹ Un estudio sobre la evolución histórica de la conciliación, véase, ARROYO ABAD, C., «Perspectivas laborales en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral: el reto de la compatibilidad y la corresponsabilidad», *cit.*, pág. 243-270.

⁴⁰ CUESTA LÓPEZ, V. Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la unión europea. *Revista de derecho constitucional europeo*, ISSN 1697-7890, núm. 16, 2011, págs. 331-337.

el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una causa justa. Al mismo tiempo, la reacción adecuada frente al despido también se configura como un aspecto básico en la estructura de los derechos incluidos en el art. 35 CE. En cuanto a su contenido, el mencionado precepto engloba otra serie de derechos de carácter socioeconómico, como son el derecho a la libre elección de profesión y oficio, el derecho a la promoción a través del trabajo, o el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades personales y materiales.

3.2. La dimensión de los derechos de conciliación en las normas con rango de ley

En una sucinta referencia al *iter* normativo de los derechos de conciliación en el ordenamiento jurídico español, cabe destacar que el origen de los mismos se sitúa en la Ley de 1900 sobre «condiciones de trabajo de mujeres y niños», norma laboral que introduce la protección de la mujer en el embarazo y la maternidad y que influiría en la normativa posterior, como la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que establecía un período de descanso obligatorio de 6 semanas. Con la Ley de relaciones laborales de 1976 se reconoce una excedencia laboral de la mujer trabajadora para el cuidado de hijos, puesto que el art. 25.4 establecía que el alumbramiento otorgaba derecho a la trabajadora a obtener una excedencia de hasta tres años a contar desde la fecha del parto. Concluido el período de excedencia la trabajadora podía solicitar su reingreso en la empresa ocupando la primera vacante de su categoría o similar que se produjera. También recogía la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, que se fijaba en 14 semanas.

Con el Estatuto de los trabajadores de 1980 se mantiene el alcance de los derechos de conciliación establecidos en su norma prece-

dente –LRL– e incorpora el derecho de la madre trabajadora a la distribución de descanso maternal, antes o después del parto⁴¹.

Junto a este derecho, también se reconocía en el art. 37.3.b) ET un permiso remunerado de dos días en caso de nacimiento de hijo –un evidente permiso masculino– o de enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, ampliable a cuatro días, si fuera preciso un traslado.

Finalmente, el art. 37.4 ET regulaba el permiso o reducción de jornada por lactancia restringiendo el derecho a «las trabajadoras», norma de evidente carácter proteccionista; titularidad limitada que fue, incluso, convalidada por el TC, en su Sentencia de Pleno 109/93, de 25 de marzo, doctrina que se reiteró en la STC 187/1993, de 14 de julio. En referencia a la reducción de jornada, conforme al ap. 5 del art. 37 ET: «Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo a algún menor de seis años o a un disminuido físico o psíquico que no desempeñe otra actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo con la disminución proporcional del salario entre al menos un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla», norma que se sitúa en el «igualitarismo» al ser la titularidad indistinta; dado que el precedente normativo (art. 25.6 pfo 2 de la LRL) expresamente señalaba que el derecho sólo podía ser ejercitado por uno de los cónyuges, la supresión de tal limitación se interpretó como permisiva del ejercicio simultáneo.

Con posterioridad al ET, de 10 de marzo de 1980, se aprueba la siguiente normativa de relevancia:

- La Ley 8/92, de 30 de abril, donde se amplía la licencia de maternidad a los supuestos de adopción y acogimiento.

⁴¹ El art. 48.4 establecía «en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración máxima de catorce semanas, distribuidas a opción de la interesada».

– La Ley 42/94 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que dejó de asimilar la maternidad a la situación de incapacidad temporal, configurándose como una contingencia específica.

– El Real Decreto-Ley 11/98 de 4 de septiembre, reconoce bonificaciones en la cotización de contratos de interinidad de los trabajadores/as sustitutos de otros en licencia por maternidad.

En la evolución normativa y desarrollo de los derechos de conciliación de la vida familiar y personal con el trabajo pueden diferenciarse dos etapas:

– Una primera etapa donde encontrábamos una serie de derechos de conciliación que se caracterizaban básicamente por su exclusiva protección hacia la situación de embarazo y maternidad de la mujer trabajadora.

– Una segunda etapa que comenzará con la aprobación de la Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), se instaura una diferente concepción de los derechos de conciliación, entendiéndolos el legislador como un camino hacia el reparto real y efectivo de las responsabilidades familiares.

3.2.1. *La conciliación como mecanismo de protección de la maternidad y la igualdad*

Las normas más relevantes en materia de conciliación de la vida familiar y laboral son las normas de transposición de dos de las directivas básicas de la Unión Europea, concretamente, la Directiva 92/85/CEE de maternidad y la Directiva 1996/34/CE de permisos parentales. Dicha transposición se efectúa a través de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales (LPRL) y de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LC-VFL).

Centrándonos en el análisis de esta última, en la exposición de motivos identifica la desigualdad de género como el problema clave a combatir, el cuerpo de la ley y los derechos que ésta reconoce están fundamentalmente dirigidos a las madres trabajadoras. Ha sido este aspecto el más criticado por parte de la doctrina científica, en el sentido de que al mantener la estructura del ET y utilizar las instituciones y figuras ya existentes, impedía una concepción y comprensión completa de los permisos parentales como figura única de titularidad indistinta con diferentes modalidades de ejercicio. Básicamente, el texto recoge e integra los derechos de conciliación previamente existentes, pero dispersos en diversas normativas, y los amplía no sólo temporalmente, sino también con respecto a quién y en qué casos pueden ser disfrutados. De este modo, la ley amplía, para hombres y mujeres, los casos en los que es posible una reducción de jornada con reducción proporcional de la retribución (para el cuidado de hijos prematuros, familiares dependientes o con discapacidad hasta el segundo grado de consanguinidad), reconoce el permiso retribuido de dos días para los casos de adopción y enfermedad grave de un familiar, amplía a diez semanas el periodo del permiso de maternidad que la madre puede ceder al padre, e iguala la duración del permiso de maternidad en caso de adopción o acogimiento.

El legislador español ha optado por un sistema híbrido, pues, mientras que, por un lado, tiene una ley específica en la materia, la LCV-FL, no obstante, dado que la misma se limita, más que a facilitar una regulación de la cuestión, a reformar distintos textos legislativos, manteniendo vigente una normativa dispersa.

El enfoque legal adoptado implica básicamente reducir el tiempo de trabajo, lo que indirectamente equivale a prescindir del salario femenino, que estadísticamente suele ser inferior al del hombre. No existe por tanto en estos derechos enfoque alguno hacia la igualdad de género, ya que en ningún momento se cuestiona que el cuidado deje de ser algo exclusivamente femenino.

Asimismo, bajo una apariencia de neutralidad dirigida presumiblemente a no impedir la asunción masculina de las responsabilidades domésticas y familiares, olvidaba las repercusiones de género que tienen las cuestiones del cuidado en relación con el trabajo. Por supuesto tampoco aplicaba una visión extensiva respetuosa con las repercusiones que el devenir del trabajo pudiera ocasionar en determinados trabajadores con responsabilidades familiares⁴².

En consecuencia, en esta primera etapa, los derechos de conciliación no ofrecen un reparto equitativo de trabajo doméstico, caracterizándose por la desigualdad y prácticamente instituye la doble jornada para las mujeres.

Ahora bien, la ley de conciliación crea también nuevos derechos, asociados directamente a las recomendaciones de las directivas 92/85/CEE y 96/34/CE: en primer lugar, establece un nuevo permiso retribuido para la realización de las técnicas de preparación al parto, y reconoce la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo; en segundo lugar, contempla que el permiso de maternidad pueda ser disfrutado a tiempo parcial; en tercer lugar, reconoce el derecho a excedencias también para el cuidado de familiares dependientes (hasta un año); por último, establece bonificaciones en las contribuciones a la Seguridad Social para aquellas empresas que sustituyan a los trabajadores que disfruten de algún permiso para el cuidado⁴³.

3.2.2. *De la conciliación a la corresponsabilidad*

Tras la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, el avance más importante en el desarrollo

de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral se produjo con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para igualdad efectiva de mujeres y hombres de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH). Efectivamente, la citada Ley traspuso a nuestro ordenamiento jurídico la abundante normativa europea e internacional, que venía incidiendo en la necesidad de la adopción de medidas efectivas que facilitaran la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras. Las medidas conciliadoras, aunque no se agotan en la protección de la maternidad, sino que alcanzan a todos los supuestos de «responsabilidades familiares», sí tienen una importante incidencia sobre la maternidad, mejorando en gran medida el régimen jurídico de la misma⁴⁴.

La LOIEMH da un gran paso adelante en la conciliación. En el ámbito concreto de las relaciones laborales y de Seguridad Social trata de incorporar una serie de disposiciones que pretenden garantizar la igualdad de las mujeres en el acceso al empleo, en la formación, y en las condiciones de trabajo. por la LOIEMH, que pretende recuperar la inicial conexión de la conciliación con la igualdad de género. Muchas de estas disposiciones, inciden en el establecimiento de derechos que favorecen la conciliación entre la vida personal y familiar en el trabajo, complementando la regulación de los anteriormente reconocidos o introduciendo nuevos derechos.

Una de las características más notables de la LOIEMH es el establecimiento de medidas que, en una nueva línea de actuación de cambios estructurales, profundicen en la idea de las responsabilidades familiares compartidas, esta vez con la creación de un permiso individual e intransferible para el padre, así como

⁴² BALLESTER PASTOR, M.A., «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad», *Cit.* pág. 31.

⁴³ CAMPILLO POZAS, I., «Desarrollo y crisis de las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar en España (1997-2014). Un marco explicativo». *Investigaciones feministas*, vol. 5, 2014, pág. 210.

⁴⁴ VICENTE PALACIO, A., «La Ley de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la conciliación de la vida laboral y familiar. Las modificaciones (sustantivas) en materia de Maternidad y Riesgo durante la lactancia natural en los diversos regímenes de la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, pág. 152.

en un necesario cambio en el enfoque, circunscrito al fomento de las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y profesional y de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia también. Se concibe en el art. 14.8 LOIEMH como un criterio general de actuación de todos los poderes públicos.

La LOIEMH intenta aglutinar las distintas medidas que permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares en el término «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral». La citada norma, establece en el art. 44.1 LOIEMH, «los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio». Se insiste, por tanto, en la necesidad de que dichos derechos fomenten una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares y en que su ejercicio no implique ningún tipo de discriminación para los trabajadores/as⁴⁵.

La LOIEMH introduce numerosas reformas en la legislación sustantiva, procesal y de Seguridad Social, así como en la normativa funcional, para asegurar la mejor conciliación entre el trabajo y la familia de los trabajadores y trabajadoras y conseguir una participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar. De forma sucinta, cabría destacar:

- Se potencia la participación del padre en el cuidado de los hijos a través, entre otras medidas, de la creación del derecho a un permiso y una prestación por paternidad.

- Se sustituyen las referencias que las distintas medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral hacían al «padre» por referencias al «otro progenitor», para incluir la nueva posibilidad de matrimonios de personas del mismo sexo.
- Se pretende ampliar las situaciones o los sujetos protegidos por los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- Se flexibiliza la regulación legal de varios de los «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», como por ejemplo la reducción de jornada, el permiso por lactancia o la excedencia, con el fin de que los trabajadores puedan adaptar el disfrute de los mismos a sus necesidades familiares, y con la misma intención se reconoce el derecho a la adaptabilidad de la duración y distribución de la jornada de trabajo.
- Se recoge en la normativa legal la jurisprudencia más significativa sobre la materia, con el fin de crear una situación de mayor seguridad jurídica en el ejercicio de las distintas figuras que componen los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- Se adoptan medidas que tratan de reforzar la protección de la salud de las trabajadoras embarazadas y ampliar dicha protección durante el período de lactancia natural⁴⁶.

Otros de los aspectos más destacables de la citada norma es el establecimiento de medidas que, en una nueva línea de actuación de cambios estructurales, profundicen en la idea de las responsabilidades familiares compartidas, esta vez con la creación de un

⁴⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R., «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 2, 2007, pág. 71

⁴⁶ Un estudio exhaustivo, véase, en AGUILERA IZQUIERDO, R., «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral *cit.*, págs. 72.

permiso individual e intransferible para el padre, así como en un necesario cambio en el enfoque de los derechos de conciliación, hasta ahora tradicional y proteccionista para la mujer, ampliando su ámbito de actuación a la vida personal, a la vez que introduce el derecho de poder adaptar la jornada de trabajo sin necesidad de reducción, art. 34.8 ET.

A este respecto, si tuviésemos que resumir en un párrafo la incidencia de la LOIEMH en materia de conciliación, cabría destacar como modificaciones relevantes en el ámbito laboral, el de la corresponsabilidad.

Por otra parte, tras las LOIEMH se observa en el aumento de iniciativas legislativas que reconocen nuevos derechos o afianzan y amplían los ya existentes. En una sucinta referencia a los mismos, cabría destacar:

- La Ley 9/2009, de 6 de octubre, que prevé –en aras a una política positiva hacia la figura del padre, que permita incentivar la implicación de los hombres en las responsabilidades familiares– la ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida hasta cuatro semanas de permiso personal e intransferible, que debía entrar en vigor en 2011 pero que a fecha de hoy sigue sin aplicarse por razones supuestamente presupuestarias.

- El Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, regula y desarrolla las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que tras la LOI 3/2007 han supuesto una intensificación y ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social, todo ello, como decimos, con el objetivo de promover la igualdad real de oportunidades de la mujer en el ámbito laboral así como para favorecer la conciliación de la vida personal y laboral.

- La Ley 39/2010 de Presupuestos Generales del Estado para 2011 en su Disposición Final 22ª introdujo en el art. 37.5 ET un nuevo supuesto de reducción de jornada destinada al cuidado de menores a cargo, afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Poco tiempo después se aprobó el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, de aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer y otra enfermedad grave.

- La incidencia que la Ley 3/2012, de reforma laboral ha propiciado en el desarrollo de los derechos de conciliación, donde cabe destacar la titularidad compartida del permiso por lactancia, en virtud de la STJUE, Asunto Roca-Alvarez, C-104/09, si bien sólo uno de los dos progenitores podrá disfrutarlo en caso de que ambos trabajen. Del mismo modo, se introducen modificaciones en el art. 37.5 y 6 ET154 concretándose la jornada “diaria” como parámetro para las solicitudes de reducción de jornada, así como la posibilidad de que los convenios puedan establecer criterios sobre el particular «en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas».

- El RDL 16/2013, de 22 de diciembre de 2013, modifica nuevamente el art. 37.5 ET ampliando la edad del menor de 8 a 12 años.

En resumen, podemos observar cómo los derechos de conciliación, aunque no reconocidos expresamente y de manera conjunta y ordenada como tales, han merecido un notable desarrollo y atención por parte del legislador, principalmente durante las dos últimas décadas, en las que han ido evolucionando de una titularidad casi exclusivamente femenina para pasar a configurarse, como derechos neutros, en cuanto orientados hacia ambos progenitores.

4. ANÁLISIS BÁSICO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR CON EL TRABAJO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Con la entrada en vigor de la LOIEMH se aborda la igualdad, desde una perspectiva integral⁴⁷, instaurándose un marco normativo especial para la negociación colectiva, en lo que se refiere a las medidas de igualdad entre mujeres y hombres, diferenciado del marco normativo general⁴⁸.

Así pues, por lo que respecta a la promoción de la igualdad de género por la negociación colectiva, la LOIEMH recoge una serie de referencias generales sobre el papel de los convenios colectivos que podrán:

- Establecer medidas de acción positiva en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tengan preferencia las personas del sexo menos representado en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate (art. 17.4 ET)

- Desde la entrada en vigor de la LOIEMH, las definiciones que de forma habitual se incluyen en los convenios colectivos sobre discriminación directa, indirecta, acoso sexual y acoso por razón de sexo, y discriminación por embarazo o maternidad deberán

ser acordes con las recogidas en la misma (arts. 6, 7 y 8 LOIEMH).

- La Ley establece para las empresas de más de 250 trabajadores la obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad que deberá ser objeto de negociación, y en su caso, acuerdo con los representantes legales de los trabajadores (art. 45 LOIEMH). Los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las siguientes materias: acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo (art. 46 LOIEMH). Los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa sin perjuicio de que se puedan establecer acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo (art. 46.3 LOIEMH). Se garantiza el acceso de la representación legal de los trabajadores a la información sobre el contenido de los planes de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, los convenios colectivos podrán atribuir a sus comisiones paritarias el seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad (art. 47 LOIEMH).

Desde una perspectiva general acerca del grado de eficacia de la labor convencional, sus carencias y posibles vías de desarrollo y apoyándonos en los principales estudios elaborados por la doctrina científica, al respecto, cabría destacar la evolución lenta en la mejora de los derechos de conciliación por parte de los convenios colectivos. Si bien existen algunos convenios colectivos que explícitamente contienen reglas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, no todos ellos son particularmente novedosos en este terreno, pues en más de un caso se limitan a integrar en ese apartado las reglas más tradicionales sobre maternidad o lactancia⁴⁹.

⁴⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F., «El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mujeres y hombres», *Revista de Derecho Social, Doctrina*, núm. 41, 2008, afirma que se puede decir que hasta la LOI 3/2007 el Derecho Colectivo del Trabajo se había mantenido impermeable al principio de igualdad entre mujeres y hombres, en la convicción de la neutralidad de la norma jurídica, obviando de ese modo que emplear ese término en materia de igualdad en el ámbito laboral –donde el trabajador prototipo sigue siendo masculino– no hace sino mantener el statu quo perjudicial para las mujeres.

⁴⁸ La LOI 3/2007 regula en el Capítulo III de su Título IV «los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad», en el artículo 43 alguna otra medida de fomento de la igualdad, en el art. 64 planes de igualdad en el empleo público estatal, y finalmente modifica el Título III del ET a través de su Disp. Adic. 11ª 17/19.

⁴⁹ GARCÍA MURCIA, J., «Nuevas cláusulas y nuevas tendencias en la negociación colectiva de sector», *Derecho de los Negocios*, núm. 206, 2007. El estudio se centra en el análisis de

En este sentido, buena parte de los convenios se remiten en bloque a la legalidad vigente y, por tanto, queda aún un largo camino por recorrer en la adecuada implementación del principio de igualdad por razón de género en nuestra negociación colectiva⁵⁰.

En la negociación colectiva de los últimos años destaca un avance sustancial en la regulación de los derechos de conciliación como la adaptación de los permisos, reducciones y excedencias a los imperativos legales de la LOIEMH; incorporar mejoras con respecto a la misma, por ejemplo, con la creación de nuevos permisos retribuidos y que consisten bien en la ampliación de los días de permiso retribuido que reconoce el art. 37.3 ET; la ampliación de la edad del menor en supuestos de reducción de jornada; bien dispensar un tratamiento más protector a los supuestos de excedencias derivadas del ámbito familiar y las vinculadas a las situaciones de violencia de género.

En lo que refiere al permiso de lactancia, la negociación colectiva aún no ha incorporado plenamente la formulación neutra en la titularidad del derecho, impulsado, como es sabido por la modificación del art. 37.4 por la necesaria adaptación de la normativa nacional a la jurisprudencia europea, en el asunto Roca Álvarez⁵¹ y que supone la formulación neutra del derecho⁵². No resulta significativa la proporción de convenios que establecen la posibilidad de disfrutar del permiso de lactancia de manera acumulada, si bien se ob-

convenios de ámbito sectorial publicados entre el tramo final del año 2006 y el año de 2007.

⁵⁰ MOLINA HERMOSILLA, O., y VILLAR CAÑADA, I. M., «Tratamiento de la igualdad por razón de género en la reciente negociación colectiva. Análisis de la realidad y propuestas de mejora», *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013, págs. 187-212.

⁵¹ STJUE de 30 de septiembre de 2010, *Roca Álvarez*, asunto C- 104/09.

⁵² MOLINA HERMOSILLA, Olimpia y VILLAR CAÑADA, ISABEL Mª, «Tratamiento de la igualdad por razón de género en la reciente negociación colectiva. Análisis de la realidad y propuestas de mejora», *Revista de Derecho Social* 61 (marzo de 2013), págs. 187-212.

serva una tendencia creciente a ir incluyendo esta posibilidad en sede negocial, ampliándose también la edad del menor hasta los 10-12 meses⁵³.

Así pues, aunque se observan algunos avances en aspectos de la conciliación como la mejora de la duración y/o condiciones de los permisos y reducciones, e incluso el reconocimiento de nuevos permisos vinculados a este ámbito, los resultados de la igualdad por razón de género en nuestros convenios siguen siendo limitados en cuanto a la utilización de lenguaje no sexista, prevención de riesgos laborales –con la única excepción de la salud reproductiva–, y formación profesional.

Teniendo en cuenta estas premisas, se podría calificar el tratamiento de la conciliación, dado por la negociación colectiva, de insuficiente y muy desigual, aunque, ciertamente, existen significativos avances en algunos casos. Las regulaciones contienen, demasiadas veces, formulaciones generales plagadas de buenas intenciones o meras declaraciones de principios cuya significación y grado de innovación es más aparente que real.

5. CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR CON EL TRABAJO EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO

El derecho a la conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo se reconoce, en la mayoría de los Estatutos de Autonomía, como uno de los principios rectores que han de regir sus actuaciones.

Los cambios demográficos, socio-culturales y económicos que caracterizan a las sociedades desarrolladas, así como la creciente incorporación de la mujer al trabajo, han situado la cuestión de la conciliación de la vida familiar

⁵³ RECHE TELLO, N., *La dimensión constitucional del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral*. Tesis doctoral, Elche, 2016, págs. 93 y ss. <http://dspace.umh.es/handle/11000/2945>.

y laboral en un primer plano de las agendas políticas de los respectivos gobiernos. En España, el proceso de descentralización territorial ha conllevado que las Comunidades Autónomas desarrollen un creciente número de políticas en el terreno de la conciliación, convirtiéndose en la última década en un tema relevante, cuya presencia se refleja en los planes y proyectos de actuación de partidos políticos y Administraciones Públicas e, incluso, en las actuaciones en el marco empresarial⁵⁴.

Los derechos de conciliación de los trabajadores autónomos han sufrido un avance, podríamos decir, espectacular en los últimos años tanto a nivel estatal como autonómico. En este sentido, especial importancia adquieren las iniciativas autonómicas que, de un modo u otro, tienen presente la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los trabajadores. Para garantizar el derecho de conciliación hay que desarrollar políticas e instrumentos eficaces, pues son éstos, más de allá de la regulación normativa, los que mejor permitirán hacerlo efectivo.

Las Administraciones públicas deben hacer un esfuerzo por impulsar las políticas y la creación de los recursos necesarios que ayuden a conciliar vida personal, familiar y laboral del trabajo autónomo, en la medida en que la conciliación va estrechamente ligada a la mejora de la inserción laboral y de la igualdad de oportunidades. Este reto por avanzar en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral es, por tanto, una garantía de mejora en el bienestar de las personas y un avance en el desarrollo económico y social español.

⁵⁴ FERNÁNDEZ CORDÓN, J. A. y TOCÍO SOLER, C.: «Conciliar las responsabilidades familiares y laborales: políticas y prácticas sociales», (Documento de trabajo 79/2005), Laboratorio de alternativas, Fundación alternativas, 2006, pág. 8. CÁNOVAS MONTERO, A., ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral en las Comunidades Autónomas», Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 23, 2005, págs. 73-93.

5.1. Evolución normativa de las políticas autonómicas de conciliación

La competencia para la regulación de las medidas atinentes a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los trabajadores autónomos parecería corresponder, en exclusiva, al Estado [arts. 149.1. 6ª, 8ª, 7ª y 17ª CE]; atribución competencial que ha de interpretarse en sentido material en lo que refiere a principios o criterios básicos de carácter fundamental y general, normativa uniforme y de vigencia en toda la nación⁵⁵. Ello no obstante, siempre que no se invadan las citadas competencias, no parece que pueda dudarse de la viabilidad constitucional de cuantas medidas en favor de la conciliación de la vida de los trabajadores autónomos se dispensen actualmente o puedan arbitrarse en el futuro por parte, fundamentalmente, de las Comunidades Autónomas (aunque también de numerosas Entidades Locales) en el ejercicio de sus legítimas competencias; básicamente de asistencia social y servicios sociales⁵⁶.

Por su parte, en virtud de lo dispuesto en los artículos 14.8 y 21 de la LOIEMH, los poderes públicos deberán adoptar medidas que contribuyan a potenciar la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia, como garantía del principio de igualdad, no sólo en general, sino de forma específica en el marco de las relaciones laborales⁵⁷.

⁵⁵ STC 76/1986, de 9 junio (RTC 1986, 76).

⁵⁶ Sobre la distribución de competencias autonómicas en materia laboral, véase, MARTÍNEZ MORENO, C., «Relaciones laborales y comunidades autónomas», en AA. VV Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2011, ISBN 978-84-9876-946-3, págs. 297-339.

⁵⁷ En realidad, antes de la entrada en vigor de la LOI algunas leyes autonómicas de igualdad mencionaban el principio de corresponsabilidad y la necesidad de proceder a un nuevo reparto de tareas entre hombres y mujeres. Por ejemplo, la Ley 9/2003 de 2 de abril de las Cortes Valencianas para la igualdad entre mujeres y hombres (art. 4.1); la Ley 2/2007, de 28 de marzo del Parlamento de Galicia del trabajo en igualdad para las mujeres (art. 5) y la Ley 12/2006 del Parlamento de las Islas Baleares de 20 de septiembre de la mujer (art. 29).

Es más, en algunas de las normas autonómicas la corresponsabilidad, entendida como el reparto de responsabilidades familiares, se configura como un derecho y un deber de los ciudadanos⁵⁸. En cualquier caso, la citada norma ha supuesto un impulso para la plasmación y refuerzo de este principio en la normativa autonómica, que a partir de entonces es comúnmente reconocido como un principio programático que ha de orientar las actuaciones públicas llevadas a cabo en materia de igualdad⁵⁹.

Ciertamente, la proliferación de medidas autonómicas en la materia implica el riesgo de que una misma cuestión, –la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de las personas trabajadoras–, reciba un tratamiento absolutamente dispar en atención a la Comunidad Autónoma en la que aquéllas residan. De hecho, la realidad social de nuestro país nos indica que semejante disparidad de tratamiento es hoy la regla general en muchos temas, incluido el que ahora nos ocupa; lo que, desde este pórtico introductorio, no puede sino criticarse. A ello debe añadirse que se aprecia con frecuencia en la redacción del articulado referido a la conciliación una cierta falta de rigor tanto en la concreción como en la determinación de los objetivos y medidas para su consecución, excepto en algunos supuestos determinados; así, en la mayoría de las normas analizadas se fijan una serie de declaraciones programáticas, que no se concretan más adelante en medidas específicas de actuación.

La creciente importancia de estas políticas se enmarca en el contexto de las intensas transformaciones demográficas, laborales y sociales que se están produciendo como consecuencia, entre otros factores, de la situación laboral y social de la mujer, de la modificación de los valores culturales dominantes en relación al papel de la familia, la maternidad o el reparto de roles entre hombres y mujeres⁶⁰.

Uno de los principales temas que comprenden tanto declaraciones programáticas como acciones y medidas específicas en materia de conciliación de la vida personal y laboral en el ámbito autonómico es el referido a la corresponsabilidad.

Como ha señalado la LOIEMH supuso un impulso para la plasmación y refuerzo de este principio en la normativa autonómica, que a partir de entonces es reconocido de manera común como un principio programático que ha de orientar las actuaciones públicas llevadas a cabo en materia de igualdad⁶¹. E incluso en algunas normas más recientes, la corresponsabilidad entendida como el reparto de responsabilidades familiares y tareas domésticas se configura como un derecho y un deber de los ciudadanos.

En los últimos años las Comunidades Autónomas han adoptado una serie de normas con las que los poderes públicos comienzan a impulsar la corresponsabilidad en materia de conciliación familiar y profesional. Así, algunas Comunidades Autónomas como la Comunidad Valenciana, Galicia o País Vasco cuentan con leyes de igualdad en las que se hacía mención al principio de corresponsabilidad y

⁵⁸ Por ejemplo, véase, Art. 3.9 de la Ley 1/2007 de 7 de marzo de las Cortes de Castilla y León de medidas de apoyo a las familias (BOE de 29 de marzo de 2007); Art. 4 de la Ley 1/2010 del 26 de febrero del Parlamento de Canarias de normas reguladoras de igualdad entre mujeres y hombres (BOE 18 de marzo de 2010).

⁵⁹ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «El principio de corresponsabilidad en las políticas autonómicas de conciliación» en CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B. (Dir.): *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 247 y ss.

⁶⁰ CÁNOVAS MONTERO, A., ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: «Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral en las Comunidades Autónomas», ob. cit., pág. 75

⁶¹ En virtud del art. 14.8 LOI 3/2007, las Comunidades autónomas que a través de sus Estatutos de Autonomía hayan asumido competencias para promover el desarrollo de la igualdad y de los derechos fundamentales dentro de su territorio, deberán adoptar medidas que contribuyan a potenciar la corresponsabilidad como garantía del principio de igualdad, no sólo en general, sino de forma específica en el marco de las relaciones laborales

a la necesidad de un reparto de tareas entre mujeres y hombres⁶².

Por su parte, la Ley para la igualdad entre mujeres y hombres de La Comunidad autónoma murciana señala que la corresponsabilidad es «*la asunción de responsabilidades por parte de los hombres en las tareas domésticas, el cuidado y la atención de hijos, como acción indispensable para el reparto librado e igualitario de las cargas familiares*»⁶³. Finalmente, en otras disposiciones autonómicas, la corresponsabilidad se configura a la vez como un derecho y un deber de los ciudadanos en el ámbito público y privado⁶⁴.

El panorama descrito permite afirmar que las Comunidades Autónomas ofrecen un paisaje muy heterogéneo por lo que respecta a políticas de conciliación. A ello debe añadirse que los planes que, en conjunto, tienen un mayor número y variedad de actuaciones referidas a conciliación de la vida personal, familiar y profesional son los de igualdad de oportunidades. A los planes de igualdad les siguen en número de actuaciones relacionadas con conciliación los planes de empleo, cuyas acciones están referidas de manera principal al ámbito laboral, pero en muchos casos también al ámbito de los servicios comunitarios.

⁶² Véase, entre otras, Ley 9/2003, de 2 de abril de la Comunidad Valenciana para la igualdad entre mujeres y hombres (BOE 8 de mayo de 2003). Decreto legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad. Ley 4/2005 de 18 de febrero del Parlamento Vasco de igualdad de mujeres y hombres (BOPV 02 de Marzo de 2005).

⁶³ Ley 7/2007 de 4 de abril para la igualdad entre mujeres y hombres y de protección contra la violencia de género de la Región de Murcia, modificada por la Ley 3/2008 de 3 de julio (BOE 5 de febrero de 2011).

⁶⁴ La Ley 1/2010 de 26 de febrero de la Comunidad Canaria para la igualdad entre mujeres y hombres (BOE 18 de marzo de 2010) señala que «mujeres y hombres tienen el derecho y el deber de compartir adecuadamente las responsabilidades familiares, las tareas domésticas y el cuidado y la atención de las personas en situación de dependencia, posibilitando la conciliación de la vida laboral, personal y familiar y la configuración de su tiempo para alcanzar la efectiva igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres».

Por otra parte, se sitúan los planes de apoyo a la familia, con actuaciones destinadas fundamentalmente a la prestación de servicios a la comunidad, aunque no dejan de lado los otros dos ámbitos. Finalmente, los planes de inclusión social son los que contienen, como conjunto, un menor número de actuaciones en materia de conciliación, y prácticamente su totalidad refiere a la prestación de servicios comunitarios.

Asimismo, uno de los elementos que diferencia de manera notable a unos órganos autonómicos de otros es el número de actuaciones que contempla a través de sus planes en materia de conciliación, así como la diversidad temática de éstas y su grado de concreción. A pesar de esta disparidad, algunas Comunidades Autónomas, como la del País Vasco⁶⁵, destacan por poseer un conjunto de acciones de gran interés, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo.

Los planes autonómicos constituyen un elemento muy importante, como punto de referencia de las directrices a seguir en una determinada materia. Sin embargo, su alcance queda reducido, si sus actuaciones no se desarrollan en medidas concretas que establezcan su aplicación. Las medidas están contenidas en un conjunto de normas —en este caso, han sido leyes, decretos, órdenes y resoluciones— que regulan aspectos, en algunos casos muy amplios, y en otros muy específicos y que se caracterizan por su heterogeneidad y diversidad y, en algunos casos, incluso obsolescencia.

La heterogeneidad a la que constantemente se hace mención supone también que los colectivos hacia los que están destinadas las actuaciones y medidas sean de diversa índole. En este sentido, un elemento a tener en cuenta es el del género de los beneficiarios, dado que las políticas de conciliación de la

⁶⁵ Decreto 177/2010, de 29 de junio sobre ayudas a la conciliación de la vida familiar y laboral (BOPV 7 de julio de 2010). Más recientemente, véase, el nuevo Plan de Autoempleo, Creación de Empresas y Emprendimiento 2016-2020, de Castilla La Mancha, firmado el 14 de diciembre de 2016.

vida personal, familiar y profesional componen una parte de las políticas de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Así pues, existen unas determinadas acciones que suelen estar enfocadas en buena parte hacia las mujeres, y otras que lo están hacia los varones. Concretamente, en el caso de las medidas, la mayor parte de las que tienen que ver con la inserción laboral de las personas desempleadas están expresamente destinadas a mujeres. En éstas, se incluyen las referidas a contratación –bien de personas con cargas familiares, o bien para la sustitución de personas trabajadoras que disfruten de licencias por motivos familiares–, a fomento del autoempleo y a formación ocupacional. Por su parte, algunas de las acciones de sensibilización social también están específicamente enfocadas hacia las mujeres⁶⁶.

5.2. Medidas de conciliación. Tipología

Las políticas autonómicas contemplan medidas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional sobre la base de distintas perspectivas: el empleo, la igualdad y la ayuda familiar e inclusión social.

Las medidas autonómicas en favor de la conciliación se caracterizan por su carácter económico, que no obedecen a un patrón homogéneo, sino que varían en función de las prioridades perseguidas en cada autonomía.

Destacan distintos tipos de medidas, por un lado, los incentivos económicos dirigidos a facilitar la vida personal, familiar y profesional y consistentes en otorgar una cantidad a tanto alzado, destinada a sufragar los costes salariales y de Seguridad Social por la contratación de un trabajador en sustitución del autónomo cuando éste disfrute de derechos derivados de la conciliación de la vida personal, familiar y profesional y, por otro, subvenciones y bonificaciones en materia de seguridad so-

cial para sufragar parcialmente los gastos que genera la atención a hijos menores acogidos o tutelados.

En una panorámica general de las acciones o medidas de fomento de la conciliación del trabajo y la familia cabe destacar una paulatina evolución de las mismas, en términos generales, hacia el trabajo asalariado. Así pues, algunas Comunidades Autónomas han elaborado leyes o decretos de amplio espectro, que contienen un importante número de medidas referidas a conciliación⁶⁷. Éstas se suelen desarrollar posteriormente, de manera más concreta, mediante otras normas de inferior rango. Este tipo de normas suelen estar referidas a la igualdad de oportunidades y al apoyo a la familia, y su existencia puede ser en algunos casos complementaria a la del plan correspondiente, y en otros, suplementaria.

De manera similar a lo que sucede desde el punto de vista de los planes, cada Comunidad Autónoma tiene su propia especificidad por lo que respecta a medidas de conciliación. Los aspectos sobre los que existe una mayor diversidad son el número de disposiciones que aporta cada Comunidad Autónoma para su análisis, la cantidad de medidas que de ellas se derivan, así como la variedad de aspectos a los que éstas se encuentran referidas y su grado de concreción.

Por lo general, las Comunidades Autónomas desarrollan algunas actuaciones determinadas, pero no el conjunto de ellas, como sí ha sido el caso, por ejemplo, de la Comunidad autónoma de Castilla y León que ha sido la que ha establecido un mayor número y variedad

⁶⁶ CÁNOVAS MONTERO, A., ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: *ob. cit.*, pág. 77.

⁶⁷ La Ley 1/2007 de las Cortes de Castilla y León, de 7 de marzo de medidas de apoyo a las familias de la Comunidad de Castilla y León (BOE 29 de marzo de 2007). La Ley 13/2008 de 12 de diciembre del Parlamento Vasco de apoyo a las familias (BOE de 7 de octubre de 2011); la Ley 1/2010, de 26 de febrero del Parlamento de Canarias de normas reguladoras de igualdad entre mujeres y hombres (BOE 18 de marzo de 2010) y la Ley 12/2007 de 26 de noviembre de promoción de la igualdad de género en Andalucía (BOE 13 de febrero de 2008).

de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y profesional⁶⁸.

La diversidad existente en las Comunidades Autónomas hace que el abanico resultante, tanto de las actuaciones contenidas en los planes como de medidas, sea muy amplio y variado, contemplándose, en algunos casos, acciones ciertamente innovadoras y originales. Los contrastes que se establecen a este respecto son apreciables tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo. Así, en las medidas encuadradas en el ámbito laboral se utilizan dos tipos de intervención: la bonificación de las cuotas empresariales a la seguridad social y la subvención directa. En este sentido, cabe señalar que es en este ámbito donde pueden observarse mayores contrastes entre las Comunidades Autónomas en relación a medidas similares, tanto en términos cualitativos —el tipo de intervención utilizado— como cuantitativo —cuantías de la subvención o porcentajes de la bonificación—.

En el ámbito de prestación de servicios comunitarios, el abanico de tipos de intervención es más amplio, pudiendo destacarse los siguientes: subvenciones directas, becas, cheques infantiles, bonificación de un porcentaje del precio, desgravaciones fiscales y cheques asistenciales. En este sentido, también pueden apreciarse diferencias entre las Comunidades Autónomas⁶⁹.

Finalmente, en el ámbito de la sensibilización, el tipo de intervención utilizado para apoyar campañas indirectas a entidades que realicen actuaciones en este campo, es la subvención directa. Bajo esta óptica, las principales diferencias se sitúan en las cuantías de la

misma, que varían significativamente entre las distintas Comunidades Autónomas.

6. UNA APROXIMACIÓN A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR EN EL TRABAJO AUTÓNOMO

El reconocimiento de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral no se circunscriben, única y exclusivamente, a los trabajadores asalariados, por el contrario, se ha ido extendiendo su radio de acción a extramuros del derecho del trabajo. A continuación, abordaremos brevemente las particularidades de uno de los colectivos más importantes, como es trabajador autónomo, con el fin de completar el marco normativo general sobre los derechos de conciliación.

La conciliación entre la vida profesional y familiar sigue constituyendo, en la actualidad, una cuestión pendiente. Especialmente en lo que refiere a determinados colectivos, como es el caso de los trabajadores autónomos. El trabajo autónomo ha tenido que superar barreras que parecían casi infranqueables para llegar a una nueva situación en la que su presencia en el mundo empresarial comienza a ser reconocida, valorada, incluso considerada muy positiva, por toda la opinión pública.

La Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajo autónomo (LETA) ha constituido en nuestro país un auténtico punto de inflexión en el ámbito de las relaciones profesionales de los trabajadores autónomos o por cuenta propia. Y ello no tanto por la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de nuevas figuras contractuales como el trabajador autónomo económicamente dependiente, sino más bien por introducir las bases de un nuevo marco legal en dicho ámbito profesional.

Como no podía ser de otra forma, la LETA reconoce expresamente el derecho a la conciliación del trabajador autónomo y lo conecta con el derecho a suspender su actividad en las situaciones de maternidad, paternidad,

⁶⁸ Al respecto también, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La conciliación de la vida familiar y laboral en Castilla y León», Revista de investigación económica y social de Castilla y León, núm. 7, 2004.

⁶⁹ CÁNOVAS MONTERO, A., ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: «Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral en las Comunidades Autónomas», Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 23, 2005, págs. 73-93.

riesgo durante el embarazo, la lactancia, adopción o acogimiento en los términos de la legislación de Seguridad Social (art. 4.2 g LETA). Sin embargo, se trata de un derecho, aunque ampliamente reconocido al trabajador, lleno de ambigüedades, en primer lugar, tanto por el tiempo de disposición que queda completamente huérfano de garantías como por el hecho de que sólo puede usarlo, acaso, como argumento frente a sus trabajadores asalariados, si cuenta con ellos, a la hora de poder contraponer su propio derecho frente a los de los demás y, en segundo lugar, porque el derecho de conciliación que en términos tan generales se reconoce respecto de la actividad profesional del autónomo, queda reducido a una manifestación muy concreta y limitada del mismo, como es el derecho de suspensión de su actividad en los supuestos que constituyen contingencias protegidas por el Sistema de Seguridad Social⁷⁰.

A la actualidad del tema contribuyen una serie de hitos normativos que no pueden dejar de mencionarse, en la medida en que tienen especial incidencia en la materia objeto de este estudio⁷¹. De entre ellos, por su actualidad, destacaría Ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, de acuerdo con la previsión de la disposición final segunda de la Ley 20/2007, que establece la convergencia progresiva de los derechos de los trabajadores/as autónomos en relación con los establecidos para los trabajadores/as por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, adopta nuevas medidas para cumplir dicho objetivo: así, por lo que a la conciliación se refiere, el art. 9 prevé una bonificación en

las cuotas de Seguridad Social para los trabajadores/as autónomos por conciliación de la vida personal y familiar, vinculada a la contratación de un trabajador para sustituir al autónomo durante determinadas situaciones familiares.

No obstante lo anterior, el esfuerzo desarrollado y las actuaciones emprendidas por las distintas Administraciones Públicas, aún no son bien conocidas ni se han llegado a trasladar, con fuerza, al ámbito social, en parte por lo reciente de algunas de estas iniciativas. A ello debe añadirse que, en la actualidad y principalmente derivado de la crisis económica que hemos atravesado, la falta de financiación y la morosidad son los principales problemas que afectan al desarrollo de la actividad profesional como trabajadores por cuenta propia. El hecho de que los trabajadores/as autónomos tengan muy complicado el acceso al crédito impide el circulante necesario para que puedan realizar el día a día de su trabajo. Del mismo modo, el impago y morosidad ha sido el causante de ceses de actividad de muchísimos autónomos, sobre todo porque los problemas para cobrar se suelen alargar en el tiempo.

Por todo ello, y a pesar de los avances conseguidos durante los últimos años, todavía queda un importante camino que recorrer hasta lograr la equiparación en lo que refiere a derechos de conciliación entre el trabajador autónomo y el trabajador por cuenta ajena, para lo cual es necesario el apoyo de la administración, y de la sociedad en general. Y es que el camino iniciado exige su continuidad, en la medida en que las diferencias, lejos de actuar como una acción positiva, orientada a corregir la evidente discriminación social hoy existente, sería un factor más para la perpetuación de tan intollerable situación⁷².

⁷⁰ GODINO REYES, M., *Derechos profesionales en AA:VV Comentarios al Estatuto del Trabajo autónomo* (Dir. A.V. Sempere Navarro y J.A Sagardoy Bengoechea), Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2010, pág.120.

⁷¹ Véase, al respecto BARRIOS BAUDOR, G.L., PÉREZ CAMPOS, A.I., *La conciliación del trabajo autónomo*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

⁷² Situación actual de los derechos relativos a la conciliación de la vida familiar y laboral en España: avances y retrocesos. Informe elaborado dentro del programa «el tiempo de

7. CONCLUSIONES

A pesar de la sustancial evolución de las normas reguladoras de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo, tales normas y directrices, no contribuyen directamente a la total solución de los problemas existentes. Esta situación obedecería, entre otros motivos, a la diversidad y dispersión normativa de los derechos de conciliación, especialmente por la heterogeneidad en la regulación del alcance de algunos derechos –descompensado en función del titular de los mismos– y a la adopción de estrategias políticas desde muy diversos enfoques y con arreglo a distintos propósitos tales como la protección de la familia, el empleo femenino, la promoción de la maternidad con fines demográficos, etc., donde la igualdad efectiva de mujeres y hombres ha quedado relegada a un segundo plano.

Tanto el legislador supranacional como el estatal han ido introduciendo derechos para conciliar la vida laboral y familiar, pero a pesar de su diseño neutro e, incluso, en algunos aspectos de fomento del disfrute por los varones, no ha impedido que los derechos de conciliación hayan sido ejercitados, mayoritariamente, por las trabajadoras, incluso en perjuicio de su acceso y mantenimiento en el mercado de trabajo, en la medida en que los empresarios aun lo perciben como un problema para sus organizaciones.

En consecuencia, se constatan dos circunstancias: de un lado, el alejamiento entre la norma y la realidad, pues en la práctica y pese a los intentos legales los avances en el ámbito de la corresponsabilidad han sido mínimos, en la medida en que los derechos de conciliación siguen siendo prioritariamente femeninos; de otro, la insistencia del legislador en establecer una regulación basada, primordialmente, en la ausencia temporal del trabajo, más que en medidas de flexibilidad que verdaderamente

permitan compaginar a diario las esferas laboral y personal.

En aras a una mejora de los resultados, resultaría necesario el impulso hacia la consecución efectiva de la igualdad el trabajo, no sólo por la vía de combinar medidas que faciliten la conciliación con otras que fomenten la corresponsabilidad; también los interlocutores sociales debieran aunar esfuerzos para ampliar y desarrollar los derechos de conciliación, en la consecución de su plena efectividad. A este respecto, teniendo en cuenta que las necesidades de las familias son plurales, la regulación de la conciliación de la vida familiar y laboral, para ser más efectiva, debiera apostar por la mejora económica de algunos derechos de conciliación, como las excedencias y quizá también la reducción de jornada; sin duda, contribuiría al fomento de la utilización de dichos permisos y, en consecuencia, contribuiría a incrementar la eficacia real de las medidas de conciliación.

Finalmente, cabe insistir en la necesidad de fomentar el ejercicio efectivo de derechos de conciliación paternales, así como la mejora y renovación de la actual regulación, esto es, hacia su total equiparación con la suspensión de la maternidad.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. *Políticas de género en la Unión Europea*, (Coord. M. Rossilli), Narcea, S.A de Ediciones, Madrid, 2001.
- AGUILERA IZQUIERDO, R. «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 2, 2007.
- ARROYO ABAD, C., «Perspectivas laborales en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral: el reto de la compatibilidad y la corresponsabilidad», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XL, 2007.
- BALLESTER PASTOR, M., «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Revista de Derecho Social*, núm. 51, 2010.

los derechos», Consolider-Ingenio 2010 por el grupo HI13 de la Universidad de Vigo. Mayo 2009.

- BARRIOS BAUDOR, G.L., PÉREZ CAMPOS, A.I., *La conciliación del trabajo autónomo*, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- CAMPILLO POZAS, I., «Desarrollo y crisis de las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar en España (1997-2014). Un marco explicativo». *Investigaciones feministas*, vol. 5, 2014.
- CÁNOVAS MONTERO, A., ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: «Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral en las Comunidades Autónomas», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 23, 2005.
- CASTRO ARGÜELLES, M.A., Permiso parental y conciliación de familia y trabajo, en AAVV *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español* (Dir. J. GARCÍA MURCIA), Ministerio de trabajo, 2005.
- CASTRO GARCÍA, Carmen y PAZOS MORÁN, María, «Los permisos parentales: una crítica feminista de las tendencias actuales en Europa». En el II Congreso de Economía Feminista. Zaragoza: 2007.
- CUESTA LÓPEZ, V. Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la unión europea. *Revista de derecho constitucional europeo*, ISSN 1697-7890, núm. 16, 2011.
- FERNÁNDEZ CORDÓN, J. A. y TOCÍO SOLER, C.: «Conciliar las responsabilidades familiares y laborales: políticas y prácticas sociales», (Documento de trabajo 79/2005), *Laboratorio de alternativas*, Fundación alternativas, 2006.
- GARCÍA MURCIA, J.,
- «Nuevas cláusulas y nuevas tendencias en la negociación colectiva de sector», *Derecho de los Negocios*, núm. 206, 2007.
 - «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras». *Revista Justicia Laboral*, febrero 2000.
- GODINO REYES, M., Derechos profesionales en AA:VV *Comentarios al Estatuto del Trabajo autónomo* (Dir. A.V. Sempere Navarro y J.A Sagardoy Bengoechea), Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2010.
- JUARISTI BESALDUCH, E., ¿Qué persigue la normativa de la unión europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral? *CIES* núm. 96, 2012.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., «El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mujeres y hombres», *Revista de Derecho Social, Doctrina*, núm. 41, 2008.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a. L., «La política comunitaria sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación. Recepción en la Ley de Igualdad», en VV. AA., *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Estudios)*, Comares, Granada, 2007.
- MARTÍNEZ MORENO, C., «Relaciones laborales y comunidades autónomas», en AA. VV *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, ISBN 978-84-9876-946-3.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «El principio de corresponsabilidad en las políticas autonómicas de conciliación» en AAVV *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, (Dir. J., CABEZA PEREIRO y B. FERNÁNDEZ DOCAMPO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MOLINA HERMOSILLA, O., y VILLAR CAÑADA, I. M., «Tratamiento de la igualdad por razón de género en la reciente negociación colectiva. Análisis de la realidad y propuestas de mejora», *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013.
- NUÑO GÓMEZ, L., «Análisis comparado del tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral en los países de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Público Comparado* núm. 6, 2010.
- ORELLANA CANO, A.M. «Medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Análisis de las Directivas Comunitarias 92/85 y 96/34 y lagunas en su transposición al ordenamiento interno español», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002.
- RECHE TELLO, N., *La dimensión constitucional del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral*. Tesis doctoral, Elche, 2016. <http://dspace.umh.es/handle/11000/2945>.
- RIVAS VALLEJO, M^a P., Conciliación de la vida privada y personal: consecuencias y metas en el Derecho comunitario y en el derecho español, en AA:VV. *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, (Dir. E. Borrajo Dacruz), La Ley, Madrid 2010.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La conciliación de la vida familiar y laboral en Castilla y León», *Revista de investigación económica y social de Castilla y León*, núm. 7, 2004.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*», Editorial Bomarzo, Albacete, 2010.

TORNS, T.; BORRÁS, V.; MORENO, S. «Las políticas de conciliación: políticas laborales versus políticas de tiempo», *PAPERS*, 83, 2007.

VALLE MUÑOZ, F.A., «La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares», Madrid, 1999.

VICENTE PALACIO, A., «La Ley de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la conciliación de la vida laboral y familiar. Las modificaciones (sustantivas) en materia de Maternidad y Riesgo durante la lactancia natural en los diversos regímenes de la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

Entendida la conciliación como el conjunto de medidas que permiten compatibilizar la vida personal o familiar con el trabajo; el objetivo pretendido con este estudio se sitúa en realizar un recorrido sobre la evolución y desarrollo de los derechos de conciliación, partiendo de la identificación de los supuestos contemplados legalmente, para poner de manifiesto que aun siendo de relevancia, sigue constituyendo, en la actualidad, una cuestión pendiente.

En lo que respecta a los aspectos metodológicos de la elaboración de nuestro trabajo, es oportuno subrayar que se ha realizado un análisis del marco jurídico de los derechos de conciliación en los diferentes niveles del ordenamiento jurídico: internacional, comunitario, estatal, autonómico y comparado. Conviene precisar que el estudio se aborda desde una perspectiva estrictamente jurídica, lo que implica que se hayan dejado fuera del estudio, elementos interesantes, como la vertiente relativa a políticas sociales o, incluso referencias más explícitas a la evolución jurisprudencial. Asimismo, también se ha exceptuado del análisis las cuestiones del Derecho de la Seguridad Social de cada uno de los derechos de conciliación. Obviamente por razones de espacio, no se ha acometido su análisis, en la medida en que se desbordaba el estudio en perjuicio de la intención de profundizar en el objeto de análisis.

Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo han venido experimentando una creciente importancia, al menos, en su vertiente formal. Sin embargo, en su vertiente práctica, aún subsisten problemas de ejercicio y aplicación práctica de estos derechos, en mayor parte, debido a la profunda tradición cultural occidental, que ha atribuido a la mujer el rol del ejercicio de los derechos de conciliación.

Así pues, el reconocimiento de los derechos de conciliación ha estado íntimamente ligado a la lucha por la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, toda vez que, tras la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, las primeras medidas de conciliación se dirigieron principalmente a dicho colectivo. Lo cierto es que la mujer también se ha convertido en la principal destinataria del resto de medidas de conciliación que se han ido reconociendo progresivamente y aunque, en principio, también se dirigían al hombre, derechos conciliatorios laborales tales como la reducción de jornada o la excedencia para el cuidado de hijos, han venido siendo solicitados, mayoritariamente, por mujeres.

Entre los principales resultados del estudio cabría destacar que, la evolución sustancial de las normas reguladoras de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo, no contribuye directamente a la total solución de los problemas existentes, entre otros motivos, por la diversidad y dispersión normativa en materia de conciliación, por la heterogeneidad en la regulación del alcance de algunos derechos –descompensado en función del titular de los mismos– y por la adopción de estrategias políticas desde muy diversos enfoques y con arreglo a distintos propósitos tales como la protección de la familia, el empleo femenino, la promoción de la maternidad con fines demográficos, etc. y donde la igualdad efectiva de mujeres y hombres ha quedado relegada a un segundo plano. En este sentido, cabría insistir en la necesidad de fomentar el ejercicio efectivo de derechos de conciliación paternos, así como la mejora y renovación de la actual regulación, esto es, hacia su total equiparación con la suspensión de la maternidad.

Ante el panorama descrito, uno de los principales retos u objetivos a alcanzar, es la consecución del pleno equilibrio entre el alcance formal y aplicación real de los derechos de conciliación. Dicho con otras palabras, se ha de conseguir no sólo que los derechos de conciliación tengan un alcance formal plenamente homogéneo, sino también que dichos derechos sean solicitados y empleados en igual medida, tanto por trabajadores mascu-

linos como femeninos. No obstante, conviene precisar que el elemento determinante de su efectividad no se circunscribirá, única y exclusivamente, a nivel normativo, por el contrario, habrá que tener en cuenta también en primer lugar, a un aspecto de índole más sociológica que jurídica.

Tanto el legislador supranacional como el estatal, paulatinamente han ido introduciendo derechos para conciliar la vida laboral y familiar, pero su diseño neutro, incluso, en algunos aspectos de fomento del disfrute por los varones, no ha impedido que en la sociedad siga siendo ejercido, mayoritariamente, por las madres trabajadoras. Por su parte, los empresarios, también en mayor medida, continúan percibiendo como un problema para sus organizaciones, el ejercicio de los derechos de conciliación, en perjuicio del acceso y mantenimiento en el mercado de trabajo de la mujer trabajadora.

En consecuencia, se constatan dos circunstancias: de un lado, el alejamiento entre la norma y la realidad, pues en la práctica y pese a los intentos legales, los avances en el ámbito del efectivo ejercicio de la corresponsabilidad han sido mínimos, en la medida en que siguen siendo prioritariamente femeninos; de otro, la insistencia del legislador, -a pesar de los avances realizados, sin duda, elogiables-, en establecer una regulación basada, primordialmente, en la ausencia temporal del trabajo, más que en medidas de flexibilidad que verdaderamente permitan compaginar a diario las esferas laboral y familiar.

En aras a la mejora de los resultados y, a modo de conclusión final, resultaría necesario el impulso hacia la consecución efectiva de la igualdad el trabajo, no sólo por la vía de combinar medidas que faciliten la conciliación con otras que fomenten la corresponsabilidad, sino también a través de un papel activo por parte de los interlocutores sociales que debieran aunar esfuerzos para ampliar y desarrollar los derechos de conciliación, en la consecución de su plena efectividad. A este respecto, teniendo en cuenta que las necesidades de las familias son plurales, la regulación de la conciliación de la vida familiar y laboral, para ser más efectiva, debiera apostar por la mejora económica de algunos derechos de conciliación, como las excedencias y quizá también la reducción de jornada; sin duda, contribuiría al fomento de la utilización de dichos permisos y, en consecuencia, contribuiría a incrementar la eficacia real de las medidas de conciliación.

Palabras clave: Conciliación laboral, evolución normativa, trabajador, Unión Europea.

ABSTRACT

Work-life balance is defined as the set of measures that allow making personal or family life compatible with work. The aim of this study is to take a look at the evolution and development of work-life balance rights, starting from the identification of the assumptions legally considered in order to show that, even though it is relevant, it is still a pending issue nowadays.

With regard to the methodological aspects to design our study, it must be underlined that an analysis of the legal framework of work-life balance rights has been carried out at the different levels of the legal system: international, community, state, regional and comparative. It should be pointed out that the study is approached from a strictly legal perspective, which implies that interesting elements have been left out of the study, such as the aspect related to social policies or even more explicit references to jurisprudential evolution. Likewise, the issues of Social Security Law for each of the work-life balance rights have also been exempted from the analysis. Obviously, due to the length of the study, its analysis has not been undertaken to the detriment of a deeper insight into it.

Work-life balance rights have become more and more important, at least in their formal aspect. However, in its practical aspect, there are still problems to implement these rights, which is mainly due to the deep Western cultural tradition that has given women the role of work-life balance rights.

Thus, the recognition of work-life balance rights has been closely linked to the struggle for the achievement of effective equality between women and men in the workplace, since, after the admission of women into the labour market, the first work-life balance measures were mainly aimed at them. The truth is that women have also become the main addressees of the rest of work-life balance measures that have gradually been recognized and although, in principle, they were also addressed to men, labour rights, such as reduction of working hours or leave of absence for the care of children, have been requested, mostly, by women.

Among the main results of the study it should be noted that the substantial evolution of regulations for work-life balance rights does not directly contribute to a complete solution of existing problems; among other reasons, by the diversity and dispersion of regulations in terms of work-life balance, by the heterogeneity in the regulation of the scope of some rights –unequal according to the beneficiary of them– and by the adoption of political strategies from very different approaches and according to different purposes such as the protection of the family, female employment, the promotion of motherhood for demographic purposes, etc. where the effective equality of women and men has been pushed into the background. In this sense, it would be necessary to highlight the promotion of effective exercise of parental work-life balance rights, as well as the improvement and renewal of the current regulation, that is, towards making it totally equivalent to the suspension of maternity.

Given the scenario described, one of the main challenges or objectives is the achievement of a full balance between the formal scope and the real application of work-life balance rights. In other words, it must be achieved not only that work-life balance rights have a fully homogeneous formal scope, but also that such rights are requested and implemented in equal measure, both by male and female workers. However, it should be specified that the determining factor of its effectiveness will not be confined only and exclusively to the regulation level; on the contrary, it will also be necessary to take into account, in the first place, the aspect of sociological rather than juridical nature.

Both supranational and state legislators have gradually been introducing work-life balance rights, but its neutral design, even in some aspects of promoting it among men, has not avoided that in society it continues to be enjoyed, mostly, by working mothers. As for employers, to a greater extent, they continue to perceive work-life balance rights as a problem for their organizations to the detriment of access and maintenance in the labour market of female workers.

As a consequence, two circumstances must be taken into account: on the one hand, the gap between rules and reality, because in practice and despite legal attempts, advances in the area of the effective exercise of co-responsibility have been minimal, to the extent in which they remain primarily female; on the other hand, despite the undoubtedly praiseworthy advances that have been achieved, legislators' insistence in establishing a regulation primarily based on the temporary absence of work, rather than on measures of flexibility that allow for the daily balance of work and family lives.

In order to improve the results and, as a final conclusion, it would be necessary to promote the effective achievement of equality in work, not only by combining measures that facilitate work-life balance with others that promote co-responsibility, but also through an active role on the part of the social partners who should join forces to expand and develop work-life balance rights in order to achieve their full effectiveness. On this matter and taking into account that the needs of families are plural, if regulation of work-life balance has to be more effective, it should bet on economic improvement of some work-life balance rights, such as extended leave of absence and perhaps the reduction of working hours; undoubtedly, it would contribute to the promotion of the use of such permits and, consequently, it would contribute to increase the real effectiveness of balance measures.

Keywords: Work-life balance, evolution of legislation, worker, European Union.

La conciliación de la vida laboral y familiar en el Derecho de la Unión Europea

Reconciliation of work and family life in the European Union Law

NURIA DE NIEVES NIETO*

1. INTRODUCCIÓN

La coexistencia de obligaciones profesionales y personales en la vida de quienes trabajan, no siempre tiene un natural acomodo, lo que ha generado frecuentemente un ámbito de conflicto que ha reclamado la intervención de los poderes públicos. La respuesta, tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros, ha sido desde hace tiempo la articulación de medidas de conciliación de la vida laboral y privada de las personas trabajadoras. El objetivo de tales medidas consiste, fundamentalmente, en proveer soluciones para que aquellas puedan atender tanto su trabajo como su vida personal. Su vertebración legal se ha concretado en la búsqueda de espacios temporales, generalmente arrancados al trabajo, con la finalidad de que el trabajador pueda, de un lado, atender a necesidades biológicas o sociales y, de otro, cumplir con sus obligaciones legales y morales¹.

Las medidas de conciliación han contemplado, explícita o implícitamente, la situación de las mujeres trabajadoras y su habitual sometimiento a la doble jornada de trabajo por cuenta ajena y de trabajo relacionado con las necesidades de la familia². Inicialmente, la mayor parte de esas medidas presentaba un carácter femenino, puesto que –aun formulas de manera neutra– las destinatarias casi exclusivas de las mismas eran las mujeres, con lo que se enfatizaba su rol de cuidadoras familiares. Ante tal panorama comenzó a asumirse que, para conseguir un buen encaje entre las obligaciones laborales y familiares, no bastaba con facilitar a las mujeres la concesión de tiempos de ausencia en el trabajo para destinarlo al cuidado de los hijos o personas depen-

tivo de equidad entre mujeres y hombres (Dir. J.P. MALDONADO MONTOYA), Murcia, *Laborum*, 2015, p.117 y sig.

² Vid., A. MONTOYA MELGAR, «Igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo: políticas y normas» en *REDT*, nº 129, 2006, p. 5 y sig., R. AGUILERA IZQUIERDO, «Los Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres» en *RMTAS*, 2007, número extra 2, p. 69 y sig. y A. CÁMARA BOTÍA, «Medidas de conciliación de la vida personal y familiar con la laboral», *RMEYSS*, nº 100, 2012, p.103 y sig.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

¹ A. MONTOYA MELGAR, «El trabajo y la vida: contradicciones y conciliaciones», *Mind the Gap para un sistema produc-*

dientes, lo que ha tenido como consecuencia la desvinculación de estas de su entorno laboral³. Se ha requerido, más bien, la adopción de medidas que permitan la asunción de responsabilidades familiares tanto por hombres como por mujeres⁴, así como la adopción de normas, políticas y acciones tendentes a equiparar las responsabilidades entre los dos sexos, para que las medidas adoptadas puedan ser solicitadas en igual medida por ambos.

La preocupación de la Unión Europea por los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar surgió en el marco de las normas tendentes a la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres⁵, de un lado, y de las políticas de empleo, de otro. En el ámbito de la regulación del principio de igualdad entre hombres y mujeres se ha desarrollado, una importante labor normativa⁶ que ha perseguido garantizar el trato no discriminatorio hacia las mujeres, por ser ellas las que tradicionalmente han asumido las cargas familiares. A partir de entonces se ha ido elaborando un relevante grupo de disposiciones, si bien algo dispersas entre sí, que ha pretendido además ordenar una equilibrada articulación de la vida profesional y familiar, a través de la re-

³ Vid., M. ALONSO OLEA, «El trabajo de la mujer en el Derecho español» en *Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 72, 1995, p. 175 y sig.

⁴ Sobre la evolución de la conciliación a la corresponsabilidad familiar, vid., M. T. ALAMEDA CASTILLO, «Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad» en AA.VV., *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres* (Coord. J. MERCADER UGUINA), Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 495 y sig. y S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, «Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: Aspectos relevantes en su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE» en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de la Laguna, nº 28, 2011, p. 227 y sig. El principio de corresponsabilidad, como nuevo enfoque de los derechos de conciliación, está recogido en la Resolución del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar.

⁵ Vid., M. ALONSO OLEA, «La Unión Europea y la política social», *Anales de la Real Academia de CC Morales y Políticas*, año XLIV, nº 69, 1992, p. 30.

⁶ Sobre la base de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad consagrados en el artículo 5 del TUE.

gulación de los permisos en el trabajo. En este ámbito, como se verá, el papel de la jurisprudencia comunitaria ha sido determinante a la hora de interpretar el alcance de los derechos reconocidos en dichas normas.

Por otra parte, en la esfera de las políticas de empleo, se ha ido teniendo progresivamente en cuenta medidas de apoyo para la integración de las mujeres en el mercado de trabajo. Además de otras iniciativas previas, resultó determinante la inclusión en la Estrategia Europea de Empleo –aprobada en la Cumbre de Luxemburgo, de noviembre de 1997–, del objetivo de igualdad de oportunidades a través de la lucha contra la desigualdad entre hombres y mujeres y del aumento del empleo de las mujeres mediante políticas de interrupción de su actividad profesional, permisos parentales, trabajo a tiempo parcial, así como unos servicios de calidad para el cuidado de los niños. Esta política de empleo se ha ido reforzando hasta nuestros días, en los que puede apreciarse la importancia que se le está queriendo conferir, por ejemplo en la propuesta de la Comisión relativa a la instauración del «Pilar Europeo de Derechos Sociales», de marzo de 2016, que integra, como una de las principales categorías, «la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo» de las personas trabajadoras en la que insta a apoyar la participación de la mujer en el mercado de trabajo, el acceso en condiciones de igualdad a los permisos para el cuidado de familiares, así como la utilización de modalidades de trabajo flexibles para conseguir el equilibrio entre la vida laboral y privada.

2. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN EL DERECHO ORIGINARIO Y EN LAS CARTAS DE DERECHOS

El Derecho primario de la Unión en materia de conciliación de la vida profesional y familiar se ha ido desarrollando, en general, en el marco de la igualdad entre mujeres y hom-

bres⁷, sin perjuicio de otros entornos como la protección a la familia, que ofrecen un incuestionable apoyo a la regulación de las medidas conciliatorias. En los primeros años, tan solo se contó con una referencia a la igualdad de retribución, que sirvió de soporte para reconocer la igualdad en las condiciones de trabajo⁸. Después del Tratado de Amsterdam se inició un cambio de tendencia por el que la materia de conciliación comenzó progresivamente a adquirir protagonismo; dicha transformación se produjo en el marco de la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, del reconocimiento de acciones positivas y del carácter transversal del principio de igualdad de género. Más tarde, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoció, por primera vez, en un texto con naturaleza de Tratado, a la conciliación como un fin en sí misma.

2.1. La emergencia de la conciliación en contexto europeo

Durante la etapa de constitución de las Comunidades Europeas, el concepto de conciliación de la vida laboral, familiar y personal no se había desarrollado puesto que no se había producido aún la masiva incorporación de la mujer en el mundo laboral, que fue el detonante que dio lugar a profundos cambios y transformaciones sociales⁹. El texto del Tra-

tado de la Comunidad Económica Europea tan solo incorporó el principio de igualdad entre hombres y mujeres, si bien referido a la retribución del trabajo. Esta concreción respondía a razones de carácter económico, relativas fundamentalmente a la igualdad de costes empresariales. La original redacción del artículo 119 del TCE, incluido entre las disposiciones sociales, establecía que: «cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo». El principio de igualdad en materia de retribuciones se estableció como una obligación jurídica concreta que generaba derechos subjetivos y que, por ello, tenía carácter preceptivo. A pesar del carácter obligatorio de esta disposición, la Comisión de las Comunidades Europeas no exigió a los Estados miembros el cumplimiento del compromiso contenido en el precepto hasta 1973.

En estos momentos se planteó la necesidad de ampliar el reconocimiento de la igualdad de retribuciones a todo el ámbito de las relaciones laborales. Este objetivo fue impulsado por el Programa de Acción Social, aprobado por Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974¹⁰, que constató la conveniencia de que

familiar y laboral?», *Boletín del Centro de Investigación de Economía y Sociedad*, nº 96, 2012, p. 4.

¹⁰ A partir de 1983, la Comisión consideró conveniente proponer acciones y medidas sobre igualdad entre hombres y mujeres a través de la adopción de Programas de Acción Comunitarios que, entre otras, contenían recomendaciones a los Estados miembros para que establecieran medidas para eliminar las dificultades con las que se encontraban las mujeres en el mercado de trabajo. El primero de estos Programas (1982-1985) no llegó a tener una incidencia decisiva en materia de conciliación, puesto que se centró, más bien, en aspectos educativos de la igualdad de género. Un segundo Programa (1986-1990) dio un paso más en cuanto a la sensibilización respecto de la asunción compartida de las tareas del hogar al proponer que un reparto más igualitario de las responsabilidades familiares se habría de traducir en una mayor oportunidad para las mujeres de poder conciliar la vida familiar y laboral, haciendo más viable su ingreso y permanencia en el mercado laboral. El avance logrado por el Segundo Programa en el ámbito laboral continuó con el Tercer Programa de Acción Comunitario (1991-1995), que siguió enfatizando la integración de las mujeres al

⁷ No se pretende valorar la pertinencia del encaje planteado (como en ocasiones se ha hecho por la doctrina proponiendo una perspectiva familiar más amplia, M.T. LÓPEZ LÓPEZ y A. VALIÑO CASTRO, *Conciliación familiar y laboral en la Unión Europea*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2004, p. 12) sino solo reflejar el anclaje sobre el que se han apoyado hasta el momento las medidas de conciliación adoptadas en el seno de la UE.

⁸ Vid., M.L. MARTÍN HERNÁNDEZ, «La política comunitaria sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo y la ocupación. Recepción en la Ley de Igualdad» en AA.VV., *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, Comares, Granada, 2007, p. 89 y sig.

⁹ E. JUARISTI BESALDUCH, «¿Qué persigue la normativa de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida personal,

se emprendieran acciones para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en lo que se refería al acceso al empleo y a la formación y promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo. Precisamente en este Programa se hizo referencia, por primera vez, al concepto relativo a «*conciliar las responsabilidades familiares de todos los interesados con aspiraciones profesionales*». A pesar de que esta indicación no constituía un fin en sí misma –puesto que el fin de este Programa seguía siendo económico– sí supuso un punto de partida en cuanto a la toma de conciencia de la necesidad de aspirar a un adecuado equilibrio en los ámbitos laboral y familiar¹¹.

Tras varios años de marcadas diferencias entre los Estados miembros en asuntos sociales, estos se pusieron de acuerdo en la necesidad de profundizar en la dimensión social del Mercado Interior proyectada en el Acta Única Europea de 1986. Dicho consenso se manifestó en el artículo 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores de 1989¹², en la que se declaró que convenía «*desarrollar medidas que permitan a hom-*

mercado de trabajo, sobre todo a través de la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales. M. PINILLOS RIBALDA, «Políticas de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres», Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, vol. 8, 2007, p. 443 y sig.

¹¹ En este contexto se adoptaron importantes disposiciones normativas sobre igualdad entre hombres y mujeres, como las Directivas 75/117/CEE, acerca de la igualdad de retribución, 76/207/CEE, relativa a la igualdad de acceso al empleo, formación y condiciones de trabajo, 79/7/CEE, referente a la igualdad en materia de Seguridad Social, 86/378/CEE relativa a la igualdad en los regímenes profesionales de Seguridad Social –que no incluyó ningún contenido relativo a la maternidad así como tampoco precepto alguno que tuviera incidencia, directa o indirecta, en materia de conciliación de la vida laboral y familiar– y 86/613/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato en la actividad autónoma. Esta última norma integró algún contenido en materia de conciliación, concretamente con respecto a la protección de la maternidad de las trabajadoras autónomas, si bien las disposiciones referidas a dicha protección tenían un carácter ciertamente limitado.

¹² A ella se alude en el vigente artículo 151 del TFUE, sobre Política Social: «*La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes los derechos sociales fundamentales, como los que se indican... en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores...*».

bres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares», lo que supuso un importante refuerzo en materia de conciliación de la vida laboral y familiar. Es de destacar que esta referencia a los derechos para conciliar los ámbitos laboral y familiar se incluyó en el entorno de los derechos de igualdad que proclamaban la necesidad de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres (siendo este, precisamente, el título del artículo referido).

Más tarde, el artículo 6 del Protocolo 14 sobre Política Social Comunitaria¹³ del Tratado de Maastricht de 1992¹⁴, además de requerir a los Estados que garantizaran la igualdad salarial entre ambos sexos, legitimó la adopción de medidas que contuvieran ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales o, lo que es lo mismo, acciones positivas¹⁵.

¹³ En el marco del Tratado de Maastricht, los Estados miembros no quisieron modificar el artículo 119 con motivo de las precisiones aportadas por el TJUE en el asunto Barber, de 17 de mayo de 1990 (C-262/88), dado que el Reino Unido se oponía. Los miembros adoptaron el Protocolo sobre el artículo 119 (que no se aplicaba a dicho Estado).

¹⁴ Vid., B. QUINTANILLA NAVARRO, *El principio de igualdad de retribuciones*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 123 y sig.

¹⁵ En este marco, interesa mencionar la Recomendación 92/241/CE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el Cuidado de los Niños y las Niñas, que destacó la importancia del cuidado de los hijos y, en consecuencia, de los permisos parentales como instrumentos que podían facilitar la conciliación de responsabilidades familiares y laborales. Esta Recomendación instaba a los Estados miembros a promover de forma progresiva iniciativas para que pudieran conciliarse más eficazmente las obligaciones profesionales, familiares y educativas a través del establecimiento de servicios de cuidado de los menores mientras los progenitores trabajaran, de permisos concedidos a padres que trabajaran y tuvieran a su cargo responsabilidades familiares, de la organización del trabajo para poder adaptarla a las necesidades de los trabajadores con hijos y de una participación más equitativa entre hombres y mujeres de las responsabilidades profesionales, familiares y educativas derivadas del cuidado de los niños. Se aprobaron, asimismo, importantes normas de derecho derivado vinculantes que, como se verá, constituyeron el cuerpo normativo regulador de los instrumentos de conciliación de la vida laboral y familiar en el ámbito comunitario, como las Directivas 92/85/CEE, relativa a la pro-

No puede dejar de apuntarse que, en esos momentos, se publicó el informe de J. Delors «*Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*» (1993) relativo a previsiones sobre el futuro del modelo social y el mercado laboral de la Unión Europea¹⁶. Este documento supuso un importante hito en materia de conciliación porque presentó a la mujer trabajadora como recurso fundamental para la mejora de la competitividad de la economía. Desde entonces, las medidas dirigidas al incremento de la tasa de empleo femenino han ocupado un lugar central en las políticas activas de empleo de los Estados miembros, sobre la base de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Este tipo de medidas referidas a la integración de las mujeres en el mercado de trabajo han sido tradicionalmente calificadas de conciliatorias, a pesar de que esta concepción resultaba limitada por olvidar importantes aspectos como la igualdad y el reparto equitativo de responsabilidades en el ámbito familiar¹⁷.

2.2. La igualdad de género como marco de la conciliación a partir del Tratado de Amsterdam

Los contenidos del Protocolo sobre Política Social fueron incorporados posteriormente al Tratado de Amsterdam¹⁸, de 2 de octubre de 1997, que modificó, entre otros, el Tratado de

moción de la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y 96/34/CE, acerca del permiso parental.

¹⁶ R. CRISTÓBAL RONCERO, «Políticas de empleo en la Unión Europea», *RMTAS*, nº 33, 2001, p. 33 y sig.

¹⁷ E. JUARISTI BESALDUCH, «¿Qué persigue la normativa de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?», *Boletín del Centro de Investigación de Economía y Sociedad*, nº 96, 2012, p. 7.

¹⁸ Firmado el 2 de octubre de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999. Con relación a aspectos sociales del Tratado de Amsterdam, *vid.*, entre otros, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «De Maastricht a Amsterdam: derechos sociales y empleo», *Relaciones Laborales*, nº 4, 1998, p. 19 y sig. y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «Crónica Internacional y Comunitaria. Los aspectos sociales del Tratado de Amsterdam», *RMTAS*, nº 7, 1998, p. 194 y sig.

Comunidad Europea, e introdujo importantes novedades en materia de empleo (Título VIII) —que adquirió un relevante protagonismo—, además de reenumerar todo el articulado (el artículo 119 pasó a ser el 141).

El Tratado de Amsterdam¹⁹ incluyó una ampliación de los ámbitos materiales y de los objetivos de la aplicación del principio de igualdad. Este fue el primer Tratado comunitario que reconoció expresamente, en su artículo 13, la igualdad como valor fundamental de todo ser humano, ampliándose con ello el estricto marco laboral en el que había sido ubicado originariamente. En él se afirmaba que el Consejo podía emprender acciones para luchar contra la discriminación por motivo de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. De modo que con esta disposición se confería competencias a las Instituciones de la Unión para adoptar actos legislativos con la finalidad de combatir, en el ámbito de la competencia comunitaria, toda discriminación fundada, entre otros motivos, en el sexo. La transformación en la concepción del trato discriminatorio fue enormemente relevante puesto que, si con anterioridad ni siquiera era considerado un problema de dignidad del ser humano, entonces se presentó ya como uno de los propósitos mismos de la Unión Europea.

Un importante marco normativo fue desarrollado con relación a la igualdad entre géneros. A tenor de lo establecido en el artículo 2 del TCE, fue elevada a la categoría de fin de la Comunidad Europea: «*la Comunidad tendrá por misión promover... la igualdad entre hombres y mujeres*». Asimismo la consideró objetivo del propio sistema de integración al exigir su respeto en todas las políticas, incorporándose así, en el artículo 3, la noción

¹⁹ En esos momentos, la Unión Europea estimó imprescindible expresar en un texto convencional el consenso ético, social y jurídico sobre la igualdad como valor y como objetivo de la sociedad europea. J. CRUZ VILLALÓN, «La progresiva incorporación de los derechos fundamentales en el acervo normativo comunitario», *Temas Laborales*, nº 59, 2001, p. 4.

de transversalidad²⁰. Con ello se afirmó que la igualdad de sexos debía estar presente y orientar todas las acciones y políticas comunitarias —comercial, social, cultural, económica—²¹, en fin, todo el sistema comunitario; «en todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres y promover su igualdad». La consecuencia del reconocimiento de la transversalidad de la política de igualdad de trato fue que las Instituciones que participaban en la toma de decisiones de la Unión debían examinar los proyectos normativos a la luz de sus efectos en la igualdad de oportunidades —de partida— y en la igualdad real —de resultados—, pudiendo impugnar la legalidad de una norma, en cualquier ámbito, si se podía probar que la misma no tenía un efecto, al menos, neutro en materia de igualdad de trato²².

²⁰ A. MANGAS MARTÍN, «Cincuenta años de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea: Balance», AA. VV., *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario*, Marcial Pons, Madrid, 2007, (eprints.ucm.es) p. 39 y 40. El Tratado de Amsterdam recogió un concepto que acababa de ser definido por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC julio 1997), el concepto de transversalización de la perspectiva de género (también conocido como mainstreaming de género): «Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles...». Sobre transversalidad del principio de igualdad retributiva, *vid.* también, J.F. LOUSADA AROCHENA, Principio de la transversalidad de la dimensión de género, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 2008.

²¹ En adelante, la transversalidad se consolidó como mecanismo para llevar la igualdad de oportunidades a todos los ámbitos, de forma que el Cuarto (1996-2000) y Quinto Programa de Acción Comunitario (2001-2006) se centraron en que dicha transversalidad imbuyese todas las políticas de la Unión Europea y de los Estados miembros.

²² Este compromiso general debía ser puesto en relación con el artículo 137.1 del Tratado de Ámsterdam, a tenor del cual la Comunidad se comprometía a apoyar y colaborar en la acción que desarrollaban los Estados en materia de igualdad de oportunidades en el mercado laboral y en el trato en el trabajo, es decir, de condiciones de trabajo. A. MANGAS MARTÍN, «Cincuenta años de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea: Balance», AA.VV., *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario*, p. 40.

En materia laboral varias novedades son dignas de mención. En primer lugar, se introdujo, en el artículo 141 del TCE, una concepción amplia de la igualdad de retribución, a través de la incorporación de la expresión «trabajo de igual valor»²³ referida a la aplicación efectiva del principio de igualdad retributiva con el fin de evitar que ninguna partida otorgada por el empresario quedara fuera de tal concepto. En segundo lugar, se incorporaron dos nuevos párrafos relativos a la garantía de la aplicación de la igualdad y al fundamento jurídico de las acciones positivas. Así, se estableció, de un lado, que el Consejo, mediante el procedimiento de codecisión y previa consulta al Comité Económico y Social, podía adoptar medidas destinadas a «garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor» (en el apartado 3); y, de otro, se declaró que, con la finalidad de asegurar una igualdad total en la práctica en las condiciones de trabajo de los hombres y las mujeres, el principio de igualdad de trato no debía impedir a ningún Estado miembro «mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado»²⁴ el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales»²⁵ (apartado 4); con

²³ La expresión «trabajo de igual valor» ya había sido introducida en el Derecho derivado por la Directiva 75/117/CEE.

²⁴ La nueva redacción del (antiguo) artículo 119 del TCE incorporó una versión adaptada del artículo 6.3 del Acuerdo sobre Política Social, en la que se sustituyó la referencia a las «mujeres» por la más amplia al «sexo menos representado» con el fin de adecuar el principio de no discriminación, en su vertiente positiva, a la doctrina del TJUE en el asunto Kalanke, de 17 de octubre de 1995 (C-450/93). J. GALIANA MORENO, «Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam», *REDT*, nº 88, 1998, p. 192.

²⁵ Sobre las medidas de acción positiva que han estado destinadas a corregir las desigualdades en los resultados derivados de actos discriminatorios, *vid.*, I. LIROLA DELGADO E I. RODRIGUEZ MANZANO, «La integración de la perspectiva de género en la Unión Europea», *Anuario de Derecho Europeo*, nº 2, 2002, p. 263 y sig.

ello se pretendía corregir las desigualdades de hecho y promover la plena participación del sexo postergado—generalmente el femenino— en todos los niveles de empleo y ocupación para conseguir la igualdad no solo en el punto de partida sino también en los resultados.

El Tratado de Niza, de 2000, mantuvo la línea de avance en materia social, sin introducir grandes innovaciones (tan solo la ampliación de materias sociales objeto de aprobación por mayoría cualificada). En su seno se aprobó la Agenda de Política Social de la Unión, donde se acordó un nuevo objetivo estratégico de la Unión²⁶ —fijado en el Consejo de Lisboa del año 2000— a fin de reforzar el empleo, la reforma económica y la cohesión social como parte de una economía basada en el conocimiento. Entre las medidas tendentes a conseguir más y mejores empleos, se instaba a *«fomentar todos los aspectos de la igualdad de oportunidades, incluida la reducción de la segregación profesional y una mayor posibilidad de reconciliar la vida laboral y la vida familiar, en especial estableciendo un nuevo punto de referencia para unos mejores cuidados para la infancia»* (párrafos 29 y 30). En este ámbito, la conciliación siguió concibiéndose como un mero instrumento destinado a las mujeres para eliminar los obstáculos que les dificultaban su participación en el mercado laboral. No obstante, algo después, se detectó un tímido cambio de enfoque en la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de 29 de junio de 2000²⁷, relativa a la participación equilibrada de los hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, que, en su considerando 5, señaló que *«tanto los hombres como las mujeres, sin discriminación fundada en el sexo, tienen derecho a compaginar la vida profesional y la vida familiar»*. Aunque la repercusión de esta

Resolución fue limitada, sí que puede decirse que supuso un paso más en la concienciación de la necesidad de equilibrar las responsabilidades en el ámbito familiar y profesional de los trabajadores masculinos y femeninos.

2.3. La conciliación como fin en sí misma en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En Niza se firmó la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que pretendió fijar los fundamentos más básicos en materia de derechos humanos²⁸. A pesar de que la Carta no añadió nada nuevo a lo que se había incluido en el Tratado de Amsterdam con relación al contenido de la igualdad —a los ámbitos de protección y garantía de esta— y de que, en un principio, no constituyó, en sí misma, una norma jurídica inmediatamente exigible a los Estados miembros, resultó de innegable interés como criterio informador. Entre los cincuenta artículos que componían la Carta se encontraban dos relativos a la igualdad de género²⁹. Por un lado, el artículo 21 establecía un derecho genérico de no discriminación destinado a todos, tanto a las instituciones de la Unión como a los Estados miembros, de manera que, cuando aplicaran el derecho de la Unión, se les prohibía aplicar criterios de distinción fundados en caracteres propios del ser humano o en sus circunstancias como la raza,

²⁸ R. QUESADA SEGURA, «La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *RMTAS*, nº 3 Extraordinario, 2007, p. 53 y sig. y M.A. BALLESTER PASTOR, «Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales y en el Tratado de Lisboa», *Actualidad Laboral*, nº 15, 2009, p. 1752 y sig.

²⁹ A. MANGAS MARTÍN, «Cincuenta años de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea: Balance», AA.VV., *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario*, p. 42, M.E. CASAS BAAMONDE, y M.J. SERRANO GARCÍA «Artículo 33. Vida familiar y profesional», *La Europa de los derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Dirs. C. MONEREO ATIENZA y J.L. MONEREO ATIENZA), Granada, Comares, 2012, p. 867 y sig.

²⁶ Convertir la economía europea en la «economía basada en el conocimiento más dinámica y competitiva del mundo, capaz de un crecimiento económico sostenible al tiempo que proporciona más y mejores puestos de trabajo y una mayor cohesión social».

²⁷ 2000/C 218/02.

la religión o el sexo, entre otros. Por otro lado, el artículo 23 reconocía que la igualdad entre hombres y mujeres estaba garantizada en todos los ámbitos y que tal principio no impedía adoptar o mantener medidas que ofrecieran ventajas a favor del sexo menos representado³⁰.

Muy importante fue la incorporación del contenido del artículo 33 referido a la garantía de la protección de la familia³¹: «*se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social*». Dicho artículo lleva por título, a diferencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 1989, «*Vida familiar y vida profesional*». Su ubicación también resulta de interés puesto que se integra en el Capítulo IV relativo a la «*Solidaridad*» —en lugar de, como se había ubicado en la Carta anterior, entre los artículos sobre «*Igualdad*»—. Dicha situación parece apoyar la idea de que la conciliación ha de encuadrarse más entre las medidas de apoyo a la familia y no tanto entre las medidas de igualdad de oportunidades o como medida de empleo³². No

obstante, el hecho de que estos derechos para la conciliación de la vida profesional y familiar de los trabajadores encuentre en la Carta de Derechos Fundamentales la colocación que se le ha asignado no tiene por qué impedir que se interpreten de acuerdo con los derechos de igualdad entre mujeres y hombres que esta proclama.

Además, con objeto de garantizar la conciliación de la vida familiar y profesional se reconoce, en el artículo 33.2 de la Carta, específicamente, a toda persona el derecho a «*ser protegida contra cualquier despido por causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o adopción de un niño*»³³. Puede observarse que, en este apartado, la conciliación se concibe como un fin a alcanzar para lo cual se otorgan ciertos derechos instrumentales como la protección ante los despidos o los permisos para el cuidado de los hijos. Particularmente interesante resulta el hecho de que el derecho a permiso de maternidad se reconozca a toda persona, incluyendo por tanto al padre, y no solamente a la madre, porque este aspecto no se había recogido expresamente en la normativa comunitaria³⁴.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, la Carta adquirió carácter jurídicamente vinculante al modificarse su

³⁰ Esta declaración de igualdad entre mujeres y hombres no se plasmó en el texto de la Carta prácticamente hasta su redacción definitiva, por la insistencia de algunos miembros de la Convención de la importancia que tenía respecto al acervo comunitario para garantizar la igualdad de género de forma convincente dados los avances que se habían producido desde el Tratado de Amsterdam. La resistencia a incluir el derecho a la igualdad de mujeres y hombres en la Carta se basó en la consideración de que no había ninguna necesidad de plasmar tal derecho en el texto (no en cambio otros) por entenderse que con las normas comunitarias existentes ya se encontraba suficientemente garantizada y que, *de facto*, se trataba de un logro ya alcanzado.

³¹ Se ha advertido que la referencia que se hace en el apartado primero del artículo 33 de la Carta puede plantear el problema de la indeterminación del concepto de familia, sobre todo en lo que respecta al vínculo que une a los progenitores. Ciertamente en la Carta se hace mención al matrimonio, en el artículo 9, al regular de forma conjunta el derecho a fundar una familia y a contraer matrimonio, pero esto no significa que la vía del matrimonio sea la única que permita fundar una familia. I. MERINO CALLE, «La conciliación laboral, personal y familiar; análisis desde una doble vertiente: comunitaria y nacional», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 36, 2015, p. 10.

³² Parece apoyar esta idea, incluso que las políticas de igualdad de oportunidades puedan ser consideradas como una parte de las políticas familiares, el Dictamen del Comité Eco-

nómico y Social titulado «*El papel de la política familiar en el cambio demográfico: compartir las mejores prácticas en los Estados miembros*», 2011/C 218/02.

³³ Texto inspirado en los artículos 8 de la Carta Social Europea, sobre la maternidad, y 27 de la Carta Social Europea Revisada de 1996 (integrada por el TFUE en el artículo 151), relativa al derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato: «*Todas las personas con responsabilidades familiares y que ocupen o deseen ocupar un empleo tienen derecho a hacerlo sin verse sometidas a discriminación y, en la medida de lo posible, sin que haya conflicto entre su empleo y sus responsabilidades familiares*».

³⁴ M.A. BALLESTER PASTOR, «Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales y en el Tratado de Lisboa (1)», *Actualidad Laboral*, nº 15 de septiembre, 2009, p. 1764.

naturaleza originaria (artículo 6 TUE). Como consecuencia de ello, los ciudadanos de la Unión pueden reclamar si consideran que la legislación de la Unión o la legislación nacional de aplicación de aquella no respetan la Carta.

2.4. La conciliación tras el Tratado de Lisboa y las últimas tendencias de las instituciones comunitarias

En el Tratado de Lisboa el entronque de la conciliación de la vida laboral y familiar se sitúa, fundamentalmente, en las normas sobre protección antidiscriminatoria, consolidándose su originaria conexión³⁵. Así puede constatar en las versiones vigentes del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De una parte, el Tratado de la Unión consagra el sistema de valores que constituye el núcleo esencial de la Unión y, entre ellos, incluye «la igualdad», «la no discriminación» y «la igualdad entre hombres y mujeres», en sus artículos 2 y 3. De otra parte, en el Tratado de Funcionamiento de la UE, la protección antidiscriminatoria se estructura en torno a dos pilares: el primero se refiere a las causas genéricas de discriminación prohibidas –en los artículos 8³⁶, 10 y 19–

³⁵ A partir de esos momentos se revisaron importantes Directivas para incorporar nuevas concepciones relativas a la idea de corresponsabilidad de tareas laborales y privadas entre hombres y mujeres como 2010/18/UE, sobre permisos parentales y 2010/41/UE sobre igualdad en la actividad autónoma. Sobre esta última norma, cuyo estudio excede del objeto del presente trabajo, *vid.*, S. PÉREZ AGULLA y J. GIL PLANA, «Los trabajadores autónomos y la conciliación de la vida familiar, personal y profesional», AA.VV., *La conciliación de vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado* (Dir. L. MELLA MÉNDEZ), Madrid, Delta, 2015, p.79 y sig.

³⁶ El artículo 8 dispone que la Unión, en todas sus acciones, tiene como objetivo la eliminación de las desigualdades entre las mujeres y los hombres y la promoción de su igualdad. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 del TFUE se aprobaron sucesivamente las Estrategias Europeas para la Igualdad de Género. Actualmente se encuentra en vigor el Compromiso Estratégico para la Igualdad entre Mujeres y Hombres 2016-2019, de diciembre de 2015, SWD (2015) 278 final.

y, el segundo, al principio antidiscriminatorio por razón de género en el ámbito de la Política Social³⁷. En este contexto, es de señalar que el artículo 153.1 i) y j), indica que, para conseguir los objetivos de Política Social, la Unión Europea ha de apoyar y complementar la acción de los Estados miembros con respecto a la igualdad entre hombres y mujeres en lo referente a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, así como a la lucha contra la exclusión social.

Con referencia, específicamente, al principio de igualdad salarial por razón de género, el artículo 157 del TFUE mantiene el reconocimiento del principio de igual remuneración. Además de mencionarse expresamente el principio de igualdad retributiva entre trabajadores de ambos sexos, se prevé la novedad de que el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario –ya no solo el Consejo, mediante procedimiento de codecisión–, podrán adoptar medidas que garanticen la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. E igualmente continúa reconociéndose la viabilidad de las acciones positivas al indicarse que, para garantizar la plena igualdad entre mujeres y hombres en la vida laboral, este principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Durante los últimos años, las instituciones europeas han comenzado a reivindicar un ma-

³⁷ *Vid.*, M.A. BALLESTER PASTOR, «Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar», *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 19 y 32. M.T. VELASCO PORTERO, «La igualdad entre mujeres y hombres tras el Tratado de Lisboa», *RMTIN*, nº 92, 2011, p. 195.

yor protagonismo de la conciliación de la vida laboral y familiar al concebirla como algo más que un instrumento para el incremento de las tasas de empleo femenino, por ejemplo en el Dictamen del CESE 1711/2007, de diciembre de 2007³⁸, se contemplaba como parte de la política familiar. Aunque se reconoce persistente el desequilibrio de género en el empleo, la conciliación se percibe ahora como una política que debe fomentar el equilibrio entre la vida familiar y profesional a través de instrumentos destinados indistintamente a hombres y mujeres, como se deduce del contenido del Pacto Europeo por la Igualdad de género 2011-2020, de 7 marzo de 2011³⁹. En este texto se señala la conveniencia de complementar el tradicional tratamiento de la conciliación con medidas de apoyo a los trabajadores que asumen cargas familiares a través de la promoción de trabajo flexible o el incremento de servicios de guarderías o de asistencia a dependientes⁴⁰.

Una dimensión extensiva del concepto de conciliación se ha puesto de manifiesto en la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2016, sobre *«La creación de unas condiciones en el mercado laboral favorables para la conciliación de vida privada y profesional»*⁴¹, que señala que esta agrupa todas las políticas globales de carácter legislativo y no legislativo destinadas a promover un equilibrio adecuado y proporcionado entre los diferentes aspectos de la vida de las personas trabajadoras. Para alcanzar dicho equilibrio propone medidas en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres como perceptores de

ingresos y como cuidadores, de la necesidad de revisión de los tipos de permisos familiares y de prestación de cuidados, o de la búsqueda de soluciones alternativas al problema del cuidado de personas dependientes. Precisamente en esta misma línea extensiva se ha expresado, de nuevo, el Parlamento en su Resolución de 19 de enero de 2017 sobre *«Un pilar europeo de derechos sociales»*⁴² al apuntar que *«es necesario adoptar nuevas medidas eficaces... de cara a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar; incluidas propuestas legislativas sobre permisos de maternidad, paternidad y parentales, los permisos para cuidadores, el acceso a servicios asistenciales de calidad y la organización flexible del tiempo de trabajo; debe alentarse un recurso equivalente a estos permisos por parte de hombres y mujeres en todas las categorías de trabajadores con el fin de mejorar el acceso de las mujeres al mercado laboral»*⁴³ y su posición en este, *reforzar el papel de los padres en la educación de sus hijos y facilitar el equilibrio entre la vida profesional y privada»*.

Más recientemente, en abril de 2017, la Comisión Europea ha elaborado una propuesta de Directiva sobre conciliación de la vida laboral y familiar que vendría a sustituir a la actual Directiva de permisos parentales de 2010⁴⁴. En términos generales, la propuesta incluye, no solo un tratamiento integrado de distintas medidas con el fin común de responsabilizar a los hombres y a las mujeres en la asunción de tareas vitales sino también

³⁸ SOC/277-CESE 1711/2007.

³⁹ Anexo a las Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 (2011/C 155/02).

⁴⁰ La Recomendación 2013/112/UE de la Comisión, de 20 de febrero de 2013, que lleva por título *«Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas»* hace referencia a la necesidad de mejorar el acceso a unos cuidados de la primera infancia accesibles y de buena calidad e incluso de proporcionar un apoyo adecuado a los ingresos; por ejemplo, mediante prestaciones familiares y por hijo. DO L 59 de 2 de marzo de 2013.

⁴¹ P8_TA (2016)0338.

⁴² P8_TA (2017)0010. *Vid.*, la Recomendación sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, de 26 de abril de 2017 que, entre las condiciones de trabajo justas, incluye el «equilibrio» entre la vida profesional y vida privada.

⁴³ Sobre la igualdad de acceso al mercado de trabajo, *vid.*, Primer Esbozo Preliminar de *«Un pilar europeo de derechos sociales»* que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM (2016) 127 final Anexo I.

⁴⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que derogaría la directiva 2010/18/UE. COM (2017) 253 final. Sobre la base de la hoja de ruta *A new start to address the challenges of work-life balance faced by working families* (de la Comisión de 2015), de 26 de abril de 2017.

otras medidas concretas más avanzadas en su alcance para facilitar mayores resultados en materia de conciliación. Con relación a los permisos para la atención de la familia, se ha propuesto una ampliación de la intransferibilidad de los permisos parentales o de la edad de los hijos que permite su disfrute, así como el establecimiento de nuevos permisos como el de paternidad o de personas cuidadoras. De otro lado, se han planteado medidas destinadas a incorporar mayor adaptabilidad en el entorno laboral a través de acuerdos de trabajo flexible.

3. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN EL DERECHO DERIVADO

A pesar de la relevancia que ha ido adquiriendo la conciliación de las facetas privada y profesional de las personas trabajadoras con el paso del tiempo, no existe, por el momento, ninguna norma comunitaria que, de manera conjunta, regule la materia en sus distintas manifestaciones sino, al contrario, debe acudir a disposiciones diversas para descubrir la regulación de los principios e instrumentos que permiten a los trabajadores, de ambos sexos, conciliar las responsabilidades correspondientes a su vida laboral y familiar. Los aspectos más importantes con los que se ha vinculado la conciliación de la vida profesional y privada de los trabajadores ha sido la igualdad entre hombres y mujeres, los permisos de maternidad de las mujeres trabajadoras y los permisos parentales reconocidos a ambos progenitores, si bien se encuentran otros que, aunque no incluyen referencias específicas a tales medidas, son dignos de mención por su innegable conexión con la conciliación⁴⁵, como

⁴⁵ También debe recordarse la Directiva 2010/41/CE, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma regula las prestaciones por maternidad aplicables –de cuantía suficiente que permita interrupciones en su actividad profesional por causa de embarazo o maternidad durante, al menos, catorce semanas– (artículo 8) y asegura que se cum-

el trabajo a tiempo parcial, la ordenación del tiempo de trabajo o el teletrabajo⁴⁶.

Junto a lo anterior debe apuntarse que la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resultado decisiva a la hora de interpretar y desarrollar los derechos de los trabajadores para compatibilizar las necesidades que surgen en el entorno familiar con sus deberes laborales. A pesar de que sus pronunciamientos no siempre han seguido la misma tendencia garantista, sí que, en general, han ido ampliando progresivamente su protección a quienes se han visto perjudicados por acogerse a medidas de conciliación, lo que ha ido marcando en muchos casos los avances recogidos en disposiciones posteriores.

3.1. La igualdad de género como marco para proteger la conciliación

A mediados de la década de los años 70 del pasado siglo, como consecuencia de los asuntos que fueron planteándose ante el Tribunal de Justicia en materia de igualdad entre mujeres y hombres, la Comunidad asumió la necesidad de crear un cuerpo legislativo que desarrollara el derecho a la igualdad de género. Con ese objeto, se aprobaron importantes Directivas, como la 75/117/CEE⁴⁷, de 10 de febrero de 1975, relativa a la igualdad de retribución entre mujeres y hombres o la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, sobre a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de empleo. Estas disposiciones se refundieron

plan los derechos de las trabajadoras sin discriminación tales como los procesos de conciliación de la vida laboral y familiar (artículo 9).

⁴⁶ E. CARACCILO DI TORELLA y A. MASSELOT, *Reconciling Work and Family Life in EU Law and Policy*, London, Palgrave-Macmillan, 2010, p. 118 y sig.

⁴⁷ Vid., S. PÉREZ AGULLA, «De nuevo sobre el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo: algunas aportaciones recientes del TJUE (I)», *Trabajo y Derecho*, nº 11, 2015, p. 72 y sig.

posteriormente en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, de igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo.

3.1.1. *La prohibición de discriminación por causa de conciliación en las primeras Directivas sobre igualdad de género*

En la primera de las normas de derecho derivado sobre igualdad de género, la Directiva 75/117/CEE, no se hacía mención alguna a la conciliación de la vida profesional y familiar; no obstante, su adopción supuso, de un lado, la ampliación del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato contenido en el Tratado de Roma, al disponer la eliminación de discriminación retributiva para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuyera un mismo valor⁴⁸ y, de otro, la armonización de las disposiciones nacionales relativas a la materia, al establecerse la obligación de los Estados miembros de suprimir las discriminaciones entre trabajadores y trabajadoras que se derivaran de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y que fueran contrarias al principio de igualdad de retribución. Se exigió, asimismo, a los Estados miembros que tomaran las medidas pertinentes para que las disposiciones que figuraran en los convenios colectivos, baremos, acuerdos salariales o contratos individuales de trabajo que fueran contrarias al principio de igualdad de retribución, fueran declaradas nulas.

En fin, se reconoció a todo trabajador perjudicado por la inaplicación del principio de igualdad de retribución la posibilidad de hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional. Se estableció, con relación a esto, la denominada «garantía de indemnidad», que suponía que los trabajadores debían quedar protegidos contra todo despido que constituyera una reacción del empresario a una queja formulada

a nivel de empresa o a una acción judicial dirigida a hacer respetar el principio de igualdad de retribución.

A pesar de que esta Directiva no contenía ninguna medida específica sobre conciliación, la interpretación que el Tribunal de Justicia fue haciendo del principio de igualdad de retribución permitió que se fuera incorporando en su ámbito la idea de que la igualdad retributiva resultaba fundamental para alcanzar una verdadera corresponsabilidad en las tareas familiares. Ciertamente, las diferencias retributivas que generalmente afectan a las mujeres, pueden disuadirlas de continuar con una implicación plena en el ámbito profesional. En unos casos, les incitan a tomar la decisión de renunciar a formar una familia porque si lo hacen sienten que podrán ser castigadas profesionalmente por ello y, en otros casos, cuando optan por tener descendencia, son conscientes de que les corresponderá a ellas asumir las cargas familiares puesto que el coste de la desvinculación femenina es menor que la masculina.

La Directiva de 1975 tenía su base en el originario artículo 119 del TCEE, sin embargo, la protección que ofrecía esta disposición resultaba limitada en exceso al terreno puramente retributivo. A partir de esta referencia normativa del Tratado CEE, el Tribunal de Justicia hizo una importante labor de interpretación extensiva del concepto de retribución que permitió ampliar la noción estrictamente contenida en el precepto⁴⁹. Con relación, en primer lugar a la ponderación de los elementos integrantes del salario, el Tribunal de Justicia declaró, en el asunto Barber, de 17 de mayo de 1990 (C-262/88), que el principio de igualdad de retribución debe ser aplicado a cada uno de los elementos de la retribución abonada, tanto a trabajadores⁵⁰ femeninos como masculi-

⁴⁸ Aproximando con ello los estándares comunitarios a los internacionales de la OIT en el Convenio nº 100; *Vid.*, F. J. POZO MOREIRA, «El concepto de retribución sometido al juicio de paridad salarial», *Actualidad Laboral*, nº 1, 2003, p. 32.

⁴⁹ *Vid.*, J. C. ARCE, *El trabajo de las mujeres en Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 22 y sig. J. CABEZA PEREIRO, «La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica» en *Lan Harremanak*, nº 25, 2012, p. 93 y sig.

⁵⁰ Téngase en cuenta la noción de «trabajador» que utilizó el Tribunal en el asunto Allonby, de 13 de enero de 2004

nos. Más tarde, en el asunto Brunnhofer, de 26 de junio de 2001 (C-381/99), ratificó esta misma doctrina al declarar que *«la igualdad de retribución que debe garantizarse no está en función de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores, sino también a la vista de cada elemento de la retribución considerado aisladamente»*.

La interpretación amplia de la noción de retribución se ha manifestado con relación a ciertas partidas como ventajas, gratificaciones o indemnizaciones abonadas por el empresario en razón de la relación de trabajo. Conviene apuntar, entre los pronunciamientos que declararon la inclusión de algunos elementos generados en el contexto de la relación laboral en el concepto de retribución⁵¹, los asuntos Gillespie y Alabaster. El primero, de 13 de febrero de 1996 (C-342/93), confirmó el derecho de una trabajadora a percibir incrementos salariales –generales– durante el disfrute del permiso de maternidad⁵². Por su parte, el asunto Alabaster, de

30 de marzo de 2004 (C-147/02), afirmó que la trabajadora tenía derecho a que se le aplicara un incremento salarial que le había concedido unos días antes de acogerse al permiso de maternidad puesto que se indicó que la prestación que el empresario abonaba, en virtud de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, a las trabajadoras durante su permiso de maternidad debía calcularse sobre la base del salario percibido antes del inicio de dicho permiso. Se estimó que la exclusión del correspondiente aumento constituía, para la trabajadora, una discriminación dado que la empleada habría recibido el salario incrementado si no hubiera sido madre.

El Tribunal de Justicia no siempre ha encontrado justificación a las reclamaciones retributivas de las trabajadoras durante la baja por maternidad. Así ocurrió en el asunto Mau, de 15 de mayo de 2003 (C-160/01) en el que no reconoció a la trabajadora de una empresa, que se había declarado insolvente durante su baja por maternidad, el derecho a cobrar una indemnización por insolvencia –que tenía por objeto compensar a los empleados que no habían cobrado sus salarios– puesto que la circunstancia de impago no había ocurrido con la demandante (ya que había estado cobrando durante su permiso la prestación por maternidad). Otras dos sentencias negaron, sorprendentemente, el derecho a ciertas indemnizaciones reclamadas por extinción de contrato en Austria. En el asunto Gruber, de 14 de septiembre de 1999 (C-249/97), la indemnización que solicitaba la trabajadora era la referida a la extinción de la relación de trabajo para, ante la ausencia de guarderías, atender a su hijo. Pero el Tribunal consideró que le correspondía la indemnización relativa a causa de maternidad –que era inferior– y no la que ella alegaba y se preveía para los casos de extinción por justa causa. Por otro lado, en el asunto *Osterreichischer*, de 8 de junio de 2004 (C-220/02), no se consideró contrario al derecho comunitario que un período de excedencia (voluntaria) tras el permiso por maternidad no fuera computado a efectos del cálculo de la indemnización por despido, mientras que

(C-256/01), *«a efectos de esta disposición [art. 141 TCE], debe considerarse trabajador a la persona que realiza, durante un período de tiempo determinado, en favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones por las cuales recibe una remuneración»* dejando al margen a los prestadores de servicios independientes que no se encuentren ligados al empresario por un vínculo de subordinación.

⁵¹ En cambio, no se ha considerado retribución, la puesta a disposición de plaza de guardería subvencionada por el empresario para un hijo de un trabajador, en un contexto de insuficiencia de guarderías adecuadas y accesibles. En el asunto Lommers, de 19 de marzo de 2002 (C-476/99), el Tribunal señaló que el hecho de que la determinación de ciertas condiciones de empleo pueda tener consecuencias pecuniarias no es razón suficiente para incluir tales condiciones en el ámbito de aplicación de la igualdad retributiva. Tal ocurría en el caso referido, en el que el coste de la plaza de guardería era soportada parcialmente por el trabajador.

⁵² *«El principio de no discriminación exige que el trabajador femenino que continúa vinculado a su empresario por el contrato o la relación laboral durante el permiso de maternidad, disfrute, incluso de modo retroactivo, de un aumento salarial que haya tenido lugar entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y el final del permiso de maternidad, como cualquier otro trabajador... excluir al trabajador femenino del mencionado aumento durante su permiso de maternidad constituiría una discriminación por su sola condición de trabajador puesto que, si no hubiese estado embarazada, la mujer hubiera percibido el salario incrementado»*

sí computaban los períodos de servicio militar (obligatorio).

Por otro lado, la necesidad de protección de las mujeres que dedicaban únicamente una parte de su tiempo al cuidado de sus familias fue atendida en el asunto Hill Stapleton, de 17 de junio de 1998 (C-243/95), en el que el Tribunal de Justicia concluyó que la Directiva 75/117/CEE no amparaba una práctica, conforme a la cual el tiempo durante el que dos empleadas públicas que habían trabajado en régimen de trabajo compartido solo contaba por la mitad a efectos de la escala salarial en la que debía situarse a las afectadas cuando volvieran al régimen de jornada completa. Resulto determinante el dato de que en la función pública irlandesa, el 83% del trabajo compartido se debía a la necesidad de compatibilizar responsabilidades laborales y familiares; por lo que se estimó que era política comunitaria «*incentivar y, en la medida de lo posible, adaptar las condiciones de trabajo a las cargas familiares*». A pesar de la voluntad del órgano jurisdiccional de proteger a las trabajadoras que asumían cargas en el entorno familiar, la postura adoptada revelaba, no obstante, la idea de que las responsabilidades familiares correspondían a las mujeres y que el Derecho de la Unión debía, más que combatir los roles sociales, protegerlos. Este enfoque se corregiría posteriormente, como se verá, con la adopción de las Directivas sobre permisos parentales.

La segunda Directiva sobre igualdad en el trabajo, la Directiva 76/207/CE, que tampoco contenía normas específicas sobre conciliación, incidió igual que la anterior, pero más decididamente, en la protección de las trabajadoras en el ámbito laboral ante situaciones de necesidad de atención a la familia⁵³. Debe tenerse en cuenta el sustrato ideológico impe-

⁵³ Sobre la situación de las familias no tradicionales, el asunto Meyers, de 13 julio de 1995 (C-116/94) señaló las dificultades en las que se encuentran las cabezas de familia monoparentales. La denegación de una prestación (*family credit*) a una madre que cuidaba sola a su hijo se consideró contraria al principio de igualdad de trato porque su finalidad era el man-

rante en esos momentos que se manifestó en el asunto Hofmann, de 12 de julio de 1984 (C-184/83). En él, el Tribunal de Justicia consideró que la normativa nacional que garantizaba permisos para el cuidado de los hijos únicamente a las mujeres se adecuaba a la Directiva por considerar que esta no perseguía resolver cuestiones de organización de la familia o de división de responsabilidades de los padres. En su opinión, el objetivo del permiso era evitar a las mujeres ciertas complicaciones que resultaban del cumplimiento simultáneo de sus obligaciones laborales y de cuidado de los niños. Aceptar esta argumentación resultaba ciertamente delicado porque, como ocurría en el asunto Hill Stapleton, se partía de la diferenciación de roles entre hombres y mujeres, en la que esta era la principal responsable de la atención de la familia, sobre la base de que, entre la madre y el hijo se establecía una relación muy íntima, en la que el hijo debía recibir una constante atención exclusivamente de la madre⁵⁴.

En todo caso, el interés de la Directiva 76/207/CEE era innegable por el contenido de varias de sus disposiciones. Su artículo 2 estableció que el principio de igualdad de trato suponía la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, directa o indirectamente, en lo que se refería, particularmente, al estado matrimonial y familiar. Con ello, el legislador comunitario pretendió hacer frente a los obstáculos que debía superar la mujer casada y la madre de familia para alcanzar una situación de igualdad en relación al varón⁵⁵. De

tenimiento en activo de ciertos miembros mal remunerados y la compensación por las cargas familiares.

⁵⁴ J. CABEZA PEREIRO, «Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *www.ief.es*, 2002, p. 10.

⁵⁵ Sin embargo no se trataba de la proclamación de un principio de igualdad absoluto puesto que el apartado 2 del artículo 2 establecía la posibilidad de que los Estados miembros pudieran excluir del ámbito de aplicación de la Directiva aquellas actividades para cuyo ejercicio fuera determinante ser hombre o mujer. En el asunto Comisión contra Reino Unido, de 8 de septiembre de 1983 (C-165/1982), se reconoció la profesión de matrona como excepción lícita del principio de igualdad de género.

ahí que las situaciones de un trabajador y una trabajadora, padre y madre respectivamente de niños de corta edad, se consideraron comparables en relación con la necesidad en que podían encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo para cuidar de ese hijo. A la luz de lo dispuesto en esta Directiva, el Tribunal, en el conocido asunto Roca Álvarez, de 30 de septiembre de 2010 (C-104/09), estimó contraria a la misma una medida que preveía que las mujeres, madres de un niño y que tenían la condición de mujeres trabajadoras por cuenta ajena, podían disfrutar de un permiso durante los meses siguientes al nacimiento del hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño, que tenían la condición de trabajadores por cuenta ajena solo podían disfrutar el permiso cuando la madre de ese niño también era trabajadora por cuenta ajena.

Se previó, además, en el apartado 3 del artículo 2, que no se considerarían contrarias al principio de igualdad aquellas disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refería al embarazo y a la maternidad. Eso significaba que se permitía la adopción de disposiciones nacionales que garantizaran a las mujeres derechos específicos a causa de embarazo o de la maternidad, como se confirmó en los asuntos Thibault, de 30 de abril de 1998 (C-136/95), y Sass, de 18 de noviembre de 2004 (C-28402). La justificación de dicha medida se basaba en que al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o adoptar disposiciones destinadas a garantizar la protección de la maternidad, se reconocía *«la legitimidad en relación con el principio de igualdad de trato entre sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra»*. Si bien se advertía de que, en el ejercicio de los derechos que aquel precepto (artículo 2.3 de la Directiva) confería, las mujeres no podían ser tratadas de modo desfavorable en cuanto al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo puesto que, como indicó

el Tribunal de Luxemburgo, entre otros, en el asunto Sarkatzis, de 16 de febrero de 2006 (C-294/04), lo que *«dicha Directiva pretende [es] garantizar una igualdad material y no formal»*. Así, en este caso, se concluyó que, en lo referido al cómputo de un período de permiso por maternidad a efectos del acceso a una categoría profesional superior, las trabajadoras se encontraban protegidas frente a cualquier trato desfavorable como consecuencia de haber disfrutado dicho permiso, de modo que se debía haber tenido en cuenta la duración del mismo a efectos del cómputo de antigüedad.

Cabe apuntar, en fin, la indicación del artículo 5 de la Directiva de que el principio de igualdad de trato en la aplicación de las condiciones de trabajo, entre ellas las condiciones de despido, implicaba que se garantizaran a los hombres y a las mujeres las mismas condiciones, sin discriminación alguna por razón de sexo⁵⁶. Precisamente en el citado asunto Thibault se planteó la adecuación de la situación de una trabajadora que, por acogerse a un permiso de maternidad, había perdido posibilidades de promoción en el trabajo; en tal caso, el Tribunal confirmó que no podía ser privada de su derecho a la promoción. En el mismo sentido, siendo consciente de las dificultades de las trabajadoras con cargas familiares para prosperar en la empresa, el asunto Gerster, de 2 de octubre de 1997 (C-1/95), manifestó que era contraria al derecho comunitario una medida que discriminaba –sobre todo– a las mujeres, con relación al cálculo de la antigüedad –en el que se descontaba el tiempo en que una empleada había estado trabajando a tiempo parcial para dedicarse a la crianza de sus hi-

⁵⁶ «En lo que atañe al apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 relativo a la prohibición de toda discriminación por razón de sexo en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido, el Tribunal de Justicia ya ha señalado que es lo suficiente preciso para ser invocado por un justiciable contra el Estado y aplicado por un juez nacional para impedir la aplicación de cualquier disposición que no se conforme a dicho apartado 1 del artículo 5» como señalaron los asuntos Marshall, de 26 de febrero de 1986 (C-152/84) y Seymour Smith, de 9 de febrero de 1999 (C-167/97).

jos, de manera que se le impedía el acceso a un puesto superior—. El Tribunal determinó la existencia de discriminación basada en el sexo sobre la idea de que si no hubiera estado en situación de permiso por maternidad no se le habría privado de una promoción en el trabajo. Con referencia específicamente al despido, en el asunto Paquay, de 11 de octubre de 2007 (C-460/06), se señaló que una decisión de despido por causa de maternidad es contraria a las normas comunitarias cualquiera que sea el momento en el que esta se notifique e incluso si se comunica una vez finalizado el período de permiso por maternidad. Con ello se ha ampliado el ámbito temporal de la protección frente al despido a causa de nacimiento de hijo, si bien sigue manteniéndose la necesidad de que concurra el elemento causal.

Años más tarde, la Directiva de 1976 fue modificada por la Directiva 2002/73/CE⁵⁷ en la que se introdujeron nuevos derechos relativos a los permisos de maternidad de las mujeres⁵⁸. A este respecto, el apartado 7 del artículo 2 dispuso, de un lado, que la mujer que disfrutara de un permiso de maternidad

tenía derecho, una vez finalizado dicho período, a reincorporarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en condiciones que no le resultaran menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que podía haber tenido derecho durante la ausencia al trabajo; de otro lado, se indicó que constituía discriminación, el trato menos favorable dispensado a la mujer con motivo de su embarazo o permiso de maternidad (en el sentido de la Directiva 92/85/CE⁵⁹). Con ello, por primera vez, se incorporaron derechos de conciliación no basados en la ausencia en el trabajo sino en la presencia en el mismo. Se introdujo también, desde una perspectiva neutralizadora, el derecho del padre a no ver lesionados sus derechos por el ejercicio de los derechos vinculados al cuidado de los hijos como consecuencia del disfrute de un permiso de paternidad o adopción.

3.1.2. *Las aportaciones de la Directiva 2006/54/CE en materia de conciliación*

Una treintena de años después de que se hubieran aprobado las primeras las Directivas mencionadas, y tras las elaboraciones que, en materia de igualdad de trato, había aportado la jurisprudencia, se consideró pertinente elaborar un nuevo texto más actualizado y global.

A propuesta de la Comisión, se decidió depurar y simplificar la normativa comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación mediante la actualización de las normas y su refundición en un único texto⁶⁰. A través de esta

⁵⁷ Vid., J. GARCÍA MURCIA Y M.A. CASTRO ARGÜELLES, «Igualdad de trato por razón de sexo en materia de empleo y condiciones de trabajo (Directiva 76/207/CEE reformada por Directiva 2002/73/CE)» en AAVV, *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español. Un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Madrid, MTAS, 2005, p.181; M.E. CASAS BAAMONDE, «De la igualdad de retribución por razón de sexo a la eliminación de las discriminaciones: el nuevo derecho antidiscriminatorio», *Relaciones Laborales*, nº 2, 2002, p. 123; F. CAVAS MARTÍNEZ, «Avanzando por la senda de la igualdad de géneros. Noticia breve de la Directiva 2002/73», *Aranzadi Social*, nº 13, 2002, p. 9 y sig.; T. PÉREZ DEL RÍO, «La abusiva protección frente a la discriminación en el Derecho Comunitario. Las D/2002/43/CEE, D/2000/78/CEE y D/2002/73/CEE. Modificación de la D/76/207/CEE», *RDS*, nº 19, 2002, p. 91 y sig.; S. TORRENTE GARI, «¿Hay un Derecho comunitario sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo? La Directiva 2002/73, de 23 de septiembre», *RM-TAS*, nº 47, 2003, p. 185 y sig.

⁵⁸ Si bien no incorporó expresamente determinaciones sobre la inversión de la carga de la prueba, a diferencia de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que, en su artículo 10, prevé la inversión de la carga de la prueba ante la alegación de vulneración del principio de igualdad de trato.

⁵⁹ A pesar de que se ha percibido durante bastante tiempo una falta de conexión entre las normas reguladoras de los instrumentos de conciliación, en aquellas elaboradas más recientemente se aprecia la voluntad del legislador de establecer puentes entre las distintas medidas permitiendo que se complementen entre sí.

⁶⁰ La refundición que se produjo con la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, supuso la derogación de siete Directivas relativas a la igualdad de retribución (75/117/CEE), la

técnica de refundición se perseguían, además, dos objetivos de fondo⁶¹: en primer lugar, garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres con respecto a la retribución, el acceso al empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo y el régimen profesional de Seguridad Social y, en segundo lugar, asegurar la aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación entre hombres y mujeres.

A pesar de que en la Directiva 2006/54, de nuevo, no hay apenas referencias expresas a la conciliación de la vida laboral y familiar, su contenido ofrece importantes aportaciones en dicha materia. Pueden señalarse, en ella, algunas disposiciones de interés que revelan que la igualdad de género se encuentra estrechamente vinculada con el reparto equilibrado de responsabilidades puesto que consiguiéndose este se alcanza aquella. Esta norma presenta una dimensión más innovadora que supera las limitaciones de sus precedentes como puede descubrirse en su considerando 11 que indica que: *«los Estados miembros deben seguir luchando, junto con los interlocutores sociales, contra el hecho de que las mujeres sigan percibiendo una retribución inferior a la de los hombres y de que exista una clara línea divisoria entre los sexos en el mercado laboral, por medios tales como reglamentaciones flexibles sobre la jornada laboral que permitan, tanto a hombres como a mujeres, una mejor conciliación de la vida laboral y familiar. Ello podría incluir también reglamentaciones adecuadas sobre permiso parental, que puedan solicitar tanto los padres como las madres, y la creación de instalaciones accesibles y asequibles para el*

cuidado de los niños y la asistencia a personas dependientes». En esta declaración revela una doble intención. De un lado, se pone de relieve de forma manifiesta la correlación entre la igualdad de retribución y la asunción de tareas familiares. Se asume que la diferencia salarial existente⁶² puede muy fácilmente condicionar a las mujeres para que sean estas las que reduzcan sus horas de trabajo o abandonen este con el fin de atender a las necesidades familiares⁶³. El Tribunal de Justicia ha confirmado en diversas ocasiones la aplicación del principio de igualdad retributiva en caso de trabajadoras en situación de maternidad. Por ejemplo, en relación con una medida de acción afirmativa consistente en una diferencia retributiva favorable a la mujer, en el asunto Abdoulaye, de 16 de septiembre de 1999 (C-218/98), se estimó que una desigualdad retributiva podía estar justificada si se encontraba destinada a mejorar las condiciones de las trabajadoras que se acogían a un permiso de maternidad porque durante ese tiempo, en opinión del Tribunal de Justicia, la experiencia profesional de la trabajadora disminuye en función del tiempo en el que ha estado ausente, no se puede aspirar a aumentos de salario ligados a la productividad individual así como no se puede acceder a cursos de formación y, por último, deben superarse dificultades relacionadas con la incorporación de nuevas tecnologías en sus puestos de trabajo. De otro lado, se advierte en el contenido del considerando 11, el interés por reforzar el reparto de responsabilidades, en primer lugar, al consolidar el carácter neutro de las medidas de conciliación que, tal y como señala, han de ir dirigidas tanto a hombres como a mujeres, en segundo lugar, al proponer, para ello, medidas que no han sido habitualmente acogidas por el legislador rela-

igualdad de trato en lo que se refería al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (76/207/CEE, modificada por 2002/73/CE), la igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social (86/378/CE, modificada por 96/97/CE) y la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (97/80/CE, modificada por 98/52/CE).

⁶¹ J.I. GARCÍA NINET y A. GARRIGUES GIMÉNEZ, «La dimensión europea de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral», *RMTAS*, nº 67, p. 46.

⁶² Datos de EUROSTAT, 16,4% de promedio en la Unión Europea en 2013 y 16,1% en 2014. Consultar también Informe Mundial sobre salarios de la OIT 2016-2017 (*ilo.org*).

⁶³ J. CABEZA PEREIRO, «Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres», *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, (Coord. J. CABEZA PEREIRO y B. FERNÁNDEZ DOCAMPO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 81

tivas a la flexibilización de la jornada laboral y, en tercer lugar, al instar a que el cuidado de los necesitados no recaiga exclusivamente en sus familiares, para lo que se plantea que se pueda contar con servicios de apoyo para la asistencia de menores y dependientes que lo necesiten.

En el articulado de la Directiva, varios preceptos reiteran derechos de conciliación a los trabajadores reconocidos en las normas anteriores. Como primera referencia debe citarse la contenida en el artículo 2.2 c) de la Directiva, que dispone –como ya había introducido la Directiva 2002/73/CE– que el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad (en el sentido de la Directiva 92/85) constituye una discriminación. Además, el artículo 15 –también incorporado por aquella Directiva–, con la finalidad de fomentar el reparto de responsabilidades y la promoción del mantenimiento de ambos progenitores en el mercado laboral, recoge el derecho de la mujer a la reincorporación al trabajo tras el disfrute del permiso parental. Así pues, a la trabajadora que finaliza el disfrute de un período de maternidad se le reconoce un doble derecho: por una parte, a reincorporarse, a su puesto o a otro equivalente, en condiciones favorables –con respecto a aquellas en las que se encontraba antes de producirse el permiso– y, por otra parte, a mantener los mismos beneficios de los que se hubiera aprovechado de no haber estado en esa situación. Al respecto, puede recordarse que, en el citado asunto Gillespie, de 13 de febrero de 1996 (C-342/93), se indicó que los incrementos que se producían en el salario para el resto de los trabajadores necesariamente debían repercutir en la retribución de la trabajadora en situación de maternidad. En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia confirmó el derecho de la trabajadora que disfrute de un permiso por maternidad a la no discriminación por razón de sexo en un procedimiento de formación. En efecto, declaró contrario a la Directiva 2006/54/CE, en el asunto Napoli, de 6 de marzo de 2014 (C-595/12), una norma italiana que permitía dar de baja, du-

rante un permiso de maternidad, a una trabajadora en un curso de formación obligatorio para acceder a la condición de funcionario y mejorar así sus condiciones de trabajo –a pesar de que se le había garantizado el derecho a participar en la siguiente formación que se organizara, cuya fecha era incierta–.

Se consolida la incorporación de los hombres como destinatarios de los permisos en el artículo 16 de la Directiva, que lleva por título «*permiso de paternidad y adopción*», y que reza, «*la presente Directiva no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –hombres y mujeres– del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia*». Este precepto tiene un doble contenido: por un lado, con independencia de la naturaleza del permiso, ya no solo de maternidad, establece la protección frente al despido general en caso de paternidad o adopción, y por otro lado, implanta las mismas garantías contenidas en el artículo 15 –referidas al derecho de readmisión y al beneficio de los derechos no adquiridos durante el permiso– para el padre en situación de suspensión por paternidad o para el progenitor en situación de suspensión por adopción⁶⁴. Este precepto responde, según el considerando 26, a la sugerencia prevista en la Resolución del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, en la que se anima a los Estados miembros a considerar la posibilidad de que se reconozca a los

⁶⁴ M.A. BALLESTER PASTOR, «Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea», *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, p.35.

hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo al mismo tiempo sus derechos laborales. Con ello se pretende que la figura paterna se involucre en las tareas de la familia de manera que no tenga que ser la mujer la que acabe asumiendo el peso principal de las responsabilidades familiares. En consonancia con esto, se insta, en el siguiente considerando, a que se apliquen condiciones análogas al reconocimiento por los Estados a hombres y mujeres de un derecho individual e intransferible al permiso por adopción de hijos.

A la vista de lo dispuesto en el artículo 16, se confirma la libertad de la que disponen los Estados miembros para establecer permisos de paternidad o adopción; pero, en caso de que se reconozcan tales permisos, están previstos ciertos derechos para el padre que se acoja a una suspensión de la relación laboral por cuidado de los hijos; la referencia al padre y la aplicación a este de las garantías que se atribuyen a la maternidad evidencia el reconocimiento de la responsabilidad paterna en el cuidado de la familia y, por ende, promueve la corresponsabilidad. Esta, a diferencia de otras medidas como la prevista en el artículo 15, es una medida dirigida a la consecución de la igualdad de géneros. La inclusión de este contenido en la Directiva 2006/54 –como ya había hecho la Directiva 2002/73/CE– demuestra el interés, si bien limitado aún por la falta de obligatoriedad de la adopción de los permisos referidos, del legislador comunitario por el reparto de las responsabilidades familiares y transmite la necesidad de normalizar la implicación de los padres en las tareas de cuidado de los hijos, al atribuir a aquellos que se acogen a un permiso parental las mismas garantías de reincorporación al trabajo que las que corresponden a las madres durante el disfrute del permiso de maternidad.

Para que pueda aplicarse el derecho a no ser discriminado contenido en la Directiva 2006/54 debe demostrarse que la diferencia de trato que se alegue, se produce por razón de sexo. No se apreció la concurrencia de tal

circunstancia en el caso que se planteó ante el Tribunal de Justicia con respecto a una diferencia de trato a una madre subrogante a la que se le aplicó un trato menos favorable en comparación con una mujer que haya dado a luz o una madre adoptiva. En el mencionado precepto de la Directiva solo se prevé la protección contra la discriminación de hombres o mujeres que disfruten del permiso de adopción o paternidad en los Estados miembros que reconozcan el derecho a dicho permiso. El Tribunal de Justicia declaró, en el asunto Z., de 18 marzo de 2014 (C-363/12), que el Derecho de la Unión no preveía a favor de las madres subrogantes un derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción. En su opinión, la denegación del permiso de maternidad de una madre subrogante no constituía una discriminación basada en el sexo porque un padre que fuera parte de un convenio de gestación por sustitución tampoco tenía derecho a un permiso de esta clase y la denegación no perjudicaba especialmente a las trabajadoras en comparación a los trabajadores. En fin, se estimó que *«la Directiva 2006/54/CE ... debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución»*. E igualmente, *«la situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en esta Directiva»*.

Como última referencia, debe señalarse la que establece el artículo 29, acerca de que los Estados miembros deben tener en cuenta el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades en los ámbitos contemplados en la Directiva. Con ello, se señala la importancia de que los Estados tengan presente el principio antidiscriminatorio cuando tomen decisiones relacionadas con la conciliación de la vida laboral y familiar.

3.2. La conciliación a través de la protección de la maternidad biológica

Hasta el momento en el que se aprobó la Directiva 92/85/CE, la protección de la mujer que se encontraba en situaciones relativas a la maternidad se había producido a través de la aplicación de la legislación existente en materia de no discriminación por razón de sexo. A partir de ese momento, la tutela en dichas situaciones quedó recogida en el marco de las Directivas sobre protección de la seguridad y salud en el trabajo⁶⁵. Se trata de una norma que no esconde ningún interés de fomento de estrategias de empleo femenino⁶⁶, sino que persigue estrictamente la protección de las trabajadoras en situaciones relacionadas con la maternidad⁶⁷.

No puede decirse que la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, sea una norma que contribuye directamente a la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores, pero sí que indirectamente incide en gran medida en ella, puesto que la maternidad es uno de los factores que determina la concurrencia de los distintos planos que componen la vida de las trabajadoras.

⁶⁵ Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE.

⁶⁶ Tan solo en el considerando octavo de la Exposición de Motivos se indica que la protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo.

⁶⁷ Se ha estimado que esta norma ha abandonado en cierta manera el prisma proteccionista en tanto que protege situaciones ligadas a la maternidad, pero con aspectos igualitaristas y otros de socialización de los costes –como la posibilidad de cobertura con prestaciones–. M.T. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «La maternidad y la conciliación familiar, dentro de la tutela de la igualdad» en AA.VV., *Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, Madrid, CGPJ, 2007, p. 32.

Como institución más relevante que la norma derivada prevé para alcanzar la conciliación cabe destacar⁶⁸ el establecimiento de un período de ausencia en el trabajo para el cuidado de los hijos. Se trata del permiso de maternidad, previsto en el artículo 8. En esta disposición se dice que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas o que hayan dado a luz y se encuentren en período de lactancia, «disfruten de un permiso de maternidad mínimo de 14 semanas ininterrumpidas⁶⁹, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales». Se especifica, además, que este permiso debe incluir, un descanso por maternidad obligatorio de, como mínimo, dos semanas disfrutadas antes y/o después del parto. El hecho de que una normativa nacional conceda a las mujeres un permiso de maternidad de duración superior a catorce semanas no impide considerar que dicho permiso es uno de los contemplados en el citado artículo 8, como se dijo en el asunto *Sass*, de 18 de noviembre de 2004 (C-284/02).

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre ellas en los asuntos *Kiski*, de 20 de septiembre de 2007 (C-116/06), y *Roselle*, de 21 de mayo de 2015 (C-65/14), el derecho al permiso de maternidad reconocido

⁶⁸ También están previstas otras posibilidades como la adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la empleada que pudiera estar expuesta a ciertos riesgos o, en su caso, el cambio de puesto de trabajo o la dispensa de trabajo.

⁶⁹ En la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de octubre de 2008 (COM (2008) 637 final) por la que se proponía modificar la Directiva 92/85/CEE se incluyó una ampliación del permiso por maternidad de 14 a 18 semanas; 20 semanas en el borrador del Comité de Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo, de 5 de marzo de 2010 (A7-0032/2010). Estas iniciativas se encuentran actualmente paralizadas y no parece que vayan a prosperar, por el momento, si bien la Comisión se ha comprometido a finales de 2016 a apoyar la ampliación del permiso de maternidad a 18 semanas en su plan de trabajo para 2017 (*Suite donnée à la Résolution du Parlement européen sur la mise en place, sur le marché du travail, de conditions favorisant l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée, adoptée par la Commission le 21 décembre 2016* –SP (2016)876–).

en favor de las trabajadoras debe considerarse un medio de protección del Derecho Social. El legislador de la Unión entendió que las modificaciones sustanciales en las condiciones existenciales de las interesadas durante el período limitado, de al menos catorce semanas que precede o sigue al parto, constituyen un motivo legítimo para suspender el ejercicio de su actividad profesional, sin que las autoridades públicas ni los empresarios puedan cuestionar la legitimidad del motivo. Según se ha expuesto en los asuntos citados, las autoridades públicas o los empresarios no pueden cuestionar la legitimidad de que las mujeres suspendan el ejercicio de su actividad profesional durante el período de catorce semanas; por tanto, el permiso de maternidad previsto en la Directiva 92/85/CE no puede retirarse a la madre contra su voluntad para atribuírselo, total o parcialmente, al padre. En cambio, a las madres trabajadoras se les reconoce su derecho a renunciar a acogerse al permiso de maternidad –salvo en lo que respecta a las dos semanas de permiso obligatorio–. En este sentido, el Tribunal señaló, en el asunto *Monttull*, de 19 de septiembre de 2013 (C-5/12), que *«el padre de un menor, que tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, puede, con el consentimiento de la madre, que tiene también la condición de trabajadora por cuenta ajena, tener derecho a un permiso de maternidad para el período posterior a las seis semanas de descanso obligatorio para la madre inmediatamente posteriores al parto, salvo en el caso de que exista un riesgo para la salud de esta, mientras que el padre de un menor, que tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, no puede tener derecho a tal permiso cuando la madre de su hijo no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena y no está afiliada a un régimen público de Seguridad Social»*.

La Directiva contiene una importante garantía protectora para las mujeres en situación de maternidad referida a la prohibición de despido durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y la terminación del permiso, en su artículo 10. El período que establece esta disposición

es estrictamente el que se refiere al espacio temporal que existe entre el principio del embarazo y el fin del permiso de maternidad, como consideró el Tribunal de Justicia en el asunto *McKenna*, de 8 de septiembre de 2005 (C-191/05); en él que se entendió conforme al derecho comunitario que una trabajadora fuera despedida, por motivos relacionados con una enfermedad ligada al embarazo o el parto que apareció después del permiso por maternidad⁷⁰. Sin embargo, una posición tan estricta no resultaba acorde con la voluntad protectora que parecía tener habitualmente el Tribunal de Justicia. Mostrando más flexibilidad, en el asunto *Paquay*, de 11 de octubre de 2007 (C-460/06), se estimó, como ya se ha mencionado, que dicho artículo debía interpretarse en el sentido de que *«prohíbe no solamente notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo, durante el período de protección... sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho período»*. Con este pronunciamiento, el Tribunal amplió el ámbito temporal de la protección frente al despido discriminatorio refiriéndolo a períodos posteriores a la finalización del permiso de maternidad porque se mantenía la conexión entre la extinción de la relación laboral y la situación de maternidad.

Durante los permisos de maternidad, debe garantizarse a las trabajadoras los derechos inherentes al contrato de trabajo, como dispone el artículo 11.2 de la Directiva. Entre ellos, destaca el derecho a vacaciones anuales, como confirmó el Tribunal de Justicia, en el conocido asunto *Merino Gómez*, de 18 de marzo de 2004 (C-342/01), en el que reconoció a una empleada el derecho a disfrutar acumuladamente las vacaciones, si coincidían con el período de suspensión del contrato por cuidado de hijo.

⁷⁰ Ya el asunto *Hertz*, de 8 de noviembre de 1990 (C-179/88), había considerado ajustado al derecho comunitario (Directiva 76/207/CEE) el despido objetivo por faltas de asistencia debidas a un problema de salud derivado del parto y que se prolongaron más allá del período establecido para la suspensión por maternidad.

Entre los derechos que corresponden a la trabajadora en virtud del contrato de trabajo, la Directiva contempla, específicamente, el mantenimiento de remuneración y/o beneficio de una prestación adecuada durante la situación de maternidad. La remuneración se entiende adecuada, según el apartado 3, si garantiza «unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivo de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales». Como señala el penúltimo considerando de la norma, las disposiciones relativas al permiso de maternidad no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de una remuneración o del beneficio de una prestación adecuada.

Debe entenderse que el concepto de «remuneración» al que se hace referencia en el artículo 11, al igual que el de «retribución» del artículo 119 del TCE, engloba las gratificaciones satisfechas directa o indirectamente por el empresario a la trabajadora durante el permiso de maternidad en razón de la relación de trabajo. En cambio, el concepto de «prestación», comprende todo ingreso que perciba la trabajadora durante el permiso por maternidad y que no le sea abonado por el empresario en virtud de la relación de trabajo, tal y como apunta el Tribunal de Justicia en asuntos como Boyle, de 27 de octubre de 1998 (C-411/96). Cuando una empleada deja de trabajar para acogerse a un permiso de maternidad, la protección mínima exigida por la Directiva 92/85/CE no implica el mantenimiento íntegro de su remuneración. Resulta necesario, entonces, distinguir el concepto de «remuneración» del artículo 11, del concepto «retribución íntegra» percibida por la trabajadora cuando ocupa efectivamente su puesto de trabajo. El Tribunal de Justicia, en el asunto Gassmayr, de 1 de julio de 2010 (C-194/08), manifestó que la Directiva, que contiene prescripciones mínimas, no excluye en modo alguno la facultad de los Estados de garantizar una mayor protección a tales trabajadoras manteniendo o estableciendo medidas de protección más favorables para ellas, siempre que tales medidas sean compatibles con las

disposiciones del Derecho de la Unión; «ninguna disposición de esta [norma] impide a los Estados miembros o, en su caso, a los interlocutores sociales prever el mantenimiento de todos los componentes de la remuneración y de todos los complementos» a los que tenía derecho la trabajadora con anterioridad a su permiso de maternidad. En este mismo sentido se pronunció en el asunto TSN, de 13 de febrero de 2014 (C-512/11), en el que una trabajadora, que había obtenido un permiso parental no retribuido y había quedado nuevamente embarazada, había solicitado al empresario interrumpir aquel para iniciar un nuevo permiso de maternidad; el empresario aceptó la interrupción pero se negó a pagar la prestación correspondiente que equivalía a su retribución íntegra durante el permiso por maternidad. Ante estas circunstancias el Tribunal declaró que una trabajadora que interrumpía el permiso parental para disfrutar de un permiso de maternidad tenía derecho al mantenimiento de la retribución a la que habría tenido derecho en el supuesto de que un período mínimo de reincorporación al trabajo hubiera precedido a ese permiso de maternidad.

En un asunto más reciente, Ornano, de 14 de julio de 2016 (C-335/15), el Tribunal reiteró su postura e insistió en que, en el supuesto de que un Estado miembro no hubiera establecido que, durante el permiso de maternidad de una magistrada ordinaria, se mantuvieran todos los componentes de la retribución a los que esta tenía derecho con anterioridad, el empleador de esta trabajadora no estaba obligado a abonarle durante esos permisos obligatorios una compensación correspondiente a las cargas que los magistrados ordinarios soportan en el ejercicio de su actividad profesional, siempre que dicha trabajadora hubiera percibido durante ese tiempo unos ingresos de un importe equivalente, como mínimo, al de la prestación fijada por la legislación nacional de Seguridad Social que ella habría recibido en caso de interrupción de sus actividades profesionales por motivos de salud.

Por último, en el ejercicio de los derechos de protección de la seguridad y salud reco-

nocidos a las trabajadoras se establece una cautela con respecto a la regulación de los Estados miembros. En el artículo 11.4 se indica que estos tienen la facultad de someter el derecho a la remuneración o a la prestación contemplada, a la condición de que la trabajadora cumpla los requisitos que prevean las correspondientes legislaciones nacionales; y se especifica que «entre dichos requisitos no se podrán contemplar en ningún caso períodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto». Se observa que la expresión «períodos de trabajo previo» aparece en plural y no se establece requisito alguno en cuanto a su carácter. Tales períodos de trabajo se refieren a los diversos puestos de trabajo sucesivos que haya ocupado la trabajadora afectada antes de esa fecha, incluso para diferentes empresarios y con estatutos laborales distintos. «La única obligación que impone esta disposición es que la persona de que se trate haya tenido uno o varios empleos durante el período exigido por el Derecho nacional para que se genere el derecho a la prestación por maternidad». Así lo interpretó el Tribunal de Justicia, en el asunto Rosselle, de 21 de mayo de 2015 (C-65/14), en el que se estimó que un Estado miembro no podía denegar a una trabajadora una prestación de maternidad por el hecho de que, en su condición de funcionaria, había obtenido una excedencia por interés particular con el fin de ejercer una actividad como trabajadora por cuenta ajena, y esta no hubiera efectuado, en el marco de dicha actividad, el período mínimo de cotización exigido por el derecho nacional para poder acceder a la prestación de maternidad, pese a que había estado trabajando más de doce meses inmediatamente antes de la fecha prevista para el parto.

A pesar de que esta Directiva 92/85/CE va dirigida a proteger la seguridad y salud de la mujer en el trabajo, aporta importantes elementos de apoyo a las mujeres trabajadoras que tienen descendencia, con objeto de que su trayectoria profesional no se vea afectada por atender dicha faceta de la vida familiar. Podría advertirse que no se ha contemplado

en esta norma, a diferencia de otras como la Directiva 2006/54 y la Directiva 2010/18, disposición alguna relativa al derecho de las mujeres a la reincorporación a su puesto de trabajo o a uno equivalente a la finalización del permiso de maternidad; no obstante, ese derecho de reingreso no deja de asistirle por aplicación a tales situaciones de maternidad de la Directiva 2006/54.

3.3. La regulación de los permisos parentales mediante normas específicamente conciliadoras

Entre las normas comunitarias⁷¹, la primera que buscó el reparto equitativo de la responsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia ha sido, precisamente, una norma de derecho derivado relativa al permiso parental que, en su contenido, ha tratado de promover que la atención de los hijos y dependientes fuera asumida y compartida por ambos progenitores⁷². El permiso parental ha sido objeto de regulación en el ámbito europeo a través de la Directiva 96/34/CE⁷³, primero, y de la Directiva 2010/18/CE, derogatoria de

⁷¹ Vid., J. GARCÍA MURCIA, «Impacto y perspectivas del principio comunitario de igualdad de trato: la experiencia española» en *Justicia Laboral*, nº 26, 2006, p.11 y sig. D. ORDOÑEZ SOLÍS, *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho Europeo*, MTAS y CGPJ, Madrid, 1999, p. 94 y sig.

⁷² Esta norma ya disponía de algún ejemplo en el ámbito de la OIT como la Recomendación 165 (1981) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares en la que se reconoce al padre o a la madre una licencia parental posterior al permiso de maternidad y el Convenio 156 (1981) sobre la igualdad de oportunidades de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares.

⁷³ En el ámbito de las normas sobre igualdad y no discriminación se aprobó la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, del Consejo que, utilizando la técnica legislativa prevista en el Protocolo Social del Tratado de Maastricht (1992), permitió que adquirieran protagonismo en la elaboración de normas los agentes sociales. Sobre el origen de la Directiva 96/34/CE, vid., L. E. DE LA VILLA GIL y L. LÓPEZ CUMBRE, «Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE sobre el permiso parental» en *RMTAS*, nº extraordinario, 1997, p. 45 y sig. M.E. CASAS BAAMONDE, «Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las Directivas: el permiso parental» en *Relaciones Laborales*, nº 24, 1996, p. 1 y sig.

aquella, después. Se trata de dos normas de origen y estructura similar, cuyo contenido se ha actualizado fruto del compromiso asumido en la primera de ellas, transcurridos unos años de aplicación⁷⁴.

3.3.1. *La experiencia inicial a través de la Directiva 96/34/CE*

El Acuerdo Marco sobre Permiso Parental firmado en 1995⁷⁵ fue incorporado al contenido de la Directiva 96/34/CEE, lo que evidenció la convergencia social con respecto al tema planteado⁷⁶. El título de la Directiva hacía referencia únicamente a una parte de su contenido denominándose *Directiva relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental*, si bien en ella se regulaba, además de un permiso parental, por primera vez, expresamente, otro permiso para los casos de enfermedad o accidente graves de familiares que hicieran

indispensable la presencia del trabajador⁷⁷. El objetivo de la norma era establecer unas disposiciones mínimas sobre el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor, al entender que ambos instrumentos eran importantes para avanzar en la conciliación de la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres⁷⁸.

El Acuerdo, y consiguiente anexo de la Directiva 96/34/CE⁷⁹, se estructuró en tres partes: un Preámbulo, que establecía el ámbito de aplicación de esta norma tendente a mejorar la corresponsabilidad familiar, unas consideraciones generales, que contenían la exposición del proceso de negociación del Acuerdo Marco por los interlocutores sociales y su posterior consolidación como norma jurídica y un contenido que incluyó la parte dispositiva compuesta por cuatro cláusulas, entre las que se distinguían las comunes a

⁷⁴ Recientemente se ha elaborado una propuesta de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y los cuidadores. COM (2017) 253 final, de 26 de abril de 2017. En ella se establece un permiso intransferible de, al menos, cuatro meses de duración para cada progenitor a disfrutar hasta que el menor cumpla los doce años, un nuevo permiso de paternidad de diez días, como mínimo, desde el nacimiento del hijo y, un permiso para cuidadores de, al menos, cinco días al año. Todos estarían remunerados, como mínimo, como una baja por enfermedad.

⁷⁵ El origen de la iniciativa se encontraba en el punto 16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores que indicaba la conveniencia de que se arbitraran medidas que permitieran compaginar más fácilmente las obligaciones profesionales y familiares de los trabajadores y las trabajadoras y, no habiendo podido conseguir el Consejo un Acuerdo sobre una propuesta de Directiva, sí pudo lograr la Comisión –en virtud de lo establecido en el artículo 4.2 del Acuerdo de Política Social– que, en un breve lapso de tiempo, los interlocutores sociales coincidieran en la pertinencia de adoptar esta medida tendente a mejorar la conciliación de la vida profesional y familiar. En la actualidad, esta particular forma de adopción de Directivas, anteriormente prevista en el Acuerdo de Política Social, se recoge en los artículos 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

⁷⁶ Otros Acuerdos Marco incorporados a una Directiva: el relativo al trabajo a tiempo parcial en la Directiva 97/81/CE y el relativo al trabajo de duración determinada en la Directiva 99/70/CE (ambos celebrados por UNICE, CEEP y CES).

⁷⁷ Contra la Directiva 96/34/CE se formuló un recurso de anulación planteado por la Unión Europea de Artesanado y de Pequeñas y Medianas Empresas (UEAPME), Asunto T-135/96, invocándose la insuficiente representatividad de las partes firmantes del Acuerdo Marco, declarando la sentencia del TJUE, la inadmisibilidad del Recurso. *Vid.*, al respecto T. PÉREZ DEL RÍO, *Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999, p.83 y sig. A.M. ORELLANA CANO, «Medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras» en *RMTIN*, nº 37, 2002, p. 67. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «Aporías de la negociación colectiva europea» en *RMTIN*, nº 68, 2007, p. 248 y sig. M.E. CASAS BAAMONDE, «La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los «interlocutores sociales europeos)», *Relaciones Laborales*, 1998, nº 2, p.71 y sig.

⁷⁸ *Vid.*, M.A. CASTRO ARGUELLES, «Permiso parental y Conciliación de Familia y Trabajo» en *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español* (Dir. J. GARCÍA MURCIA), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, p. 381 y sig., A. M. ORELLANA CANO, «Medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras» en *RMTAS*, nº 37, 2002, p. 61 y sig. y M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras» en *Relaciones Laborales*, nº 17, 1999, p. 30 y sig.

⁷⁹ La Directiva 96/34/CE no era aplicable en el Reino Unido hasta que la Directiva 97/75/CE, del Consejo de 15 de diciembre de 1997, amplió la aplicación de la Directiva 96/34/CE a este país.

los permisos parental y por enfermedad o accidente grave de familiares y las específicas referidas a cada uno de estos permisos⁸⁰. Entre las disposiciones generales, se distinguían las relativas al objeto que, en definitiva, era la regulación de ambos permisos; al ámbito de aplicación, que se refería al conjunto de trabajadores, hombres y mujeres, que tuvieran un contrato o una relación de trabajo de acuerdo con el Derecho nacional; al carácter mínimo, que reflejaba que los Estados miembros podían mantener o introducir disposiciones que fueran más favorables que las establecidas en el Acuerdo Marco, y, por último, a la cláusula de no regresión, que prohibía que las disposiciones del Acuerdo sirvieran de pretexto para reducir el nivel general de protección de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación.

El permiso parental se configuró en el Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 96/34/CE como un derecho del trabajador o trabajadora a ausentarse del trabajo por un tiempo con objeto de atender a un hijo natural o adoptado hasta que este cumpliera una determinada edad, no superior a los 8 años⁸¹. Específicamente se señaló que el objetivo del mismo era facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan⁸².

⁸⁰ M. DE LA CORTE RODRÍGUEZ, «El permiso parental de la Unión Europea: de la antigua a la nueva Directiva» en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 28, 2012, p. 200.

⁸¹ Partiendo de que la finalidad del permiso parental, como se expresa en el Acuerdo Marco, es facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan, se ha afirmado que los titulares del derecho al disfrute de este permiso son los padres, no concediéndose a los hijos de corta edad para que sean convenientemente atendidos. *Vid.*, J. CABEZA PEREIRO, «La conciliación de la vida privada y profesional» en *era-comm.eu*, p. 3. No parece tratarse, por tanto, de un derecho del hijo al permiso parental sino de los padres, como se deduce del pronunciamiento del Tribunal en el asunto Chatzi, de 16 de septiembre de 2010 (C-149/10).

⁸² *Vid.*, L.E. DE LA VILLA GIL y L. LÓPEZ CUMBRE, «Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE sobre el permiso parental» en *RMTAS*, nº extraordinario, 1997, p. 41 y 42.

Así pues, se concebía como un derecho individual al disfrute de un permiso que correspondía a los trabajadores, masculinos y femeninos, para que pudieran ocuparse del cuidado de los hijos⁸³.

⁸³ A pesar de sus notas diferenciales bien conocidas, el permiso parental y el de maternidad han sido confundidos en alguna ocasión, como pudo apreciarse en el Asunto Sarkatzis, de 16 de febrero de 2006 (C-294/04) («... derecho de la trabajadora que disfruta de un permiso de maternidad, derecho reconocido por las Directivas 76/207 y 94/34, a reintegrarse al término de dicho permiso, a su puesto de trabajo o a uno equivalente...»). En este asunto se resolvió una cuestión prejudicial en la que se planteaba si la normativa nacional sobre el permiso de maternidad contradecía la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, la Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y la Directiva 96/34/CE con relación a que el trabajador tiene derecho a ocupar su puesto de trabajo, u otro equivalente en caso de imposibilidad, al finalizar el periodo de permiso parental. En opinión del Tribunal de Justicia, la invocación que hace el órgano remitente a la Directiva relativa al permiso parental no es pertinente a efectos de examinar las cuestiones planteadas puesto que la demandante en el asunto principal disfrutaba de un permiso de maternidad y no de un permiso parental. *Vid.*, M.J. SERRANO GARCÍA, «Los permisos de maternidad, paternidad y parentales en los instrumentos jurídicos de la Unión Europea» en *Relaciones Laborales*, nº 13-14, 2012, p. 65 y sig.

En todo caso, si se produce un solapamiento de ambos permisos, por ejemplo si mientras se disfruta de un permiso parental, la mujer tiene un nuevo hijo, el TJUE ha considerado, en el asunto Comisión contra Luxemburgo, de 14 de abril de 2005 (C-519/03), que puede ser aplazado, para disfrutar de un permiso de maternidad, el tiempo que resta para cumplir el plazo máximo en el que puede disfrutar del permiso parental; «este permiso no puede reducirse cuando se ha interrumpido a consecuencia de otro permiso que persigue un objetivo distinto al del permiso parental, como un permiso de maternidad». En este sentido se ha afirmado –aunque con relación al solapamiento del permiso de maternidad con las vacaciones anuales– que un permiso garantizado por el Derecho de la UE no puede menoscabar el derecho al disfrute de otro permiso garantizado por el mismo Derecho (así, asunto Merino Gómez, de 18 de mayo de 2004 (C-342/01)). En otra ocasión, el TJUE en el asunto Kiiski, de 20 de septiembre de 2007 (C-116/06), declaró que no se ajustaba al Derecho de la Unión, una normativa nacional que no permitiera a la trabajadora ampliar el disfrute del permiso parental para poder acogerse a un permiso de maternidad puesto que, en caso contrario, se estaría privando a la trabajadora de su derecho al permiso de maternidad (también, en este sentido, se ha pronunciado más recientemente, el TJUE en el asunto Terveys, de 13 de febrero de 2014 (C-512/11 y

El TJUE, en el asunto Maïstrellis, de 16 de julio de 2015 (C-222/14), declaró que cada uno de los progenitores es titular individualmente del derecho al permiso de esta naturaleza sin que puedan establecerse limitaciones al respecto, de manera que, aunque las condiciones de acceso se definan por ley en los Estados miembros, dichas condiciones no pueden prever, en modo alguno, que uno de los progenitores pueda ser privado del derecho a un permiso parental, como ocurría en este caso, a causa de la situación laboral del cónyuge. Esta circunstancia era la que se producía en Grecia donde se disponía que los padres funcionarios solo podían disfrutar del permiso en el caso de que la madre ejerciera una actividad laboral o profesional, a diferencia de las madres funcionarias que siempre podían acceder al permiso parental. El Tribunal dejó bien claro que la condición de progenitor, como ocurre con las madres, debe ser suficiente para que los padres se beneficien de tal permiso.

Los titulares del permiso parental son, como ya establecía el apartado 2 de la cláusula 1 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 96/34/CE, los trabajadores que tengan un contrato o una relación de trabajo definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro. En este punto podía plantearse si ha de existir un concepto autónomo de trabajador con objeto de impedir exclusiones indebidas por parte de los Estados miembros⁸⁴ y, aunque este tema no ha sido re-

C-513/11), con referencia a las repercusiones económicas de la interrupción de un permiso parental por el disfrute de un permiso por maternidad). Aunque con el mismo resultado, en el primer pronunciamiento era el permiso de maternidad el que menoscababa el permiso parental y, en el segundo, era al contrario, el parental el que afectaba al disfrute del permiso de maternidad.

⁸⁴ La Directiva de 2010 incorporó una precisión que no existía en la de 1996 relativa a que no cabe excluir del ámbito del mismo, a trabajadores a tiempo parcial, temporales o contratados a través de una empresa de trabajo temporal. El Tribunal de Justicia ya había aplicado de oficio a personas con relaciones laborales a tiempo parcial la Directiva del permiso parental en su versión originaria, aun cuando no había sido alegado por el órgano remitente en el asunto Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, de 22 de abril de 2010 (C-486/08).

suelto expresamente por el Tribunal, sí que se ha apuntado, con relación al mantenimiento de los derechos adquiridos y en curso de adquisición hasta el fin del permiso parental, que este constituye «un principio de Derecho social comunitario que reviste una especial importancia y que, por lo tanto, no puede ser interpretado de manera restrictiva»; así se dijo en el asunto Meerts, de 22 de octubre de 2009 (C-116/08), con cita del asunto Del Cerro Alonso, de 13 de septiembre de 2007 (C-307/05), en el que esta característica se había utilizado para incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva a personas vinculadas a la Administración Pública a través de una relación administrativa o funcional⁸⁵. Así, esta manifestación excluía interpretaciones que permitían a los Estados miembros una incorporación del Acuerdo a sus derechos internos que dejara al margen, entre otros colectivos, a los servidores públicos. También en el asunto Chatzi, de 16 de septiembre de 2010 (C-149/10), se reconoció el derecho al permiso parental de los progenitores en razón de su condición de trabajadores y, de modo significativo, con independencia de que estos trabajaran en el sector público o privado, como declaró el Tribunal de Justicia al plantearse de oficio si la condición de funcionaria de la litigante en el proceso principal, la incluía o no en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco. Más recientemente, en el mencionado asunto Maïstrellis, de 16 de julio de 2015 (C-222/14), el Tribunal confirmó su consolidada jurisprudencia que reconoce la aplicación de la regulación comunitaria de los permisos parentales a los funcionarios públicos.

En el régimen jurídico del permiso parental previsto en esta primera Directiva destacaban algunos aspectos que siguen manteniendo interés. En primer lugar, como se ha visto, se trata de un derecho a un permiso correspondiente a cada uno de los progenitores con independencia de la situación en la que

⁸⁵ Con relación a la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre Trabajo de Duración Determinada. J. CABEZA PEREIRO, «La conciliación de la vida privada y profesional», *era-comm.eu*, p.3.

se encuentre su cónyuge, por lo que puede ser disfrutado simultáneamente por ambos. Así pues, cada uno de los progenitores es titular, individualmente, del derecho a un permiso parental de una duración mínima que, entonces, se fijó en tres meses.

En segundo lugar, el derecho corresponde a los padres por nacimiento o adopción de cada hijo, supeditándose la concesión del permiso al requisito de que se haya producido un alumbramiento o una adopción, como señaló el TJUE en el asunto Comisión contra Luxemburgo, de 14 de abril de 2005 (C-519/03). Cabe plantearse si la postura manifestada por el Tribunal en los asuntos CD y Z, de 18 de marzo de 2014 (C-167/12 y 363/12) –en los que había denegado un permiso por maternidad en supuestos de maternidad subrogada por considerar que no se había producido una situación que requería la protección de la madre biológica, tal y como está prevista en la Directiva 92/85/CE– podría mantenerse para estos permisos parentales. En nuestra opinión, la respuesta debe ser negativa atendiendo a la finalidad de la Directiva de permisos parentales que, como se ha visto, es la atención de los hijos, dado que su gestación por sustitución en nada afectaría al derecho de los padres a ausentarse de su trabajo para prestarles cuidado. Por tanto, el mero hecho del nacimiento del menor generaría el derecho de sus padres al permiso parental.

En tercer lugar, tras la finalización del período de disfrute del permiso, el trabajador tiene derecho a reincorporarse a su mismo puesto de trabajo o, en caso de que no fuera posible, a otro puesto equivalente; el Acuerdo Marco en su cláusula 2.5 permitía a los progenitores interrumpir su actividad profesional para dedicarse a sus responsabilidades familiares, garantizándoles que podían volver a ocupar su puesto al término del permiso. De este modo, como apuntó el Tribunal en los asuntos Riezniece, de 20 de junio de 2013 (C-7/12) y TSN, de 13 de febrero de 2014 (C-512-513/11), los nuevos padres tienen la posibilidad de dispensar al hijo la asistencia adecuada a su edad y de organizar la vida familiar con vistas a su re-

incorporación a la actividad profesional. En el primero de los asuntos referidos, se indica que el empleador, en el marco de la amortización de un puesto de trabajo, puede proceder a la evaluación de un trabajador que se haya acogido a un permiso parental para trasladarlo a otro puesto equivalente o similar conforme a su contrato o a su relación laboral; pero no puede vaciar de contenido el derecho que asiste a un trabajador que haya disfrutado de un permiso parental de ser trasladado a otro puesto de trabajo en las condiciones de la cláusula 2.5 del Acuerdo, proponiendo a dicho trabajador un puesto destinado a ser amortizado.

Por último, el trabajador debe mantener los derechos adquiridos o en curso de adquisición antes del permiso parental hasta el fin del mismo, como disponía el importante apartado 6 de la cláusula 2 del Acuerdo Marco. El objeto de esta cláusula era evitar la pérdida o la reducción de los derechos derivados de la relación laboral que ya hubieran sido adquiridos o estuvieran en curso de adquisición a los que el trabajador pudiera tener derecho al inicio del disfrute del permiso así como garantizar que, al finalizar dicho permiso, el trabajador se encuentre, por lo que respectaba a sus derechos, en la misma situación en la que se hallaba antes del citado permiso⁸⁶. A la vista de que el acuerdo Marco no definía lo que eran «derechos adquiridos o en curso de adquisición» y tampoco remitía, para su definición, al Derecho de los Estados miembros, el Tribunal de Justicia consideró que de las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho comunitario y del principio de igualdad se desprendía que el tenor de una disposición comunitaria debía interpretarse, como ya se dijo, en el sentido de que expresa un principio de Derecho social comunitario que reviste una especial importancia y que, por tanto, no podía ser interpretado de manera res-

⁸⁶ «El contenido de la cláusula 2, apartado 6... es lo suficientemente preciso para que dicha disposición pueda ser invocada por un justiciable y aplicada por el juez» según se expuso en el asunto Gómez-Limón, de 16 de julio de 2009 (C-537/07).

trictiva⁸⁷ por lo que comprendían «*la totalidad de los derechos y ventajas, en dinero o en especie derivados directa o indirectamente de la relación laboral a los que el trabajador puede tener derecho frente a su empresario en la fecha de inicio del permiso parental*», tal y como se indicó en el asunto Meerts, de 22 de octubre de 2009 (C-116/08).

Varios han sido los pronunciamientos del TJUE referidos a los derechos adquiridos o en fase de adquisición, con relación al derecho de gratificaciones navideñas [asunto Lewen, de 21 de octubre de 1999 (C-333/97)], al salario relevante a efectos de poder acceder a derechos de contenido económico (indemnización por despido) en una situación de reducción de jornada por conciliación (el ya citado asunto Meerts) y pensión de incapacidad permanente tras el disfrute del permiso [asunto Gómez-Limón, de 16 de julio de 2009 (C-537/07)]⁸⁸.

La concreción de otros aspectos se atribuyó a los Estados miembros o a los interlocutores sociales; así, a ellos correspondía, según la cláusula 2, fijar la edad del hijo hasta la cual el padre podía disfrutar del permiso,

⁸⁷ Como se había señalado en asuntos como BECTU, de 26 de junio de 2001 (C-173/99) o Schultz-Hoff, de 20 de enero de 2009 (C-350-520/06).

⁸⁸ El TJUE en el año 2009 dictó sentencia en sentido distinto en los asuntos Gómez Limón y Meerts que, sin embargo, no parecía constituir una contradicción porque en el asunto Gómez Limón la cuestión giraba en torno a una prestación de Seguridad Social (por incapacidad permanente total cuyo importe había sido calculado sobre las cotizaciones aportadas durante el período de trabajo a tiempo parcial por guarda de su hijo menor) cuya configuración y alcance era competencia exclusiva interna, mientras que en el asunto Meerts la cuestión era exclusivamente retributiva. Atendiendo de forma estricta a criterios de atribución competencial, los parámetros para determinar el salario relevante para calcular una prestación de Seguridad Social no resultaban contrarios al derecho de la UE porque no formaban parte de sus competencias. Sin embargo, cuando el TJUE tiene competencias para actuar, porque la cuestión se mueve estrictamente en el ámbito de responsabilidad indemnizatoria por parte del empresario en relación al salario percibido, establece que el ejercicio del derecho al disfrute de los permisos parentales no puede impedir el acceso a otros derechos, en particular, el derecho a la indemnización que hubiera correspondido por extinción si el trabajador no se hubiera encontrado en situación de permiso parental.

respetando el límite máximo de los 8 años; así como definir el régimen del contrato o de la situación laboral para el periodo del permiso parental. Con relación a esto último puede recordarse que el TJUE en el asunto Kiiski, de 20 de septiembre de 2007 (C-116/06), confirmó que la relación de trabajo entre el empresario y el trabajador se mantiene durante el periodo de disfrute del permiso. También a los Estados o a los interlocutores sociales les correspondía, según la cláusula 2.4, adoptar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber solicitado o disfrutado de un permiso parental

Podían ser decididos también directamente por los Estados miembros o los interlocutores sociales, según disponía también la cláusula 2,; la transferibilidad del derecho (a pesar de la sugerencia de intransferibilidad para fomentar el uso del permiso por hombres); las formas del disfrute del derecho como: a jornada completa, jornada parcial, de forma fragmentada o en forma de crédito de tiempo; los requisitos de acceso al derecho (a través de la fijación de una antigüedad –no superior a un año–); los periodos de preaviso que debía dar al empresario el trabajador, con indicación del inicio y final del periodo de permiso; las circunstancias que permitían posponer la concesión del permiso (se hacía en el Acuerdo una lista ejemplificativa); las particularidades para las pequeñas empresas –concretamente para que pudieran responder a las necesidades de funcionamiento y organización de las mismas–, y también los derechos de Seguridad Social⁸⁹, teniendo en cuenta la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones y, en especial, a la asistencia sanitaria.

3.3.2. *Los permisos parentales en la Directiva 2010/18/UE*

Unos años más tarde de que se adoptara el primer Acuerdo Marco sobre el permiso paren-

⁸⁹ Vid., J.F. LOUSADA AROCHENA, «Permiso parental y Seguridad Social» en *REDT*, nº 83, 1997, p. 381 y sig.

tal –en 2008– se iniciaron las negociaciones para su revisión, siguiendo el mismo esquema de trabajo que dio lugar a aquel Acuerdo. El resultado fue la adopción de un nuevo Acuerdo, celebrado por BUSSINESSEUROPE (antes denominada UNICE), UEAPME (Organización Europea de Interlocutores Sociales del Artesanado y Pequeña y Mediana Empresa), CEEP y CES, suscrito el día 18 de junio de 2009, que se presentó con la intención de que se hiciera vinculante en los Estados miembros de la Unión. El Acuerdo se incorporó como anexo en una nueva Directiva, la 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, sobre Permiso Parental, que derogaba la de 1996⁹⁰.

El ámbito de aplicación de la norma sigue siendo el mismo que en el Acuerdo anterior puesto que se reitera que se *«aplica a todos los trabajadores, tanto hombres como mujeres, que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro»*, incluyendo, como ya había reconocido el TJUE en los asuntos Meerts y Chatzi, a los empleados públicos. Ante esta declaración cabe preguntarse qué otros trabajadores están incluidos en el ámbito de aplicación de la norma, puesto que los términos *«trabajadores»*, *«contrato de trabajo»* y *«relación laboral»* no se definen en ningún lugar de la Directiva. Entre las consideraciones generales del Acuerdo, la número 15 señala que este *«es un Acuerdo marco que enuncia requisitos mínimos y disposiciones sobre el permiso parental, distinto del permiso de maternidad, [...] y se remite a los Estados miembros o a los interlocutores sociales para la adopción de sus condiciones de acceso y modalidades de aplicación, con el fin de tener en cuenta la situación de cada*

*Estado miembro»*⁹¹. Recientemente se planteó ante el Tribunal de Justicia un asunto, Rodríguez Sánchez, de 16 de junio de 2016 (C-351/14), que cuestionaba la exclusión de un socio-trabajador de una cooperativa de trabajo asociado del ámbito de la Directiva, lo que ha servido para reflexionar al respecto –fundamentalmente al Abogado General Szpunar–. A pesar de lo sugerente de la cuestión, el Tribunal de Justicia no ha entrado a pronunciarse a este respecto al considerar la inadmisibilidad de la cuestión⁹².

⁹¹ Debe tenerse en cuenta que el concepto de «trabajador» en el Derecho de la Unión no ha sido unívoco sino que ha variado según el ámbito de aplicación de que ha tratado, por ejemplo en el asunto O'Brien, de 1 de marzo de 2012 (C-393/10), relativo al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial anexo a la Directiva 97/81/CE.

⁹² El Abogado General Maciej Szpunar, en las conclusiones presentadas el 3 de marzo de 2016 sobre el asunto C-351/14, ha tenido ocasión de hacer alguna reflexión respecto a la naturaleza jurídica de la relación laboral que puede unir a quien pretende beneficiarse de un permiso parental y la empresa en la que presta servicios. En este asunto una socia trabajadora de una cooperativa polivalente reclamaba el derecho a la concreción horaria que había solicitado, tras un permiso de maternidad, para adaptar su jornada a los horarios de guardería de su hijo. La cooperativa, que ya le había concedido una reducción de jornada laboral, no había dado respuesta a la solicitud de adscripción de la trabajadora a turno fijo de mañana. Ante el Tribunal de Luxemburgo se planteó cuestión prejudicial en la que se preguntó si entraba en el ámbito de la Directiva, que incluía a los trabajadores que hubieran concertado un contrato de trabajo, la relación de socio-trabajador de una cooperativa de trabajo asociado que era calificada por la norma interna como societaria. Pese a que la cuestión planteada fue calificada como inadmisibile por el Tribunal resultan de interés las aportaciones del Abogado General en sus conclusiones. Ante la cuestión de si la relación existente entre un socio-trabajador y la cooperativa constituye un «contrato de trabajo» o una «relación laboral» en el sentido de la cláusula 1 del Acuerdo Marco revisado, de manera que la relación se encuentre incluida en el ámbito de aplicación de la disposición, debe zanjarse conforme al Derecho nacional, siempre que ello no lleve a excluir arbitrariamente a esta categoría de personas del derecho a la protección ofrecida por el Acuerdo. La exclusión solo se podría admitir si la relación que une a los socios-trabajadores con la cooperativa es, por su naturaleza, sustancialmente diferente de la que vincula a los empleados que pertenecen, según el Derecho nacional, a la categoría de trabajadores con sus empresarios. En el caso de los socios-trabajadores de una cooperativa, no existe ninguna duda sobre el hecho de que la prestación del trabajo se realiza en el marco de una relación de subordi-

⁹⁰ Es de señalar que el artículo 2 de la nueva Directiva incorpora, con objeto de garantizar su efectividad, la obligación expresa de que los Estados miembros determinen sanciones en caso de infracción de las disposiciones nacionales promulgadas en su aplicación (lo que sugiere un vínculo con la normativa antidiscriminatoria).

El régimen jurídico del permiso parental diseñado en la primera Directiva se mantiene⁹³, si bien el Acuerdo revisado mejora varias de las disposiciones incluidas en el texto anterior, especialmente en lo que respecta a la ampliación del periodo mínimo de permiso, que se extiende de tres a cuatro meses, y a su refuerzo como derecho individual mediante una disposición que hace intransferible una parte del periodo de permiso, el plazo de un mes⁹⁴. Precisamente la cláusula 2.2 dispone que *«el permiso tendrá una duración mínima de cuatro meses y, a fin de promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, debe, en principio, concederse con carácter intransferible. Para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, al menos uno de los cuatro meses será intransferible. Las modalidades de aplicación del periodo intrans-*

nación y dependencia y como contrapartida de una remuneración. No obstante la relación entre socios-trabajadores y la cooperativa es definida por la normativa interna como societaria y no como laboral. Pero reconociéndose esta calificación, lo importante aquí parece ser la prestación de trabajo, que en ambos casos es coincidente, con independencia de si la naturaleza del vínculo que une a los sujetos implicados es de trabajo por cuenta ajena o societaria. Así pues, en nuestra opinión, la naturaleza de la relación no debe limitar la aplicación de la Directiva si la prestación de trabajo es similar a la que prestan los trabajadores con contrato de trabajo. Además, debe tenerse en cuenta que, en nuestro país, la disposición adicional primera de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras dispone que: «podrán acogerse a los beneficios establecidos en esta Ley los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas y trabajadores de las sociedades laborales, durante los periodos de descanso por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción y acogimiento, con independencia del régimen de afiliación de la Seguridad Social, en el que estuvieren incluidos, con las peculiaridades propias de la relación societaria».

⁹³ Sigue sin existir referencia alguna en el texto al cuidado de dependientes.

⁹⁴ Entre las medidas que se han señalado por la doctrina como necesarias para la efectividad del derecho destaca la de que no existan posibilidades de transferirle a la madre, por parte del padre, la proporción de permiso que le corresponde a este –junto a que la duración del permiso sea relativamente corta y que el beneficiario, a lo largo de su disfrute, reciba ingresos económicos suficientes–. J. CABEZA PEREIRO, «¿En qué debe cambiar el Derecho español para adaptarse al Acuerdo Marco revisado sobre permiso parental?» en *Aranzadi Social*, nº 6, 2010, BIB/1242.

ferible se establecerán a nivel nacional por ley o convenios colectivos que tengan en cuenta las disposiciones sobre permisos vigentes en los Estados miembros. Con las nuevas condiciones dispuestas en el precepto se ha intentado responder, aunque limitadamente, al requerimiento de intransferibilidad de permiso, como se expresa en el considerando 16 del Acuerdo «considerando que el derecho al permiso parental conforme al presente Acuerdo es un derecho individual y en principio intransferible, y se permite que los Estados miembros lo hagan transferible. Dado que la experiencia muestra que, si se da carácter intransferible a este permiso, puede servir de incentivo positivo para que lo utilicen los padres, los interlocutores sociales acuerdan que se dé carácter intransferible a parte del permiso».

Como se ha apuntado, uno de los asuntos que más conflictos ha generado ha sido la posible pérdida o reducción de derechos derivados de la relación laboral a los que el trabajador puede tener derecho cuando se inicia un permiso parental. El mantenimiento sin modificaciones de los derechos adquiridos o en curso de adquisición hasta el fin del permiso parental (con independencia de su duración –que puede ser de más de cuatro meses–) sigue declarándose en los mismos términos que en la norma anterior, ahora en la cláusula 5.2. El Tribunal de Justicia ha vuelto a pronunciarse al respecto haciendo hincapié en la finalidad protectora del precepto en el reciente asunto H, de 7 de septiembre de 2017 (C-174/16), en el que se reconoció a la trabajadora que disfrutaba del permiso el derecho a obtener una posible promoción definitiva a una función directiva (realizando unas prácticas de duración determinada). Se estimó que no resultaba conforme a la norma comunitaria la decisión de la empresa de cesar a la empleada como trabajadora en prácticas y, en consecuencia, adjudicarle de nuevo su puesto anterior, de nivel inferior, por no haber superado con éxito, debido a su ausencia por razón del permiso parental, el período de prácticas de dos años en el puesto directivo que se le había adjudicado antes del mencionado permiso.

El Acuerdo revisado atribuye a los Estados miembros o a los interlocutores sociales la

adopción de medidas necesarias para proteger a los trabajadores no solo ya frente al despido sino también frente a cualquier trato menos favorable por el hecho de haber solicitado o utilizado un permiso parental. Este contenido, ubicado en la cláusula 5.4 del Acuerdo Marco, ha recogido la doctrina del TJUE vertida en pronunciamientos como Riezniece, de 20 de junio de 2013 (C-7/12).

Puede apreciarse también que el Acuerdo de 2009 mejora las previsiones contenidas en el Acuerdo anterior al prever la fijación obligatoria –y no potestativa– de los períodos de preaviso que el trabajador que ejerza su derecho debe dar al empresario.

Otras referencias son dignas de mención en el texto del Acuerdo revisado como que en la exigencia de una determinada antigüedad, no superior a doce meses, entre los requisitos de acceso al derecho –que los Estados miembros o los interlocutores sociales podían requerir a los trabajadores– se incluye ahora la previsión de que se tenga en cuenta la suma de los distintos contratos temporales celebrados por el trabajador⁹⁵, o que se tomen las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo⁹⁶. Expresamente, la cláusula 6.1 relativa a la reincorporación al trabajo dispone que «para

promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores». Cabe destacar que es la primera vez que la ordenación comunitaria sobre permisos parentales presta atención al momento puntual de la reincorporación del trabajador tras el disfrute del permiso lo que evidencia la preocupación de los interlocutores sociales europeos por reducir algunos de los efectos negativos que puede provocar uno de estos permisos en la carrera profesional de los trabajadores⁹⁷. Precisamente, en el asunto Rodríguez Sánchez, de 16 de junio de 2016 (C-351/14), se declaró la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial sobre la base de que la cláusula 6.1 del Acuerdo Marco revisado trata de situaciones de reincorporación al trabajo tras el permiso parental y no puede interpretarse en el sentido de que cubre igualmente una situación de reincorporación tras un permiso de maternidad, en el sentido de la Directiva 92/85/CE, como aquella en la que se encontraba la demandante del litigio principal, cuando formuló su petición. En nuestro país, en opinión del Tribunal, se entiende que un permiso de maternidad disfrutado con arreglo a esta base jurídica es también un permiso parental –como el que es objeto de la cláusula 2 del Acuerdo revisado–. Por tanto, se consideró que en el asunto tratado no acontecía la situación de reincorporación al trabajo tras un permiso parental puesto que su ejercicio todavía estaba en curso ya que se estaba disfrutando de una reducción de jornada y, en consecuencia,

⁹⁵ Esta referencia recoge la doctrina del TJUE sobre el encadenamiento de contratos temporales como el asunto Angelidaki, de 23 de abril de 2009 (Asuntos acumulados C-378 a 380/07) o Deutsche Lufthansa, de 10 de marzo de 2011 (C-109/09). Se ha criticado que la referencia se limite a los contratos temporales y no alcance a los contratos a tiempo parcial, *vid.*, J. CABEZA PEREIRO, «La conciliación de la vida privada y profesional en *era-comm.eu*, p. 6.

⁹⁶ Los empresarios han de tomar en consideración sus peticiones, atendiéndolas en la medida de lo posible. Se ha puesto de relieve que es la primera vez que un cierto derecho matizado a la adaptación de jornada por razones de conciliación de responsabilidades ha sido incorporado en un texto normativo. M.A. BALLESTER PASTOR, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad» en *Revista de Derecho Social*, nº 51, 2010, p. 57.

⁹⁷ B. FERNÁNDEZ DOCAMPO, «La reincorporación al trabajo tras el disfrute del permiso parental. Medidas previstas en la Directiva 2010/18, de 8 de marzo» en AA.VV., *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo* (Dir. M. FERNÁNDEZ PRIETO y J. CABEZA PEREIRO), Bomarzo, Albacete, 2012, p. 142 y sig.

la adaptación de la jornada no tenía lugar tras su reincorporación.

Con buena intención, en la Directiva – apartado 2 de la cláusula 6– se anima a los trabajadores y empresarios a mantener contactos durante el período de permiso y a tomar medidas adecuadas para la reanudación de la actividad laboral con el fin de que se reduzca la separación existente entre el trabajador y su puesto de trabajo.

Una última referencia sobre el contenido del Acuerdo es digna de mención; la relativa a la ausencia al trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia del trabajador. En tales casos, reiterando el contenido del Acuerdo anterior, se dice únicamente que los Estados miembros o los interlocutores sociales deberán adoptar las medidas necesarias para autorizar dichas ausencias y podrán precisar las condiciones de acceso y limitar tal derecho a una duración determinada (por año o por caso).

3.4. La aportación de otros instrumentos de Derecho derivado al objetivo de la conciliación

Junto al conjunto normativo y jurisprudencial basado en la protección de los trabajadores que se acogen a los diferentes derechos de ausencia como los permisos de maternidad, paternidad o adopción o los permisos parentales es conveniente contar con fórmulas de trabajo flexible que puedan evitar que los trabajadores abandonen el mercado de trabajo cuando asuman responsabilidades familiares⁹⁸. La consecución de una participación equilibrada de hombres y mujeres tanto

en el mercado de trabajo como en la vida familiar ha demandado la promoción de medidas basadas en el derecho de presencia de los trabajadores en sus puestos de trabajo, como aquellas tendentes a evitar los efectos negativos del alejamiento de sus entornos de trabajo, de quienes se acogen a permisos relacionados con las necesidades familiares o las dirigidas a posibilitar la adaptación del tiempo de trabajo o del lugar de prestación de los servicios de los empleados con cargas familiares, mediante el acceso a horarios flexibles o el teletrabajo.

3.4.1. *El trabajo a tiempo parcial y la conciliación*

El Consejo Europeo de Essen de 1994⁹⁹ había propuesto promover modalidades diversas de trabajo con el objeto de elevar el alto nivel de desempleo existente. Entre estos nuevos modelos, destacó el trabajo a tiempo parcial, concebido también desde un principio como un instrumento que podía facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, por permitir una organización más adaptable del trabajo¹⁰⁰.

El trabajo a tiempo parcial ha sido considerado tradicionalmente como una de las modalidades de empleo que más facilita la conciliación de la vida laboral y familiar. Así lo reconoció la consideración general quinta del Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, CEEP y CES, celebrado el 6 de junio de 1997 integrado en la Directiva sobre trabajo a tiempo parcial, que señala que: «*las partes del presente Acuerdo consideran importantes las medidas que podrían facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial para los hombres y las mujeres con vistas a preparar la jubilación, compaginar la vida profesional y la vida familiar...*»¹⁰¹.

⁹⁹ También el posterior Consejo de Dublín, celebrado los días 13 y 14 de diciembre de 1996.

¹⁰⁰ N.M. MARTÍNEZ YAÑEZ, «Flexibilidad del trabajo a tiempo parcial y conciliación de la vida laboral y familiar» en *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*, p. 170 y sig.

¹⁰¹ Sorprende el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto Mascellani, de 15 de octubre de 2014

⁹⁸ Vid., Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una iniciativa para proveer la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los trabajadores y los cuidadores», de 26 de abril de 2017. COM (2017) 252 final.

La Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997¹⁰², incluyó el Acuerdo adoptado que reconocía, en su cláusula 1, que su objeto era «*garantizar la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial*» lo que indirectamente contribuye al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, dentro del marco del principio de no discriminación puesto que, como demuestran datos conocidos¹⁰³, la gran mayoría de trabajadores a tiempo parcial son mujeres. En la actualidad tal dimensión del trabajo a tiempo parcial es cuestionada por los efectos negativos¹⁰⁴ que puede tener sobre la igualdad de oportunidades¹⁰⁵ por las repercusiones que la feminización de este tipo de trabajo conlleva, como dificultades de promoción o los bajos ingresos. Precisamente la lógica inferior retribución del trabajo a tiempo parcial, a pesar de que facilita la conciliación de la vida personal y laboral, puede causar una dependencia de estos trabajadores de sus cónyuges o, en caso de familias monoparentales, situaciones de precariedad económica.

La Directiva 97/81/CE exigió a los Estados miembros que establecieran unos principios generales y unas condiciones mínimas para este tipo de contrato. En la cláusula 4 del Acuerdo se decía que «*no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera*

menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas». En fin, al tratar de disminuir las diferencias entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, se persiguió también reducir las desigualdades existentes entre trabajadores masculinos y femeninos¹⁰⁶. Además, según el principio de no discriminación de esta cláusula, los trabajadores a tiempo parcial han de ser titulares de los mismos derechos de conciliación que los trabajadores a tiempo completo¹⁰⁷.

A la vista del contenido de la Directiva puede constatar que no hay ninguna referencia directa a la materia de conciliación¹⁰⁸. Si se prohíbe la discriminación contra los trabajadores a tiempo parcial y se establece que los empleadores deben tomar en consideración las peticiones de trabajo a tiempo parcial de los trabajadores, pero no se contempla el derecho a solicitar otro tipo de fórmulas de trabajo flexible que pueden ser importantes para la conciliación de la vida familiar y la vida profesional. A pesar de lo expuesto, las Instituciones comunitarias son conscientes de las cautelas con las que hay que contar a la hora de valorar el trabajo a tiempo parcial

(C-221/2013), que consideró conforme a la Directiva una norma nacional que permitía la conversión unilateral por el empresario de un contrato a tiempo parcial en uno a tiempo completo, puesto que esta modalidad es habitualmente utilizada por los trabajadores para posibilitarles el cuidado de familiares.

¹⁰² Modificada por la Directiva 98/23/CE, de 7 de abril de 1998, por la que el contenido de la Directiva anterior se extendió a Gran Bretaña.

¹⁰³ Eurostat (*ec.europa.eu*) (Estadísticas de empleo. Contratos a tiempo parcial y de duración determinada –actualizado a octubre de 2016–. En 2014 algo menos de un tercio (32,2%) de las mujeres de entre 15 y 64 años con empleo en la EU-28 trabajaban a tiempo parcial, proporción muy superior a la de los hombres (8,8%).

¹⁰⁴ Dictamen CESE 325/2004 sobre «Medidas de apoyo al empleo». SOC/159, de 26 de febrero de 2004.

¹⁰⁵ R. BELTRÁN FELIP, «Las mujeres y el trabajo a tiempo parcial en España. Elemento para su análisis», *Cuaderno de Relaciones Laborales*, nº 17, 2000, p. 139 y sig.

¹⁰⁶ E. JUARISTI BESALDUCH, «¿Qué persigue la normativa de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?», *Boletín del Centro de Investigación de Economía y Sociedad*, nº 96, 2012, p. 8. La relación entre trabajo a tiempo parcial y discriminación indirecta por razón de sexo puede verse en la sentencia Hill Stapleton, de 17 de junio de 1998 (C-243/95).

¹⁰⁷ Uno de los criterios de calidad del trabajo a tiempo parcial aceptado por las instituciones europeas es la posibilidad de que los trabajadores contratados bajo esta modalidad puedan alcanzar un equilibrio aceptable entre su vida laboral y personal. *Opinion on flexible and part-time working arrangements and the gender dimension of the labour market*, Advisory Committee on Equal Opportunities for Women and Men, European Commission, December, 2014, p. 4.

¹⁰⁸ La normativa europea sobre tiempo de trabajo se ha articulado generalmente al margen de la conciliación. E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «Las debilidades del contrato a tiempo parcial como instrumento de conciliación» en AA.VV., *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo* (Dir. M. FERNÁNDEZ PRIETO y J. CABEZA PEREIRO), p. 347 y sig.

como medio para facilitar la conciliación puesto que, si bien ha resultado útil para que algunas mujeres permanezcan en el mercado de trabajo después de dar a luz, también se ha observado que los largos períodos de horarios reducidos pueden dar lugar a un descenso de las cotizaciones a la Seguridad Social, lo que más tarde se traduce en la reducción de derechos al cobro de pensiones.

3.4.2. *La escasa implicación de la ordenación del tiempo de trabajo en materia de conciliación*

La conciliación no ha tenido ningún protagonismo en las Directivas sobre ordenación de tiempo de trabajo. La originaria Directiva 93/104/CE no se ocupó de esta materia, así como tampoco la reforma de 2000 a través de la Directiva 2000/34/CE. En la refundición llevada a cabo por la Directiva 2003/88/CE se ha mantenido la misma tónica¹⁰⁹.

La Directiva ha dejado múltiples ventanas abiertas para que pueda, en el nivel interno, flexibilizarse la normativa de tiempo de trabajo concediendo a los Estados miembros la posibilidad de escapar de los preceptos de la Directiva, mediante instrumentos individuales y colectivos y, en definitiva, no aplicarla¹¹⁰.

El artículo 22 de la Directiva permite la aplicación de la cláusula *opting out* individual¹¹¹, que consiste en la inaplicación de los límites de duración semanal de la jornada en

los casos en los que exista consentimiento por parte del trabajador, al permitir que un Estado miembro pueda no respetar la duración máxima media del tiempo de trabajo semanal, fijado en 48 horas –incluidas las extraordinarias– en los casos en los que el trabajador haya consentido realizar una jornada mayor.

Los interlocutores sociales han propuesto la eliminación de la cláusula *opting out*, no solo por razones basadas en la seguridad y salud de los trabajadores sino también en la tendencia actual del mercado laboral de que conviene procurar la conciliación de la vida laboral y familiar; a este respecto consideran que dicho objetivo no se vería favorecido por el mantenimiento de una situación en la que los empleados podrían trabajar un número de horas que podría ser incompatible con una vida privada y profesional adecuada¹¹².

Se ha intentado, en varias ocasiones, modificar la Directiva. En la propuesta de reforma de septiembre de 2004¹¹³ se hizo expresamente referencia a que la nueva norma comunitaria debía facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar. Este objetivo ha de concurrir con el adecuado equilibrio en esta materia entre la flexibilidad y la seguridad que además confluyen con el fin primordial de la Directiva que es la protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores. En una modificación de la propuesta inicial de revisión de la

laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado, p. 227.

¹⁰⁹ Además del Parlamento Europeo, sobre la base del contenido del Informe Cercas, así como algunos Estados miembros como Francia, España, Bélgica o Finlandia. En contra de la eliminación de la cláusula se encuentran la Comisión, que propone su mantenimiento pero con requisitos adicionales para evitar eventuales abusos, y ciertos Estados como Polonia o Malta. D. ENJUTO JAREÑO, «La modificación de la Directiva 2003/88/CE: problemática en torno a la cláusula «opt out», al período de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria y al concepto de «tiempo de trabajo efectivo», *Ius-labor*, nº 3, 2005, p. 8 y 9.

¹¹³ COM (2004) 607 final, en cuyo considerando sexto se hacía referencia a que para mejorar la compatibilidad entre la vida laboral y familiar, incumbía a los Estados miembros fomentar la negociación entre los interlocutores sociales.

¹⁰⁹ Tampoco en documentos más recientes relativos a la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo como la Comunicación de la Comisión «Interpretative Communication on Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time». C (2017) 2601 final, de 26 de abril de 2017.

¹¹⁰ J. CABEZA PEREIRO, «Fuentes reguladoras de la jornada de trabajo» en AA.VV., *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, 2007, p. 14 y sig.

¹¹¹ Vid., A. PAZOS PÉREZ, «Aspectos relevantes de la reducción de jornada y la excedencia para atender al cuidado de hijos y familiares. Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España» en *Conciliación de la vida*

Directiva, de mayo de 2005¹¹⁴, se dio una mayor relevancia a la conciliación al proponer, en sus considerandos quinto y séptimo, que era necesario, de un lado, encontrar un equilibrio entre la conciliación de la vida profesional y familiar y, de otro, una mayor flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo¹¹⁵. Además en esta propuesta se introdujo un nuevo artículo 2 *ter* denominado *Conciliación de la Vida Laboral y Familiar* en el que se indicaba que los Estados animarían a los interlocutores sociales a que celebraran, en el nivel adecuado y, sin perjuicio de su autonomía, acuerdos destinados a mejorar la compatibilidad entre la vida familiar y laboral¹¹⁶. Por último, la Comunicación de la Comisión sobre la revisión de la Directiva de diciembre de 2010¹¹⁷ insiste en tales acciones con la finalidad de atender los grandes cambios que se están produciendo en el mercado de trabajo, sobre todo por la incorporación de las mujeres y los retos que plantea el cuidado de los niños y las personas mayores.

Las sucesivas propuestas de reforma de la normativa comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo han concluido con el rechazo mayoritario del Parlamento Europeo¹¹⁸. En ellas se hacía hincapié en la necesidad de un diseño de la normativa sobre tiempo de trabajo que fomentase la conciliación de la vida familiar y laboral con la finalidad de promover el acceso de la mujer al mercado de trabajo,

sin embargo la peculiar forma de abordar este reto así como, entre otros, la ampliación de la jornada por encima de los topes máximos o la distribución irregular de la jornada con la ampliación del período de referencia han motivado que dichos proyectos no viesen la luz¹¹⁹.

3.4.3. *El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*

En el contexto de la Estrategia Europea para el Empleo diseñada en el Consejo de Luxemburgo en el año 1997, el Consejo Europeo invitó a los interlocutores sociales a negociar acuerdos para modernizar la organización del trabajo, que incluyeran fórmulas de trabajo flexible con el objetivo de mejorar la productividad y la competitividad de las empresas y lograr el equilibrio entre flexibilidad y seguridad. Más tarde, la Estrategia del Consejo Extraordinario de Lisboa, de marzo de 2000, «*Hacia la Europa de innovación y conocimiento*» subrayó la importancia de preparar el camino hacia la economía y la sociedad del conocimiento. Con el fin de cumplir dichos objetivos los agentes sociales se propusieron alcanzar un acuerdo sobre teletrabajo.

En este marco, el teletrabajo fue concebido como un medio de modernizar la organización del trabajo para las empresas y organizaciones de servicios públicos y para que los trabajadores pudieran conciliar su vida profesional y personal¹²⁰ y ofrecerles mayor autonomía en la realización de sus tareas, compaginando las

¹¹⁴ COM (2005) 246 final.

¹¹⁵ En este sentido cabe recordar que en todos los países de la Unión se han adoptado, por vía legislativa o a través de acuerdos con los interlocutores sociales, diferentes medidas tendentes a flexibilizar el tiempo de trabajo para permitir una mayor compatibilidad entre la vida profesional y la familiar, fundamentalmente como la reducción o adaptación del tiempo de trabajo para atender a menores o familiares dependientes.

¹¹⁶ C. FERRADANS CARAMÉS, «La controvertida reforma de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo», *Temas Laborales*, nº 86, 2006, p. 129 y 130.

¹¹⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. COM (2010) 801 final.

¹¹⁸ D. M. CAIRÓS BARRETO, «Condiciones de empleo y trabajo», *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 350 y sig.

¹¹⁹ F.J. TRILLO PÁRRAGA, *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 104.

¹²⁰ Se ha valorado que las nuevas tecnologías de la comunicación y la información pueden resultar instrumentos muy útiles para conseguir crear dinámicas de conciliación, ya que resuelven dos de sus principales problemas: el tiempo y la distancia; al permitir deslocalizar el trabajo y hacer las tareas más rápidamente, restando así tiempo al ámbito laboral y facilitando más tiempo para otros aspectos de la vida. C. PÉREZ SÁNCHEZ y A.M. GÁLVEZ MOZO, «Teletrabajo y vida cotidiana: ventajas y dificultades para la conciliación de la vida laboral, personal y familiar», Athenea Digital, nº 15, 2009, p. 62.

necesidades de flexibilidad y seguridad de ambas partes¹²¹. Precisamente a las potencialidades de esta forma de trabajar para conciliar la vida profesional y la privada hace referencia el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, de 16 de julio de 2002¹²², en sus consideraciones generales: «*los interlocutores sociales consideran el teletrabajo... como un medio... para los trabajadores [de] reconciliar vida profesional y vida social y darles mayor autonomía en la realización de sus tareas*» (1 párrafo 4).

El teletrabajo ha sido definido, en el apartado segundo del Acuerdo, como la forma de organización y/o de realización del trabajo en la que se utilizan las tecnologías de la información¹²³, en el marco de un contrato de trabajo o de una relación laboral, en la que un trabajo, que podría desarrollarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de tales sedes. Se presenta así un modo de desarrollar una actividad que rompe con los esquemas tradicionales al producirse un cambio en el entorno de trabajo puesto que el trabajador no acude a la empresa a realizar el trabajo.

¹²¹ L. MELLA MÉNDEZ, «Comentario general al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, Relaciones Laborales, 2003, nº 1, p. 177 y sig.

¹²² Primer Acuerdo que se aplica sin el apoyo de una Directiva. Vid., M.D. SANTOS FERNÁNDEZ, «El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo: Negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria», *Trabajo: Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, v. 14, 2004. Se trata de un acuerdo colectivo europeo autónomo que han de ser aplicados en la negociación colectiva nacional. Junto a este acuerdo, también se han alcanzado el Acuerdo Marco Europeo sobre el Estrés Laboral, de 8 de octubre de 2004 y el Acuerdo Marco Europeo sobre el Acoso y la Violencia en el Trabajo, de 26 de abril de 2007. La naturaleza de los acuerdos marco exige un contenido flexible y amplio para permitir su adaptación a los distintos ordenamientos nacionales en los que van a ser desarrollados mediante negociación colectiva interna. M.C. AGUILAR GONZÁLVIZ, «El teletrabajo como medida conciliadora de la vida laboral, personal y familiar», AA.VV., *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios de Derecho Internacional y Comparado*, p. 541.

¹²³ Vid., L. MELLA MÉNDEZ, «Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores», *Trabajo y Derecho*, nº 16, 2016.

El teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario y puede establecerse esta modalidad desde el inicio de la relación o adaptarlo con posterioridad; si bien en ambos casos se mantiene la obligación del empresario de informar al trabajador de las condiciones aplicables al contrato o a la relación laboral, conforme establece la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991. En lo que respecta a las condiciones de empleo, los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa. Pueden ser necesarios, no obstante, acuerdos específicos complementarios individuales o colectivos, según las particularidades del teletrabajo.

Con relación a la vida privada del teletrabajador, se declara expresamente que el empresario debe respetarla y, en caso de que se instale un sistema de vigilancia, este debe ser proporcional al objetivo perseguido.

En fin, a pesar de la incidencia que esa modalidad de trabajo tiene entre las medidas flexibilizadoras de la jornada laboral que contribuyen a facilitar las necesidades de los empleados de alcanzar un equilibrio entre su vida laboral y privada¹²⁴, no puede decirse que el teletrabajo haya sido incluido expresamente entre las medidas destinadas a la conciliación de las facetas profesional y personal de las personas trabajadoras.

¹²⁴ El Acuerdo, en su apartado noveno, al establecer mejores condiciones en relación con la jornada laboral en su indicación de que el trabajador «gestionará la organización del tiempo de trabajo», si que pretende conseguir una mejora de la empleabilidad de aquellos trabajadores con cargas familiares puesto que les permite tener un mayor grado de autonomía en la realización de sus tareas –y que, en caso contrario, no podrían acceder al mercado de trabajo–.

RESUMEN

Esta aportación aborda el tratamiento jurídico de la conciliación de la vida laboral y familiar en la Unión Europea a partir de las normas de derecho originario y aquellas otras de derecho derivado que, directa o indirectamente, regulan diferentes mecanismos que permiten a las personas compatibilizar las exigencias de su trabajo y las de su vida personal, entre las que destacan las Directivas sobre igualdad entre hombres y mujeres, sobre protección de la maternidad y sobre permisos para la atención de los hijos y familiares. Tal panorama normativo debe completarse necesariamente con las numerosas contribuciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la configuración de los derechos de conciliación. Su labor ha sido decisiva para la fijación de importantes líneas interpretativas que se han consolidado con el paso del tiempo y que se han ido enriqueciendo con sucesivos pronunciamientos, fundamentalmente en lo referido a la protección de los trabajadores que se han acogido a los correspondientes permisos y a la promoción de las medidas de conciliación destinadas tanto a hombres como a mujeres.

No puede decirse que el conjunto de disposiciones que regulan los principios y los distintos instrumentos que han sido incorporados en materia de conciliación constituya un cuerpo compacto y armónico, sino que se presenta, más bien, como un grupo disperso y dinámico de normas que responden a objetivos diversos (principio antidiscriminatorio, protección de la salud de las trabajadoras, protección de la familia, garantía de ausencia al trabajo, políticas activas de empleo...). En sus inicios, las medidas de conciliación contemplaron esencialmente la situación de las mujeres trabajadoras y su necesidad de compaginar sus obligaciones laborales y las relacionadas con la familia. Ante tal panorama comenzó a asumirse la conveniencia de adoptar medidas que permitieran la asunción de responsabilidades familiares por parte de ambos sexos. La conciliación de la vida laboral y familiar ha estado vinculada, desde los primeros momentos, al principio de igualdad por razón de género. Dicha conexión se descubre claramente en el Tratado de Amsterdam, en las Directivas sobre igualdad o en la jurisprudencia que reconoció la discriminación por razón de sexo. A partir de finales del pasado siglo se ha ido produciendo una cierta desvinculación de la cuestión conciliatoria respecto de la de género a través, sobre todo, del contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la que se reconoce a toda persona el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental, y de las Directivas sobre permisos parentales. Estas normas de derecho derivado –la Directiva 96/34/CE, inicialmente, y la Directiva 2010/18/CE, más tarde– buscaron, por primera vez, un reparto equitativo de la responsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia al tratar de promover que la atención de los hijos y dependientes fuera asumida y compartida por ambos progenitores. A pesar de los avances conseguidos, en los últimos años, se aprecia la voluntad de dar un paso más hacia la consecución de la equiparación de roles entre las mujeres y los hombres en la asunción de tareas familiares, a través, por ejemplo, de la integración de los padres en el cuidado doméstico y de la propuesta de medidas que van más allá de la regulación de los derechos de ausencia en el trabajo, como el interés por la utilización de jornadas más flexibles, del teletrabajo o del trabajo a tiempo parcial, así como una toma de conciencia acerca de realidades de aparición más reciente (progenitores del mismo sexo, monoparentalidad o maternidad subrogada) cuya atención está generando nuevos retos. Recientemente, en abril de 2017, la Comisión Europea ha elaborado una propuesta de Directiva sobre conciliación de la vida laboral y familiar que vendría a sustituir a la actual Directiva de permisos parentales de 2010. En términos generales, la propuesta incluye, no solo un tratamiento integrado de distintas medidas con el fin común de corresponsabilizar a los hombres y a las mujeres en la asunción de tareas vitales sino también otras medidas concretas más avanzadas en su alcance para facilitar mayores resultados en materia de conciliación. Con relación a los

permisos para la atención de la familia, se ha propuesto una ampliación de la intransferibilidad de los permisos parentales o de la edad de los hijos que permite su disfrute, así como el establecimiento de nuevos permisos como el de paternidad o de personas cuidadoras. De otro lado, se han planteado medidas destinadas a incorporar mayor adaptabilidad en el entorno laboral a través de acuerdos de trabajo flexible.

Palabras clave: Conciliación de la vida laboral y familiar, Derecho de la Unión Europea, Permiso de maternidad, Permiso parental, Igualdad de género, Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, Políticas de conciliación, Igualdad de trato y no discriminación, Participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, Integración de las mujeres en el mercado de trabajo, Derechos de ausencia en el trabajo, Corresponsabilidad, Licencias por cuidado de hijos.

ABSTRACT

This article deals with the legal treatment of work-life balance in the European Union based on the rules of original law and those of secondary law that, directly or indirectly, regulate different mechanisms that allow people to balance their work requirements and their private lives, among them Directives on equality between men and women, on maternity protection and on leaves for the care of children and relatives. Such a regulatory scenario must necessarily be supplemented by numerous contributions of the Court of Justice of the European Union to the configuration of work-life balance rights. Its work has been decisive for the establishment of important interpretive lines that have been consolidated over time and that have been enriched with successive pronouncements, fundamentally with regard to the protection of workers who have taken advantage of the corresponding permits and the promotion of balance measures aimed at both men and women.

It cannot be said that the set of provisions that regulate the principles and the different instruments that have been incorporated in the subject of work-life balance constitute a compact and harmonious body, but rather presents itself as a dispersed and dynamic set of rules that respond to diverse objectives (anti-discrimination principle, protection of female workers health, protection of the family, guarantee of absence from work, active employment policies...). Originally, work-life balance measures basically considered the situation of female workers and their need to balance their work obligations and those related to the family. In view of this situation, the convenience of adopting measures that allow the acceptance of family responsibilities by both sexes began to be taken into account. From the beginning, work-life balance has been linked to the principle of gender equality. This connection is clearly shown in the Treaty of Amsterdam, in the Directives on equality or in jurisprudence that recognized gender discrimination. Since the end of last century, the question of work-life balance has been dissociated from that one of gender discrimination through, above all, the content of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which recognizes that any person has the right to paid maternity leave and parental leave, and of the Parental Leave Directives. These rules of secondary law –Directive 96/34 / EC, initially, and Directive 2010/18 / EC, later– sought, for the first time, an equitable distribution of responsibility in domestic work and family care when trying to promote that the care of children and disabled people was assumed and shared by both parents. Despite the progress made in recent years, there is a willingness to take a further step towards achieving equal roles for women and men about housework through, for example, the integration of parents in domestic care and the proposal of measures that go beyond the regulation of leave of absence rights at work, such as the interest in having more flexible working hours, teleworking or part-time work, as well as being aware of other new situations (same-sex parents, single-parenthood or surrogate motherhood) whose attention is generating new challenges. Recently, in April 2017, the European Commission drafted a proposal for a Directive on the reconciliation of work-life balance that would replace the current Parental Leave Directive of 2010. In general terms, the proposal includes, not only an integrated treatment of different measures with the common purpose of making men and women co-responsible in the assumption of vital tasks but also other more advanced and concrete measures in their scope to facilitate better results in terms of work-life balance. With regard to the leaves for family care, an extension of the non –transferability of parental leave or the maximum age of the children has been proposed, as well as the implementation of new leaves such as paternity or carers permits. On the other hand, measures have been proposed to incorporate greater adaptability in the work environment through flexible work agreements.

Keywords: Work-life balance, European Union Law, maternity leave, parental leave, gender equality, equal opportunities for men and women, work-life balance policies, equal treatment and non-discrimination, equal participation of men and women in the labour market and family life, integration of women in the labour market, leave of absence rights, co-responsibility Leave of absence for child care.

Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Reduction and adaptation of working hours due to work-life balance

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO*

El Derecho del Trabajo español en consonancia con el derecho comunitario europeo intenta conseguir en el ámbito de las relaciones laborales una mayor igualdad entre los hombres y las mujeres a la hora de asumir sus obligaciones paterno o materno filiales, con la finalidad de proteger los intereses de la infancia.

Con la intención de conseguir la citada igualdad, el legislador nacional traspone las Directivas 92/85/CEE, de 19 de octubre y, 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, al ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad; el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo; la Ley 53/2002,

de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, el RD-Ley 2/2003, de 25 de abril, de Medidas de reforma económica; y, la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (en adelante, LOI), que incorpora a nuestro Ordenamiento jurídico las Directivas 2002/73, de reforma de la Directiva 76/207, 2004/113 y la 97/80 CEE¹, también ha servido de instrumento para mejorar los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción compartida de obligaciones familiares, si

¹ Como ya es sabido, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social se había ocupado ya de transponer a nuestro Ordenamiento la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, de 2000, sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco de igualdad de trato en el empleo y la ocupación, para evitar, entre otras, las discriminaciones en el empleo basadas en la orientación sexual.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

bien su «razón de ser» constituye un objetivo más ambicioso ya que propone una «acción normativa dirigida a combatir la *subsistencia* de manifestaciones de discriminación por razón de sexo»², mediante la aprobación de una ley específicamente dedicada a ello.

En aras de esta igualdad plena y efectiva, entre hombres y mujeres, las normas citadas llevan a cabo una reestructuración de las principales instituciones laborales para la conciliación de la vida laboral y familiar en materia de permisos (tales como, el permiso por paternidad, por enfermedad grave u hospitalización, permiso por lactancia, el permiso para la atención de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, etc.), reducción de jornada (como es la reducción de jornada por guarda legal y más recientemente, por cuidado de menores a cargo afectados por cáncer u otra enfermedad grave, etc.), con la intención de igualar los derechos de los hombres y de las mujeres que afrontan la paternidad o maternidad.

En este contexto y centrándonos en el objeto del presente artículo, el Estatuto de los Trabajadores configura las denominadas «jornadas reducidas»³, como expresión de la reducción de la jornada de trabajo de la madre o padre trabajadores, que conllevan la consiguiente disminución proporcional del salario, y responden al interés de los poderes públicos en facilitar a los trabajadores la conciliación de su trabajo con la vida familiar.

Con esta finalidad y con la de tutela del hijo durante los primeros años de vida o la de cuidado de los familiares que lo necesiten, los trabajadores tendrán derecho a una reducción de su jornada, por las siguientes circunstancias:

- Guarda legal.

² M^a. A. CASTRO ARGÜELLES, D. ALVÁREZ ALONSO: La igualdad efectiva de mujeres y hombre a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, Ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, págs. 23 y 24.

³ A. MONTOYA MELGAR, Derecho del Trabajo, 38ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2017, pág. 348.

- Lactancia de un hijo menor de nueve meses.
- Cuidado de hijo en caso de nacimientos prematuros o que requiera hospitalización a continuación del parto y
- Hospitalización del menor afectado por cáncer o enfermedad grave.

REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL

Esta figura, regulada en art. 37.6 ET, tras la redacción otorgada por el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de laboral⁴, prevé «la reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario, entre al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla», en los siguientes supuestos:

- a) Cuidado directo de algún menor de doce años
- b) Cuidado directo de una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida.
- c) Cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

El derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal forma parte del desarrollo del mandato constitucional que establece la protección a la familia y a la infancia. La razón de ser de esta regulación se sitúa en los profundos cambios sociales y laborales ocasionados por la incorporación de la mujer al mercado laboral y en la necesidad de conciliar el trabajo y la vida familiar. La finalidad que pretende no es sólo satisfacer el derecho de

⁴ Precepto que, a su vez, fue modificado por la Disp. Adic. 11. 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

los trabajadores a conciliar su vida personal, familiar y profesional, sino también atender al cuidado directo de un niño menor de doce años o de un discapacitado que no desempeñe actividad retribuida alguna.

Dentro del concepto de «guarda legal» se incluye la guardia y custodia de los progenitores, la tutela, el acogimiento e incluso, señala un sector de la doctrina, el cónyuge incapacitado o el ascendiente discapacitado, que no estuviese sometido a ningún tipo de tutela, pero que precisase el cuidado de otra persona⁵.

También tienen derecho a reducir la jornada diaria los trabajadores que se encarguen del cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad (hijos, padres, nietos, abuelos y hermanos) o afinidad (suegros, abuelos del cónyuge, cuñados, cónyuge de los hijos y nietos. Aunque no se menciona expresamente, parece lógico entender que entre los sujetos causantes está incluido el cónyuge con el que no hay parentesco, pero sí idéntica y recíproca obligación de asistencia y socorro mutuo (art. 68 CC). Sin embargo, la aplicación de este derecho no está tan clara en el caso de las parejas de hecho. Sobre su exclusión se ha pronunciado negativamente la doctrina, en el sentido de abogar por una «desvinculación del grado del cuidado del grado de parentesco»⁶ en un contexto social en el que los vínculos familiares estrictos se van debilitando y flexibilizando cada vez más⁷.

La reducción de la jornada para el cuidado de menores o discapacitados o de familiares

⁵ T. SALA FRANCO, M.A. BALLESTER PASTOR: *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2009, pág. 30, entienden que el concepto de «guarda legal» debe ser entendido desde una perspectiva amplia y extensiva que «abarcaría cualquier situación de hecho o de derecho que implicase una obligación de cuidado».

⁶ M. BASTERRA HERNÁNDEZ: «Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador», *Revista de Derecho Social*, 2017, núm. 78, pág. 114.

⁷ T. SALA FRANCO, M.A. BALLESTER PASTOR: *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Ed. Tirant lo blanch, cit., pág. 38.

impedidos constituye un derecho de titularidad individual y plena de los trabajadores, hombres o mujeres. De esta forma, el precepto legal sitúa en plano de igualdad a los progenitores –padre o madre– pudiendo cualquiera de ellos ejercitar el derecho a reducir la jornada laboral. No obstante, si dos o más trabajadores de la empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa⁸.

En todo caso, el ejercicio de este derecho conlleva la disminución proporcional del salario del trabajador, más concretamente de todos los conceptos retributivos que tengan naturaleza salarial (SAN 26 octubre 2004 [JUR 2005, 3772]) y no autoriza la supresión de ninguno de ellos incluido el complemento de dedicación, aunque retribuya un puesto de mando atendiendo a la mayor flexibilidad horaria o disponibilidad (STSJ de Madrid 30 mayo 2005 [AS 2005, 1523]). La misma finalidad de protección a la familia y a la infancia llevó también a la LOI, siguiendo lo dispuesto desde hace años por el Tribunal Supremo⁹, a introducir una nueva disposición adicional decimonovena en el ET en la que se afirma que en los supuestos de reducción de jornada por guarda legal o cuidado de discapacitados o familiares, hospitalización del menor afectado por cáncer o enfermedad grave así como

⁸ Sobre la titularidad del derecho y las limitaciones de su ejercicio, cabe citar como ejemplo, entre otras: la STSJ de Madrid de 15 de abril de 2002 que denegó la solicitud de la trabajadora de reducción de jornada porque su esposo se encontraba jubilado y el convenio colectivo de la empresa exigía para disfrutar del derecho que ambos progenitores trabajasen. De forma que si uno de ellos no trabaja debe ser éste y no el otro cónyuge quien cubra la necesidad de atención del menor prevista en la norma. En sentido diferente, la STSJ de Galicia de 17 de marzo de 2009, confirmó el derecho de la trabajadora a reducir su jornada sin que pueda la empresa denegar su ejercicio argumentando que existe un acuerdo colectivo en la empresa que obliga a reducir siempre la jornada en 4 horas y condiciona el disfrute del derecho a que haya otros trabajadores que estén interesados en la misma reducción y se sometan a un horario predeterminado complementario.

⁹ SSTs 20 julio 2000 (RJ 2000, 7209); 11 diciembre 2001 (RJ 2002, 2025).

en los supuestos de reducción de jornada por hospitalización del hijo tras el parto, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en el ET, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

Como ha señalado el Tribunal Supremo¹⁰, en las reducciones de jornada que establece el art. 37.6 ET, «ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 CE) que establece la protección a la familia y a la infancia», «finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa». Para evitar esas posibles dudas interpretativas, y teniendo siempre en cuenta el deber de protección a la familia y a la infancia, el ET pasa a recoger expresamente lo que venía siendo un claro criterio jurisprudencial para evitar que las reducciones de jornada no causen más perjuicio al trabajador que la simple disminución proporcional de su salario

La facultad para determinar y elegir el horario adecuado para el cuidado del hijo menor de doce años, de un discapacitado o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad corresponde al trabajador titular del derecho que tiene atribuido su guarda legal. Esta concreción horaria y la determinación del período de disfrute se realizarán dentro de la jornada diaria e individualizada del trabajador. Frente a la previsión legal anterior que se limitaba a requerir una reducción de la jornada, el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de laboral, exige ahora que la reducción opere sobre la jornada «diaria». Con ello resulta evidente que el legislador impide la acumulación de la reducción en días completos, «por más que ello pudiera resultar más eficiente para la conciliación de la efecti-

va conciliación de la vida familiar y laboral»¹¹. Esta nueva situación parece implicar que, tras la reforma de 2012, cuando exista la necesidad de conciliar la vida personal, familiar y laboral, cualquier otra petición de reducción de jornada que desconozca tal limitación, y por supuesto cualquier pretensión de adaptación del tiempo de trabajo que no implique reducción de jornada, únicamente tendrá cabida por la vía de la distribución de la jornada ex art. 34.8 ET.

En todo caso, cuando el derecho a reducción de jornada entre en colisión con el derecho de dirección y organización empresarial, habrá que acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso, incluida la buena fe, para atribuir esa facultad a uno o a otro (SAN 28 febrero 2005 [AS 2005, 620]). Si existe discrepancia con el empresario se resolverá ante la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la LRJS, que señala: «a) el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social, y b) el procedimiento será urgente y se le concederá tramitación preferente (...) La sentencia, (...) será firme (...) sin que contra ella quepa recurso (art. 191.2 f LRJS)»¹². Por tanto, nos situamos ante un procedimiento urgente, pero sin posibilidad de recurso, circunstancia que sorprende, ya que estamos ante «conflictos exigentes de la ponde-

¹¹ A. DE LA PUEBLA PLINILLA: «Conciliación de la vida familiar y laboral», en J. M. GOERLIC PESET (Coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Toma Sala Franco*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2016, pág. 699.

¹² Por tanto, estamos ante un procedimiento urgente y sin posibilidad de recurso, circunstancia que llama la atención, ya que «son conflictos exigentes de la ponderación de las circunstancias concretas y de la necesidad de cohesión intereses contrapuestos». También el TS tuvo oportunidad de recordar que la STS 5-11-2003: «El procedimiento para la concreción horaria y la determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares, será de carácter y de tramitación urgente y que a su vez, la sentencia que se dicte en la instancia tendrá el carácter de firme, razón por la que no cabe interponer frente a la misma recurso de duplicación».

¹⁰ Ver sentencias citadas en la nota anterior.

ración de las circunstancias concretas y de la necesidad de coherencia de intereses contrapuestos». Cuando a partir de las STSS de 13 de junio de 2008 (RJ 2008/4227) y de 18 de junio de 2008 (RJ 2008/4230), el Tribunal Supremo entra, sin embargo, en el fondo, apreciando que el artículo 37.6 ET no justifica la solicitud de cambio de turno sin reducción de jornada, lo hace indicando que resuelve tal petición «a través del procedimiento ordinario, con posibilidad entonces de recurso, dado que la pretensión no encontraba el amparo normativo en un precepto que exigía tal reducción de jornada».

La alternativa, que surge de la colisión entre el derecho del trabajador y el poder de dirección y las necesidades organizativas de la empresa, podría resolverse conforme las siguientes reglas¹³:

- a) La facultad de determinar el horario se concede por el ET, en primer lugar, al trabajador «ya que es el único capacitado para decidir cuál es el período más idóneo para cumplir las obligaciones que de la patria potestad le competen» (STSJ Madrid 8 febrero 1999 [AS 1999, 4511]).
- b) La colisión entre los intereses empresariales y los del trabajador ha de resolverse en atención a las circunstancias concurrentes. Entre ellas, señalan los autores, la necesidad de que el derecho del trabajador sea ejercitado conforme al principio de buena fe y de forma adecuada a su finalidad (STS 16 junio 1995 [RJ 1995, 4905]). En igual sentido, la STSJ de 6 de marzo de 2009 da la razón al trabajador, ya que aduce suficientes razones para justificar la medida de conciliación, y ello frente a los argumentos relativos a las dificultades organizativas de la empresa que por su falta de concreción impiden, a juicio del

tribunal, conocer los verdaderos motivos de su oposición a la petición del trabajador.

- c) El derecho del trabajador no impone una alteración forzosa del régimen del trabajo en la empresa.
- d) En caso de que la jornada se realice en turnos rotatorios y el convenio colectivo no establezca respecto de la jornada ordinaria otro límite que el número máximo de horas semanales «los trabajadores afectados tienen la facultad de concretar su horario en cualquiera de los turnos que con carácter rotatorio vienen desempeñando semanalmente» (SAN 28 febrero 2005 [AS 2005, 620]).

Recientemente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de mayo de 2016 (RJ 2016/3183), ha reconocido el derecho de los trabajadores que solicitan reducción de jornada a elegir su turno, siguiendo lo establecido en Convenio Colectivo. En esta ocasión, el TS ha articulado su fundamentación en la distinción que, de forma explícita, realiza el convenio colectivo entre «jornada ordinaria» y «jornada diaria» para después afirmar que «la negociación colectiva está facultada para articular una regulación propia y completa (art. 37. 7 ET) (...) y la ausencia de remisión a la norma estatutaria y el sentido que se deriva de la literalidad del convenio colectivo impide la pretensión de la empresa». Desde esta posición flexible y amplia ha venido a confirmar el derecho de los trabajadores a que la concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal y por motivos familiares se disfrute, conforme al convenio colectivo, dentro de su jornada ordinaria.

En este caso, se trata de una norma más favorable a los trabajadores que debía ser aplicada con preferencia sobre la previsión legal, tanto si el convenio se ha negociado antes o después de la re-

¹³ A. MARTÍN VALVERDE y J. GARCÍA MURCIA Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Relación individual de trabajo, vol. II, Aranzadi, Madrid, 2008, pág. 1637.

forma legal que incorporó la referencia a la jornada diaria. Lo que significa que la empresa no está facultada para exigir que dicha concreción horaria se realice obligatoriamente dentro de su jornada ordinaria «diaria», apartándose de la doctrina anterior del Tribunal Supremo y alineándose con los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar, laboral y su dimensión constitucional, que establece la protección a la familia y a la infancia, «finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa».

En fin, la reincorporación a la jornada completa es decisión que corresponde al trabajador con la única obligación de preavisar al empresario con quince días de antelación (art. 37.6 ET). Cumplido este requisito, la empresa no debe dilatar injustificadamente dicha reincorporación (STSJ Madrid 29 enero 1998 [AS 1998, 5015]).

Los supuestos de reducción de jornada también han planteado en los Tribunales numerosos conflictos desde el punto de vista de sus efectos en materia de Seguridad Social. La legislación de Seguridad Social no precisaba, hasta la entrada en vigor de la LOI, la repercusión o efectos que la situación de reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares tenía en relación con las prestaciones de Seguridad Social, en concreto, con la cuantía de las bases de cotización que deben ser tenidas en cuenta al objeto de calcular la base reguladora de las correspondientes prestaciones. Los trabajadores vienen reclamando que la prestación les sea abonada conforme a las bases teóricas de cotización correspondientes a su jornada a tiempo completo no realizada por razones de guarda legal, en lugar de tomar las bases de cotización correspondientes a la reducción de jornada. En definitiva, se trata de que estas situaciones no causen ningún perjuicio a los trabajadores en materia de Seguridad Social.

La polémica se ha planteado con especial interés en materia de desempleo, donde los

Tribunales Superiores de Justicia han mantenido posturas judiciales diferentes que se zanjaron por el Tribunal Supremo en sus sentencias, en casación para unificación de doctrina, de 2 noviembre 2004 (RJ 2004, 7782) y 4 noviembre 2004 (RJ 2005, 1055). Para el Tribunal Supremo la conveniencia de conseguir una protección más completa de los objetivos de conciliación del trabajo y la vida familiar corresponde al legislador y no a los órganos judiciales. Las medidas excepcionales de protección «desplazan una carga social del empresario a las instituciones públicas, tanto en el caso de la bonificación de cotizaciones como en el de reputar efectivas las que no se han producido. El propósito es que la cobertura dada a descansos y excedencias no incremente los costes de la empresa ejerciendo una presión disuasoria en la contratación femenina. Sin embargo, la excepcionalidad que ello supone, requiere que toda carga adicional recaída sobre fondos públicos, en virtud de una política específica, deba estar expresamente contemplada» por la norma, y eso es precisamente lo que ha hecho la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La reforma por la LOI de los correspondientes preceptos en la Ley General de Seguridad Social puso fin a esta situación conflictiva al introducir una nueva prestación familiar en su modalidad contributiva por cuidado de un menor o de un familiar (arts. 237.4 y 270.6 RD Leg. 8/2015, de 30 de octubre). El propósito de la regulación era claro, se trataba de que la reducción de jornada afectara lo menos posible a los derechos en materia de Seguridad Social y con esta finalidad, se considerara como cotizado parte del tiempo que el trabajador permanece disfrutando del derecho a la reducción de jornada. En efecto, el legislador ha establecido soluciones diferentes para el cálculo de la prestación por desempleo y para el cálculo del resto de prestaciones que se concretan del siguiente modo:

- a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, las cotizacio-

nes realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor, se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción de la jornada. Este incremento vendrá referido exclusivamente al primer año en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial o por cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo (art. 237.4 RD Leg. 8/2015, de 30 de octubre);

- a efecto de la prestación por desempleo, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubieran mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial, en los supuestos, no sólo de reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares, sino también en los supuestos de reducción de jornada por hospitalización del hijo a continuación del parto. En este sentido, si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máximas y mínimas se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada¹⁴ (art. 270.6 RD Leg. 8/2015, de 30 de octubre).

Es cierto que si lo que se pretende con las distintas medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral es que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un paso importante en el camino hacia la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las medidas que se adopten no pueden afectar negativamente a las condiciones de trabajo ni a la protección del trabajador frente a situaciones de necesidad. En este sentido, la solución aportada al problema de la reducción de jornada desde el punto de vista de las prestaciones de Seguridad Social ha tratado de combinar la protección a la infancia, a la familia y a las situaciones de discapacidad de sus miembros con la diferente duración de esas situaciones, pues no es lo mismo permanecer en situación de reducción de jornada durante un elevado número de años que hacerlo durante algunos meses o durante uno o dos años. Cuando el período de cotización reducida ha sido muy amplio, se justifica el hecho de que, a partir de un determinado momento, el cálculo de la prestación se realice sobre las cotizaciones realmente ingresadas.

Ahora bien, debemos preguntarnos el por qué en materia de desempleo, independientemente del tiempo que el trabajador lleve reducida su jornada, sus cotizaciones se van a ver incrementadas hasta el 100 por 100, y en el resto de prestaciones dicho incremento sólo tendrá lugar durante los dos primeros años de reducción en los supuestos de guarda legal o durante el primer año en los supuestos de cuidados de familiares, discapacitados u hospitalización del menor afectado por cáncer o enfermedad grave. A nuestro juicio, la única razón que puede haber llevado al legislador a establecer este diferente tratamiento es el hecho de que la Orden TAS 2865/2003, de 13 octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de Seguridad Social, contempla la posibilidad de que los trabajadores que tienen reducida su jornada por cuidado de menores o familiares suscriban un convenio especial con la Seguridad Social para completar las cotizaciones a efectos del cobro de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente

¹⁴ Recuérdese que ya el voto particular de los Consejeros de CCOO y UGT al Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de Ley de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral, señalaba que «a efectos de base reguladora para el desempleo debería tenerse en cuenta el salario a jornada completa, así como la circunstancia de que se pierde un trabajo a jornada completa, de modo que la determinación de las prestaciones no se vea reducida por la simple circunstancia de haberse acogido a una reducción de jornada».

y muerte y supervivencia. Sin embargo, esta opción no se prevé en los supuestos de desempleo.

Asimismo, y por lo que se refiere al tiempo de reducción de jornada que se incrementará hasta el 100 por 100 de las cotizaciones, no hay una razón clara y objetiva que justifique el diferente tratamiento previsto para los supuestos de cuidado de un menor o de un discapacitado o un familiar. Además, la duración del período de reducción de jornada, en general, va a ser más largo e indeterminado en los supuestos de cuidado directo de un familiar por razones de edad o de enfermedad o discapacidad, por lo que debería haberse previsto al menos el mismo período que en los supuestos de guarda legal.

REDUCCIÓN DE JORNADA POR LACTANCIA DE UN HIJO MENOR DE NUEVE MESES

El reconocimiento a las trabajadoras de un permiso por lactancia de un hijo menor de nueve meses constituye una de las medidas tradicionalmente concedidas con el fin de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar y al mismo tiempo proteger al recién nacido. De conformidad con el art. 37.4 ET, las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, por nacimiento, adopción o acogimiento, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones.

Por «lactancia» ha de entenderse tanto la de carácter natural como artificial, aunque no lo diga expresamente el precepto legal, pues es por todos conocido, el padre tiene también reconocido el disfrute de este derecho, en caso de que ambos progenitores trabajen. Por lo demás, el término «lactancia» debe interpretarse en sentido amplio. Así, no sólo se incluye la alimentación del hijo sino también el cuidado del mismo. En este sentido, el Tribunal Supremo ha entendido que «utilizar la reducción de jornada o el permiso de lactancia para fines distintos de la alimentación y cuidado del niño de pecho como, por

ejemplo, aumentar la jornada del segundo trabajo, puede suponer una vulneración de la buena fe exigible en el contrato de trabajo» (STS de 19 junio 1989 [RJ 1989, 9896]). En definitiva, el bien tutelado viene constituido por la atención y cuidado del recién nacido para atender a sus necesidades en su sentido amplio¹⁵.

Este derecho que fue objeto de modificación, en su día, por la Ley 39/1999, de 5 noviembre, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, volvió a ser retocado ligeramente por la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En concreto, son dos las novedades que se incorporaron a la redacción de este precepto: Una, referida a la duración del permiso, y otra, a la posibilidad de acumulación de su período de disfrute.

a) En relación con la duración del permiso, y recogiendo la jurisprudencia y doctrina sobre la materia, se especifica que en el supuesto de parto múltiple la duración del permiso se incrementará proporcionalmente al número de hijos nacidos.

El art. 37.4 ET ha venido planteando la duda de si cada hijo nacido en un parto múltiple genera un derecho al permiso por lactancia independiente o, por el contrario, nos encontramos ante un único permiso. Los Tribunales, así como la doctrina mayoritaria, han entendido que al señalar la norma como beneficiario al lactante, cabe entender que cada uno de los hijos nacidos en un parto múltiple genera un derecho independiente para atender a su alimentación. El art. 37.4 ET habla de «hijo», por lo que si existen varios hijos darán lugar a varios derechos. Como señalaba el TCT, «la lactancia es protegida como derecho esencial del recién nacido, que no debe limitarse en su extensión, compartiéndolo con varios en caso de parto múltiple»¹⁶. En realidad, si de lo que

¹⁵ A. MARTÍN VALVERDE/J. GARCÍA MURCIA, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Volumen II, Ed. cit., pág. 1627.

¹⁶ STCT de 18 junio 1985. En el mismo sentido, STSJ Canarias de 24 mayo 1991 (AS 1991, 3406).

se trata con este derecho es de proteger al lactante cualquier otra solución debería considerarse discriminatoria¹⁷. Igualmente sucede en los supuestos de maternidad o paternidad adoptiva. En efecto, para disfrutar del derecho a la lactancia resulta indistinto el tipo de filiación, pues éste se genera tanto en los casos de hijos naturales como en los de adopción y acogimiento, tal y como se desprende del tenor literal del art. 39. 2 de la CE, que «encomienda a los poderes públicos la protección integral de todos los hijos, iguales ante la Ley y con independencia de su filiación», y del 108 CC que equipara plenamente los efectos de la filiación natural y la filiación por adopción.

Por lo demás, los titulares del permiso podrán ser los trabajadores, hombre o mujeres. Ciertamente es que la versión anterior del art. 37.4 ET sólo se refería a las «trabajadoras», pero esta redacción ha quedado superada por la vigente que habla, en todo caso de «trabajadores»; de forma que el permiso por la lactancia puede ser disfrutado por ambos progenitores, «indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen» (art. 37.4 *in fine*).

Es importante señalar que el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 109/1993, de 25 marzo (RTC 1993, 109)¹⁸, entendió ajustada a la Constitución Española la originaria redacción del artículo 37.4 ET que otorgaba el permiso sólo a las madres trabajadoras, al negar el carácter discriminatorio de la norma por entender que la atribución de la pausa de lactancia a la mujer debía calificarse como una medida de acción positiva que compensaba las desventajas reales que para la conservación

de su empleo soportan las mujeres, a diferencia de los hombres. En palabras del propio TC «por pertenecer la mujer al grupo desfavorecido, la interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre... lo cual justifica constitucionalmente preceptos como el cuestionado, destinados a remover obstáculos que impiden aquella igualdad real en el trabajo».

Frente a la sentencia del Tribunal Constitucional el voto particular de un magistrado sostiene que «lo que en la norma impugnada aparece formalmente como una discriminación del varón, materialmente se convierte en una discriminación de la propia mujer, ya que el precepto, al no consagrar el principio de igualdad en el disfrute del permiso... se erige en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a la emancipación de las tareas domésticas».

Esta atribución de la titularidad del derecho de forma exclusiva a la mujer que ha mantenido parte de la doctrina judicial ha suscitado dudas por la posible discriminación basada en el sexo. Así, lo entendió la Sala de lo Social del TSJ de Galicia que planteó el 13 febrero 2009 petición de decisión prejudicial ante el TJUE. La STJUE de 30 septiembre 2010 (TJCE 2010, 280) (Asunto Roca Álvarez/Sesa Star ETT, SA) declaró que se opone a la Directiva una «medida nacional (...) que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena».

Tras recibir respuesta del TJUE el Tribunal Superior de Galicia, en su sentencia de 12 noviembre 2010 (AS 2011, 73), procede a reco-

¹⁷ R. AGUILERA IZQUIERDO, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en RMTAS, núm. Extraordinario, 2007, pág. 82. Repárese que la LOI no ha hecho otra cosa que recoger expresamente en el ET, así como en el art. 30.1.f) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, este criterio jurisprudencial y doctrinal para evitar posibles situaciones conflictivas.

¹⁸ La atribución a la mujer con carácter preferente del permiso o reducción por lactancia no ha sido considerada discriminatoria por el Tribunal Constitucional (STC 109/1993, de 25 marzo 1993 [RTC 1993, 109]).

nocer el derecho del trabajador a disfrutar el permiso por lactancia de una hora que podrá dividirse en dos fracciones de media hora cada una o con reducción de la jornada diaria en media hora que podrá disfrutar a la entrada o a la salida y durante un permiso de nueve meses. Y aunque al tiempo de dictar la sentencia ya había transcurrido los nueve meses en que el padre podría haber disfrutado del permiso de lactancia, en la STSJ de Galicia se admite la posibilidad de su disfrute «por no estar previsto legalmente su compensación en metálico ni de ningún otro modo y (...) podrá cumplir igualmente la finalidad de cuidado del menor al que iba a ser destinado».

Por tanto, en la actualidad, el permiso por lactancia persigue el cuidado y la atención del menor de corta edad. Se concibe como un mecanismo que capacita al hijo a gozar de la atención que precisa por cualquiera de sus progenitores durante sus primeros meses de vida, «superándose la vinculación necesaria o exclusiva con el deber de lactancia y concibiéndose como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral»¹⁹.

El disfrute del permiso por lactancia es individual de cada uno de los progenitores. Lo que significa que no es requisito necesario que ambos cónyuges trabajen para que uno de ellos pueda disfrutarlo. Se entiende, por tanto, que bien lo disfruta la madre, bien lo disfruta el padre. Sólo hay un permiso aunque dos posibles titulares. Así, si los dos progenitores trabajaran solo uno de ellos podrá ejercer el derecho al permiso por lactancia. En este sentido, tampoco admite la Ley el disfrute acumulativo del permiso ni simultánea ni sucesivo, por los dos padres.

b) En segundo lugar, se concede a los trabajadores la posibilidad de acumular este permiso en jornadas completas. Debe recordarse que

el trabajador ha tenido tradicionalmente dos opciones: o bien la ausencia durante una hora del trabajo o bien la reducción de la jornada en media hora. Si se opta por la ausencia de una hora durante la jornada de trabajo, cabe la posibilidad de dividir esa hora en dos fracciones que no podrán coincidir ni con el momento de entrada ni de salida en el trabajo, pues en ese caso estaríamos ante una reducción del tiempo de trabajo y no ante una ausencia durante la jornada. La reducción de la jornada sólo puede ser de media hora mientras que la ausencia durante la jornada puede ser de una hora²⁰.

Junto a estas dos opciones que se siguen manteniendo, los progenitores que trabajan cuenta también con la opción de poder acumular la media hora de reducción de jornada en jornadas completas «en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla». Entendemos, aunque el art. 37.4 ET habla en general de la posibilidad de acumular el derecho en jornadas completas, que la acumulación se refiere a la media hora de reducción de jornada y no al derecho a una hora de ausencia del trabajo. Lo que se acumula es el tiempo de reducción de la jornada de trabajo, y el tiempo de reducción es de media hora salvo que se establezca una norma más favorable por convenio colectivo o acuerdo con el empresario.

En este sentido, se concede a los trabajadores la opción de acumular este permiso en jornadas completas. De esta forma, la LOI eleva a categoría de ley lo que era práctica contractual o negociada, a saber: la oportunidad de acumular las horas de esos nueve meses del lactante para disfrutarlas en jornadas completas según se recoja en el convenio colectivo o en el acuerdo con el empresario, de conformidad con lo establecido en el pacto estatutario (STS 20 junio 2005 [RJ 2005, 6597]). Así, en lugar de que el trabajador se ausente del trabajo o

¹⁹ A. DE LA PUEBLA PINILLA: «Conciliación de la vida familiar y laboral», en J. M. GOERLIC PESET (Coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Toma Sala Franco*, cit., pág. 698.

²⁰ R. AGUILERA IZQUIERDO, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», cit., pg. 83

reduzca su jornada diaria, podrá disfrutar de días completos para dedicarse a la atención del recién nacido. En este sentido, el ET pone a disposición del trabajador la concreción horaria y la determinación del disfrute del permiso en jornadas completas, siempre que exista pacto convencional o individual previo²¹.

Junto a la posibilidad de la acumulación del permiso en jornadas completas, debe recordarse que los trabajadores, hombres o mujeres, disponen de dos opciones: bien la ausencia durante una hora del trabajo bien la reducción de la jornada en media hora. A pesar de que no se diga nada expresamente parece que estas dos posibilidades de flexibilización van referidas a la jornada diaria. Por tanto, la ley dispone dos modalidades alternativas distintas de disfrute del derecho y será el propio trabajador quien escoja entre una u otra modalidad de disfrute²².

Si se opta por la ausencia de una hora durante la jornada de trabajo, cabe la posibilidad de dividir esa hora en dos fracciones que no podrán coincidir ni con el momento de entrada ni de salida en el trabajo, pues en ese caso estaríamos ante una reducción del tiempo de trabajo y no ante una ausencia durante la jornada. En definitiva, la reducción de la jornada sólo puede ser de media hora mientras que la ausencia durante la jornada puede ser de una hora²³. Ahora bien, distinto serían los casos de jornada partida, en los que parece que

la ausencia podría situarse tanto al final del período matutino como al comienzo del vespertino, ya que cabría considerar que desde el inicio de la actividad, por la mañana, hasta su conclusión por la tarde, estaríamos ante el mismo período diario de la jornada²⁴.

La reducción de jornada opera sobre la jornada laboral que viniera observando la trabajadora o el trabajador, sea la misma que los demás o más reducida, teniendo siempre carácter retribuido²⁵. Consiste en reducir la jornada diaria en media hora, ya sea un comienzo tardío o una terminación anticipada de la misma. La reducción es igualmente de media hora aunque la jornada normal de la trabajadora sea de cuatro horas (STSJ País Vasco 24 abril 2001 [AS 2001, 2101]). A diferencia de la opción anterior, ésta permite al trabajador situar el permiso de lactancia, bien en el momento exactamente posterior al que sería el inicio de la jornada, o bien inmediatamente antes de la que sería su hora de salida habitual.

Realizada o escogida una de las distintas opciones que prevé la Ley, no puede cambiarse injustificadamente después y pasarse a otro sistema, salvo que concurran excepcionales y poderosas razones, «ya que los derechos deben ser ejercidos de buena fe, sin que resulte correcto que el empresario no sólo corra con la carga económica de este derecho laboral, sino

²⁴ E. GARCÍA TESTAL, M. LÓPEZ BALAGUER, Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa, *cit.*, pág. 99.

²¹ Sobre las reglas que deben ser tenidas en cuanto para el cálculo de la duración del disfrute acumulado en jornadas completas del permiso por lactancia, se plantea la duda de si el número de días completos debe deducirse de la acumulación de horas enteras o bien de «medias horas». En sentido, coincidimos con E. GARCÍA TESTAL, M. LÓPEZ BALAGUER, *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pág. 100, que se manifiestan a favor de la acumulación de las horas enteras propias de la ausencia y en consonancia con el tenor literal del precepto.

²² M. BASTERRA HERNÁNDEZ: «Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador», *cit.*, pág. 100.

²³ R. AGUILERA IZQUIERDO, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *cit.*, pg. 83.

²⁵ Los argumentos principales que se confirman el carácter retribuido del permiso, a saber: a) la ubicación del permiso dentro de las figuras contempladas en el art. 37.3 ET, reconociendo su carácter retribuido y de las que se afirma su carácter retribuido, y b) el art. 5.2 del Convenio 103 OIT declara que las interrupciones derivadas de la lactancia deberán considerarse como horas de trabajo y retribuirse como tales. Esta misma línea, sigue también el Preámbulo de la Directiva 92/85/ CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/381 CEE), en M. BASTERRA HERNÁNDEZ.: «Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador», *cit.*, pág. 103.

también con la posible incertidumbre sobre su efectiva realización».

La fecha de conclusión del período de lactancia es el cumplimiento de los nueve meses del hijo.

Por último y en relación con las discrepancias que puedan surgir entre el trabajador/trabajadora y el empresario en cuanto a concreción y determinación de la reducción de jornada por lactancia, el art. 37.6 ET ha concluido que tanto la concreción como la determinación de la jornada corresponderán al trabajador dentro de su jornada individual y ordinaria. El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación a la fecha en la que se reincorporará a su jornada ordinaria. Si la discrepancia con el empresario persiste, habrá que resolverla ante la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la LRJS, que señala: a) el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social, y b) el procedimiento será urgente y se le concederá tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia, que será firme, deberá ser dictada en el plazo de tres días sin que contra ella quepa recurso (art. 191. 2ª LRJS).

Tal y como se acaba de señalar, el trabajador podrá reclamar frente al empresario, en el caso de que éste rechazase su propuesta. Además, podrá acumular a la demanda la reclamación de daños y perjuicios derivados de la negativa del derecho.

REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE HIJO EN CASO DE NACIMIENTOS PREMATUROS O QUE REQUIERA HOSPITALIZACIÓN A CONTINUACIÓN DEL PARTO

La Ley 12/2001 de 11 de julio de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo

para el incremento del empleo y la mejora de su calidad²⁶ introdujo una relevante modificación en la regulación del derecho de los padres a la reducción de jornada, al proceder a su ampliación en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que requieran hospitalización a continuación del parto²⁷. Así, el art. 37.5 ET viene a disponer que la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora, en los casos de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto. También establece el derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

Este supuesto concreto de permiso o reducción por nacimiento de hijo que deba permanecer hospitalizado concede a los padres el derecho a elegir entre dos opciones:

- Ausentarse del trabajo durante una hora (permiso) o
- Reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, que lleva aparejada la disminución proporcional del salario.

La concreción del horario y determinación del disfrute corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. La duración de la reducción de jornada adolece de cierta indeterminación. Si bien su inicio no presenta dificultades, pues coincide con el ingreso hospitalario del hijo, la duración está sometida a la permanencia del recién nacido en el centro hospitalario. De ahí que el disfrute de este permiso no esté sujeto a un período de tiempo predeterminado sino al tiempo de la estancia del recién nacido

²⁶ BOE nº 164, de 10 de julio.

²⁷ Recuérdese que el actual art. 37. 5 ET extiende este derecho a dos supuestos concretos: 1) derecho a ausentarse del trabajo, tanto del padre como de la madre, durante una hora mientras en el neonato permanezca ingresado, 2) derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas con disminución proporcional del salario.

en el hospital. Lo que el precepto exige es que el ingreso se produzca «a continuación del parto». Con todo, esta indicación debe interpretarse de manera flexible, de modo que no se exige una inmediatez total y absoluta entre el parto y la hospitalización²⁸. Lo que sí parece claro es que una vez que el neonato sale del hospital, con la consiguiente alta hospitalaria, desaparece automáticamente el presupuesto de la reducción de jornada.

En relación con las discrepancias que puedan surgir entre el trabajador/trabajadora y el empresario en cuanto a concreción y determinación de la ausencia o de la reducción de jornada por cuidado de neonato hospitalizado, el art. 37.5 ET ha concluido que tanto la concreción como la determinación de la jornada corresponderán al trabajador dentro de su jornada individual y ordinaria, a saber:

– Por lo que se refiere a la opción de la ausencia, su disfrute y concreción horaria sigue unas pautas muy similares a las que se ha señalado para el permiso de lactancia. Salvo que exista un pacto individual o colectivo en sentido contrario, la ausencia deberá situarse en un tramo intermedio de la jornada diaria. En relación con los efectos retributivos, el trabajador no experimentará pérdida alguna al enmarcar el ejercicio de esta ausencia dentro de los derechos propios de conciliación del art. 37.5 ET²⁹. Tampoco apreciará minoración a efectos del cálculo de las indemnizaciones que pudieran corresponder al trabajador, ya que el salario que se tendrá en cuenta será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre

y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción (Disp. Adic. 19ª ET).

– La segunda opción de la que dispone el trabajador es la de la reducción de la jornada diaria de trabajo hasta «un máximo de dos horas», ahora sí, «con la disminución proporcional del salario». Por lo que se refiere al disfrute del tiempo de reducción de jornada, el art. 37.5 ET dispone de un máximo, de forma que nada impide que el trabajador realice un uso y disfrute parcial –es decir, sin llegar hasta el tope establecido– de esta facultad. Sin embargo, la norma no permite la acumulación del permiso en jornadas completas, a diferencia de lo que sucede con la reducción de la jornada derivada de lactancia. Esta hipotética acumulación «chocaría de lleno con la finalidad del derecho»³⁰, ya que de lo se trata es de garantizar, en todo momento, el acompañamiento del recién nacido durante su hospitalización. Al no conocerse el tiempo que el neonato requiere para su recuperación o mejora, sería difícil precisar cuántas reducciones de dos horas diarias debería acumularse para eximir al trabajador de prestar servicios durante un número cierto de jornadas completas. Por lo demás, ya se ha señalado que el ejercicio de este derecho conlleva la disminución proporcional del salario. Esta diferencia de efectos legales entre una y opción, quizás venga determinada por el hecho de que, al duplicarse el tiempo de disfrute –una hora de ausencia, dos de reducción de jornada–, esta reducción se parezca al presupuesto legal de la reducción de jornada por guarda legal– entre un octavo y un medio– y el legislador haya querido subsumirlo dentro de este modelo a efectos de igualar el régimen jurídico de todos estos supuestos de conciliación de la vida personal y familiar.

²⁸ E. GARCÍA TESTAL, M. LÓPEZ BALAGUER, Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa, *cit.*, pág. 56.

²⁹ M. BASTERRRA HERNÁNDEZ, insiste en «la cercanía que guarda esta opción de disfrute del derecho con los permisos retribuidos del art. 37.3 ET, que tampoco suponen pérdida retributiva», EN «Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador» pág. 107.

³⁰ M. BASTERRRA HERNÁNDEZ, «Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador» pág. 107,

Por lo demás, el trabajador deber preavisar al empresario con quince días de antelación a la fecha en la que se reincorporará a su jornada ordinaria. En este supuesto, sin embargo, dada la incertidumbre que rodea al momento concreto en que finalizará el ingreso hospitalario, se ha flexibilizado la aplicación del plazo preaviso referido a la finalización del permiso; todo ello sin perjuicio de la obligación del trabajador de preavisar en el menor plazo de tiempo posible de conformidad con el cumplimiento del principio de buena fe que debe presidir toda relación laboral (art. 5a y 20.2 ET).

En fin, la posible persistencia en las discrepancias con el empresario se resolverá también ante la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la LRJS.

HOSPITALIZACIÓN DEL MENOR AFECTADO POR CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE

La Ley 39/2010, de 22 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, incorporó un nuevo supuesto de reducción de jornada por «hospitalización del menor afectado por cáncer o enfermedad grave». Así, el nuevo párrafo 3º del art. 37.6 ET viene a establecer que «en los casos de hospitalización del menor afectado, hasta que cumpla 18 años, por cáncer o enfermedad grave, el progenitor, adoptante o acogedor tendrán derecho a la reducción de la jornada de trabajo con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquélla para el cuidado del menor a su cargo».

El ejercicio del disfrute del derecho de los trabajadores a la reducción de jornada por esta causa se plantea en términos muy similares al de la reducción de jornada por lactancia de un hijo menor de nueve meses, si bien resuelve, desde el inicio, alguna dudas ya despejadas por la jurisprudencia, como el de la titularidad del ejercicio del de-

recho. Así, no sólo el progenitor, en términos gramaticales neutros, sino también el adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente podrán reducir su jornada de trabajo en estos supuestos, siempre que, entendemos, el «otro» trabaje.

La evidente finalidad de la norma, al conceder al trabajador el derecho a reducir su jornada en este caso, no es otra que la de permitir su presencia junto a su hijo menor de dieciocho años que padece una grave patología. Para intentar delimitar los supuestos en los que se puede ejercer este derecho de reducción de jornada, el art. 37.6.3º ET realiza una suerte de aproximación hacia una tipificación de patologías. Para ello, distingue entre «cáncer» y «enfermedades graves»:

- Por lo que se refiere al «cáncer» no ofrece una lista cerrada como tal de esta enfermedad, pues junto a ella cita otras patologías graves y próximas a las características científicas de esta enfermedad, como son: tumores malignos, melanomas y carcinomas. En todo caso, se exige que el cáncer requiera hospitalización y tratamiento continuado, así como cuidado directo, continuo y permanente del beneficiario que ha de ser acreditado por un informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente.
- En relación con las «enfermedades graves», el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave clasifica en el «Anexo de enfermedades Graves» la relación de de aquéllas que disponen del reconocimiento a efectos de percibir la consiguiente prestación económica. Por lo que la reducción de jornada por esta causa exige, al igual que en el caso del cáncer, un informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo

sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente que acredite la necesidad de hospitalización, tratamiento continuado y cuidado directo, continuo y permanente del progenitor o del adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente.

La reducción de la jornada podrá ser de, al menos, la mitad de la duración de aquélla y lleva aparejada necesariamente la disminución proporcional del salario. En este sentido, la concreción del horario y determinación del disfrute se realizarán, por el trabajador, dentro de su jornada individualizada y ordinaria.

La norma también prevé que a través de convenios colectivos se establezcan las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se pueda acumular en jornadas completas. Recuérdese que en el caso de la reducción de jornada por lactancia de hijo menor de nueve meses, esta posibilidad de acumulación del período de disfrute fue una de las novedades que, en su día, incorporó la LOI y ahora se extiende a otras situaciones de reducción de jornada de las que puede disponer el trabajador por circunstancias familiares.

La duración de la reducción de jornada está sometida a la permanencia del menor de dieciocho años en el centro hospitalario por padecimiento de cáncer u otra enfermedad grave. De ahí que el disfrute de este permiso no esté sujeto a un período de tiempo predefinido sino a la duración de la estancia del hijo menor afectado por cáncer o enfermedad grave en el hospital, en el centro que precisase o en su propia casa. En este sentido, se plantea la duda de si desaparece automáticamente el presupuesto del permiso una vez que el hijo menor sale del hospital. El art. 37.6 párrafo 3º ET no se pronuncia sobre el particular, pero, claramente, debe entenderse que no, pues el hecho de que el menor afectado reciba el hospitalaria no significa que reciba «el alta en la enfermedad». En definitiva, el único límite que se dispone es el previsto para el disfrute

compartido de derecho por varias personas en relación con el mismo sujeto causante: «si dos o más trabajadores generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas del funcionamiento de su empresa» (art. 37.6 ET)

La LGSS, en su art. 192 (RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre), al regular la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, establece que dicha prestación se extinguirá bien cuando cese la necesidad del cuidado directo continuo y permanente del menor de 18 años a través del preceptivo informe por el Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, bien cuando el menor cumpla 18 años. Aunque la prestación sólo procede cuando el beneficiario se reduzca su jornada de trabajo, en su 50 por 100 de su duración, indica, en cierto sentido, la posible duración de la reducción de jornada por esta causa. En todo caso, serán los Tribunales los que irán configurando, más concretamente, la duración del permiso.

Otra de las novedades importantes que introduce la norma es el reconocimiento de una prestación económica a los progenitores, adoptantes o acogedores cuando opten por la reducción de su jornada ordinaria de trabajo a la mitad.

En efecto, se añade un nuevo Capítulo X al Título II de la Ley General de la Seguridad Social (RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre), «Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave», dentro del que se incluye nuevos preceptos, art. 190 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, referido a la «situación protegida», art. 191 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, dedicado a los beneficiarios y art. 192 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, relativo a la prestación económica», que vienen a establecer, de forma expresa el reconocimiento de una prestación económica a los progenitores adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave,. Para el

reconocimiento de esta prestación se exige los siguientes requisitos:

- Es necesario que se cumplan las exigencias sustantivas para la concesión de la reducción de jornada. En este sentido, es requisito indispensable que ambos padres trabajen, que exista el cáncer o enfermedad grave, que requiera hospitalización, tratamiento continuado, preceptivamente acreditado por un informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente.
- En relación directa con el acceso al derecho a esta prestación se exigen los mismos requisitos y en los mismos términos que los establecidos para la maternidad contributiva [Beneficiarios (art. 178 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre), Prestación económica (art. 179 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre) y pérdida o suspensión del derecho por maternidad (180 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre)³¹. No obstante, cuando en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente concurren las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, la norma establece que el derecho a percibir la prestación sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad derivada de contingencia profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. Por lo que se refiere a la duración de la

³¹ Sobre los requisitos para acceder a la prestación de maternidad contributiva, sus términos y condiciones, véase el epígrafe de este capítulo referido a prestación por maternidad. Por todos: R. AGUILERA IZQUIERDO, J. GIL PLANA, Las prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia, Civitas, Madrid. 2010.

prestación económica, la norma establece no prevé un período de duración determinado, pero sí de extinción que será bien cuando concluya la necesidad del cuidado directo continuo y permanente del menor de 18 años, cese que tendrá que ser informado por el Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, bien cuando el menor, aunque persista la enfermedad, cumpla 18 años.

Por último, cabe señalar que «en línea con la ficción legal que en materia de cotización durante los períodos de reducción de jornada prevista en el art. 37.6 ET incorporó la LOI, el legislador, como no podía ser de otra manera, extiende su aplicación a este nuevo supuesto. Así, la cotizaciones realizadas durante los períodos de reducción de jornada por cuidado de hijo con cáncer o enfermedad grave se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo a efectos de las prestación por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal»

EL DERECHO A ADAPTAR Y DISTRIBUIR LA JORNADA DE TRABAJO POR RAZONES DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

La ordenación del tiempo de trabajo constituye un factor esencial para conciliar la vida familiar y laboral. La adopción de medidas de flexibilidad en la jornada de trabajo dentro de las empresas es uno de los instrumentos que «resultan más útiles para que los trabajadores puedan compaginar su actividad laboral con las responsabilidades familiares más comunes (por ejemplo, para acompañar a sus hijos a la entrada y salida de la guardería o del colegio)». Con esa intención el art. 34.8 ET, que fue introducido por la LOI, reconoce a los trabajadores el derecho a «adaptar la duración y dis-

tribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla».

A tal fin, se establecen distintos mecanismos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas, tales como: la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos.

La intención del precepto es clara: que el tiempo para trabajar y su distribución puedan adaptarse a las conveniencias familiares del trabajador. La tipología de los pactos a los que se puede llegar será, por tanto, muy variada. Así, por ejemplo, podrá acordarse una reducción de la jornada de trabajo, distribuirse el tiempo de trabajo de modo distinto según los días de la semana o las épocas del año (piénsese en los problemas que tienen normalmente los padres en los períodos de vacaciones escolares), pactar un horario flexible que permita al trabajador adaptar parcialmente el inicio o final de su trabajo, etc. En definitiva, las posibilidades que se ofrecen a la negociación colectiva o al acuerdo entre empresario y trabajador son amplísimas teniendo en cuenta la multitud de opciones que existen a la hora de fijar la duración y la distribución de la jornada de trabajo.

Ahora bien, lógicamente el derecho del trabajador estará condicionado a las características de la actividad productiva realizada en la empresa; y si bien esta circunstancia será, obviamente, tenida en cuenta en la negociación colectiva, puede plantear problemas cuando el convenio no diga nada al respecto y el trabajador pretenda hacer valer su derecho a la adaptabilidad de la jornada por acuerdo con el empresario.

En efecto, el precepto deja en manos de la negociación colectiva la regulación de los términos o condiciones en los que los traba-

jadores podrán adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo, pero nada impide que dicha regulación se mejore por acuerdo con el empresario o que, a falta de regulación en el convenio colectivo trabajador y empresario, acuerden la duración y distribución que estimen conveniente. Se admite, en todo caso, la negociación entre las partes a fin de conciliar sus intereses particulares.

El titular del derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo es el trabajador, pero la elección de la duración y distribución de la jornada no le corresponde a él en exclusiva, sino que es necesario el acuerdo previo con el empresario; y, ¿qué sucede si no se llega a un acuerdo porque la duración o distribución solicitada colisiona con los intereses empresariales? En la interpretación de estos derechos deben evitarse soluciones ajenas a la finalidad de la norma o «interpretaciones en la que se obtenga un resultado contrario a la eficacia de la reducción de la jornada y a la conciliación de los derechos de maternidad, familia y trabajo»³².

Tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la Reforma del mercado laboral, el art. 37.6 ET circunscribe la reducción de la jornada de trabajo a la «diaria», por lo que cualquier otra petición de reducción que desconozca tal limitación y, por supuesto, cualquier pretensión de adaptación del tiempo de trabajo que no implique reducción de jornada, únicamente tendrá cabida en el art. 34.8 ET.

³² Y es que la alternativa ofrecida por el empleador no puede dejar el derecho vacío de contenido. Si no se llega a acuerdos el empresario tendrá que probar la causa organizativa que alega, explicando que «no puede encontrar un sustituto durante el preaviso o tratando de argumentar que una parte importante de la plantilla está solicitando el mismo derecho o que la función que desempeña el trabajador posee una importancia estratégica», en A. DE LA PUEBLA PINILLA: «Conciliación de la vida familiar y laboral», en J. M. GOERLICH PESET (Coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Toma Sala Franco*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2016, pág. 702.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que el Tribunal Supremo³³ ha negado que el art. 34.8 ET otorgue amparo legal a las reclamaciones de modificación de horario o turno de trabajo que no vayan unidas a un solicitud de jornada ex art. 37.5 y 37.6 ET en ausencia de previsión convencional o pacto individual expreso. En efecto, la STS de 18 de junio de 2008 justificó que una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, excede de las competencias de los órganos judiciales, al no estar comprendida en el supuesto del art. 37 ET.

Además, la sentencia comentada rechaza que resulte aplicable en este caso lo dispuesto por la STC 3/2007, de 15 enero (RTC 2007,3), que era contundente, al declarar que para resolver los conflictos sobre el derecho de reducción de jornada «ha de prevalecer y servir de orientación para cualquier duda la dimensión constitucional de la medida contemplada en los art. 37. 5 y 6 ET (...) tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)». Para descartar la aplicación de esta doctrina, el TS diferencia entre los supuestos de reducción de jornada y horario, que cuenta con apoyo en los arts. 37.5 y 6 ET y los supuestos de petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, que carecen de apoyo legal por expresa decisión del legislador. En este sentido, entiende el TS que ni puede entrar ni dar lugar a lo pedido sin violar el principio de legalidad, «pues sería tanto como asumir los órganos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando las artículos necesarios del E.T, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el art. 34 del ET en la reciente Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la

igualdad efectiva de mujeres y hombres». En definitiva, insiste el Tribunal Supremo en que «la declaración del derecho del trabajador a disfrutar de un nuevo horario de trabajo» en un supuesto de «no reducción de jornada», no está incluida en el art. 37.6 ET.

Sin embargo, esta inaplicación de la doctrina sentada en la STC 3/2007 no es pacífica, cuando lo que se solicita es la adaptación del horario sin reducción de jornada. En efecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma distinta en casos muy similares de petición de cambio de turno de trabajo sin reducción de jornada.

- Por un lado, la STC 24/2011, de 14 marzo (RTC 2011, 24) entiende que las consideraciones efectuadas en la STC 3/2007 no son trasladables al supuesto en el que la trabajadora no solicitó a la empresa una reducción de su jornada de trabajo, sino la adscripción permanente al turno de mañana para cuidar de sus hija recién nacida.

El art. 34.8 ET condiciona el ejercicio del derecho de adaptación de jornada a lo que se disponga a través de la negociación colectiva o acuerdo entre los interesados. La desestimación judicial de la trabajadora ante la inexistencia de pacto no infringe el art. 14 CE, al no haberse producido una indebida restricción del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral que constituye una discriminación por razón de sexo.

En contra de lo mantenido en la demanda de amparo, el legislador ha considerado conveniente condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada por motivos de conciliación, a lo que se disponga a través de la negociación colectiva o acuerdo entre los propios interesados (empresario y trabajador/a). Desde esta perspectiva, la dimensión constitucional del derecho legal a la conciliación es la protección social, económica y jurídica de la familia. Dentro de este derecho social se

³³ STS 13 de junio de 2008 (RJ 2008/4227), STS 18 de junio de 2008 (RJ 2008/4230), 20 de mayo de 2009 (RJ 2009/3118), STS 19 de 10 de octubre de 2009 (RJ 2009/7606) 20 de octubre de 2010 (RJ 2020/8447) y 24 de abril de 2012 (RJ 2012/5881).

reconoce el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, y más concretamente, el derecho a la adaptación de la jornada.

Tras las ponderación de intereses (el del empresario a la organización del trabajo en su empresa y el del cuidado de la familia por los trabajadores con responsabilidades familiares), se ha optado por el reconocimiento legal a la adaptación convencional de la jornada sin que ello menoscabe el derecho de conciliación o lo restrinja infundadamente»³⁴.

- Otra sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 26/2011, de 14 marzo 2011 (RTC 2011, 26) resuelve en sentido contrario, al admitir «discriminación por circunstancias familiares». En la sentencia, el demandante de amparo imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haber rechazado, mediante una interpretación restrictiva de los arts. 36.3 y 34.8 ET y del convenio colectivo aplicable, su pretensión de realizar en horario nocturno todas las jornadas durante el curso 2007-2008 en el centro en que presta servicios, con el fin de atender al cuidado de sus dos hijos de corta edad. Esta denegación implica, a su juicio, la privación del ejercicio de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de su vida familiar, personal y laboral por consideraciones de estricta legalidad, sin ponderar la dimensión constitucional del asunto planteado. Además, sostiene el recu-

rente que el rechazo de su pretensión implica a su vez convertir a su esposa, trabajadora y madre de los menores, en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos.

Para resolver esta cuestión el Tribunal Constitucional estima que deben valorarse las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. Tras dicho examen, el Tribunal Constitucional concede el amparo solicitado al entender que no se ha tenido en cuenta hasta qué punto la pretensión del recurrente resultaba necesaria para lograr su efectiva participación en el cuidado de sus hijos de corta edad³⁵.

El genérico derecho a la adaptación de la jornada ex art. 34. 8 ET ha sido hasta la fecha objeto de una restrictiva interpretación del Tribunal Supremo. En fechas recientes, ha abordado de nuevo la cuestión la cuestión relativa a la concreción horaria en los supuestos de reducción de jornada por guarda legal, pero en este caso, teniendo en cuenta lo previsto en el convenio colectivo y la literalidad del 37.5 tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012 del art. 37 ET (hoy, apartado 6º ex RDLeg 2/15) tras la reforma de 2012. Apartándose de la línea jurisprudencia anterior ha reconocido, el derecho de los trabajadores que solicitan re-

³⁴ Un comentario profundo y riguroso sobre la STC 24/2011, lo encontramos en Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA: «Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido (Reflexiones en torno a la STC 24/2011)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2012, núm. 155, edición digital, pág. 14.

³⁵ La sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado D. PABLO PÉREZ TREMPs en el que se pone de manifiesto el hecho de que ésta es la primera vez que se utiliza como categoría discriminatoria las circunstancias familiares.

ducción de jornada a elegir su turno, siguiendo lo establecido en Convenio Colectivo.

En esta ocasión, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de mayo de 2016 (RJ 2016, 3183) articula su fundamentación en la distinción que de forma explícita realiza el convenio colectivo entre «jornada ordinaria» y «jornada diaria» para después afirmar que «la negociación colectiva está facultada para articular una regulación propia y completa (art. 37. 7 ET) (...) y la ausencia de remisión a la norma estatutaria y el sentido que se deriva de la literalidad del convenio colectivo impide la pretensión de la empresa». Desde esta posición flexible y amplia ha venido a confirmar el derecho de los trabajadores a que la concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal y por motivos familiares se disfrute, conforme al con-

venio colectivo, dentro de su jornada ordinaria. Lo que significa que la empresa no está facultada para exigir que dicha concreción horaria se realice obligatoriamente dentro de su jornada ordinaria «diaria», apartándose de la doctrina anterior del Tribunal Supremo y alineándose con los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia.

En todo caso, la falta de uniformidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo no puede ocultar que, exista o no petición de reducción de jornada, resulta exigible que los órganos judiciales valoren adecuadamente la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a proteger a la familia y a la infancia (arts. 14 y 39 CE), y por ende, facilitar la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

RESUMEN

El Derecho del Trabajo español en consonancia con el derecho comunitario europeo intenta conseguir en el ámbito de las relaciones laborales una mayor igualdad entre los hombres y las mujeres a la hora de asumir sus obligaciones paterno o materno filiales, con la finalidad de proteger los intereses de la infancia.

En este contexto se analizan las «jornadas reducidas» (Montoya Melgar), como expresión de la reducción de la jornada de trabajo de la madre o padre trabajadores, que conlleva la consiguiente disminución proporcional del salario, y responde al interés de los poderes públicos en facilitar a los trabajadores la conciliación de su trabajo con la vida familiar. En concreto, se estudian los distintos supuestos de reducciones singulares de jornada por razones familiares: guarda legal, lactancia de un hijo menor de nueve meses; cuidado de hijo en caso de nacimientos prematuros o que requiera hospitalización a continuación del parto y hospitalización del menor afectado por cáncer o enfermedad grave.

El primer supuesto, referido a la reducción de jornada «por razones de guarda legal», comprende las reducciones de jornada de los trabajadores que tengan a su cuidado directo a un menor de doce años o a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe actividad retribuida alguna y también a quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda cuidarse de sí mismo y no desempeñe actividad retribuida alguna (art. 37.6 ET). Se analiza la titularidad del derecho, los límites flexibles del alcance de la reducción de jornada, la consiguiente disminución proporcional del salario, la facultad para determinar y elegir el horario, así como también se proponen posibles alternativas a la colisión entre el derecho del trabajador, el poder de dirección y las necesidades organizativas de la empresa, a la luz de los recientes pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo sobre la materia. En esta línea, también se estudian los conflictos que en el ámbito de Seguridad Social— sobre todo, en lo que se refiere al desempleo, se han planteado ante los Tribunales en supuestos de reducción de jornada.

Por lo que se refiere al segundo supuesto, reducción de jornada por lactancia de un menor de nueve meses (art. 37.4 ET), se analiza el derecho «individual» de los trabajadores, mujeres u hombres, a una hora de ausencia del trabajo, dividida en dos fracciones. Se trata de determinar la naturaleza de la ausencia y/o reducción de jornada del trabajador por esta causa —entendida, como diaria—, así como también se examina la posibilidad de la acumulación de la reducción en jornadas completas en los términos que se prevean en los convenios colectivos. En este caso, se recurre a las cláusulas convencionales y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para proponer soluciones que resuelvan las incertidumbres que plantea el ejercicio de este derecho.

Un tercer supuesto de reducción singular de jornada es la ausencia al trabajo por nacimiento de hijo prematuro o de hijo que requiera hospitalización a continuación del parto (art. 37.5 ET). En este bloque se incluye el estudio tanto del derecho de ausencia durante una hora por esta causa, como del derecho a la reducción de jornada hasta un máximo de dos horas con la consiguiente disminución del salario. También se analizan las reglas que la norma propone para resolver las discrepancias que puedan surgir entre el trabajador/trabajadora y el empresario en relación con la concreción y determinación de la ausencia o de la reducción de jornada por cuidado del hijo neonato. En todo caso, cabe señalar que en este caso, las propuestas son pacíficas, pues no existe una elevada conflictividad en el uso y disfrute de este derecho, ya que en estas situaciones los progenitores trabajadores suelen acudir a otras instituciones jurídicas para dar cobertura legal a la realidad que les ocupa.

En cuarto lugar, se examina la reducción de jornada por hospitalización del menor afectado por cáncer o enfermedad grave. En este sentido, se prevé que el progenitor, adoptante o acogedor, tenga derecho a la reducción de la jornada de trabajo con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquélla para el cuidado del menor a su cargo. Además del alcance de los límites de la reducción de jornada, se estudian los términos de la determinación y concreción del horario dentro de la jornada individualizada y ordinaria del trabajador. En esta ocasión, la causa justificativa de este supuesto de reducción de jornada ha de ser acreditada oficialmente por el servicio público de salud competente, es decir, que sin dicha acreditación el progenitor-trabajador no puede solicitar el derecho a la reducción de jornada. Por último, en este contexto, también se examinan los términos en los que se tiene derecho a percibir la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer, establecida en el art. 192 LGSS (RDLeg. 8/2015).

Junto a las reducciones singulares de la jornada de trabajo por razones familiares, también se analiza en el presente estudio el derecho del trabajador a adaptar la duración y la distribución de la jornada para favorecer su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 34. 8 ET). En efecto, la ordenación del tiempo de trabajo constituye un factor esencial para conciliar la vida familiar y laboral. Con esta intención, se interpreta el art. 34. 8 ET como instrumento para hacer efectivo este derecho de los trabajadores en los términos establecidos en la negociación colectiva o en acuerdos con el empresario. Se citan ejemplos como: la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos. En fin, se examinan los cambios introducidos en la norma, al hablar ahora de reducción de jornada de trabajo «diaria», y se ofrece la falta de uniformidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la denegación (o concesión) del amparo legal ex art. 34.8 ET de las reclamaciones de horario o turno de trabajo que no vayan unidas a una solicitud de reducción de jornada, en los términos del art. 37.5 y 37.6 ET, cuando no exista previsión convencional o pacto individual al respecto.

Palabras clave: reducción de jornada, adaptación de jornada, distribución de jornada, cuidado de hijos menores, cuidado del cónyuge, cuidado de familiares hasta segundo grado de consanguinidad y afinidad, reducción de jornada por lactancia, acumulación en jornada completas, ausencia al trabajo por nacimiento de hijo prematuro, ausencia al trabajo por hijo que requiera hospitalización a continuación del parto; reducción de jornada por hospitalización del menor afectado por cáncer o enfermedad grave, prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer, conciliación, familia, vida personal y laboral.

ABSTRACT Spanish Labour Law, in line with the European Community Law, seeks to achieve greater equality between men and women in the field of labour relations when it comes to assuming their parental or maternal obligations towards their children, in order to protect the interests of childhood.

In this context, «reduced working days» (Montoya Melgar) are analysed, as an expression of reduction of working days for working mothers or fathers, which entails the consequent proportional reduction of the salary, and responds to the interest of public powers to facilitate work-life balance to workers. In particular, different scenarios of individual reductions of working days for family reasons are studied: legal guardianship, breastfeeding of a child younger than nine months, child care in cases of premature births or requiring hospitalization after childbirth and hospitalization of minor children suffering from cancer or serious illnesses.

The first case, referred to the reduction of working days «for reasons of legal guardianship», includes reductions in working days of workers who have under their direct care a child under twelve years of age or a person with physical, mental or sensory disability who does not perform any paid work and also to those who need to take care of family members directly up to the second degree of consanguinity or affinity who, for reasons of age, accident or illness, cannot take care of themselves and do not perform any paid activity (art. 37.6 of the Workers' Statute). The ownership of the right is analysed, the flexible limits of the scope of reduction of working days, the consequent proportional reduction of the salary, the faculty to determine and choose the work timetable, as well as possible alternatives to conflicts between workers' rights, the power of management and the organizational needs of the company, in light of the recent jurisprudential pronouncements of the Supreme Court on the matter. In this line, we also study the conflicts that in the field of Social Security –above all, in what is related to unemployment– have been raised in Court in cases of reduction of working days.

With regard to the second assumption, reduction of working days for breastfeeding of a child under nine months (art. 37.4 of the Workers' Statute), we analyse the «individual» rights of (male or female) workers to one hour of absence from work, divided into two fractions. The purpose is to determine the nature of the absence and / or reduction of workers' working days for this reason –daily, as it is understood–, as well as the possibility of accumulating this reduction in full days in the terms foreseen in collective agreements. In this case, the conventional clauses and jurisprudence of the Court of Justice of the European Union are used to suggest solutions that could solve the uncertainties posed by exercising this right.

A third case of specific reduction in working days is the absence from work due to the birth of a premature child or a child that requires hospitalization after the birth (art. 37.5 of the Workers' Statute). This group includes the study of the right of absence for one hour due to this reason, as well as the right to reduce the working days to a maximum of two hours with the consequent decrease in salary. We also analyse the rules proposed by the law to solve the disagreements that may arise between workers and employers to establish the cause of absence or reduction of working days for the care of the newborn child. In any case, it should be outlined that, in this case, the proposals are peaceful because there is no high conflict in the use and enjoyment of this right, since in these situations working parents usually go to other legal institutions to provide legal coverage to the reality that occupies them.

Fourth, we study the reduction of working days due to hospitalization of minors suffering from cancer or serious illnesses. In this sense, it is expected that biological or adoptive parents have the right to reduce their working day with the proportional reduction of salary of, at least, half of the duration of the one for the care of minors. In addition to the limits of reduction of working days, we analyse the terms to establish the work timetables within the individualized and ordinary working days of workers. On this occasion, the

justifying cause of this reduction in working days must be officially accredited by the competent public health service, that is, without this accreditation, parent-workers cannot request the right to reduce their working days. Finally, in this context, we also examine the terms in which workers have the right to receive economic benefits for the care of minors suffering from cancer, established in art. 192 of the General Law of Social Security (Royal Legislative Decree 8/2015).

Along with singular reductions of working days for family reasons, this study also analyses workers' right to adapt the duration and distribution of the working day in order to favour their right to work-life balance (art. 34. 8 of the Workers' Statute). Indeed, the organization of working time is an essential factor for work-life balance. With this intention, article 34. 8 of the Workers' Statute represents an instrument to enforce this right of workers under the terms established in collective negotiations or in agreements with employers. Some examples that are mentioned: continuous work shift, flexitime or other ways of organizing working time and breaks. Finally, the changes introduced in the law are examined, when speaking now of reduction of «daily» working days, and the lack of uniformity of jurisprudence of the Constitutional Court and the Supreme Court on denying (or granting) legal protection ex art. 34.8 of the Workers' Statute about complaints for timetables or work shifts that are not linked to a request for reduction of working days, in the terms of art. 37.5 and 37.6 of the Workers' Statute, when there is no conventional forecast or individual agreement in this regard.

Keywords: Reduction of working days, adaptation of working days, distribution of working days, care of minor children, care of spouse, care of family members up to the second degree of consanguinity and affinity, reduction of working days due to breastfeeding, accumulation in full working days, absence from work for birth of a premature child, absence from work for a child that requires hospitalization after childbirth, reduction of working days for hospitalization of minors suffering from cancer or serious illnesses, economic benefit for care of minors suffering from cancer, work-life balance, family, personal and working life.

Los permisos por razones familiares en el artículo 37.3 ET

Family-related in article 37.3 ET (Statute of Workers)

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS*

Aunque el trabajador venga obligado a cumplir con las obligaciones de su puesto (art. 5.a ET), realizando el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue (art. 20.1 ET), y sea el contrato de trabajo uno de tracto sucesivo¹ ello no significa que la prestación laboral se lleve a cabo de manera ininterrumpida. La propia naturaleza de las cosas convierte en imposible la exigencia de un trabajo continuo y las leyes laborales, desde los mismos orígenes del Derecho del Trabajo, vienen esforzándose en el establecimiento de límites temporales.

De este modo, la reciprocidad de las obligaciones que genera el contrato de trabajo ha debido de conciliarse con la existencia de supuestos en los que –de manera transitoria– están ausentes las principales consecuencias

de toda relación laboral. Así, conforme al art. 45 ET, en determinados casos se exonera a sus sujetos “de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo” (art. 45.2 ET); en otras ocasiones, incluso, lo que se hace es mantener la prestación retributiva y eximir al trabajador del cumplimiento de su deber principal, considerándose como interrupciones del contrato de trabajo estos supuestos en que el principio de reciprocidad de las obligaciones queda malparado al subsistir sólo la propia del empleador.

Sólo partiendo de esta previa obligación de trabajar diligentemente podrá entenderse de manera adecuada la funcionalidad de los permisos: excepcionan el desarrollo previsto y comprometido del propio contrato de trabajo en la parte que concierne al principal deber de la persona asalariada.

En sí misma, la licencia retribuida es bien interesante por lo que comporta de excepción al juego de la sinalagmaticidad, descartándose por completo que pudiera operar la resolución del contrato a instancias del empresario ante el incumplimiento del trabajador que,

* Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

¹ Se trata de una nota preconizada de manera general; por todos, A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 38ª edición, Tecnos, Madrid, 2017, pág. 268.

desde una perspectiva material, se produce². Si se deja de trabajar aquí no es por causa imputable al empresario (ver art. 30 ET), por fuerza mayor o por razones económicas y, sin embargo, el empresario acaba soportando los riesgos del caso.

1. EL MATRIMONIO DEL TRABAJADOR

1.1. Caracterización general

Pese a la extendida conciencia social acerca de la conveniencia de otorgar un permiso laboral a quien va a contraer nupcias lo cierto es que, si bien se mira, en esta causa de interrupción –también en la mudanza– existe una peculiaridad si se compara con el resto: aquí no se está ante una *necesidad o deber* que hayan de atenderse, por fuerza, durante el tiempo de trabajo y hasta el extremo de que sea imperativo liberar al trabajador de su realización. La decisión de no simultanear actividad laboral y fechas coetáneas o posteriores a tal evento procede más del terreno de la conveniencia que del de la exigencia.

Quizá ese menor nivel de necesidad se encuentra en la base del tardío reconocimiento de esta modalidad de permiso por parte del ordenamiento jurídico, al menos con carácter general. En efecto, aunque su existencia como causa de interrupción de la relación laboral data de las primeras Reglamentaciones de Trabajo³ no será hasta la Ley de Relaciones Laborales cuando se recoja como permiso retribuido a disposición del conjunto de trabajadores, estableciendo al efecto su art. 25.3.a una duración mínima de diez días naturales.

² Recuérdese que el art. 1124 del Código Civil comienza disponiendo que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe».

³ La primera referencia al período de duración del permiso por matrimonio la encontramos en la Ordenanza Laboral de RENFE (O. M. de 29 de septiembre de 1944), cuyo art. 151 preveía un período de «al menos ocho días».

Al tiempo, los cambios que en el plano personal suele comportar este acontecimiento explican el que en ocasiones no sólo se esté ante ausencia retribuida en la misma cuantía que si se hubiera trabajado efectivamente sino que se piense en abonar una cuantía adicional para afrontar los mayores gastos concurrentes⁴.

1.2. Duración del permiso

Desde que se aprobara la Ley 8/1980, el art. 37.3.a del Estatuto de los Trabajadores viene fijando, sin modificación alguna, en *quince días* naturales la duración del permiso por matrimonio; tal duración mejora notablemente la de su predecesora (la Ley de Relaciones Laborales), aunque en realidad convirtió en general lo que era duración promedia establecida en la mayoría de las normas sectoriales de la época (Reglamentaciones, Ordenanzas, Convenios Colectivos, Reglamentos de Régimen Interior preexistentes). Por descontado, la magnitud de referencia no impide su eventual mejora a través de los cauces (sobre todo, pactos colectivos o individuales) admitidos en Derecho; se trata de una duración mínima e

⁴ Entre otros muchos, el Convenio Colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el período 2016-2018 (RCL 2016\1221) contempla en su art. 39 anticipos para hacer frente a los gastos extraordinarios y justificados que pueda tener el personal con un mínimo de permanencia en la empresa de dos años de «hasta cuatro mensualidades como máximo de sueldo de tabla» por gastos originados con ocasión de contraer matrimonio.

En el Convenio Colectivo del sector de Industrias del Aceite y sus Derivados, y Aderezo y Relleno de Aceitunas de Jaén (LEG 2015\9774): Los trabajadores con más de dos años de servicio en la empresa, que contraigan matrimonio o al constituir la unidad familiar como parejas de hecho, (en ambos casos deberán acreditarlo), siempre que continúen activo y prestando servicios a la empresa, «percibirán una gratificación equivalente a treinta días de salario base más el complemento ad personam y beneficios».

Más anecdótica es la previsión del Convenio Colectivo de la Empresa «Fábricas Lucía Antonio Beteré, S.A. (LEG 2013\99939) cuyo art. 21 establece «un premio de nupcialidad consistente en un colchón Gran Flex y un Tapiflex de 1,35 para todos los trabajadores de Flabesa que contraigan matrimonio y tengan una antigüedad en la empresa de dos años como mínimo».

indisponible, que no puede ser disminuida arguyendo, por ejemplo, su compensación con la mayor extensión de otros permisos⁵.

A diferencia de lo establecido para el resto de supuestos listados en el art. 37.3 ET en los que ninguna precisión se hace respecto de la naturaleza de los días propios del permiso, en el caso del matrimonio del trabajador, la norma precisa que los quince días de ausencia que concede han de ser *naturales*, lo que despeja cualquier duda acerca de posibles exclusiones del cómputo; laborables o no, hábiles o no, todas las fechas que transcurren desde que se inicia el disfrute del permiso han de contabilizarse para determinar su duración, sin que pueda pretenderse lícitamente el ulterior disfrute de días festivos que hayan estado comprendidos en el lapso de tiempo del permiso. Esta expresa previsión normativa conduce a pensar que cuando la negociación colectiva señala duraciones genéricas (del tipo de «equis días») para el caso de permiso por matrimonio⁶ también ha de realizarse el cómputo por días naturales aunque nada se aclare; son varias las razones que así lo aconsejan (concordancia con la regla del Estatuto, entrada en juego de las normas sobre cómputo de plazos contenidas en el Título Preliminar del Código Civil, virtualidad del canon hermenéu-

tico «*ubi lex non distinguet...*») y que conducen a descartar la existencia de una duda⁷.

Aunque la posibilidad de que la duración contemplada en la Ley se amplíe es innegable⁸, la práctica negociada muestra que quince días, en sintonía expresa o tácita con el ET, es lo que suele durar el permiso con motivo de contraer matrimonio. Seguramente la razonable duración prevista en el art. 37.3.a ET, muy superior a la del resto de supuestos, así como su propia aceptación social y cultural como suficiente, explican que la mayoría de convenios mantenga la duración estatutaria o, simbólicamente, la aumenten en uno o pocos días más⁹, siendo más bien escaso el número de convenios que modifica esa cifra de manera significativa¹⁰. Por descontado, un modo de

⁷ Como se sabe, este es presupuesto inexcusable para que entre en juego el principio «*pro operario*» y pueda elegirse la interpretación más beneficiosa (días laborables) para el trabajador; en tal sentido, por todos, A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 221.

⁸ Como advirtiera la doctrina judicial clásica (por todas, STCT de 22 octubre 1981, RTCT 1981, 6327) las previsiones legales en materia de permisos pueden ser mejoradas a través de diversas fuentes. Cfr. *El principio de igualdad en la negociación colectiva* (Dir. CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016).

⁹ Dieciséis días: V Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (RCL 2013\1639); Convenio colectivo nacional de prensa no diaria (RCL 2013\1833); Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (RCL 2016\689).

Diecisiete días: Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad para el periodo julio 2015-2016 (RCL 2015\1416); III Convenio Colectivo de «Ombuds Servicios, SL» (LEG 2006\7915) y Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU (LEG 2016\6627).

Dieciocho días: Convenio colectivo de Bellota Herramientas, SAU, Bellota Agrisolutions, SLU y Mirandaola Inversiones y Gestión, SLU (LEG 2016\1036), XVII Convenio Colectivo de Zardoya Otis, SA y Ascensores Eguren, SA (LEG 2012\1638) y XXII Convenio colectivo de Electrolux Home Products España, S.A. (centros comerciales) (LEG 2009\4231).

¹⁰ Veinte días: Convenio colectivo interprovincial de oficinas de farmacia de las provincias de Girona, Lleida y Tarragona, para los años 2013 y 2014 (LCAT 2013\566), Convenio colectivo de Ediciones Primera Plana, SA, Logística de Medios de Catalunya, SL, Zeta Servicios y Equipos, SA (centros de trabajo de Barcelona), Zeta Gestión de Medios, SA y Grupo Zeta, SA (centros de trabajo de Barcelona) (LEG 2015\1350), y Convenio Colectivo de la empresa Naviera Vizcaina, SA (Personal de Flota) (LEG 2005\1188).

⁵ Ya en estos términos, SSTCT 9 abril 1981 (RTCT 1981, 2913) y 29 abril 1983 (RTCT 1983, 3698), para las cuales «se trata de un derecho que deriva específicamente del contenido del contrato de trabajo, siendo un derecho básico que tiene el carácter de mínimo necesario».

⁶ Como ejemplo en el que el Convenio omite cualquier especificación sobre el tipo de cómputo que haya de realizarse, VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (RCL 2013\1278), VII Convenio colectivo de ámbito estatal de gestorías administrativas (RCL 2017\216) y Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016 (RCL 2014\788). El Convenio Colectivo de Mahou, SA (LEG 2013\5839) expresamente aclara tras la enumeración de todos los permisos que «En todo caso, se entiende que los días a que se hace referencia en este artículo son días naturales».

ampliar la duración del permiso viene dado por su establecimiento en días laborables (o «hábiles») y no naturales¹¹, en cuyo caso adquiere trascendencia decisiva la determinación de qué concretas fechas merecen una u otra consideración¹².

Además de esas previsiones que asumen el habitual papel de mejorar los términos de la norma (sea aumentando el número de días, sea trocando su carácter de naturales por el de laborales), el examen de los convenios colectivos recientes muestra alguna otra posibilidad más heterodoxa o imaginativa que también incide sobre esta cuestión. Como muestras de tal corriente pueden traerse a colación las siguientes:

- Cabe que se aumente el permiso bien que sin derecho a remuneración, sea atendiendo las circunstancias concurrentes en cada caso¹³, sea dejándolo en manos del trabajador que no percibirá remuneración por esa prolongación de su ausencia¹⁴. La verdad es que en estos casos se está más bien ante una suspensión del contrato (art. 45 ET)

En fin, veintiún días: VI Convenio colectivo de Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SAU (LEG 2016\1186).

¹¹ Establece un período de quince días *hábiles*, el Convenio colectivo para el personal laboral de la Secretaría General del Portavoz del Gobierno (BOE 23 enero 1996). Quince días *laborables* reconoce el Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE 3 febrero 2015).

¹² Cfr. la STS de 12 de julio de 1993 (RJ 1993\5671).

¹³ Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (RCL 2016\55): «En casos extraordinarios debidamente acreditados, se otorgará [la licencia] por el tiempo que sea preciso según las circunstancias, conviniéndose las condiciones de concesión y *puediendo acordarse la no percepción de haberes*».

¹⁴ Formulaciones del tenor «puediendo el trabajador optar por una ampliación de hasta cinco días de esta licencia, *sin remuneración*», en Convenio colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (RCL 2015\1760); otra posibilidad es la de que junto a la concesión del permiso el trabajador pueda solicitar *licencia no retribuida* a partir de los quince días [período de duración del permiso] y con un máximo de treinta días naturales: Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (RCL 2016\1020).

que ante mera interrupción (art. 37 ET).

- Tampoco es infrecuente que el permiso por matrimonio pueda disfrutarse junto con todo el período vacacional¹⁵ o una parte del mismo¹⁶, lo que, por cierto, viene a reforzar la idea ya apuntada de que este permiso se identifica más bien con tal institución que con las demás del art. 37.3 ET.
- Adicionalmente, algunos convenios permiten la ampliación de días en función de la antigüedad del trabajador en la empresa, pudiéndose barajar al efecto múltiples fórmulas escalonadas o unificadas¹⁷.

1.3. El permiso en los casos de convivencias extramatrimoniales

El art. 37.3.a ET configura como presupuesto para la concesión del permiso en estudio el que exista un «matrimonio», concepto que ha de integrarse por remisión exclusiva a lo dispuesto en el art. 44 y concordantes del Código Civil. En este sentido, es claro que el legislador únicamente admite la concesión del permiso si realmente dos personas se han unido a través de verdadero matrimonio, sin que al efecto puedan equipararse otros supuestos de convivencia íntima.

Con reiteración se ha planteado en todos estos temas la posibilidad de que al restringir

¹⁵ Acerca de esta posibilidad, VII Convenio colectivo de ámbito estatal de gestorías administrativas (RCL 2017\216).

¹⁶ Permiten la acumulación parcial de las vacaciones al permiso por matrimonio, Convenio Colectivo de la empresa Corporación de Medios de Murcia, SA (LEG 2007\4776): «Las vacaciones anuales podrán ser acumuladas en su totalidad o en parte a dicho permiso siempre y cuando sea posible, de acuerdo con el plan de vacaciones de la sección».

¹⁷ La Disposición Adicional 14ª del EBEP inspira esta técnica. Conforme a su texto, «cada Administración Pública podrá establecer hasta un máximo de cuatro días adicionales de vacaciones en función del tiempo de servicios prestados por los funcionarios públicos».

el beneficio a quienes optan por determinado modelo de unión estable (la matrimonial) se estaría discriminando a cuantos trabajadores prefieren otra fórmulas, invocándose al efecto la genérica protección constitucional en favor de la familia (el art. 39.1 se refiere a ella y no al matrimonio) y el principio de no discriminación (art. 14 CE).

No es este el lugar adecuado para penetrar en el polémico tema del régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho o uniones libres. Bastará con recordar que la jurisprudencia ordinaria y constitucional han venido conciliando criterios aparentemente opuestos: a) la convivencia *more uxorio* —siempre que cumpla ciertos requisitos— puede hacer surtir consecuencias jurídicas diversas; b) no es realidad equivalente a la matrimonial por lo que el legislador puede atribuir consecuencias diversas a ambas; c) la heterogeneidad no puede amparar supuestos de verdadera discriminación.

La expuesta respuesta negativa no impide, desde luego, que la negociación colectiva haya introducido el supuesto de las parejas de hecho como legitimador de la concesión del mismo permiso que el contemplado para los casos de matrimonio¹⁸. Ningún peligro se ve en ello

¹⁸ Así, cfr. VII Convenio colectivo nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (RCL 2016\665), que concede el permiso al trabajador en caso de matrimonio «o situación legalmente reconocida».

Convenio colectivo Laboratorios Parke-Davis, S.L. (LEG 2013\98786), que, entre otros supuestos posibles de permiso, se refiere al matrimonio del trabajador o *asimilación*; asimismo, en mismo convenio, «Asimilación a casos de matrimonio» dispone lo siguiente: «El trabajador/a que conviva con otra persona y hagan vida en común sin que exista legalización oficial de matrimonio, tendrán los mismos derechos a que hace referencia el art. 13.a) del presente Convenio [permiso por matrimonio] *por una sola vez*; por ello, habiendo disfrutado del mismo cuando se constituyeron en pareja de hecho no cabe su disfrute por razón de haber contraído matrimonio [cfr. STSJ Castilla y León de 11 de junio de 2015 (PROV 2015\162467)].

Convenio colectivo de Bellota Herramientas, SAU, Bellota Agrisolutions, SLU y Mirandaola Inversiones y Gestión, SLU (LEG 2016\1036): «La convivencia marital, siempre que la misma se acredite de forma suficiente (certificado de empadronamiento

ya que los derechos han de ejercerse conforme a las exigencias de la buena fe, estando prohibida su utilización abusiva, al margen de que la propia previsión que reconoce el permiso suele adoptar cautelas para hacerlo sólo cuando se esté ante unión entablada con ánimo de que sea duradera.

A propósito de supuestos en que se equiparan los derechos de quienes conviven *more uxorio* con los de quienes han decidido contraer matrimonio, algún pronunciamiento judicial ha entendido que el permiso por convivencia de hecho ha de concederse con motivo de que se decida iniciar tal unión estable, sin que pueda considerarse que la licencia se encuentra permanentemente a disposición de su titular para que éste la active en el momento que desee¹⁹. Se trata de doctrina tan razonable como la contraria.

común por un período continuado de al menos dos años con anterioridad a la fecha de la solicitud) generará los mismos derechos que los contemplados en los apartados a) [licencia por matrimonio]... de este artículo».

Convenio Colectivo de la empresa «Servimedia, SA» (LEG 2014\517): «A los efectos previstos en este artículo, se equipará a quien, sin ser cónyuge del trabajador, conviva maritalmente con él, es decir, la persona a quien se haya ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad». Véase también, Convenio colectivo de Uniprex, SAU (LEG 2016\6173).

Por lo que respecta a la acreditación de estas situaciones, *vid. infra*.

¹⁹ La STSJ Madrid de 22 abril 1994 (rec. 2788/93) razona que «la concesión de permiso retribuido [...] se condiciona a que la celebración de la boda tenga lugar antes de la iniciación del permiso, lo cual, al descartar su disfrute por quien ya estuviera casado, descarta también a quienes se encontraran unidos por un vínculo de hecho». Otros tribunales son restrictivos a ampliar los efectos a las uniones de hecho a pesar de su inscripción en el registro correspondiente [STSJ Granada 30 octubre 1992 (rec 1577/99)] si el convenio no lo recoge expresamente [STSJ Cataluña 26 mayo 2006(AS 2006\2868)] o, aunque se equiparen los derechos de la convivencia *more uxorio* a los cónyuges, entendiendo que el hecho causante de esta licencia es la realización de la boda, que, a su vez, determina la fecha del permiso [STSJ País Vasco 3 marzo 1998 (AS 1998\1290)]. En el mismo sentido se entiende que aunque se reconozca el derecho a otros permisos siempre que concurren requisitos exigidos para ello como nacimiento de hijo o fallecimiento de parientes no puede reconocerse el permiso por matrimonio pues no se ha producido ya que no es lo mismo la inscripción como pareja de hecho [STSJ Burgos 19 octubre 2006 (AS 2006\2958)].

Las anteriores reflexiones son enteramente trasladables al supuesto de personas del mismo sexo. El Código Civil no solo admite su matrimonio, sino que equipara sus efectos²⁰; por lo tanto, debe considerarse ilegal la previsión o decisión que ignore o minore ese derecho.

Respecto de las parejas de hecho, las conocidas proscripciones de discriminación, interpretadas a la luz de la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo, la conclusión ha de ser idéntica.

1.4. El matrimonio como desencadenante del permiso

El ET no alude a un concreto cauce por el que se accede al matrimonio, siendo suficiente para que el permiso sea concedido que se hayan realizado las formalidades matrimoniales, de manera que haya verdadero matrimonio para el ordenamiento jurídico; de ahí que las uniones meramente religiosas o fácticas resulten inhábiles para la obtención del derecho²¹.

²⁰ Conforme al artículo 44 «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

²¹ A. MONTOYA, J.M. GALIANA, A. V. SEMPERE y B. RÍOS, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (A.V. SEMPERE, coord.), 9ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 469.

Conforme al art. 59 del Código Civil: «El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste».

Conforme al art. 49.2.º del Código Civil «Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: En la forma religiosa legalmente prevista».

Art. 60 CC: «El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los Para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio celebrado en forma religiosa se estará a lo dispuesto en el Capítulo siguiente».

Art. 63 CC: «La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación

El matrimonio puede celebrarse ante el Juez o funcionario que haga sus veces (art. 51 ss. CC²²) o en forma religiosa (art. 59 CC), pero en cualquier caso sólo produce plenos efectos civiles desde su inscripción en el Registro Civil (art. 61 CC), de manera que en tanto ello sucede sería posible que el empleador rechazase el disfrute del permiso. No parece que exista litigiosidad sobre matrimonio religioso carente de posterior inscripción registral²³.

1.5. Posibilidad de disfrutar sucesivos permisos

El tenor literal del ET no hace sospechar que la concesión del permiso sea por una sola vez, debiéndose entender que cabe la concesión del permiso tantas veces como se produzca el hecho que lo origina, esto es, el matrimonio del trabajador. Con independencia de si ya

del Registro Civil. Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título».

²² Conforme al artículo 51.2 CC, será competente para celebrar el matrimonio:

1.º El Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue.

2.º El Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración.

3.º El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero.

²³ Si se cumplen los requisitos exigidos por el CC para la celebración del matrimonio la negativa patronal se encuentra con el obstáculo de que «el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración» (art. 61 CC), mientras que en caso contrario existen sólidas razones que respaldan su negativa. Desde un punto de vista pragmático, evitando convertir a la empresa en enjuiciadora de la validez del invocado matrimonio, la cuestión tiende a disolverse en la exigencia del documento o medio (Libro de Familia, Acta de celebración, tarjetas de invitación, notoriedad de los hechos, etc.) que justifique el motivo por el que se concedió el permiso. Conforme al art. 62 CC: «La celebración del matrimonio se hará constar mediante acta o escritura pública que será firmada por aquél ante quien se celebre, los contrayentes y dos testigos. Extendida el acta o autorizada la escritura pública, se remitirá por el autorizante copia acreditativa de la celebración del matrimonio al Registro Civil competente, para su inscripción, previa calificación por el Encargado del mismo».

anteriormente contrajo otro(s) matrimonio(s) y de si por su causa disfrutó de los correspondientes permisos laborales, manteniendo vinculación con el mismo o con distinto empleador, el derecho surge en todo caso; cualesquiera otras circunstancias, como los motivos por los que se disolvió el anterior matrimonio resultan indiferentes²⁴.

Asimismo, hay que entender que la duración del permiso, teniendo en cuenta que el legislador guarda silencio sobre el particular, habrá de ser la misma con independencia del número de veces que el trabajador contraiga matrimonio²⁵.

1.6. Peculiaridades del previo aviso del trabajador

La cláusula genérica que exige al trabajador poner en conocimiento de la empresa los motivos que justifiquen su ausencia retribuida con «previo aviso» encuentra en el caso del matrimonio las lógicas particularizaciones para una ausencia de estas características.

Dicho de otro modo: como la unión estable que las nupcias comportan no suele realizarse de manera improvisada, sus protagonistas tienen conocimiento de cuándo sucederá con una antelación importante²⁶; asimismo, puesto que

la empresa ha de procurar el modo de suplir a quien va a ausentarse durante un lapso considerable, también es razonable que posea un margen de maniobra temporal para decidir lo que considere más oportuno.

En ocasiones la propia empresa –si es de grandes dimensiones, si cuenta con Departamento de Personal o similar, etc.– pone a disposición de los trabajadores una especie de *modelos* a fin de que a través de ellos se cumplimente este trámite de previo aviso; pero parece que en ningún caso la eficacia del derecho al permiso puede quedar enervada por el incumplimiento formal²⁷.

Por todo ello, parece imprescindible que antes de su ausencia el trabajador haya preavisado a la empresa con arreglo a las exigencias (forma, tiempo, etc.) que la buena fe exige²⁸. Es significativo que algunos convenios colectivos hayan querido despejar cualquier duda sobre el particular, determinando con exactitud el plazo de antelación con que debe de comunicarse²⁹.

²⁴ No parece haberse planteado en la práctica el problema de la celebración sucesiva de matrimonios por trabajadores cuya legislación nacional permita la poligamia; quizá lo menos distorsionante sea conferir –en el plano laboral que estudiamos aquí– los mismos efectos que con carácter general se haya previsto por el Derecho Internacional Privado español.

²⁵ Convenio colectivo para la Industria siderometalúrgica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (LRM 2017\46): Quince días naturales en caso de matrimonio civil o canónico, en primera o sucesivas nupcias, en su caso.

Cosa distinta es que el convenio prevea duraciones distintas, así, Convenio Confitería, Pastelería, Masas Fritas y Turrones (antes Confitería, Pastelería y Repostería (Obra. y Desp) (LRM 2015\287): «Quince días naturales en caso de matrimonio. Si es en segundas o restantes nupcias será de 20 días naturales».

²⁶ Naturalmente, queda a salvo el excepcional supuesto del art. 52 CC sobre «el matrimonio del que se halle en peligro de muerte».

²⁷ La STSJ Madrid de 28 de mayo de 1993 (AS 1993\2636) resolvió un curioso supuesto en que el trabajador había avisado por telegrama, y con dos meses de antelación, de su matrimonio, pero sin aceptar con posterioridad la cumplimentación de los impresos existentes al efecto, razón por la que fue despedido.

²⁸ STSJ Navarra de 5 de diciembre de 1997 (AS 1997\4848).

²⁹ Se exigen diez días de antelación a la fecha del comienzo de su disfrute, *a fin de no producir entorpecimiento en la marcha de los servicios*, en Convenio Colectivo de Distribuidora Internacional de Alimentación, SA (DIASA) de la Comunidad de Madrid (LEG 2001\7261) y Convenio Colectivo del sector de Almacenaje y Distribución de Alimentación de la provincia de Zaragoza (LEG 2015\448).

Con una antelación mínima de quince días, *vid.* XI Convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (RCL 2010\818) y Convenio Colectivo de la empresa Refrescos Envasados del Sur, SA (LEG 2013\4338).

Con treinta días de antelación a la fecha del comienzo de su disfrute, Tengelmann España, S.A. Convenio colectivo (LEG 2013\96539) y Convenio colectivo de Uniprex, SAU (LEG 2016\6173).

La STSJ Cataluña de 12 de marzo de 2003 (AS 2003\1948) no consideró fuera de plazo una solicitud de permiso realizada dos semanas después de haberse obtenido la certificación de la inscripción en el registro de parejas de hecho.

1.7. Justificación de la causa del permiso

En todo permiso retribuido el empresario tiene derecho a que el trabajador presente «justificación» de la causa que lo provoca³⁰, debiendo de ser esa demostración o prueba de la seriedad y veracidad del motivo anterior al permiso siempre que sea posible; cuando resulte inadecuado o inviable el demostrar por anticipado el motivo del permiso habrá de hacerse tan pronto como, atendidas las circunstancias del caso, esté al alcance del trabajador o sus allegados.

En el caso del matrimonio, ciertamente, cabe exigir una *justificación* previa al mismo, pero se tratará —entonces— de la prueba sobre su prevista celebración, sin que, por descontado, pueda entenderse que de ese modo se garantiza que ocurrirá. Por eso esta ausencia del trabajador sólo podrá justificarse una vez transcurrido el evento que la motiva, a saber, la celebración del matrimonio³¹; el resumen de todo ello es que lo lógico consiste en que haya previo aviso (sin especial requisito de forma) y justificación una vez celebrado el matrimonio. La acreditación tiende a desplazarse más bien hacia la demostración documental de que el matrimonio, efectivamente, ya ha tenido lugar, lo que podrá hacerse a través de los medios de prueba admitidos en Derecho.

Los Convenios colectivos tampoco suelen exigir o especificar la forma en que tal justificación deba hacerse, ciñéndose a reproducir el texto estatutario en el sentido de exigir genéricamente justificación para todos los supuestos que enumeran o listan. No obstante, aunque no sea lo habitual, algún Convenio precisa la necesidad de aportar determinados

documentos; así, el Libro de Familia³², certificación del Juzgado o Iglesia³³, o cualquier documento que acredite el matrimonio³⁴.

Distinto ha de ser, por descontado, el tenor de los Convenios que reconocen la situación de las parejas de hecho a efectos de concesión del permiso; en tales casos se viene exigiendo certificado de convivencia expedido por el Ayuntamiento de la localidad donde residen o institución gestora del Registro; declaración jurada, firmada por la pareja, en la que se haga constar los datos personales del trabajador/a y los de su pareja, responsabilizándose, en caso de falsedad de los datos declarados³⁵, etc.

1.8. Momento de disfrute del permiso

La realidad muestra como más extendido el disfrute de forma ininterrumpida³⁶, siendo

³² Todas las menciones que se realizan al mismo, lógicamente, están realizadas sabiendo que se trata de figura en vías de extinción.

³³ Cfr. VIII Convenio Colectivo de la empresa Renault España Comercial, SA (LEG 2011\5808) y Cabinas Telefónicas, S.A. (CABITEL) (LEG 2013\98832).

³⁴ Cfr. Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas (RCL 2017\283): «siempre que se acredite que dicha constitución se ha realizado cumpliendo los requisitos formales que exija la normativa legal aplicable según el lugar de residencia». Viejas normas sectoriales sí eran muy precisas en este tema; el Reglamento de Régimen Interior para RENFE, aprobado mediante Orden de 9 de junio de 1962, requería la justificación mediante «presentación de la partida de casamiento expedida por el Registro Civil que el agente deberá aportar en el plazo de diez días siguientes a la fecha en que se reintegre a su servicio después de disfrutado el permiso».

³⁵ Cfr. XXI Convenio colectivo estatal de contratistas ferroviarias (RCL 2014\288).

³⁶ Aunque el texto estatutario se limita a regular sin más la duración del permiso no estableciendo la necesidad de que el mismo lo sea de forma ininterrumpida, ha de entenderse precisamente por esto que así es como el legislador lo ha querido pues caso contrario lo habría hecho constar expresamente. No obstante, algunos convenios así lo fijan específicamente; así, Convenio colectivo del sector de la banca (RCL 2016\801), Convenio colectivo de Ediciones Primera Plana, SA, Logística de Medios de Catalunya, SL, Zeta Servicios y Equipos, SA (centros de trabajo de Barcelona), Zeta Gestión de Medios, SA y Grupo Zeta, SA (centros de trabajo de Barcelona) (LEG 2015\1350), Convenio colectivo de Informática y Comunicaciones, SAU

³⁰ El acceso a cualquiera de los permisos del art. 37.3 ET no es automático sino que exige la concurrencia de dos elementos formales: el aviso previo y la justificación del motivo alegado.

³¹ En ese sentido, STSJ Madrid 12 diciembre 1989 (AS 1989\2858): «[...] la empresa desde la conciliación (...) estaba preavisada del matrimonio del actor y además éste envió justificación de su matrimonio a la demandada (...), *justificación que obviamente debe hacerse después de celebrado*».

prácticamente inédita la posibilidad de que se opte por el fraccionamiento de los quince días (o del mayor número que en un caso concreto pueda tenerse); similares apreciaciones pueden realizarse respecto del momento en que deja de trabajarse pues el *dies a quo* se sitúa, en la práctica totalidad de los casos, al día siguiente de contraer matrimonio³⁷.

No obstante lo anterior, nada impide que pueda pactarse disfrute fraccionado o que comience inmediatamente antes de la celebración matrimonial o cierto tiempo después. En ese sentido, la propia duración del permiso —mucho más larga que la de cualquiera de los supuestos contemplados en la Ley— así como las propias características del evento que justifica la ausencia —el cual, normalmente, exige una serie de actividades previas que en muchas ocasiones sólo es posible solventar si se dispone del tiempo necesario— propician otros posibles sistemas de disfrute. Así, aunque poco extendidos, pueden encontrarse supuestos en los que por vía convencional se admite el comienzo del permiso antes de la propia celebración del matrimonio³⁸, dejando en manos del beneficiario

(LEG 2016\6627) y VII Convenio Colectivo de la empresa Estructura, Grupo de Estudios Económicos, SA (LEG 2007\808).

³⁷ Algunos Convenios colectivos fijan expresamente este extremo. Así, Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración del Principado de Asturias, en materia de horario, vacaciones, permisos y régimen de ausencias de sus empleados públicos, en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo dependiente de la Dirección General de Trabajo (LPAS 2013\272) que establece que el permiso por matrimonio «puede ser inmediatamente anterior o posterior al hecho causante, pudiendo ser también de disfrute continuado o partido, distribuyendo en este caso los quince días naturales en dos periodos, antes y después de la fecha del hecho causante. En el supuesto de que el hecho causante tenga lugar en día no laborable o festivo, el permiso comenzará a computarse a partir del primer día laborable. Los días del permiso pueden acumularse al periodo vacacional». Convenio Colectivo de la empresa «Adams Spain, S L» (antes «Warner Lambert España, SA») (LEG 2002\2496): «En caso de matrimonio, los permisos empezarán a computarse en día laborable».

³⁸ Cfr. Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (RCL 2016\1020) que establece la posibilidad de su disfrute «inmediatamente antes o después de celebrado el mismo». Convenio colectivo de Ediciones Primera Plana, SA, Logística de Medios de Catalunya, SL, Zeta Servicios y Equipos, SA (centros de trabajo de Barcelona), Zeta Gestión

la decisión al respecto³⁹. En cualquier caso, y en relación con estas últimas apreciaciones, a veces se considera necesario que el disfrute del permiso, sea cual sea el sistema adoptado, incluya la fecha del matrimonio⁴⁰.

Por último, es curioso observar que se regulan días de permiso con motivo del matrimonio, pero no existe permiso para la celebración de la ceremonia, por lo que si el trabajador contrae matrimonio en día laborable (para él) se verá obligado a consumir un día de su permiso a tal efecto⁴¹.

Como es obvio, estos permisos sólo pueden ser disfrutados por quienes ostenten la condición de trabajadores de la empresa en el momento en el que se origina el hecho causante, lo cual, a sensu contrario, impide que puedan resultar beneficiados aquellos que por cualquier circunstancia queden desvinculados de aquélla. No parece ajustado a Derecho, por tan-

de Medios, SA y Grupo Zeta, SA (centros de trabajo de Barcelona). (LEG 2015\1350): «el derecho a estos permisos implica su uso durante el periodo en que se produzcan los supuestos aquí contemplados, sin que pueda aplazarse, cambiarse, etc., para otros efectos y en fechas distintas a las que genera el derecho, *excepto lo contemplado en el apartado a) art. 30* [que regula el permiso por matrimonio]». Convenio Colectivo de la empresa «Servimedia, SA» (LEG 2014\517) que contempla la posibilidad de su disfrute «con la antelación de dos días a la fecha señalada para la celebración de la ceremonia».

³⁹ Así, Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (RCL 2016\1020) que contempla la posibilidad de que el trabajador pueda solicitar además licencia no retribuida a partir de los quince días y con un máximo de treinta días naturales a disfrutar *inmediatamente antes o después de celebrado* el matrimonio.

⁴⁰ No es contraria a derecho la normativa interna de la empresa que establece que el cómputo del permiso de quince días empieza el mismo día de la boda, salvo que la ceremonia se celebre durante el disfrute de días libres del trabajador [STS de 12 de mayo de 2009 (RJ 2009\4166)].

⁴¹ Excepcional es lo previsto en el Convenio colectivo de trabajo de cueros, repujados, marroquinería y similares de Cataluña (LCAT 2015\733), que expresamente prevé que «cuando un trabajador se case un día que no sea laborable para él/ella, los 15 días de permiso retribuido que le correspondan empezarán a contar desde el primer día laborable, y no desde el día de la ceremonia, excepto cuando coincida con el periodo de vacaciones. si la ceremonia coincidiera con día no laborable, el cómputo comenzará a partir del primer día laborable siguiente».

to, que se niegue la licencia retribuida cuando, coincidiendo con el matrimonio, se quiere extinguir el contrato o solicitar una excedencia.

2. NACIMIENTO DE HIJO

2.1. Caracterización general

El art. 37.3.b ET contempla como hecho desencadenante de licencia el «nacimiento de hijo», uno de los que suelen identificarse como permiso por razones familiares⁴²; se trata de eximir al trabajador de su obligación de desarrollar la actividad comprometida (art. 5.a ET) cuando se considera que ha de darse preferencia a una singular obligación surgida en su círculo humano más próximo. En este caso las necesidades extralaborales atendidas no residen en las dificultades por las que atraviesen determinados familiares (enfermedad grave, fallecimiento) sino en, algo por lo general mucho más grato, como el nacimiento de un descendiente directo en primer grado.

El supuesto, por lo demás, encuentra sus antecedentes inmediatos en el art. 25.3.b de la Ley de Relaciones Laborales, pero también estaba presente en las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 (art. 80) y de 1944 (art. 67) sin que la consideración pormenorizada de esas normas parezca aportar datos de relevancia en orden al mejor entendimiento de la ahora vigente.

2.2. Finalidad del permiso

Puesto que el varón que ha sido padre no posee impedimento biológico alguno que le

⁴² La utilización de esta rúbrica para aludir a las varias hipótesis de la norma puede encontrarse, por ejemplo, en SSTCT 3 marzo 1982 (RTCT 1982, 2065) y 18 octubre 1988 (RTCT 1988, 485), aludiendo a «licencias por motivos familiares». En la doctrina, por todos, A. MONTÓYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., págs. 450 y 451 lo incluye, junto con otros, entre las *interrupciones derivadas de circunstancias que afectan al trabajador* y dentro de éstas entre las provocadas por *circunstancias familiares*.

obstaculice el desarrollar su actividad laboral y que la vida familiar ha de atenderla fuera de su horario laboral de manera permanente, es claro que la Ley ha tenido en cuenta otras razones a la hora de contemplar este supuesto. Esa tradicional convicción se extiende a los supuestos en que la filiación se reconoce a una mujer que no es la madre biológica.

La práctica ausencia de reflexión doctrinal o jurisprudencial al respecto quizá sea indicativa de que se está ante una licencia muy arraigada en nuestras convicciones y cuya razón de ser, por evidente, no precisa de explicitación. En el caso del nacimiento por hijo, como en los otros contemplados por el art. 37.3.b ET, la *ratio essendi* tiene mucho que ver con cierto sustrato cultural que ha terminado por aceptarlos como algo normal.

Suele afirmarse que en la filosofía del precepto late el deseo de que el padre (o la madre cónyuge) pueda acompañar a la madre en el momento de nacimiento del hijo, pero también parece que con la dispensa de trabajar se posibilita el disfrute de una vivencia singular (conocer y cuidar al recién nacido) y atender obligaciones de tipo social (visitas, llamadas, etc.) o burocrático (inscripción en Registro Civil⁴³, en cartilla sanitaria, etc.).

Este permiso es compatible con el ejercicio del derecho a la suspensión del contrato por paternidad del art. 48.7 ET.

2.3. Titularidad del derecho

La Ley reconoce este permiso, igual que todos los demás, al «trabajador» pero esa locución gramaticalmente genérica sirve para englobar a toda persona (abstracción hecha

⁴³ De manera aislada, en alguna ocasión se concede al trabajador un permiso por «el tiempo indispensable» a fin de realizar los trámites de inscripción del nuevo hijo en el Registro Civil (en esos términos, el Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (RCL 2015\1094), con lo que se separan ambas licencias.

de su sexo) que realiza una actividad en las condiciones del art. 1.1 ET. Generalmente se presupone que sólo el varón trabajador es quien va a disfrutar de un breve tiempo de inactividad retribuida⁴⁴, en tanto que cuando la mujer trabajadora dé a luz entrará en juego la más amplia suspensión contractual por maternidad. Aunque la norma no lo indique de modo expreso, esta interrupción laboral está diseñada pensando, de modo exclusivo, en el hombre trabajador, pues si la trabajadora es la madre está claro que el período de maternidad lo absorbe⁴⁵ y que carece de fundamento la interpretación conforme a la cual habría de añadirse la licencia retribuida del art. 37.3 ET a las semanas recién citadas cuando quien trabaja sea la madre. Pero si la condición de hijo se reconoce a una persona que no es el padre (cónyuge femenina) es evidente que también el permiso laboral le corresponde, sin necesidad de modificar la Ley al efecto o de proclamar su inconstitucionalidad.

La pertenencia del neófito a uno u otro sexo, como resulta obligado, resulta indiferente a los efectos de que su progenitor acceda a la licencia laboral; la referencia legal al «nacimiento de hijo» constituye locución que no genera duda alguna al respecto, siendo mera cuestión de modas o gustos el especificar vez por vez la dualidad sexual de los aludidos o el utilizar el género masculino como comprensivo de ambos⁴⁶.

⁴⁴ A veces la negociación colectiva explícita de manera frontal esta obviedad; así, por ejemplo, en el Convenio Colectivo de la empresa Unilever Foods España, SA/ División Frigo. (LEG 2004\6763) se contempla un permiso concedido «por nacimiento de hijo, al padre...».

⁴⁵ En los supuestos de reproducción asistida esa titularidad corresponde al cónyuge de la mujer que haya dado a luz (cfr. la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).

⁴⁶ Sin embargo, en la negociación colectiva sí que se encuentran supuestos en los cuales ha preferido especificarse la obviedad de que el permiso se disfruta tanto por el nacimiento de «hijo» como de «hija». En ese sentido, puede verse, el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (antes telemarketing) (RCL 2017\907), Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusi-

2.4. El nacimiento de hijo como desencadenante del permiso

En una exégesis primaria, el supuesto delimitado por la Ley conduce a reconocer el derecho al permiso al progenitor de una criatura en el momento en que se produce su separación del claustro materno. En el supuesto paradigmático (cada vez menos mayoritario) lo que sucede es que la esposa del trabajador alumbró un hijo común y el padre disfruta su licencia; pero existen múltiples posibilidades en las que alguno de tales elementos puede quebrar, surgiendo entonces la duda sobre la aplicabilidad de la figura.

Cabe plantearse el sentido de aplicar aquí, miméticamente, las reglas del Código Civil sobre adquisición de personalidad⁴⁷; habida cuenta de que la norma laboral en estudio protege los derechos de quien trabaja y la civil mira por los derechos del neófito la respuesta debe de ser negativa: los conceptos de «hijo» y «nacimiento» no tienen que coincidir necesariamente con lo que se haya dispuesto en el campo del Derecho de Familia.

Tanto en los casos de aborto natural como de aborto provocado debe de descartarse que exista un «nacimiento» por lo que, en su caso, la lógica necesidad de que quien trabaja (en cuanto cónyuge o compañero de la madre que atraviesa ese difícil momento) tenga que ausentarse de su actividad laboral podrá encauzarse mediante la aplicación analógica de la causa de licencia identificada como enfermedad grave o fallecimiento de pariente próxi-

vista de los mismos materiales para 2017 (RCL 2017\746), VIII Convenio colectivo nacional para el sector de auto-taxis (RCL 2017\639), V Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector del estacionamiento regulado en superficie y retirada y depósito de vehículos de la vía pública (RCL 2017\295), Convenio colectivo general del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas (RCL 2017\1).

⁴⁷ Conforme al art. 29 del Código civil «el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente [«nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno»].

mo⁴⁸, Desde luego, nada impide a los convenios colectivos una tipificación autónoma del supuesto, aunque de momento no parece que ello haya sucedido de manera significativa.

Cuando antecede la hospitalización de la madre al alumbramiento (a veces para practicar una cesárea) se discute si procede el disfrute sucesivo de dos permisos, uno por cada motivo, o si el de nacimiento engloba a ambos (porque se superponen las causas de permiso), o si hay que optar por conceder el permiso de mayor duración⁴⁹.

Atendido el tenor de la norma se observa que la misma no concede permiso más dilatado para los supuestos de que nazcan simultáneamente varios hijos.

2.5. El permiso en los supuestos de hijos no conyugales

Las nuevas realidades familiares (unidades monoparentales, uniones libres, parejas homosexuales, técnicas de reproducción asistida, inseminación artificial, etc.) también hacen surgir constantemente incógnitas. Revisemos algunas.

2.5.1. Hijos extramatrimoniales

Quizá el caso más claro –de todos los de este apartado– es el del trabajador que es padre biológico de hijo extramatrimonial; proclamada la igualdad ante la ley de los hijos, con indepen-

dencia de su filiación matrimonial⁵⁰, lo que hace en este punto la norma laboral es extraer las lógicas consecuencias y extender el permiso a todos los supuestos en que se da la paternidad biológica del trabajador, con independencia de si la madre está o no unida en matrimonio a él.

Hablando del padre biológico, no se precisaba de Ley reguladora de las parejas de hecho para que las consecuencias de la norma se extendieran a quienes engendran un hijo sin haber contraído matrimonio; es el propio e indiferenciado tenor de la norma laboral (que se abstiene por completo de especificar qué clase de hijo desencadena la licencia) el que vino desembocando en el derecho al permiso en el caso de nacimiento de hijos de parejas de hecho, fuere cual fuere su nivel de convivencia; lo único relevante es la paternidad biológica del trabajador. Algunos convenios colectivos, con ánimo clarificador, han preferido hacerse eco de esta realidad y se refieren de modo expreso al alumbramiento «de esposa o compañera» y fórmulas similares⁵¹.

Precisamente una interpretación de ese tenor lleva a afirmar que cuando el trabajador está casado y nace un hijo no de su esposa sino de otra mujer también se origina el permiso previsto en la norma⁵²; lo decisivo no es que se haya venido produciendo una convivencia *more uxorio* entre la madre y el trabajador sino que la exigencia se sitúa en un plano diverso, el de la filiación paterna por naturaleza. En todo caso, cuando se conviva con una mujer (esposa o no) y se alegue paternidad respecto del hijo habido por una tercera, en la práctica,

⁵⁰ En tal sentido se pronuncia el art. 39 de la Constitución, reiterado en el art. 108 del Código Civil.

⁵¹ Entre otros, puede verse el XVII Convenio Colectivo de Zardoya Otis, SA y Ascensores Eguren, SA (LEG 2012\1638).

Nótese cómo alguna de estas formulaciones, al exigir convivencia efectiva o acreditada, pretendiendo ser más explícitas y favorables para el trabajador, acaban comportando una exigencia *contra legem* que, en su caso, podría generar problemas aplicativos.

⁵² A esa interpretación coadyuva el diferente tenor del precepto estatutario en relación con el contenido en la LRL que hablaba de «alumbramiento de la esposa» (cfr. art. 25.3.b) y con anterioridad, la LCT (cfr. art. 67); por descontado, muy importante es también el art. 39 CE, ya reseñado.

⁴⁸ No genera derecho a permiso por fallecimiento de hijo el alumbramiento de feto, con muerte intrauterina (a las 32 semanas), inscrito en el Registro de Abortos, por no tratarse del fallecimiento de un hijo como tal jurídicamente, sino de un aborto [STSJ Galicia 10 julio 2014 (AS 2014\1871)].

⁴⁹ Cuando el nacimiento de hijo se produce por cesárea programada, no pueden disfrutarse dos permisos distintos por un mismo hecho causante: uno por nacimiento y otro por ingreso hospitalario del cónyuge. Este hecho genera un único permiso retribuido, si bien, en caso de que por convenio colectivo o pacto de empresa se haya previsto distinta duración, será el de mayor duración [SJS núm. 3 de Pamplona 13 febrero 2009 (AS 2009\274)].

podría presentarse un problema de prueba, que podrá ser exigida por el empresario⁵³.

La rotundidad de las diversas normas (antidiscriminatorias de todo tipo, constitucionales y civiles sobre filiación, laborales sobre protección de la paternidad biológica) y el tenor del Estatuto de los Trabajadores en este punto conducen a sostener esta clara conclusión. El permiso ha de concederse siempre al padre biológico, sea o no matrimonial el hijo, y con independencia también de que se esté conviviendo o no con la madre; es previsión que ha de prevalecer sobre las más restrictivas que contienen algunos convenios colectivos, donde en ocasiones sigue abriéndose la licencia sólo a los supuestos de alumbramiento de la esposa⁵⁴.

2.5.2. *Parejas de homosexuales, madres «de alquiler» y padres no biológicos*

Al margen de consideraciones morales o bioéticas, es lógico pensar que quienes no

⁵³ No es frecuente que este tema sea abordado por la negociación colectiva; de hecho, tan sólo unos pocos de los convenios colectivos consultados regulan esta cuestión: Convenio Colectivo de Ikastolas de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa (LPV 2014\313) cuyo art. 38, regulador de las licencias y permisos, establece que se reconocerá paternidad-maternidad de hecho *suficientemente documentada haya o no haya vínculo matrimonial*. En el mismo sentido, Convenio Colectivo del Centros de la Tercera Edad de Bizkaia (LEG 2014\3733), Convenio Colectivo de Mayoristas de Frutas y Productos Hortícolas de Gipuzkoa 2014-2015 (LEG 2016\5987), Convenio Colectivo para el sector de Juguetería, Mayoristas y Minoristas de Gipuzkoa (LEG 2006\2618), Convenio Colectivo del Transporte de Viajeros por Carretera 2015-2018 (LEG 2016\5335).

⁵⁴ En efecto, todavía algunos convenios se refieren al alumbramiento de la esposa; tal es el caso de los Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad para el periodo julio 2015-2016 (RCL 2015\1416), Convenio colectivo estatal de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos. (RCL 2015\1288), Convenio colectivo de mataderos de aves y conejos (RCL 2014\471), Convenio colectivo estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho. (RCL 2013\1450), Convenio colectivo para la industria de granjas avícolas y otros animales (RCL 2012\1732), Convenio colectivo estatal para las Delegaciones Comerciales del Ente Público Empresarial Loterías y Apuestas del Estado (RCL 2011\448) y IX Convenio Colectivo de «Iberia, LAE, SA» con Oficiales Técnicos de a Bordo (LEG 2002\108).

poseen la condición de padre biológico pero sienten al recién nacido como si fuera descendiente propio desearían disfrutar el permiso en cuestión; así, la pareja homosexual o la madre que cuidará al niño como si fuera suyo.

La letra del precepto legal («nacimiento de hijo») conduce a la examinada respuesta biológica, máxime cuando en nuestro Derecho sólo se reconocen dos tipos de filiación (por naturaleza y por adopción) y al momento de nacer sólo puede existir la consanguínea⁵⁵. Pero las cosas no son tan lineales e injustas; ¿acaso habría que denegar el permiso al varón cuya esposa da a luz un hijo engendrado mediante inseminación artificial procedente de un tercero?, ¿qué sentido tendría conceder un permiso laboral a quien donó su esperma y carece de cualquier otra relación con la madre o el niño, mientras se deniega semejante beneficio al varón que ha seguido todo el proceso gestatorio con ansiedad y está presto para recibir como hijo a quien nazca? ¿Acaso hay que denegar el permiso al cónyuge de la madre cuando se trata de otra mujer?

Son estas consideraciones las que inclinan a pensar que la letra de la Ley en este punto está destinada a su desbordamiento, sea por vía de la negociación colectiva, sea de la interpretación teleológica, de la concesión empresarial o de la propia reforma⁵⁶.

2.5.3. *Hijos adoptivos*

Puesto que la filiación puede ser también adoptiva hay que preguntarse si en tal supuesto cabe el disfrute del permiso. Todo hace

⁵⁵ Conforme al Código Civil la adopción se constituye por resolución judicial (art. 176.1), que debe de ser consentida por los padres del adoptado, pero «el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto» (art. 177.2).

⁵⁶ La casuística es múltiple; incluso la madre estéril puede aspirar a disfrutar este permiso típicamente *varonil* en el momento en que la madre biológica («de alquiler») da a luz.

pensar que en la regla del art. 37.3.b ET no se ha incluido el hecho de la adopción como equivalente al nacimiento del hijo; es verdad que la adopción (ingreso del adoptado en el círculo íntimo del adoptante) posee grandes similitudes con el nacimiento de un hijo y que la propia norma laboral las trata conjuntamente al regular la suspensión del contrato por maternidad/paternidad (art. 48.4 ET), sin embargo ello no legitima para realizar, sin más, una interpretación extensiva y asimiladora en el supuesto que se considera, máxime cuando las normas que desean contemplar el fenómeno de la adopción a la vez que el del nacimiento lo explicitan de manera frontal⁵⁷, cosa que aquí no sucede.

Por otro lado, si atendemos a la finalidad principal u objeto del permiso (acompañar a la madre en el momento del alumbramiento y asistir a las primeras horas de vida del hijo) se confirma que el supuesto no está pensado para los casos de adopción. Ahora bien, como ya se advirtió que existen otras finalidades adyacentes y como la adopción guarda cierta similitud con el nacimiento, nada de extraño tiene que algunos convenios colectivos se hayan decidido a regular el tema y –en el caso de adopción– concedan los mismos días de permiso que en el caso de nacimiento (o alguno menos), en ocasiones mencionando el fin a que el trabajador debe de dedicar su ausencia⁵⁸.

⁵⁷ Así, en otros preceptos del propio Estatuto de los Trabajadores (art. 46.3) y fuera de él (Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEA-PME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE) sí que se hace expresa referencia al hecho de la adopción, lo que *a sensu contrario* podría interpretarse en un sentido negativo, de exclusión del supuesto.

⁵⁸ Algunos convenios incluyen la adopción como causa generadora del permiso: Convenio colectivo del sector de la madera (RCL 2012\1606), VI Convenio colectivo estatal del sector del corcho, para los años 2015-2016 (RCL 2015\1582), Convenio colectivo Barcelona. Thyssen Boetticher, S.A. (LEG 2013\80627), Convenio colectivo de Uniprex, SAU (LEG 2016\6173), Convenio colectivo DICRYL, S.A. (LEG 2013\96432) y Convenio colectivo Axa, Gestión de Seguros y Reaseguros, S.A. (LEG 2013\99106).

De lege ferenda sería conveniente que la Ley estatal contemplara también de manera expresa el supuesto de la adopción, concediendo un permiso similar al previsto para nacimiento de hijo, aunque abriendo la posibilidad de disfrute a cualquier adoptante, con independencia de que fuere varón o hembra (quizá sólo a uno de ellos caso de trabajar ambos). De este modo se acabaría estando en mayor sintonía con las previsiones del Código Civil para las cuales cualquiera que sea su origen la relación de parentesco produce idénticos efectos: la adopción genera el parentesco en iguales condiciones que la filiación (art. 108 CC).

2.5.4. *Guarda y acogimiento de menores*

Tales figuras, si bien algo imprecisas y reguladas en los arts. 172 ss. CC, no crean vínculos familiares entre las partes, sino que constituyen más bien una situación, en cierta forma, de hecho, aunque necesitada del consentimiento de los padres (siempre que sigan siendo titulares de la patria potestad) o del tutor del menor⁵⁹.

Pese a tales diferencias, lo cierto es que estos supuestos que llevan como notas delimitadoras la convivencia y el mantenimiento del prohijado o acogido por parte de quien lo acoge, conducen a que sea razonable plantearse si procede, por analogía, aplicar aquí el permiso que se analiza.

En ocasiones se ha subrayado cómo a pesar de que en estas situaciones no surgen vínculos familiares ni un verdadero «status familiae», dados los valores que se pretende proteger, procede realizar una aplicación extensiva del precepto y conceder el permiso cuando un me-

⁵⁹ Conforme al art. 173.1 CC «el acogimiento produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo».

nor se integra en el núcleo familiar del trabajador⁶⁰.

Aunque una interpretación humanitaria y flexible permite, en efecto, operar en tal dirección lo cierto es que: 1º) resultaría ilógico extender el beneficio a este supuesto y denegararlo para el caso de la adopción; 2º) dentro del acogimiento caben diversas posibilidades (provisional, simple, permanente, preadoptivo) con régimen muy heterogéneo por lo que no parece acertado extender en todo caso el mismo trato; 3º) en cualquier caso, si tras un acogimiento media adopción por parte del mismo sujeto carecería de fundamento el conceder sendos permisos.

Por todo ello, de nuevo la mejor opción consiste en que el supuesto reciba regulación expresa, sea por vía legislativa o a través de la negociación colectiva⁶¹.

2.6. Duración del permiso

2.6.1. Permiso ordinario

Con carácter general, el art. 37.3.b ET dispone que la duración del permiso por nacimiento de hijo sea de dos días, planteándose la duda sobre si se trata de fechas laborables o naturales al estar tal norma a renglón seguido de otra (sobre matrimonio) en la que se habla de naturales. Estando en una relación de Derecho Privado y no existiendo una previsión contraria, la opinión mayoritaria lleva

a aplicar el cómputo civilista y a entender que se trata de días naturales.

Presuponiendo que la Ley refiere a días naturales, posee relevancia que algún convenio haya optado por mejorarla y fijar una duración computada en función de días hábiles⁶². En este sentido a veces se ha previsto el supuesto en que los días de permiso coincidan con fechas no laborables para el trabajador, garantizando que al menos uno de los días de permiso se disfrutará en fecha laborable⁶³, fijando en tres días la duración del permiso pero con un mínimo de uno o dos laborables⁶⁴, ampliando hasta cuatro los días de permiso pero con garantía de un mínimo de labora-

⁶² XI Convenio Colectivo de «Bridgestone Firestone Hispania, SA» (LEG 2002\240) que prevé para este permiso, dos y cuatro días hábiles, según haya o no desplazamiento. Además, su art. 99 contiene las siguientes reglas al respecto. «A efectos de la concesión de estos permisos, sólo se considerarán días inhábiles los domingos y los días de fiesta oficiales declarados como tales por las autoridades del Estado para cada año. Los sábados serán considerados como hábiles, salvo que coincida con un día de fiesta. Esta clasificación de días hábiles o inhábiles, se tendrá en cuenta también para los casos en que el permiso suponga un desplazamiento».

⁶³ Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (RCL 2016\689), que expresamente prevé que uno de los dos días previstos para este evento será laborable. También, Convenio colectivo de la industria azucarera para el período 2015-2016 (RCL 2015\1447): «Dos días, siendo el segundo hábil»; Convenio colectivo de la industria azucarera para el período 2015-2016 (RCL 2015\1447): «el permiso que se concede, excepto en vacaciones, contemplará, como mínimo, dos días laborables».

⁶⁴ Convenio colectivo 2012-2013-2014-2015 para el Sector de la Industria y Comercio del Vino de Álava (LEG 2013\6520): «tres días, de los cuales al menos dos serán laborables»; Convenio colectivo Barcelona. Thyssen Boetticher, S.A. (LEG 2013\80627): «Tres días naturales, de los que, al menos, dos serán hábiles»; Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas de Alicante (LEG 2012\6439): «Tres días naturales –de los cuales al menos uno deberá ser laborable–, por nacimiento o adopción de un hijo, si se produce dentro de la provincia y cinco días si es fuera de la misma. Si concurriera enfermedad grave de la esposa o hijo se elevará a seis días retribuidos»; Convenio colectivo Bellota Herramientas, S.A. (LEG 2013\100459): «Tres días, de los que al menos dos serán laborables»; X Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA (LEG 2016\6570): «De estos días [tres], dos serán siempre laborables».

⁶⁰ En este sentido, E. RAYÓN SUÁREZ, «Descanso semanal, fiestas y permisos», Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975, pág. 333.

⁶¹ Convenio Colectivo del Grupo de Empresas Axa (LEG 2013\5804), Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para 2017 (RCL 2017\746), Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas (RCL 2017\283), Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el período 2016-2018 (RCL 2016\1221).

bles⁶⁵, estableciendo fórmulas alternativas de descanso según se opte por días naturales o laborables⁶⁶, etc.

En otras ocasiones las consecuencias asignadas a la coincidencia del permiso por nacimiento y los días de descanso semanal o similares son menos amplias, como cuando se garantiza la disposición del tiempo necesario a fin de cumplimentar los trámites administrativos propios del nacimiento⁶⁷.

Sin abandonar el sistema de cómputo a través de días naturales, una parte de los convenios examinados se ha dedicado a mejorarla por el clásico camino de aumentar el número de las fechas retribuidas⁶⁸. De este modo, pueden citarse diversos ejemplos de convenios en los que el permiso por nacimiento de hijo se ha ampliado a los tres⁶⁹,

⁶⁵ XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (RCL 2013\1326): «cuatro días naturales, al menos dos de ellos laborables».

⁶⁶ Convenio Colectivo del sector de Construcción y Obras Públicas de Alava (LEG 2012\3879): «Dos días naturales, de los que uno será laborable, por nacimiento, adopción de un hijo, ampliable a tres en caso de parto con cesárea, de los cuales dos al menos serán laborables».

⁶⁷ Convenio Colectivo de Mahou, SA (LEG 2013\5839): «cuando la inscripción [del nacimiento] no se pueda llevar a efecto por ser festivos los días de licencia, se concederá el permiso necesario al efecto». Convenio Colectivo de la empresa Unilever Foods España, SA/ División Frigo (LEG 2004\6763): «en las horas que sean precisas cuando en el plazo inicial no se haya podido efectuar la inscripción en el Registro».

⁶⁸ La duración mínima de referencia, dado su carácter de Derecho necesario relativo, es materia susceptible de mejora a través de la negociación colectiva (art. 85.1 ET), no siendo de extrañar que en ella se encuentre con facilidad una ampliación más o menos relevante.

⁶⁹ *Vid.* en tal sentido, entre otros muchos, los siguientes convenios colectivos: Convenio colectivo de establecimientos sanitarios de hospitalización y asistencia en el ámbito privado (LCAT 1995\685), Convenio Colectivo del sector «Comercio del Metal de Cantabria» (LCTB 2010\46), IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (RCL 2017\409), VII Convenio colectivo de ámbito estatal de gestorías administrativas (RCL 2017\216), XXI Convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito. (RCL 2017\31), Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias (RCL 2016\1100), Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (RCL 2016\1020), XV Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores

cuatro⁷⁰, cinco⁷¹ o incluso más días⁷²; por descontado, cuanto más sensible resulta el aumento de jornadas retribuidas y de permiso menos son los convenios que así lo deciden.

La previsión específica de una mayor duración para el caso de que el parto se produzca mediante cesárea apenas tiene reflejo en la

y plantas (RCL 2016\912), VII Convenio colectivo nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (RCL 2016\665).

⁷⁰ Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad (RCL 2016\167), Convenio colectivo estatal de jardinería para el periodo 2015-2016 (RCL 2016\140), XXI Convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias (RCL 2014\288), Convenio colectivo nacional de prensa no diaria (RCL 2013\1833), VII Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos (RCL 2012\156).

El Convenio Colectivo Asfaltos Españoles, S.A. (ASESA) (LEG 1997\814) contempla el derecho «a un permiso de hasta un máximo de dos días al año, para completar alguna gestión originada» por el nacimiento del hijo.

⁷¹ V Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (RCL 2013\1639); Convenio colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (2016-2018) (RCL 2016\1298): «cinco días naturales», pero no contempla ampliación en caso de desplazamiento; Convenio colectivo para la flota congeladora de mariscos (1996\1988): cinco días ampliables a diez «por razones de distancia, por alumbramiento de la esposa»; XXVI Convenio colectivo de Repsol Butano, SA (LEG 2016\9615): «En el supuesto de que se encuentre en comisión de servicio desplazado fuera de España, este permiso se incrementará en un día adicional (total 5 días)»; Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas (RCL 2017\283); Convenio colectivo del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (RCL 2016\1409): «tres, cuatro o cinco días naturales, según el hecho que justifica el permiso se produzca dentro de la misma provincia (tres días), en las provincias limítrofes (cuatro días), en el resto de España o en el extranjero (cinco días)»; V Convenio colectivo general de ferralla (2015-2017) (RCL 2016\1306): «Tres días laborables, ampliables hasta cinco naturales en caso de desplazamiento superior a 200 km»; Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias (RCL 2016\1100): «cuando con tal motivo el trabajador/a necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cinco días».

⁷² Convenio colectivo para el personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional para el periodo 2013-2018 (RCL 2013\1832): «Diez días naturales por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, a disfrutar por el padre, a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento». En los mismos términos, III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (RCL 2009\2173).

negociación colectiva⁷³, pese a que tal decisión parece sumamente razonable⁷⁴.

En alguna ocasión el permiso puede desembocar en una suspensión contractual, si es que el trabajador tiene interés en ello una vez agotada la duración de la licencia retribuida⁷⁵.

2.6.2. Permiso extraordinario por desplazamiento.

Según el propio ET, la duración de la licencia aumenta a cuatro días cuando el trabajador, a causa del nacimiento de su hijo, «necesite hacer un desplazamiento al efecto»⁷⁶. La redacción, muy desafortunada, tiene la clara finalidad de duplicar el número de fechas de permiso a quien presta sus servicios y está residiendo en lugar distinto a aquel en que haya nacido su hijo.

Es significativo que la norma no condiciona la ampliación del permiso a la mayor o menor distancia sino al hecho de que el trabajador necesite hacer un *desplazamiento al efecto*, lo que obliga a evaluar las cir-

cunstancias concurrentes en cada supuesto y a descartar interpretaciones automáticas como serían las basadas en el mero cambio de localidad. En ese sentido, parece simplista argumentar que cualquier desplazamiento del trabajador, con independencia de cuál fuese la distancia, debe generar el derecho al disfrute ampliado del permiso en cuestión; la distancia, el tiempo invertido en el desplazamiento, el tipo de medios de locomoción y su frecuencia, etc. son factores a ponderar a la hora de apreciar si se cumple la finalidad del precepto con el permiso *corto* o es necesario que opere el *largo*. Esta conclusión se afianza a poco que se repare en la finalidad perseguida por el llamado permiso extraordinario (y la propia previsión que lo concede): conseguir que quien invierte un tiempo importante en reunirse con la gestante obtenga dos días *limpios* para estar con ella y el hijo.

En todo caso, es comprensible y digna de elogio la actitud de algunos convenios colectivos, que contemplan el caso y eliminan incertidumbres, muchas veces exigiendo no sólo que haya desplazamiento sino que además concurren otros requisitos:

a) La mayoría de las veces, el parámetro elegido para determinar cuándo se accede al permiso ampliado no es otro que el de la distancia exacta entre la localidad de residencia por razones laborales y el lugar en que se encuentre la madre⁷⁷. Así, se abren las puertas del permiso extraordinario en función de que la separación geográfica entre las localidades de referencia supere un número determinado

⁷³ En el X Convenio Colectivo de la empresa Lucent Technologies (LEG 2005\7571) se otorga dos días laborales para el supuesto de alumbramiento de esposa y otros dos días naturales en caso de que el nacimiento se haya producido mediante cesárea; añade que *no procederá la acumulación de la licencia por enfermedad grave u hospitalización*.

⁷⁴ El nacimiento de hijo por cesárea no genera para el padre el disfrute de dos permisos distintos, uno por nacimiento y otro por hospitalización del cónyuge, al tratarse de un único hecho causante productor de un único permiso [SJS 13 febrero 2009 (AS 2009\274)].

⁷⁵ Para casos en los que la causa del permiso genere en el trabajador la necesidad de ausentarse durante más tiempo de su trabajo, son ya varios los convenios colectivos en los que se introduce la figura de un «permiso sin sueldo» que, por lo general, llega hasta el mes de duración; así, Convenio Colectivo de la empresa Grencó Ibérica, SA (LEG 2009\4244), Convenio Colectivo de Mahou, SA (LEG 2013\5839), Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2016-2018 (RCL 2016\1221), Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas (RCL 2017\283).

⁷⁶ En palabras de la STCT 18 octubre 1988 (RTCT 1988, 485), se está ante una «especie de extensión/ampliación o, incluso, excepción del permiso ordinario».

⁷⁷ En ese sentido, cfr. el Acuerdo de 24-10-2003, de la Mesa Sectorial de Negociación de Administración General, sobre mejoras de las condiciones de trabajo y en la prestación de los servicios públicos en la Administración General de la Junta de Andalucía (LAN 2003\570), que contempla «tres días hábiles si el hecho se produce en la misma localidad, o cinco días si se produce fuera de la localidad de residencia del funcionario o funcionaria». Idénticos términos en VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (LAN 2002\536).

de kilómetros, como los cien⁷⁸, ciento cincuenta⁷⁹, o doscientos⁸⁰.

Tampoco faltan los convenios más matizados, que gradúan en varios niveles la duración del permiso, correspondientes con otros tantos escalones de intervalos kilométricos⁸¹.

⁷⁸ Convenio colectivo del sector de oficinas de importación y exportación, suscrito por la Asociación de Empresarios Auxiliares de Comercio Exterior de Madrid y su provincia, Unipyme Madrid, UGT y CC OO (LCM 2016\178): [se aumentará en un día más] «cuando se necesite hacer un desplazamiento de 200 kilómetros por cada uno de los viajes de ida vuelta»; en similares términos el Convenio Colectivo del Sector Oficinas y Despachos (LCM 2015\247)); Convenio colectivo del sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (RCL 2016\310): «Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento fuera de la población de residencia en distancia superior a 100 kilómetros, el plazo será de cuatro días»; Convenio Colectivo de los Ayuntamientos del Principado de Asturias, Planes Locales de Empleo, Federación Asturiana de Concejos, en el Registro de Convenios Colectivos de la Dirección General de Trabajo (LPAS 2004\263): «Por nacimiento o adopción de un hijo y muerte o enfermedad grave de un familiar hasta el 2 grado de consanguinidad o afinidad, dos días laborables cuando el suceso se produzca en un lugar situado a 100 o un número inferior de kilómetros de distancia del centro de trabajo, y a cuatro días laborales cuando la distancia sea superior a 100 kilómetros».

⁷⁹ El Convenio colectivo estatal del sector de industrias de aguas de bebida envasadas (RCL 2017\539): «Cuando el trabajador necesite realizar un desplazamiento a localidad distinta de la de su residencia habitual el plazo se incrementará por el tiempo necesario para tal desplazamiento y con un límite máximo de cuatro días en total (permanencia y desplazamiento). Se entenderá por desplazamiento a <distinta localidad> aquella que diste del domicilio del trabajador más de 150 kilómetros».

⁸⁰ Convenio Colectivo del sector de Industrias de Gipuzkoa (LEG 2002\4921): «si hubiese desplazamiento superior a 150 kms. se ampliará en 3 días naturales». Convenio Colectivo de trabajo del sector de Industria de la Madera de Palencia (LEG 2013\4938): «Tres días naturales, que se ampliarán a dos días naturales más, en el caso de que el trabajador tenga que realizar un desplazamiento a tal efecto superior a 150 Kms, en los casos de nacimiento de hijo».

⁸¹ Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015 (RCL 2013\1449): «Durante cuatro días, que deberán ampliarse en un día más, cuando el trabajador necesite realizar algún desplazamiento al efecto, a localidad distinta a aquella donde tenga su residencia habitual que diste al menos 150 kms, otro día más cuando el desplazamiento sea superior a 350 km, ampliable a otro día más cuando el desplazamiento sea superior a 450 kms en los casos de nacimiento de hijo, adopción,...»; Convenio colectivo estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (RCL 2010\1800): un día

b) Pero no siempre el acceso a un mayor permiso se delimita con tanta precisión, pudiendo apreciarse cómo se asignan diversas duraciones en función del acudimiento a marcos geográficos más heterogéneos⁸².

c) Enlazando con esta última posibilidad, ha de noticiarse también la práctica convencional de ampliar el permiso atendiendo a que el trabajador tenga que desplazarse bien a provincia distinta a la del lugar de trabajo⁸³,

por cada 300 kilómetros de ida y vuelta; X Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA (LEG 2016\6570): «Esta licencia se ampliará hasta cuatro días si el hecho tiene lugar fuera de la residencia habitual del trabajador, que le obligue a efectuar un desplazamiento superior a 100 Km, o si el empleado se encuentra desplazado en comisión de servicio en España. En el supuesto de que se encuentre en comisión de servicio desplazado fuera de España, este permiso se incrementará en un día adicional (total 5 días)»; Convenio colectivo para la industria de granjas avícolas y otros animales (RCL 2012\1732): «Durante tres días, que podrán ampliarse un día más por cada 100 kilómetros de distancia si el trabajador tuviera necesidad de desplazarse fuera de su residencia y con un límite de cinco días».

⁸² Convenio colectivo del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (RCL 2016\1409): «tres, cuatro o cinco días naturales, según el hecho que justifica el permiso se produzca dentro de la misma provincia (tres días), en las provincias limítrofes (cuatro días), en el resto de España o en el extranjero (cinco días)».

⁸³ La previsión según la que para que opere la ampliación será necesario un desplazamiento fuera de la provincia plantea alguna duda interpretativa en aquellos casos de desplazamientos a localidades lejanas aunque dentro de la misma provincia; en efecto, teniendo en cuenta que el parámetro utilizado en estos casos no es el de la distancia sino la ubicación de la localidad en la misma o diferente provincia, nos podríamos encontrar con algunos casos en los que, por encontrarse la localidad fuera de la provincia pero cercana al lugar de trabajo, hubiera lugar a la ampliación del permiso y otros, en los que, aun habiendo una larga distancia pero el lugar al que haya que desplazarse estuviera dentro de la misma provincia, no se permitiera la ampliación prevista. Contienen dicha previsión, VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (RCL 2013\1278): «en caso de desplazamiento a otra provincia»; Convenio colectivo estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (RCL 2016\378): «a provincia distinta de la residencia del trabajador»; VI Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (RCL 2013\1461): «fuera de la provincia en que radique su domicilio y su centro de trabajo»; VI Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (RCL 2017\2): «cuando el trabajador

bien a distinta localidad de la del domicilio del trabajador.

En este sentido, algunos negociadores han preferido olvidar la distancia kilométrica y atender a un estricto concepto de desplazamiento a localidad diversa a la del domicilio habitual⁸⁴ o «fuera de la residencia»⁸⁵, lo que posee un evidente carácter expansivo de la regla; exactamente lo mismo, en menor identidad, ha de expresarse respecto del supuesto en que se hace gravitar la norma sobre el cambio de provincia⁸⁶, o bien «a provincia no limítrofe o isla»⁸⁷, o «fuera de la Comunidad Autónoma»⁸⁸, o, incluso, de que «le obligue a pernoctar fuera de su localidad»⁸⁹.

necesite efectuar un desplazamiento fuera de la provincia en la que radique su centro de trabajo habitual»; II Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias (RCL 2006\43): «Cuando estos casos se produzcan en distinta provincia o isla de la del domicilio del trabajador»; Convenio colectivo de los Servicios de Salud Mental del Principado de Asturias (LPAS 1996\81): «cuando el nacimiento o adopción se produzca en distinta provincia o en localidad que se encuentre a más de 150 km de distancia»; Convenio colectivo de trabajo del sector de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona (LEG 2013\1002): «cuando el supuesto de hecho se produce fuera del municipio de domicilio de trabajador, pero dentro de la provincia de Barcelona».

⁸⁴ Contienen la previsión referida a desplazamiento a distinta localidad de la del domicilio del trabajador, los siguientes convenios colectivos: Convenio Colectivo del personal laboral del Ministerio de Sanidad (RCL 1998\1038), que exige para que tenga lugar la ampliación que el nacimiento se produzca en distinta localidad de la del domicilio del trabajador; con iguales términos, Convenio Colectivo para el personal laboral del Ministerio de Economía (RCL 1998\639); Convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de Justicia (RCL 1996\1835) y Convenio colectivo de la industria azucarera para el período 2015-2016 (RCL 2015\1447): «a localidad distinta de la de su residencia habitual».

⁸⁵ Convenio Colectivo de la empresa Corporación de Medios de Murcia, SA (LEG 2007\4776): «cuando el personal tuviera necesidad de desplazarse fuera de la residencia».

⁸⁶ VI Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (RCL 2013\1557): «fuera de la provincia en que radique su domicilio y su centro de trabajo».

⁸⁷ VII Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada (RCL 2011\805).

⁸⁸ Convenio colectivo del sector de prensa no diaria (LCM 1995\294).

⁸⁹ Convenio colectivo del sector de la banca (RCL 2016\801).

d) Todavía menor concreción se plantea cuando la distancia se invoca de manera genérica, pero sin precisión objetiva (cuantitativa o geográfica), lo que requerirá una nueva ponderación aunque apoyada en ese dato⁹⁰.

e) El propio modo de medir las distancias (desde el centro de trabajo, desde la residencia habitual, hasta la residencia familiar, hasta el lugar del nacimiento, etc.) puede suscitar algunas dudas, por lo que tampoco extraña que —aunque de manera esporádica— algún convenio se haya pronunciado al respecto⁹¹, incorporando fórmulas bien concretas⁹².

Respecto de las dimensiones de la ampliación, dicho queda que el Estatuto concede dos días adicionales, por lo que también la negociación colectiva ha actuado mejorando ese mínimo. Así, hay supuestos en que a los días generales (dos o más) se añade una cantidad de tres⁹³, cuatro⁹⁴ o cinco días⁹⁵ con motivo del referido desplazamiento.

⁹⁰ Algunos convenios ni siquiera precisan cuánta haya de ser la distancia necesaria para que tenga lugar la ampliación; así, Convenio colectivo para la flota congeladora de mariscos (RCL 1996\1988) que amplía «por razones de distancia».

⁹¹ Véase, por ejemplo, Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (RCL 2016\689): «la distancia se entiende entre el centro de trabajo y el lugar donde se encuentre el familiar que dé origen al permiso (centro sanitario o domicilio)».

⁹² Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (RCL 2016\689): «En caso de discrepancia entre la empresa y el trabajador en la medición de la distancia, la carga de la prueba correrá a cargo de la empresa. Estas distancias serán medidas por el recorrido del transporte público más corto».

⁹³ Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (RCL 2016\689), VI Convenio Colectivo de Grupo Unión Radio (LEG 2010\4782), XXV Convenio colectivo de Agfa Gevaert, SAU (LEG 2012\406), X Convenio colectivo de Red Eléctrica Española, SAU (LEG 2014\3844).

⁹⁴ Convenio colectivo de la empresa Sematic, Sociedad Anónima (LEG 2013\96698) y Convenio colectivo para la industria fotográfica (2017-2018-2019) (RCL 2017\1037): «cuando con tal motivo el trabajador necesite realizar un desplazamiento superior a 200 kilómetros, el plazo será de cuatro días».

⁹⁵ X Convenio colectivo de Red Eléctrica Española, SAU (LEG 2014\3844), Convenio colectivo para la flota congeladora de mariscos (RCL 1996\1988): cinco días ampliables a diez por razones de distancia, XIV Convenio Colectivo de Central Nuclear de Almaraz y su personal de actividad eléctrica (LEG 2002\140): «hasta cinco días, con un mínimo de tres *en caso de intervención quirúrgica con anestesia total*», Convenio colecti-

2.6.3. *Permiso extraordinario por otros motivos*

Al margen del caso contemplado en la Ley (desplazamiento), existen otros supuestos en que la negociación colectiva ha considerado conveniente ampliar la duración básica del permiso.

Singularmente, ello sucede en los casos de que el parto haya venido acompañado de complicaciones⁹⁶ o sobrevenga un proceso patológico puerperal⁹⁷; la ampliación puede llegar a ser muy significativa⁹⁸ e incluso enlazar con una suspensión contractual si el trabajador opta por ella⁹⁹.

vo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas (RCL 2017\283): «podrá prolongarse hasta 5 días, teniendo en cuenta para ello los desplazamientos que el personal haya de hacer y las demás circunstancias que en el caso concurren. Atendidas éstas, la empresa podrá prorrogarla siempre que se solicite debidamente» y Convenio colectivo de Uniprex, SAU (LEG 2017\6001). El VI Convenio colectivo de Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SAU (LEG 2016\1186) amplía a seis días naturales «cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento superior a setenta y cinco kilómetros».

⁹⁶ El Convenio colectivo de trabajo para la provincia de Valencia del sector de Comercio de Muebles 2015-2016 (LEG 2015\8431) amplía «en el caso de existir complicaciones graves».

Muy específico es el supuesto contemplado en XXI Convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias (RCL 2014\288) («amplía «en caso de parto con cesárea»); también el Convenio colectivo de Uniprex, SAU (LEG 2017\6001) amplía «en caso de intervención quirúrgica».

⁹⁷ El Convenio Colectivo de la Empresa Mutua de Previsión Social del Personal de Renault España para los años 2004-2006 (LEG 2004\4364) «en caso de justificada enfermedad o cuando el trabajador necesite realizar desplazamiento a otra provincia». En términos parecidos Convenio colectivo estatal para las Delegaciones Comerciales del Ente Público Empresarial Loterías y Apuestas del Estado (RCL 2011\448).

⁹⁸ Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (RCL 2016\1020): «En caso de complicación del parto, los días que sean necesarios, previa Justificación del médico que la atiende, siendo retribuidos los tres primeros días desde que se produjo el parto».

⁹⁹ Convenio Colectivo del sector de Oficinas de Farmacia en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependiente de la Dirección General de Trabajo (LPAS 2017\235): «en caso de parto en circunstancias que produzcan una gravedad fuera de lo común esta licencia podrá ampliarse hasta cinco días naturales. En caso de continuar la gravedad

Del mismo modo, también se contempla la eventual ampliación del permiso decidida por la empresa en casos de especiales circunstancias¹⁰⁰, lo que sitúa al trabajador ante una posibilidad más que ante un derecho.

2.7. *Momento del disfrute y justificación de la causa*

Atendida la finalidad del precepto, es claro que el permiso está diseñado para que se disfrute a partir del mismo instante en que se manifiesta el alumbramiento de la nueva criatura o, en su caso, se conoce el mismo¹⁰¹. Ello no obstante, la negociación colectiva puede actuar razonablemente sobre la inmediatez que debe de existir entre el motivo del permiso y su disfrute¹⁰².

Para poder utilizar el permiso es presupuesto necesario que exista una prestación efectiva de servicios en el momento de acaecer el hecho causante, de ahí que no puede concederse este permiso a quien se encuentre en esos momentos disfrutando de vacaciones¹⁰³. No obstante, existiendo una práctica de la empresa que, si las vacaciones debían iniciarse durante el disfrute del permiso por nacimiento de hijo o adopción, el permiso no se interrumpe y se demoran las vacaciones, conservando éstas en su integridad, cuando aquél se produce en un momento anterior al inicio de las mismas, también debe reconocerse el

tendrá derecho a permiso no retribuido por el tiempo necesario».

¹⁰⁰ Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A. (FECSA). Convenio colectivo (LEG 2013\96530): «En casos excepcionales, los días fijados podrán ser discrecionalmente ampliados por la empresa, considerándose la distancia y demás circunstancias concurrentes».

¹⁰¹ Sólo puede admitirse su cumplimiento tardío cuando así lo disponga de forma explícita y clara la norma legal o convencional que lo regula, siendo precisa, además, a tal respecto, que esta norma fije el plazo o límite temporal dentro del cual es posible efectuar ese desplazamiento [STS 17 enero 2008 (RJ 2008\2068)].

¹⁰² VI Convenio Colectivo de la Delegación de ESK, SA en la provincia de Huelva y sus zonas de influencia (LEG 2011\4300).

¹⁰³ TSJ Galicia 30 mayo 2008 (AS 2008\1602).

permiso cuando el hecho causante acaezca durante las vacaciones, pudiendo disfrutarse a su finalización¹⁰⁴.

Además de las consideraciones generales acerca de cualquier preaviso que el trabajador ha de cursar a su empresario, hay que apuntar que aunque sea previsible la fecha del parto, ésta no es del todo exacta, por lo que no siempre es posible avisar previamente y se admite como normal la comunicación *ex post* del acontecimiento¹⁰⁵. El modo de proceder lógico es el de acceder de inmediato al disfrute del permiso a la vista del motivo alegado y requerir la ulterior acreditación de su certeza¹⁰⁶.

Respecto del modo en que haya de justificarse el motivo del permiso, el silencio de la ley ha de ser completado mediante la admisión de cualesquiera medios de prueba admitidos por el empresario, siendo especialmente idónea la presentación de un certificado médico de nacimiento, del Libro de Familia¹⁰⁷ o de certificado de inscripción en el Registro Civil¹⁰⁸.

3. ACCIDENTE O ENFERMEDAD GRAVE DE PARIENTES

3.1. Caracterización general

Siguiendo con los permisos por razones familiares, en el apartado b) del art. 37.3 ET se alude a la enfermedad o accidente graves de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad; la duración (tanto del permiso

básico cuanto del ampliado) coincide con la ya estudiada para el caso de nacimiento de hijo.

En este tema es fácil apreciar el modo en que las sucesivas normas han progresado pues la LCT de 1944 sólo reconoció un permiso «por tiempo que no exceda de una jornada de trabajo, en los casos de [...]; enfermedad grave de padres, hijos o cónyuges» (art. 67.1), en tanto que la LRL de 1976 ya hablaba de «dos días, que podrán ampliarse hasta tres más, cuando el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, en los casos de [...] enfermedad grave [...] de cónyuge, hijo, padre o madre, de uno y otro cónyuge, nietos, abuelos y hermanos». En 1999 se incorpora la equiparación entre enfermedad y «accidente».

La evidente finalidad de la norma al exonerar al trabajador del cumplimiento de sus deberes laborales en estos casos no es otra que la de permitir su presencia junto al pariente gravemente enfermo. Lo que sucede es que esta licencia aparece rodeada de grandes dudas aplicativas desde un doble punto de vista: el radio subjetivo de parientes abarcados en ella y el ámbito de las patologías cubiertas con el derecho al disfrute.

Estos permisos, entre otros medios, podrían ayudar a la conciliación de la vida familiar y profesional, siempre que se establezcan los mecanismos para que se acojan a tales permisos tanto hombres como mujeres toda vez que en caso contrario estaríamos de nuevo ante un impedimento en la carrera profesional de las mujeres.

Es verdad que la gravedad de la enfermedad no puede deducirse del mero ingreso en un hospital, ni del tiempo de ingreso (STSJ Cataluña de 20 septiembre 2003 [AS 2003, 236331]); en el mismo sentido, STSJ Madrid de 16 diciembre 2003 [JUR 2004, 94795], pero tales circunstancias generan una hipótesis autónoma y diversa.

3.2. Familiares comprendidos

El entrecruzamiento de dos bloques normativos (civil y laboral), junto con una fórmula

¹⁰⁴ Cfr. STSJ Galicia 23 noviembre 2015 (AS 2016\325).

¹⁰⁵ En casos de partos programados o cesáreas igualmente programadas el trabajador que obvia el preaviso está incumpliendo sus obligaciones.

¹⁰⁶ Así, por ejemplo, el Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas (RCL 2017\283) dispone que «la licencia [s] se concederá [n] en el acto, sin perjuicio de sanciones que pudieran imponerse si se alega causa que resulte falsa».

¹⁰⁷ Convenio colectivo de Uniprex, SAU (LEG 2016\6173).

¹⁰⁸ Convenio colectivo de Renault España, SA (LEG 2016\7329): Libro de Familia o certificación del Juzgado o Iglesia.

la legislativa desafortunada, han acabado por levantar la duda allí donde no debiera haberla¹⁰⁹.

3.2.1. *El cónyuge*

Puesto que la norma sólo se refiere a «parientes» y el matrimonio no genera parentesco (art. 915 ss. C. Civil¹¹⁰) resulta que su tenor literal ha dejado fuera del precepto al cónyuge del trabajador que sí aparecía expresamente incluido en las anteriores regulaciones (LCT y LRL) junto con una serie de parientes.

Pero es inimaginable que la norma quiera conceder permiso para atender al cuñado enfermo y no a quien (marido, esposa) ha provocado ese parentesco; por ello hay que afirmar que no se trata tanto de una exclusión como de «un lamentable error»¹¹¹. Aunque resulta incomprensible, es más que probable que el legislador, en su deseo de simplificar los términos de los familiares incluidos en el supuesto, haya suprimido la referencia al cónyuge, por entender que queda incluido en el concepto de parientes; esta forma de ver las cosas con una especie de interpretación correctora pero ajustada a los fines del precepto anida ya en las primeras interpretaciones judiciales que recibió el Estatuto de los Trabajadores¹¹².

Pese a las diversas reformas que han incidido sobre el originario texto de la Ley 8/1980,

¹⁰⁹ Sobre estas dudas, incluso a propósito de cláusula convencional, STSJ Galicia 7 julio 1993 (AS 1993\3405).

¹¹⁰ De este modo, el art. 944 CC tiene que disponer que «En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente».

¹¹¹ En ese sentido, E. JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ, «Las interrupciones no periódicas por nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de familiares», *Tribuna Social*, núm. 65, mayo 1996, pág. 38.

¹¹² La STCT 18 octubre 1988 (RTCT 1988\485) incluye al cónyuge dentro del supuesto de hecho: «o sea la triada relatada del nacimiento, enfermedad grave o fallecimiento con ese grado cualificado de parentesco, padres, hijos, hermanos y por supuesto la propia esposa, en el elenco de grados que recoge el art. 918 del CC».

hasta desembocar en el refundido actual, lo cierto es que el *lapsus* jamás ha sido enmendado. Ello aumenta el interés por comprobar cuál es el sentir de los interlocutores sociales sobre el particular; como se verá de inmediato –y resulta obligado, salvo que se quiera manifestar algo bien provocativo– su inclusión está muy extendida.

Obviando cualquier duda al respecto, son numerosos los convenios colectivos que han optado por incluir de manera expresa al cónyuge como víctima de patología grave que genera el permiso en favor de su pareja trabajadora¹¹³, aprovechando en ocasiones para introducir pequeños matices restrictivos o ampliatorios de la procedencia del permiso¹¹⁴. A veces la inclusión viene por la inopinada vía de entender comprendido al cónyuge como pariente de primer grado, quizá sintonizando así

¹¹³ Es normal que la negociación colectiva mencione expresamente al cónyuge del trabajador en este permiso; así puede verse en VI Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (RCL 2017\2), Convenio colectivo general del sector de la construcción (RCL 2017\1135), Convenio colectivo para las industrias de turrónes y mazapanes (RCL 2017\931), VI Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (RCL 2017\884), Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (2017\715), Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito (RCL 2017\701), Convenio colectivo estatal del sector de industrias de aguas de bebida envasadas (RCL 2017\539), VII Convenio colectivo de ámbito estatal de gestorías administrativas (RCL 2017\216), Convenio colectivo del Banco de España (RCL 2017\97), Convenio colectivo del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (RCL 2017\74), Convenio colectivo del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos (RCL 2017\50), XXI Convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito (RCL 2017\31), XXVI Convenio colectivo de Repsol Butano, SA (LEG 2016\9615), V Convenio colectivo general de ferralla (2015-2017) (RCL 2016\1306), Convenio colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (2016-2018) (RCL 2016\1298), Convenio colectivo del sector industrias de alimentos compuestos para animales (RCL 2016\1149), Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (RCL 2016\1029), Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (RCL 2016\1020).

¹¹⁴ Cfr. XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (RCL 2013\1326), que matiza el supuesto haciendo pender el permiso de la condición expresa de que el cónyuge no esté separado.

con el erróneo modo de ver las cosas de la Ley laboral¹¹⁵.

También hay un grupo no desdeñable de convenios colectivos que, ocupándose de regular el tema de los permisos, omiten al cónyuge como posible enfermo que legitima la ausencia del trabajador¹¹⁶. Por descontado, su silencio conduce a dejar las cosas tal y como el legislador ha dispuesto con carácter general, sin que a la omisión se le pueda conceder valor constitutivo.

3.2.2. *Los parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad*

Frente a la detallada enumeración que preferían sus predecesoras, el ET ha optado por homogeneizar a todos cuantos quedan comprendidos en esos dos grados. La técnica simplificadora y generalizadora seguida, quizá en

¹¹⁵ Efectivamente, en esa línea de confusión, también se halla la inclusión del cónyuge entre el listado de parientes, así, por ejemplo, el Convenio colectivo de Aldeasa, SA (LEG 2012\1661) incluye al cónyuge entre los parientes en primer grado.

¹¹⁶ Vid. a tal efecto, entre otros muchos, el XXVI Convenio colectivo de Repsol Butano, SA (LEG 2016\9615), VIII Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (2014-2016) (RCL 2016\550): «en los supuestos de muerte de la persona con la que conviva», Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (RCL 2015\1337), Convenio colectivo estatal para la fabricación de helados, para el período 2007-2008 (RCL 2008\997), XIV Convenio Colectivo de Central Nuclear de Almaraz y su personal de actividad eléctrica (LEG 2002\140), Convenio colectivo del Sector de Exhibición Cinematográfica, suscrito por la Federación de Cines de España (FECE), CC OO, UGT y CSIF (LCM 2017\65), Convenio Colectivo del Sector de Logística, Paquetería y Actividades Anexas al Transporte de Mercancías (LCM 2016\149), Convenio colectivo extraestatutario para el sector de Operadores de Transporte y Logística de la Comunidad de Madrid. Año 2013 (LCM 2015\205), Convenio colectivo del sector de preparados alimenticios y productos dietéticos de la Comunidad Autónoma de Cataluña para los años 2015 y 2016 (LCAT 2016\364), Convenio Colectivo para las empresas concesionarias del servicio de limpieza de Osakidetza para los años 2011-2017 (LEG 2015\1887), Comunidad Autónoma del País Vasco. Ertzaintza. Acuerdo de 17 de enero 2012 (LEG 2013\100825): Fallecimiento del cónyuge o compañero o compañera inscrito en el Registro de parejas de hecho.

un comprensible deseo de facilitar las cosas, conduce a la protección indiferenciada con tal de que concurren la enfermedad o accidente y el parentesco; no se exige convivencia, roce en el trato, afecto personal o cualquier otro dato sino que la justificación de la ausencia al trabajo se presume *iuris et de iure*. Ese modo de legislar, comprensible, deja fuera supuestos en los que puede existir una mayor necesidad personal, dada la fuerte vinculación afectiva con el enfermo, pero falta el vínculo de parentesco. Seguidamente se examinarán casos que apunten en las distintas direcciones descritas¹¹⁷.

La concesión de protección (recuérdese, a costa del empresario) en todos estos casos provoca, en la actual sociedad con un modelo familiar muy nuclear o reducido, la duda sobre su pertinencia en determinados supuestos. Por eso no extraña que algún convenio colectivo haya querido condicionar el disfrute de los permisos a la existencia de ciertos factores de dependencia¹¹⁸ o intermediación física¹¹⁹ entre el trabajador y la persona con problemas de salud; sin embargo, en cuanto normas restrictivas de los derechos legalmente conferidos corren el riesgo de ser consideradas ilegales en cualquier momento.

Para concretar mejor lo dispuesto legislativamente, algunos convenios colectivos, aunque no demasiados, han optado por incluir un cuadro o árbol indicativo del parentesco que dan derecho a los permisos correspondientes¹²⁰

¹¹⁷ Por su claridad, puede verse el cuadro de parentescos en un documento divulgativo elaborado por Comisiones Obreras CCOO.

¹¹⁸ Por ejemplo, véase el Convenio colectivo de la industria azucarera para el período 2015-2016 (RCL 2015\1447) que hace pender el permiso del hecho de que el hijo no esté emancipado.

¹¹⁹ Así, el Convenio colectivo de Bellota Herramientas, SAU, Bellota Agrisolutions, SLU y Mirandaola Inversiones y Gestión, SLU (LEG 2016\1036) exige para la concesión del permiso que en el supuesto de enfermedad u hospitalización de los padres, éstos convivan con el trabajador.

¹²⁰ Al respecto véase, por ejemplo, Convenio colectivo nacional de prensa no diaria (RCL 2013\1833), Convenio colectivo SEMATIC, S.A. (LEG 2013\96698) y Convenio colectivo de Aldeasa, SA (LEG 2012\1661).

o bien, con más frecuencia, la directa relación de parientes correspondiente a ese grado de consanguinidad o afinidad¹²¹.

Otra veces el convenio lo que hace es, sencillamente, reducir la lista de parientes contemplada en el art. 37.3.b ET. De este modo, por ejemplo, se deja fuera a alguno de los parientes por consanguinidad que se comprenden hasta llegar al segundo grado¹²², o alguno de los que lo son por afinidad¹²³, o bien se eliminan algunos parientes de ambas clases, hasta llegar a la entera supresión de cualquier pariente por afinidad¹²⁴.

Ya se ha advertido acerca de las dudas sobre la validez de estas previsiones que, si bien pueden responder a la percepción que de la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» (art. 3.1 Código Civil) no pueden considerarse mera interpretación de lo dispuesto por la Ley, sino auténtica restricción. Una discutible doctrina proclive a comparar globalmente la regulación sobre tiempo de trabajo ha permitido en algunos casos salvar su validez¹²⁵.

¹²¹ Por ejemplo, entre otros muchos, XI Convenio Colectivo de «Bridgestone Firestone Hispania, SA» (LEG 2002\240).

¹²² Así, sólo se menciona al cónyuge, padres e hijos (dejando fuera a nietos, abuelos y hermanos) en el IV Convenio colectivo de la empresa Materiales y Productos Rocalla, S.A. (LEG 2013\96455).

¹²³ Sólo mencionan a los suegros, entre otros muchos, VII Convenio colectivo de ámbito estatal de gestorías administrativas (RCL 2017\216), V Convenio colectivo general de ferralla (2015-2017) (RCL 2016\1306), VI Convenio colectivo estatal del sector del corcho, para los años 2015-2016 (RCL 2015\1582) y Convenio Colectivo del Sector de Industria de la Madera, suscrito por ACOMAT, AFAMID, APISMA, CC OO y UGT (LCM 2017\7). Solo contempla a los parientes por afinidad hasta el primer grado el Convenio colectivo nacional de prensa no diaria (RCL 2013\1833).

¹²⁴ Convenio colectivo para el personal laboral de la Secretaría General del Portavoz del Gobierno (RCL 1996\225) (incluye a los parientes hasta el tercer grado pero no menciona a los por afinidad). Algo parecido ocurre con el XIII Convenio Colectivo de la empresa Electrolux Home Products España, SA (LEG 2010\4756) que extiende el disfrute del permiso a «otros familiares que convivan en el domicilio del trabajador» pero no incluye a los parientes por afinidad.

¹²⁵ Lamentablemente, la STS 11 diciembre 1993 (RJ 1993\9778) abordó un supuesto en que así sucedía, pero al tratarse de recur-

También hay que destacar que pese a que generalmente se percibe como suficiente la regulación que lleva a cabo el legislador sobre esta materia, en alguna ocasión también encontramos convenios que amplían el arco de parientes¹²⁶.

Una concreta duda interpretativa, pero muy interesante por su frecuencia, refiere al parentesco por segundo grado de afinidad (cónyuge del hermano del trabajador y hermano de su cónyuge). Pongamos un ejemplo: puesto que la afinidad hace que se pase a emparentar *políticamente* con los familiares del cónyuge podría pensarse que un trabajador es pariente por afinidad, en segundo grado, del hermano de su esposa (cuñado); sin embargo, no lo sería del marido de su hermana (también cuñado). Sin embargo, la solución que ha dado la Audiencia Nacional al supuesto es la contraria¹²⁷ y el propio Tribunal Supremo considera que la norma comprende tanto los hermanos del cónyuge como los cónyuges de los hermanos¹²⁸.

De manera más polémica tiende incluirse en el radio aplicativo del permiso a los hijos del propio cónyuge (hijastros), así como al cónyuge del propio padre o madre (padrastra o madrastra)¹²⁹.

3.2.3. *Los supuestos de familias no conyugales*

El tenor de la norma, exigiendo parentesco entre trabajador y enfermo grave, obliga a remitir a las consideraciones hechas a propósito

so para casación de unificación de doctrina, entendió que faltaba el requisito de la contradicción; la sentencia no se pronuncia sobre el litigio de fondo, al entender que el juicio acerca de la legalidad de una regulación sobre festivos y permisos retribuidos sólo cabe cuando las normas contrastadas sean idénticas.

¹²⁶ El XXI Convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias (RCL 2014\288) incluye a los sobrinos pero no a los tíos.

¹²⁷ Véase la SAN de 1 octubre de 1997 (AS 1997\3374).

¹²⁸ SSTS 18 febrero 1998 (RJ 1998, 2209) y 27 mayo 1998 (RJ 1998, 4932).

¹²⁹ En este sentido SAN 2 octubre 2015 (AS 2015, 693).

del permiso por matrimonio cuando se plantean eventuales derechos por patologías de quien sólo es pareja de hecho.

Lo que sucede es que aquí son más poderosas las razones que conducirían a aplicar, análogamente, la figura en cuestión para favorecer a quien está conviviendo con otra persona y observa, con igual preocupación que si estuviera casada con ella, su grave enfermedad.

Conociendo las dificultades prácticas que existen para extender el beneficio del permiso a tales casos, algunos convenios han optado por reconocer directamente el derecho a la pareja de quien trabaja; por cierto, que en su concreta redacción a veces aparecen expresiones sexistas («enfermedad grave de la compañera del trabajador») que hay que someter, de inmediato a la regla de la no discriminación¹³⁰.

¹³⁰ Recogen, con uno u otro tenor, permiso por enfermedad de la pareja el Convenio colectivo de Ediciones Primera Plana, SA, Logística de Medios de Catalunya, SL, Zeta Servicios y Equipos, SA (centros de trabajo de Barcelona), Zeta Gestión de Medios, SA y Grupo Zeta, SA (centros de trabajo de Barcelona) (LEG 2015\1350) (en caso de enfermedad grave de cónyuge, compañero/a), y XVII Convenio Colectivo de Zardoya Otis, SA y Ascensores Eguren, SA (LEG 2012\1638), Convenio Colectivo para las empresas concesionarias del servicio de limpieza de Osakidetza para los años 2011-2017 (LEG 2015\1887), Convenio Colectivo de la Sociedad Pública Eusko Trenbideak/Ferrocarriles Vascos SA para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 (LPV 2015\75), Convenio Colectivo de «Personal Laboral de Centros Publicados del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco» (LPV 2001\374), Convenio Colectivo del «Personal Laboral de los Servicios Auxiliares de la Administración de Seguridad del Departamento de Interior» (LPV 2001\226).

El Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para 2017 (RCL 2017\746) dispone que «Ante la evolución de la realidad social cambiante en materia familiar, se reconocen los mismos derechos que el convenio contempla a las parejas en matrimonio, a las personas que no habiéndose casado, conviven en unión afectiva y estable, previa justificación de estos extremos mediante certificación de inscripción en el correspondiente registro oficial de parejas de hecho, donde exista, o acreditación similar que justifique esta circunstancia. En el supuesto de conflicto de intereses con terceros, el reconocimiento del derecho que corresponda se realizará de conformidad con la procedencia jurídica que, de manera firme, se determine por la

La negociación colectiva, ya que no el legislador, está comenzando a mostrar sensibilidad hacia los problemas descritos con independencia del vínculo o tipo de relación que haya entre dos personas que conviven de manera íntima, abarcado no sólo uniones sentimentales sino también de personas (amigos, compañeros) que comparten el hogar¹³¹. Sobre todos estos casos hay que decir que las previsiones

autoridad administrativa o judicial competente de conformidad con el ordenamiento positivo vigente».

El Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito (RCL 2017\701) acuerda «la plena equiparación de los derechos del régimen matrimonial al de las parejas de hecho, siempre y cuando resulte debidamente acreditada la existencia de tal condición, siendo el medio adecuado y necesario para ello la certificación del Registro de parejas de hecho correspondiente».

El II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing) (RCL 2017\907): establece una regulación bastante acabada: «Se reconocen los mismos derechos que el Convenio contempla para los y las cónyuges en matrimonio, a las personas que, no habiéndose casado entre ellas, conviven en unión afectiva, estable y duradera, previa justificación de estos extremos mediante certificación de inscripción en el correspondiente registro oficial de parejas de hecho. Dicha certificación podrá sustituirse, en aquellas poblaciones donde no exista registro oficial, mediante acta notarial. En el supuesto de conflictos de intereses con terceros, el reconocimiento del derecho que corresponda se realizará de conformidad con la resolución que, de manera firme, se dicte por la autoridad administrativa o judicial competente, conforme al ordenamiento positivo vigente».

El Convenio colectivo del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (RCL 2017\74): «Para todos los casos en los que se viene haciendo referencia a cónyuge, ha de interpretarse o persona que conviva con el trabajador y que este acredite de forma fehaciente e indubitable a través de certificación expedida por los Registros Administrativos correspondientes».

El Convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (RCL 2015\921): «Cualquier derecho dispuesto en beneficio, protección o ayuda del trabajador o trabajadora en razón de su vínculo matrimonial, por el presente Convenio será también de aplicación al trabajador o trabajadora unida a otra persona en una relación de afectividad análoga a la conyugal con independencia de su orientación sexual, conforme a lo que disponga la legislación autónoma o estatal al efecto, previa aportación de la certificación correspondiente en los términos establecidos en la Disposición Adicional Primera del presente Convenio, y siempre que cuente con un año de antigüedad en la empresa».

¹³¹ El Convenio colectivo nacional para el sector de auto-taxis (RCL 2017\639) se refiere a las *personas que convivan con el/la trabajador/a*.

introducidas por vía de negociación colectiva se ajustan por completo al espíritu y finalidad subyacentes en la norma.

Puesto que la filiación puede surgir por adopción, los vínculos surgidos a partir de ella han de legitimar el recurso al permiso cuando se den las restantes notas; puesto que el art. 178 del Código Civil determina la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, pero salvando determinados supuestos, acerca de estos últimos se plantea también el posible mantenimiento del trato privilegiado en materia de permisos¹³².

La situación de acogimiento familiar no genera vínculos familiares, aunque existen serias razones para postular la aplicación análoga del permiso estudiado, del mismo modo que en las normas de Seguridad Social se contemplan prestaciones económicas en favor de «o asimilados», lo mismo que en materia de asistencia sanitaria.

3.3. La gravedad de la patología

3.3.1. Concepto y Problemas interpretativos

En toda calificación de patologías es inevitable que existan dosis de subjetivismo o relatividad, por lo que cuando la norma atribuye un permiso para los casos de grave enfermedad o accidente está haciendo uso de un concepto que sólo podrá precisarse a la vista de cada caso.

Sería, por lo demás estéril, la tarea de tipificar determinadas patologías como graves; una gripe, por ejemplificar, no parece preocupante

en una persona adulta y sana, pero puede resultar mortal en quien une a su avanzada edad una bronquitis crónica. Por este motivo, en ocasiones se ha sugerido que la única forma de evitar las discusiones era la de poner el tema en manos de los profesionales de la medicina¹³³; lo que sucede es que, por un lado ni sus diagnósticos son siempre coincidentes, ni son sólo factores médicos los que hay que considerar, de manera que la reflexión y el trabajo de los juristas parecen imprescindibles a este respecto.

Aunque la discrepancia sea inevitable, parece que el calificativo sobre la entidad de la patología quiere dejar fuera del campo aplicativo aquellos procesos desagradables o duros, pero no inusuales ni constitutivos de amenazas serias para la vida o la salud; de alguna manera, también puede emparentarse esa idea con lo repentino y no larvado, con la enfermedad o accidente que sitúa en estado de extrema gravedad al paciente. Es claro que ante un supuesto de hemorragia cerebral, infarto, cáncer, fractura abierta, etc. lo que el texto estatutario pretende con el permiso en estudio no es que el trabajador pueda hacerse cargo del pariente enfermo durante todo el proceso de su enfermedad, posterior recuperación, etc. (piénsese, por ejemplo, en esos casos en los que como consecuencia de la enfermedad se derivarían secuelas importantes) sino permitirle que (aunque sólo por un par de días) pueda acompañarle en tal trance, bien prestando su apoyo, bien trasladándole al hospital o haciendo las gestiones oportunas en esa primera fase bien, simplemente ofreciendo apoyo directo a él o a sus familiares más cercanos (caso de enfermedad de nietos en los que el abuelo/la se haría cargo de los menesteres que incumban a los hijos).

Suele negarse que el permiso pueda utilizarse al efecto de acompañar al familiar a consulta médica, incluso si se trata para diagnóstico de posible dolencia grave. Aunque en algunos casos puedan existir concomitancias,

El *Convenio colectivo para la industria fotográfica (2017-2018-2019)* (RCL 2017\1037) incluye en el supuesto a los *convivientes*; en términos similares X *Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA* («o persona en convivencia de hecho») y VIII *Convenio colectivo nacional para el sector de auto-taxis* (RCL 2017\639) («o persona que conviva con el trabajador»).

¹³² En este sentido E. RAYÓN SUÁREZ, «Descanso semanal, fiestas y permisos», cit., pág. 332; también E. JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ, «Las interrupciones...», cit., pág. 41.

¹³³ En este sentido, por ejemplo, E. RAYÓN SUÁREZ, «Descanso semanal, fiestas y permisos», cit., pág. 327.

debe admitirse que los supuestos son diversos y que no hay norma legal que establezca el derecho a ausentarse del trabajo para tales casos; en consecuencia la conclusión ha de ser la negativa a que el trabajador lo disfrute¹³⁴. Por descontado, su reconocimiento puede venir dado bien por la existencia de norma pactada bien vía condición más beneficiosa, en cuyo caso el beneficio «constituye una ampliación del sistema de licencias retribuidas por ausencias justificadas que regula el art. 37 ET»¹³⁵.

Tampoco sirve este permiso para atender al cuidado de hijos enfermos, ni para supuestos en que exista una contingencia que no merezca el calificativo de grave; el trabajador habrá de buscar otros expedientes jurídicos si es que desea cesar transitoriamente en su actividad. Igualmente, si ya se ha utilizado el permiso que la Ley concede y el trabajador quiere seguir atendiendo su problema familiar, nada le impide intentar pactar una suspensión del contrato (45.1.a), o la adaptación de horario, etc.

Relevantes opiniones doctrinales entienden que cuando la dolencia que ha motivado el permiso se prolonga en el tiempo más allá que la propia licencia y el trabajador persiste en su voluntad de no trabajar, ha de entrar en juego una suspensión atípica que conduce a entender las ausencias como justificadas, pero sin derecho a retribución¹³⁶. Pero la verdad es que quizá no baste su razonabilidad para que las cosas, en términos jurídicos, sean así.

3.3.2. Criterios judiciales

Como sucede siempre que las normas recurren a este tipo de conceptos, resulta muy ilustrativo el examen de los criterios sentados por los Tribunales al resolver supuestos concretos. Ello no obstante, es claro que no se les puede

¹³⁴ En la doctrina judicial clásica, STCT 7 noviembre 1983 (RTCT 1983, 9320).

¹³⁵ En tales términos STCT 5 junio 1985 (RTCT 1985, 4354). Para un supuesto de reconocimiento del beneficio en Ordenanza de trabajo, *vid.* STCT 7 noviembre 1983 (RTCT 1983, 9320).

¹³⁶ En este sentido, por ejemplo, E. RAYÓN SUÁREZ, «Descanso semanal...», *cit.*, pág. 328.

conferir un valor absoluto, puesto que en cada caso han sido realizados a la vista de todas las circunstancias individuales concurrentes; además, tampoco son demasiados los casos en que han tenido ocasión de iluminarnos¹³⁷.

Muy razonable parece la advertencia de que el mero acudimiento a un servicio médico de urgencias no implica la existencia de patología grave¹³⁸.

La gravedad es circunstancia fáctica que ha de acreditarse por quien alega su realidad, debiendo concurrir en el momento en que la solicitud de permiso se presenta, sin que baste con que posteriormente haya surgido¹³⁹.

Es verdad que la gravedad de la enfermedad no puede deducirse del mero ingreso en un hospital, ni del tiempo de ingreso¹⁴⁰, pero tales circunstancias generan una hipótesis autónoma y diversa.

3.3.3. Contenido de los convenios colectivos

A veces los convenios se limitan a reproducir fórmulas similares a las contenidas en el precepto legal, con ligeros matices¹⁴¹, lo que equivale a dejar las cosas en los mismos términos que el ET.

Del mismo modo, cabe reconducir el supuesto a los casos en que surja una hospita-

¹³⁷ Como expresan A. MONTOYA, J.M. GALIANA, A. V. SEMPERE y B. RÍOS, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (A.V. SEMPERE, coord.), *cit.*, pág. 471, «la concreción de la «gravedad» del proceso patológico sitúa ante concepto jurídico indeterminado, bien que la buena fe exigible a ambas partes del contrato [arts. 5.a) y 20.1 ET] suele evitar la innecesaria litigiosidad».

¹³⁸ STSJ Comunidad Valenciana 10 marzo 2005 (AS 2005\1160).

¹³⁹ STSJ Andalucía/Granada 25 marzo 2003 (JUR 2004\94795).

¹⁴⁰ STSJ Cataluña 20 septiembre 2003 (JUR 2004\94795); en el mismo sentido, STSJ Madrid 16 diciembre 2003 (JUR 2004\94795).

¹⁴¹ Así, el Convenio Colectivo de la empresa Central Lechera Vallisoletana, SA, para los años 2001-2003 (LEG 2004\4082) habla de enfermedad «muy grave».

lización a consecuencia de la enfermedad padecida¹⁴².

Por supuesto, en bastantes de esos casos se ofrece la alternativa de enfermedad grave con intervención quirúrgica u hospitalización¹⁴³.

Otros convenios llevan a cabo la asimilación con los casos en que confluyen ambas variables y surge una intervención con hospi-

¹⁴² En este sentido, el Convenio Colectivo de Briten, SA (LEG 2001\7199) que entiende como enfermedad grave «aquella en que el enfermo, ya sea por causa de accidente o indisposición repentina, haya sido ingresado en un centro hospitalario por prescripción del médico de cabecera o de un Servicio de Urgencias, y se decida su hospitalización inmediata». El Convenio Colectivo de trabajo del sector Construcción y Obras Públicas de Soria (LEG 2013\4740) se refiere a la enfermedad grave que suponga internamiento; en términos similares Convenio colectivo del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (RCL 2016\1409), Convenio colectivo de la industria azucarera para el período 2015-2016 (RCL 2015\1447), Convenio colectivo del sector de oficinas de importación y exportación, suscrito por la Asociación de Empresarios Auxiliares de Comercio Exterior de Madrid y su provincia, Unipyme Madrid, UGT y CC OO (LCM 2016\178), Convenio Colectivo del Sector Oficinas y Despachos (LCM 2015\247).

¹⁴³ VIII Convenio colectivo nacional para el sector de auto-taxis (RCL 2017\639), que exige para la concesión del permiso «enfermedad grave que requiera hospitalización o intervención quirúrgica». Convenio colectivo para la industria de granjas avícolas y otros animales (RCL 2012\1732): «se entenderá en todo caso como enfermedad grave aquella que precise hospitalización o intervención quirúrgica»; en términos similares. Convenio colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Gipuzkoa de 2010-2017 (LEG 2015\1348), Convenio Colectivo del Sector Industrias de la Madera de Navarra (LNA 2017\166): «Sin perjuicio del concepto genérico de enfermedad grave, en todo caso respecto del cónyuge e hijos, se entenderá como grave la intervención quirúrgica con internamiento en clínica y la hospitalización facultativa por necesidad de asistencia clínica». Acuerdo para el personal funcionario al servicio del Consorcio para el Servicio de Extinción de Incendios, Salvamento y Protección Civil de La Rioja (CEIS-Rioja) para los años 2012 a 2015 (LLR 2012\231): «Se entenderá que concurre enfermedad grave en el momento que exista hospitalización en centro sanitario. En ningún caso, son subsumibles en este permiso los partos, incluso los acacidos mediante cesárea...». El Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (RCL 2015\1337) se refiere a «intervención quirúrgica o lesiones con fractura». Con términos similares, Convenio Colectivo de Jimten, SA (LEG 2001\7284): «lesiones con fracturas que impidan el normal desarrollo del accidentado».

talización¹⁴⁴ o gradúan la entidad de las dolencias¹⁴⁵; incluso alguno de ellos se atreve a enumerar posibles motivos de intervenciones que no alcanzan gravedad a fin de asignarles el correspondiente período¹⁴⁶.

Acogiendo una de las opciones interpretativas que antes se mencionó como posible, en ciertos casos los convenios han optado por poner la decisión en manos de los facultativos que atiendan al familiar del trabajador y anudar el permiso a la apreciación facultativa sobre la entidad de las dolencias padecidas¹⁴⁷,

¹⁴⁴ Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias (RCL 2016\1100), Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (RCL 2016\1020), Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados (RCL 2013\712) y Convenio colectivo del sector de despachos técnicos tributarios y asesores fiscales (LCM 1998\277) (enfermedad grave con hospitalización); el Acuerdo Marco entre la Federación Valenciana de Municipios y Provincias y las organizaciones sindicales CC.OO., UGT y CSIF para el personal al servicio de las administraciones locales de la Comunidad Valenciana (LCV 2014\311) se refiere indistintamente a «hospitalización o intervención quirúrgica». El Convenio colectivo de la industria azucarera para el período 2015-2016 (RCL 2015\1447) se refiere a enfermedad grave *con internamiento en clínica*; junto con este supuesto se añade la intervención quirúrgica *mayor*.

¹⁴⁵ Convenio Colectivo de la empresa «Saint-Gobain Canalización, SA» (LEG 2006\5941), que concede distintos permisos según el supuesto de que se trate: enfermedad grave, hospitalización con intervención, hospitalización sin intervención e intervención sin hospitalización con la salvedad de los partos de hermanas y reconocimientos médicos que expresamente excluye.

¹⁴⁶ Véase el XII Convenio colectivo de Schweppes, SA (LEG 2016\1792).

¹⁴⁷ Convenio colectivo del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (RCL 2016\1409): «Se entenderá por enfermedad grave aquella que bien venga determinada como tal por el correspondiente facultativo especializado en el parte médico correspondiente o bien la que genere la obligatoriedad del internamiento...»; Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (RCL 2017\715): «Será el facultativo que atienda al familiar enfermo el que determine la concurrencia o no de la gravedad en la enfermedad»; con términos similares, cfr. Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el período 2016-2018 (RCL 2016\1221). El XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (RCL 2013\1326) alude al dictamen de un «médico especialista».

a veces incluso previendo cómo se dilucidarán eventuales valoraciones contradictorias¹⁴⁸.

El método no es desacertado, aunque cuando se concreta demasiado la exigencia de prueba documental puede tropezar con la renuencia de algún facultativo a realizar por escrito valoraciones sobre la entidad de un proceso patológico sin venir obligado a ello¹⁴⁹.

Favorable valoración merece, en términos humanos pero también técnicos, un ramillete de convenios que utilizan este permiso para afrontar con casos muy emparentados con los del art. 37.3.b ET pero que sólo de manera muy forzada podrían subsumirse en tal precepto. Así, en alguna ocasión se regula el permiso para operaciones quirúrgicas rutinarias o sin internamiento de determinados parientes¹⁵⁰, previéndose posibles complicaciones¹⁵¹, o incluso se contempla la «visita a urgencias»¹⁵² y

¹⁴⁸ Convenio colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Gipuzkoa de 2010-2017 (LEG 2015\1348): «A estos efectos, se entenderá como enfermedad grave aquella que sea calificada como tal por la facultativa o facultativo correspondiente, bien en la certificación inicial o a requerimiento posterior de las partes».

¹⁴⁹ El comentario surge a propósito de supuestos como el del Convenio Colectivo de Cuatro Etiquetas, SL (LEG 2016\5871): «La enfermedad se considerará grave sólo cuando así sea dictaminada por facultativo médico, quien deberá reflejarlo en el volante o justificante que el empleado deberá entregar a la empresa»; en el mismo sentido, Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (RCL 2015\1094).

¹⁵⁰ Convenio Colectivo del sector Artes Gráficas e Industrias Auxiliares de Navarra (LNA 2010\207): «Excepcionalmente, en el supuesto de intervención quirúrgica de padre, madre, cónyuge o hijos, siempre que convivan con el trabajador y que no exija dos días de hospitalización, se concederá permiso retribuido únicamente por el tiempo indispensable, con un máximo de una jornada habitual de trabajo, para atender dicha necesidad».

¹⁵¹ Convenio Colectivo de la empresa Milupa, SA (LEG 2002\2516): «En caso de intervención quirúrgica del cónyuge, padres o hijos tendrá derecho a una licencia de un día laborable, ampliable a dos días laborables más en el supuesto de que en el período postoperatorio surgieran complicaciones de carácter grave». Convenio Colectivo de Briten, SA (LEG 2001\7199) que concede permisos para los casos de cirugía menor, entendiéndose por ésta «aquella que es de carácter ambulatorio y no requiere internamiento».

¹⁵² El Convenio colectivo Olivetti España, S.A. (LEG 2013\96495) establece que «Cuando un trabajador deba acompañar a su cónyuge, hijos o padres a un centro médico para ser atendido en Urgencias, se le abonará el tiempo de ausencia, siempre que lo justifique

otras actuaciones sanitarias (acompañamiento a la consulta) que suelen hacer surgir preocupación pero se hallan alejadas del supuesto delineado por el legislador¹⁵³; en todos estos casos, es evidente que el derecho se tiene en los términos establecidos por la norma que lo crea¹⁵⁴.

documentalmente. En el justificante deberá constar, ineludiblemente, la hora en que ha sido atendido y la causa que lo motivó».

¹⁵³ VIII Convenio Colectivo de la empresa Renault España Comercial, SA (LEG 2011\5808), que contempla también permisos para los casos de «operación de anginas de un hijo», «enfermedad y consulta médica» (obsérvese que no se trata de enfermedad grave), «consulta a especialista de la Seguridad Social prescrita por el médico de cabecera» y «otras consultas médicas». Convenio colectivo estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho (RCL 2013\1450): El trabajador, previa justificación, podrá ausentarse con permiso remunerado a cargo de la empresa, y hasta un máximo de dieciséis horas al año, en los casos de desplazamiento y/o acompañamiento de los familiares que convivan con él, siempre y cuando éstos no pudieran desplazarse por sus propios medios, bien sea por incapacidad física o por razones de edad, cuando tengan que ser asistidos en centros sanitarios distintos a los de su localidad, y como mínimo a una distancia de 10 kilómetros. Si la asistencia sanitaria tuviera lugar en otra provincia distinta a la de su residencia el permiso retribuido se ampliará a treinta y dos horas anuales. Convenio Colectivo de la empresa Unilever Foods España, SA/ División Frigo (LEG 2004\6763): «El trabajador tendrá derecho a un máximo de ocho horas anuales retribuidas para acompañar a sus hijos menores al pediatra, o especialista indicado por el pediatra, pudiendo justificar este hecho preavisándolo con el tiempo suficiente, salvo urgencia imprevista. En ningún caso esta ausencia será superior a cuatro horas en un día». Convenio colectivo ABB Reinosa, S.A. (LEG 2013\96567): «En caso de consulta médica, fuera de la localidad, a Especialistas de la Seguridad Social, de cónyuge, padres o hijos, cuando, por edad o imposibilidad física, precisen acompañamiento: el indispensable». VI Convenio Colectivo de la Delegación de ESK, SA en la provincia de Huelva y sus zonas de influencia (LEG 2011\4300): «El tiempo necesario para [...] acompañar a su hijo menor de edad a la consulta médica de especialistas, sean o no de la Seguridad Social, siempre y cuando coincidan el horario de la consulta con el de trabajo y siempre con un máximo de dieciséis horas anuales, todo ello deberá ser oportunamente justificado»; en parecidos términos, Convenio colectivo ABB Reinosa, S.A. (LEG 2013\96567).

¹⁵⁴ Así, por ejemplo, Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas. (RCL 2017\283): «Excepcionalmente, en el supuesto de intervención quirúrgica de padre, madre, cónyuge o hijos, siempre que convivan con el trabajador y que no exija dos días de hospitalización, se concederá permiso retribuido únicamente por el tiempo indispensable, con un máximo de una jornada habitual de trabajo para atender dicha necesidad debiendo justificar el tiempo empleado con el correspondiente volante visado por el cirujano».

3.4. Duración del permiso

La similitud de régimen jurídico con el supuesto ya estudiado de nacimiento de hijo (dos días, aunque con posible ampliación a cuatro por razones de desplazamiento) obligan a tener por reproducido cuanto allí se dijo, a fin de evitar innecesarias reiteraciones.

3.4.1. Permiso ordinario

El mínimo legal de dos días (que son naturales, por las razones interpretativas ya expuestas) aparece ampliado en un número considerable de convenios colectivos, que los sitúan en días naturales¹⁵⁵, en cuatro¹⁵⁶ y hasta cinco¹⁵⁷ o incluso más días¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Vid., a tal efecto, Convenio colectivo para las industrias de turrones y mazapanes (RCL 2017\931), II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing) (RCL 2017\907), Convenio colectivo estatal del sector de industrias de aguas de bebida envasadas (RCL 2017\539), VII Convenio colectivo de ámbito estatal de gestorías administrativas (RCL 2017\216), Convenio colectivo del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (RCL 2017\74) y Convenio colectivo de ámbito estatal para la fabricación y comercialización de frutas y hortalizas frescas, seleccionadas, limpias, troceadas y lavadas, listas para consumir o cocinar (RCL 2017\8), entre otros muchos.

¹⁵⁶ Durante cuatro días: Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015 (RCL 2013\1449). El Convenio colectivo de trabajo de la empresa Asfaltos Españoles, SA, para los años 2011-2014 (LEG 2013\4773) adiciona el derecho «a un permiso de hasta un máximo de dos días al año, para completar alguna gestión originada» por circunstancias familiares como la grave enfermedad de parientes.

¹⁵⁷ Es la duración prevista en II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (RCL 2017\1026), Convenio colectivo para las industrias de turrones y mazapanes (RCL 2017\931), VI Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (RCL 2017\884), Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para 2017 (RCL 2017\746) («en caso de gravedad») y V Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector del estacionamiento regulado en superficie y retirada y depósito de vehículos de la vía pública (RCL 2017\295).

¹⁵⁸ La previsión, excepcional, se encuentra en Convenio colectivo de Hertz de España, SL (LEG 2016\9511). Difícil de catalogar es el Convenio colectivo Laboratorios Parke-Davis, S.L. (LEG 2013\98786), conforme al cual «Prevía justificación de en-

fermedad de un familiar que viva con el trabajador, éste podrá obtener un permiso retribuido por el tiempo que convenga con la Dirección de la empresa, sin detrimento de lo establecido al efecto por la legislación vigente».

Por descontado otro modo de ampliar la duración del permiso viene dado por su establecimiento en un número de días laborables (o «hábiles») y no naturales, sea de entidad similar al de naturales fijados legalmente¹⁵⁹, sea de índole superior¹⁶⁰.

También ha de señalarse la tendencia convencional de aumentar esa duración, pero no de manera indiscriminada sino en función de si concurren determinados factores que la hagan, en criterio de la norma, conveniente. Así, se conceden días de permisos adicionales para el caso de surgir complicaciones en la enfermedad¹⁶¹, para el supuesto de que concurra gravedad¹⁶² o, excepcionalmente, cuando concurren «circunstancias apreciadas por la Dirección de la empresa¹⁶³. Posibilidad asimismo explorada alguna vez es la de establecer duraciones distintas según la clase de parientes¹⁶⁴.

Establecen un período de dos días hábiles: Convenio colectivo estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (RCL 2010\1800) y XI Convenio Colectivo de «Bridgestone Firestone Hispania, SA» (LEG 2002\240); de dos días laborables el XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (RCL 2013\1326).

¹⁶⁰ Así, los tres días hábiles son fijados por el XXI Convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito (RCL 2017\31), mientras que aluden a tres días laborables, V Convenio colectivo general de ferralla (2015-2017) (RCL 2016\1306), Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (RCL 2015\144), II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (RCL 2012\1607) y VII Convenio Colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad de la Comunidad Valenciana (LCV 2014\320).

¹⁶¹ En tal sentido, Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (RCL 2015\144).

¹⁶² Por ejemplo, en Convenio colectivo estatal para las Delegaciones Comerciales del Ente Público Empresarial Loterías y Apuestas del Estado (RCL 2011\448). Para supuestos similares, Convenio Colectivo para el Sector del Transporte de Mercancías por Carretera de la provincia de Ciudad Real (2016\5704).

¹⁶³ Sólo se encuentra la previsión (quizá por ser algo paternalista) en el Convenio Colectivo del sector de Bebidas refrescantes, jarabes y horchatas, de las Illes Balears (LIB 2003\229).

¹⁶⁴ Puede apreciarse en Convenio colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (2016-2018) (RCL 2016\1298), Convenio colectivo del sector de la madera (RCL 2012\1606), VI Convenio colectivo estatal del sector del

No faltan –incluso– las variantes de ambos sistemas de cómputo, permitiendo al trabajador la opción por días hábiles o (en número mayor) naturales¹⁶⁵.

En esta línea flexibilizadora, alguna vez se contempla la posible ampliación del permiso pero transformándolo en suspensión contractual, carente de retribución¹⁶⁶; también aparece un híbrido de suspensión e interrupción, al mantenerse una parte del salario durante esa

prolongación¹⁶⁷, o la posibilidad de recuperar el trabajo correspondiente a esos días adicionales¹⁶⁸.

3.4.2. *Permiso extraordinario por desplazamiento*

Como se sabe, cuando, con motivo de la enfermedad grave padecida por su familiar, el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, la duración del permiso se amplía por la Ley hasta los cuatro días.

Como ya se dijera, a propósito del nacimiento de hijo, para determinar si procede esta extensión temporal «se han de ponderar las circunstancias que concurren en cada caso, teniendo en cuenta que el tiempo de viaje no haga inviable o difícil el cumplimiento de la finalidad de la licencia, que es la visita al paciente... [por lo que no cabe] si hay una distancia de pocas decenas de kilómetros y grandes facilidades de comunicación»¹⁶⁹.

Al igual que sucede respecto del permiso ordinario, también hay bastantes casos de convenios colectivos que han ampliado la duración mínima concedida por la Ley, sea por la fórmula de incrementar el número de días naturales, sea por la de hablar de días hábiles¹⁷⁰.

corcho, para los años 2015-2016 (RCL 2015\1582), XXI Convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito (RCL 2017\31), entre otros muchos.

¹⁶⁵ Por ejemplo, Tomate Fresco (Manipulado y Envasado) (LRM 2015\304): dos días laborales o tres días naturales, el Convenio Colectivo de la empresa BP OIL ESPAÑA, SAU (LEG 2015\566) concede, a elección del empleado, tres días naturales o dos laborales; el Convenio colectivo de trabajo para las empresas de azafatos/as y promotores/as de venta de Cataluña (2017\293) ofrece dos días o cuatro medias jornadas, Convenio Colectivo para el sector de Fabricantes de Sidra de Asturias en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de la Dirección General de Trabajo (LPAS 2017\33), dos días laborales o cuatro medias jornadas.

¹⁶⁶ Para casos en los que la causa del permiso genere en el trabajador la necesidad de ausentarse durante más tiempo de su trabajo, son ya varios los convenios colectivos en los que se introduce la figura de un «permiso sin sueldo» que, por lo general, llega hasta el mes de duración; así, Convenio Colectivo provincial de Comercio minoristas, mayoristas y exportadores de calzado y artículos de piel y viaje (LEG 2017\7868), Córdoba. Industrias vinícolas, licoreras y alcoholeras. Convenio colectivo (LEG 2013\93907), Convenio colectivo para el personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional para el periodo 2013-2018 (RCL 2013\1832), III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (RCL 2009\2173).

Convenio Colectivo de las Icastolas de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa 2008-2009 (LPV 2009\281): «Cuando la enfermedad grave persistiera: Tendrán derecho a una segunda licencia retribuida [...], pasados treinta días consecutivos desde la finalización del disfrute de la primera licencia, sin que en este caso sea de aplicación la ampliación de desplazamiento. Tendrá derecho a sucesivas licencias no retribuidas, en los mismos supuestos y por igual tiempo, siempre que hayan transcurrido treinta días consecutivos desde la finalización de la anterior, sin que tampoco sea de aplicación la ampliación por desplazamiento».

Dos días laborables, ampliables como máximo a un mes sin sueldo: Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (RCL 2017\715).

¹⁶⁷ Convenio Colectivo para el sector de panaderías de la provincia de Lugo (LEG 2011\4829): «Avisando con la máxima antelación posible, el personal afectado por este Convenio podrá faltar al trabajo con derecho al percibo del salario, por alguno de los motivos y durante los periodos de tiempo siguientes, ello sin perjuicio de las licencias retribuidas...».

¹⁶⁸ El Convenio colectivo del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (RCL 2016\1409) dispone que «en el caso de que por circunstancias relativas a los supuestos anteriormente citados, el trabajador necesitase añadir algún día más a los establecidos, la empresa vendría obligada a facilitar esos días, debiendo el trabajador/a recuperar los mismos de la manera en que le indique la empresa».

¹⁶⁹ En tales términos se manifiesta STCT 18 octubre 1988 (RTCT 1988, 485); ver también SSTSJ Aragón 2 febrero 1994 (AS 1997\608) y 22 diciembre 1997 (AS 1997\4298).

¹⁷⁰ Para estos casos de desplazamiento, con duración ampliada, pueden consultarse los siguientes convenios colectivos:

3.4.3. Cómputo

Más arriba se ha expuesto la doctrina tradicional sobre el carácter de «naturales» que los días de permiso contemplados en el art. 37.3 poseen. Pero viene abriéndose paso una doctrina conforme a la cual el cómputo del permiso por días hábiles o laborables, atiende a una interpretación finalista de la norma: solo en el caso de que el trabajador tenga obligación de trabajar es realizable tal derecho por lo que, si no existe dicha obligación (como ocurre por lo general en los días no laborables) no resulta necesario el disfrute de dicho permiso. Además, el hecho de que para el caso de matrimonio el legislador haya incluido expresamente en el cómputo del plazo el de los días naturales lleva a considerar que en el resto de permisos retribuidos regulados en el mismo artículo, el plazo o duración se refiere a hábiles¹⁷¹.

– Cuatro días naturales, al menos dos de ellos laborables: XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (RCL 2013\1326).

– Cuatro días hábiles: XXI Convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito (RCL 2017\31).

– Cinco días: II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (RCL 2017\1026), Convenio colectivo para las industrias de turrónes y mazapanes (RCL 2017\931), VI Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (RCL 2017\884), Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para 2017 (RCL 2017\746).

– Seis días: VI Convenio colectivo de Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SAU (LEG 2016\1186) y Convenio colectivo Laboratorios Parke-Davis, S.L. (LEG 2013\98786).

– Siete días: XV Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas (RCL 2016\603): «si es fuera del país».

– Ocho días: Convenio colectivo estatal de naturopatía y profesionales naturópatas (RCL 2013\1301): «En el caso que el desplazamiento sea fuera del territorio nacional y el fallecimiento, accidente, enfermedad grave u hospitalización sea de un pariente de primer grado el permiso o la licencia será de un total de ocho días, cuatro de ellos retribuidos».

– Diez días: Convenio colectivo para la flota congeladora de mariscos (RCL 1996\1988): «Cinco días, ampliables a diez por razones de distancia».

¹⁷¹ Por todas, STSJ Canarias 25 octubre 2016 (JUR 2016, 266918).

3.5. Términos de ejercicio del derecho

La continuidad o reiteración de los procesos patológicos que pueden considerarse como enfermedad grave hacen surgir la lógica pregunta acerca de si este permiso se agota por su utilización única o puede reproducirse y, en tal caso, con qué límites. En patologías graves y persistentes la duda posee enormes repercusiones prácticas; los intereses de trabajador y empresa son seguramente difíciles de conciliar, pero la norma tampoco ha dado pautas interpretativas.

Una primera respuesta puede ser la de que el permiso se disfruta cada vez que surge la enfermedad grave, con lo que la clave estaría en determinar si estamos ante el mismo proceso patológico o ante uno distinto; otra respuesta podría consistir en entender que el derecho surge cada vez que lo hace la situación de gravedad, con independencia de si obedece a la misma o idéntica causa; en fin, a veces se ha optado por entender que esta interrupción del contrato sólo puede invocarse una vez al año por cada pariente gravemente enfermo. Seguramente hay que estar a las circunstancias del caso y realizar una ponderación de todas ellas, porque la negociación colectiva apenas se ha ocupado del supuesto¹⁷².

También pueden surgir dudas acerca del momento en que se invoque la enfermedad gra-

¹⁷² Ver Ertzaintza Acuerdo de 17 de enero 2012 (LEG 2013\100825): «se tendrá derecho a un segundo permiso por el mismo período de duración si pasados treinta días naturales consecutivos desde la finalización del primer permiso se mantuviera la hospitalización. En los casos de enfermedad terminal no será necesario el transcurso del tiempo señalado en el párrafo anterior». Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (RCL 2015\1094): «En circunstancias extraordinarias, debidamente acreditadas, las licencias previstas [...] se otorgarán por el tiempo preciso, conviniéndose las condiciones de su concesión, pudiendo acordarse la no concesión de haberes e incluso el descuento de tiempo extraordinario de licencia, a efectos de antigüedad, cuando aquéllas excedan en su totalidad de un mes dentro del año natural». Términos parecidos encontramos en el Convenio Colectivo de Trabajo de las Industrias Siderometalúrgicas (LEG 2015\84).

ve para obtener el permiso. La intermediación general que se exige entre la causa y la licencia, en este caso hay que reconducirla al momento en que el trabajador tiene conocimiento de la gravedad de la patología en cuestión; no se ve sentido a una ausencia del trabajo para atender a un problema que preexiste hace tiempo.

Respecto de la exigencia del previo aviso han de reiterarse aquí las observaciones generales acerca de la imposibilidad que en algunos casos (enfermedades súbitas y realmente graves) existirá para trasladar a la empresa la ausencia de manera anticipada; en estos casos, por su propia naturaleza, el aviso previo que la ley exige sólo se producirá cuando la ausencia ya existe, pues realmente la obligación del trabajador, actuando de buena fe, no es otra que la de comunicarlo tan pronto como le sea posible¹⁷³; de ahí que sea poco realista fijar plazos concretos para el preaviso en estos casos.

Respecto de la justificación, la misma deberá atemperarse al caso concreto, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias concurrentes (incluso las subjetivas del trabajador), en el bien entendido de que corresponde al trabajador que ha disfrutado la licencia acreditar la causa alegada y, en su caso, la realidad del desplazamiento efectuado¹⁷⁴.

Tal actividad justificativa, por exigencias de buena fe contractual y de conmutatividad, resulta necesaria porque no sólo es preciso que se dé el supuesto de hecho legal; también es menester que el permiso utilice para su fin «por lo que de darse el supuesto de hecho y no este último aspecto resultaría injustificada la ausencia¹⁷⁵, al igual que si no se concediera

suficiente valor al tipo de justificación presentado.

Puesto que actualmente el tratamiento de enfermedades o accidentes graves comporta, de ordinario, la intervención de personal médico, el modo usual de acreditar el motivo de la ausencia será el de los documentos expedidos por los mismos. En este sentido, algunos convenios colectivos demandan al trabajador que justifique su ausencia con «acreditación facultativa»¹⁷⁶; a veces se pide un volante o justificante¹⁷⁷, en su caso visado por el cirujano que ha realizado la intervención quirúrgica¹⁷⁸, o bien un certificado médico en el que se especifique la gravedad de la enfermedad¹⁷⁹; otras veces se pide al trabajador la justificación de su permanencia en el centro hospitalario en que se encuentra el familiar¹⁸⁰.

4. HOSPITALIZACIÓN O CIRUGÍA

4.1. Significado

Es muy ilustrativo advertir que el permiso descrito en el art. 37.3.b) ET ha ido creciendo de manera estratigráfica. Inicialmente se con-

¹⁷⁶ En este o similares términos, Convenio colectivo del sector de la madera (RCL 2012\1606) y VI Convenio colectivo estatal del sector del corcho, para los años 2015-2016 (RCL 2015\1582) (Justificante médico que acredite el hecho), Convenio Colectivo de la empresa Milupa, SA (LEG 2002\2516): «acreditada facultativamente».

¹⁷⁷ Véase el Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2016-2018 (RCL 2016\1221).

¹⁷⁸ En esos o parecidos términos, Convenio Colectivo del sector Artes Gráficas e Industrias Auxiliares de Navarra ((LNA 2010\207).

¹⁷⁹ En tal sentido, Convenio colectivo para las industrias de turrones y mazapanes (RCL 2017\931): «La gravedad de la enfermedad quedará demostrada con justificante de hospitalización o dictamen expreso de un médico»; Convenio Colectivo para el sector de peluquería de Navarra años 2015, 2016 y 2017 (LNA 2016\158): se deberá de acreditar la gravedad mediante justificante médico; con algún matiz, Convenio Colectivo de la Empresa Mutua de Previsión Social del Personal de Renault España para los años 2004-2006 (LEG 2004\4364).

¹⁸⁰ Por ejemplo, Convenio colectivo ESK, S.A. (LEG 2013\100433).

¹⁷³ El XI Convenio Colectivo de «Bridgestone Firestone Hispania, SA» (LEG 2002\240) previene una antelación en el aviso de tres días laborables, «salvo que exista imposibilidad manifiesta de hacerlo (por ejemplo, una enfermedad o muerte de un pariente), en cuyo caso deberá comunicarlo tan pronto como sea posible».

¹⁷⁴ En este sentido, STSJ Andalucía (Málaga) de 1 septiembre 1992 (AS 1992\4277).

¹⁷⁵ STCT 27 enero 1982 (RTCT 1982, 384).

templaba su concesión solo por «enfermedad grave» de pariente; más adelante, como queda dicho, se equipara el «accidente» igualmente grave y se añade la «hospitalización»; finalmente aparece la «intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario».

Conclusión de tan elemental recordatorio es que la gravedad de la enfermedad o el accidente pueden valorarse en función de si media hospitalización, de si hay cirugía mayor o de otras muchas cosas, pero lo cierto es que la Ley ha querido que pueda nacer el permiso por hospitalización o intervención quirúrgica sin necesidad de que concurra una dolencia grave.

Por descontado, esa reflexión no sirve para eliminar múltiples dudas que suscita la pluralidad de hipótesis legalmente contempladas.

4.2. Hospitalización

La «hospitalización» no requiere dato adicional alguno, de manera que la causa por la que surge queda privada de relevancia, aunque parece excesivo que un internamiento para someterse a cura de adelgazamiento o anti-estrés legitime el permiso del familiar; la norma es bienintencionada, pero quizá ha ido demasiado lejos¹⁸¹.

Si el convenio colectivo distingue entre enfermedad grave (tres días de permiso) y hospitalización (dos días de permiso), solo podrá reconocerse tres días a esta última situación cuando la causa que la provoca sea como consecuencia de una enfermedad grave¹⁸². No es doctrina que deba generalizarse, por tanto.

De todos modos, creemos que la mera entrada en el hospital o clínica (por ejemplo, para cirugía ambulatoria) no es lo que se pide,

sino la permanencia como paciente ingresado, que generalmente se identifica con la permanencia durante más de veinticuatro horas; cierta doctrina judicial también admite la procedencia del permiso si la hospitalización dura menos de un día pero está motivada por operación quirúrgica para dolencia o peligro de entidad (por ejemplo: para unas «cataratas»), como cuando se sostuvo que el término acoge tanto a los supuestos en que se da una permanencia superior a 24 horas, como a los internamientos clínicos para intervención quirúrgica, aunque la estancia hospitalaria no supere dicho tope, que se identifican como ingresos ambulatorios (STSJ Cataluña de 4 junio 2002 [AS 2002, 2481]).

El motivo de la hospitalización no está tasado, por lo que es posible que en él se subsuma el propio parto, al igual que la enfermedad o accidente graves¹⁸³. Pero no parece razonable que un mismo proceso patológico genere dos permisos (hospitalización, enfermedad o accidente) al amparo de subsunciones distintas.

Una vez nacido el permiso, el alta hospitalaria del pariente no comporta su automática terminación sino que ha de estarse a las circunstancias del caso para ver si persiste la enfermedad grave o la necesidad de atención familiar¹⁸⁴, lo que condiciona el alcance de la justificación solicitable por la empresa¹⁸⁵.

En estos supuestos de hospitalización de pariente se incluyen los originados por el par-

¹⁸³ En tal sentido STS 23 abril 209 (RJ 2009\3249).

¹⁸⁴ La STS 21 septiembre 2010 (RJ 2010\7568) distingue alta hospitalaria y alta médica: la hospitalización es el presupuesto del permiso, pero puede haber cesado, por alta hospitalaria, y poseer sentido el disfrute del permiso «justificado por la situación patológica»; se diferencia así entre presupuesto para el nacimiento del permiso y para su disfrute, de modo que la licencia ha de concederse cuando concurren el resto de elementos (necesidad de auxilio directo o indirecto), con independencia de que el familiar siga hospitalizado.

¹⁸⁵ La STSJ Madrid 5 marzo 2012 (AS 2012\288) considera improcedente el despido basado en que el trabajador no acredita que su familiar continuaba hospitalizada al terminar el disfrute del permiso.

¹⁸¹ La hospitalización no exige la concurrencia de la nota de «gravedad» aunque tampoco la excluye, como advierte STS 21 septiembre 2010 (RJ 2010, 7568).

¹⁸² STS 11 marzo 2014 (RJ 2014, 2227).

to de una familiar, independientemente de que haya sido normal o con complicaciones (ej. cesárea); la STS 23 abril 2009 (RJ 2009, 3249) rechaza la distinción entre parto y enfermedad, así como diversos argumentos de otro tipo que previamente habían predominado en la jurisprudencia.

4.3. Cirugía ambulatoria

La *intervención quirúrgica sin hospitalización* es supuesto diverso del anterior y que abarca tanto la practicada en hospitales (pero en régimen ambulatorio) cuanto la llevada a cabo en cualquier otro lugar. Aunque el supuesto, añadido por la LO 3/2007, interacciona con el precedente y plantea la misma indefinición a la hora de precisar qué ha de entenderse por «hospitalización».

La «intervención quirúrgica» tampoco siempre será magnitud pacífica, pues en muchos supuestos (atención bucodental, pequeña extirpación cutánea, etc.) se presta a valoraciones encontradas. La fórmula para salir de ellas aparece, de manera indirecta, cuando el propio precepto advierte que sólo generan el permiso si se precisa el *reposo domiciliario*, aunque entonces de nuevo asaltan las dudas acerca de si la pauta médica en cuestión ha de haber fijado al mismo una duración mínima o ello es indiferente.

Doctrina judicial razonable sostiene que el reposo pedido equivale a desarrollar cualquier tarea incompatible con su recuperación, siendo esa la razón por la que se le prescribe, lo cual significa que las tareas, que desempeñaría normalmente en su domicilio, si no tuviera que reposar, deberán realizarse necesariamente por el trabajador que lo asista, puesto que, si no fuera así, el reposo, ligado obligatoriamente a la recuperación de la intervención quirúrgica, sería irreconocible y no tendría sentido¹⁸⁶.

4.4. Otros aspectos

Puesto que estas dos hipótesis están subsumidas en el mismo apartado que el fallecimiento y la enfermedad o accidente graves hay que dar por reproducido cuanto se refiere a su duración, cómputo y justificación. Además, interesa destacar algunas pautas interpretativas:

- En el permiso por hospitalización de familiar, y siempre que el convenio colectivo no determine otra cosa, el alta hospitalaria de éste no produce la extinción anticipada del permiso ya iniciado, aunque sí lo justificaría el alta médica al desaparecer, en este caso, la razón última del permiso¹⁸⁷.
- El parte de alta hospitalaria, no acompañado del alta médica, no produce de manera automática la extinción o finalización del permiso, ni exige al beneficiario del mismo acreditar la persistencia de la gravedad de la enfermedad o de las consecuencias del accidente, dado que en estos casos debe presumirse el mantenimiento de los requisitos del permiso: la gravedad/reposo domiciliario¹⁸⁸.

Pero cuando el convenio colectivo condiciona tanto el derecho al permiso por hospitalización de parientes, como su duración a que el hecho causante «se mantenga durante el disfrute del permiso», este se extinguirá con el alta hospitalaria y no con el alta médica¹⁸⁹.

5. FALLECIMIENTO DE PARIENTES

5.1. Caracterización general

La regulación del permiso por óbito de pariente presenta grandes concomitancias con el permiso por enfermedad grave o, en algunos

¹⁸⁷ STS 21 septiembre 2010 (RJ 2010\7568).

¹⁸⁸ STS 5 marzo 2012 (RJ 2012\5107).

¹⁸⁹ STS 4 diciembre 2015 (RJ 2015\6222).

¹⁸⁶ SAN 12 mayo 2017 (JUR 2017\132364).

aspectos, incluso con el de nacimiento de hijo, por lo que la exposición de su régimen jurídico se edifica sobre cuanto a propósito de ambos supuestos queda dicho.

Lo cierto es que el art. 37.3.b ET se refiere al «fallecimiento», en expresión más lacónica de la utilizada precedentemente por la LCT de 1944¹⁹⁰, pero que, sin duda desea abarcar tanto la defunción como el sepelio; la duración de dos días está pensada a partir de una secuencia tipo en la que se permite englobar desde el momento de la muerte hasta algo después de la incineración o enterramiento. De todos modos, como se verá al examinar su duración, algún convenio colectivo diferencia una y otra vertiente al contemplar la muerte de determinados parientes, en principio no muy próximos.

Por su propia finalidad, el permiso debe de ser disfrutado nada más conocerse por el trabajador la muerte de su pariente, realizando en ese momento, o tan pronto le sea posible, la comunicación a la empresa; de hecho, alguna vez se atiende a si ha de computarse o no como día de permiso el inicial en que se interrumpió la jornada ya empezada¹⁹¹. Ese período debe de servir tanto para enjugar el dolor por la pérdida del ser querido cuanto para realizar las gestiones que se deseen en orden a aspectos sucesorios conexos¹⁹².

¹⁹⁰ El art. 67 LCT aludía a «muerte o entierro»; algún convenio colectivo actual, como el II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (RCL 2012\1607), también recoge esa dualidad de «fallecimiento de parientes o asistencia a entierros».

¹⁹¹ XVII Convenio Colectivo de Zardoya Otis, SA y Ascensores Eguren, SA (LEG 2012\1638), que prevé reglas especiales sobre cómputo de los días del permiso: Si el hecho causante se produce antes de las doce horas del mediodía, se contabilizará el día completo. Si el hecho causante se produce después de las doce horas del mediodía, el permiso se computará a partir del día siguiente.

¹⁹² De manera esporádica, se concede un permiso adicional, y por el tiempo indispensable para los casos de inscripción en el Registro Civil del nacimiento de un hijo, así como registrar el óbito del mismo, del padre o la madre, siempre que convivan con el trabajador y dicho registro no hubiera podido llevarse a cabo porque la ausencia antedicha de dos días coincidiese con días no hábiles a estos efectos, y ello, únicamente, en el caso

5.2. Configuración del supuesto

Redoblada por la superior gravedad del caso, hay que reiterar aquí toda la exposición acerca de los familiares comprendidos en el radio de acción de la norma, con las siguientes anotaciones.

– La mención expresa al cónyuge es frecuentísima en los convenios colectivos que, como es lógico, no albergan duda alguna al respecto¹⁹³, aunque también es verdad que en algunos supuestos (siguiendo la inercia de la Ley) se observa la ausencia del cónyuge del listado de parientes¹⁹⁴ o se menciona a los propios parientes del cónyuge pero no al mismo¹⁹⁵.

de que el cumplimiento de la obligación de inscripción en el Registro Civil, recayere en el trabajador y acredite no haber sido legalmente posible cumplimentarlo en el plazo anteriormente previsto de dos días: Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (RCL 2015\1094)].

¹⁹³ El Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (RCL 2017\1026), Convenio colectivo para las industrias de turrónes y mazapanes (RCL 2017\931), el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing) (RCL 2017\907), VI Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (RCL 2017\884), Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (RCL 2017\715), Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito (RCL 2017\701), Convenio colectivo estatal del sector de industrias de aguas de bebida envasadas (RCL 2017\539), Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas (RCL 2017\283), Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (RCL 2013\1326 (con la expresa advertencia de que se trate de cónyuge no separado), Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (RCL 2016\1020) (que incluye a los hijos incluso del cónyuge habidos en anteriores matrimonios), Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas (lo menciona como pariente).

¹⁹⁴ *Vid.* a tal efecto, Grupo de Empresas del Mediterráneo (GRUPOMED) (LEG 2013\96399), Servimedia, S.A. (LEG 2013\96563), convenio colectivo del Sector de Comercio de la Piel en General, suscrito por la Asociación de Comercio de Calzado, de Comercio de Marroquinería, Almacenistas de Curtidos y Asociación Empresarial de la Peletería, COPYME, UGT y CC OO (LCM 2014\104), XVIII Convenio colectivo general de la industria química (RCL 2015\1334) y XXII Convenio colectivo nacional de autoescuelas (RCL 2013\1477).

¹⁹⁵ En efecto, en ocasiones se mencionan a los parientes del cónyuge pero no a este último; en ese sentido, *vid.* Convenio colectivo Asfaltos Españoles, S.A. (ASESA) (LEG 1997\814).

– La pareja no matrimonial merece las mismas reflexiones que en los apartados precedentes (nacimiento de hijo, enfermedad).

Desde luego, un número de convenios que ya es considerable reconoce también a estos efectos las situaciones de convivencia estable¹⁹⁶, a veces restringiendo la modalidad de pareja a la surgida de una «convivencia marital» con cierta duración previa¹⁹⁷ o, incluso, que estuviera inscrita en los registros habilitados al efecto¹⁹⁸.

– También aparecen referencias en la negociación colectiva que remiten, de manera amplia, a personas que convivan con el trabajador¹⁹⁹, o de forma relacionada a ciertas

categorías de parientes, a veces, por cierto restringiendo también aquí, con los mismos reproches de legalidad que se hicieron antes, el elenco de parientes²⁰⁰.

Por su lado, en ocasiones sucede lo contrario y así se incorporan al listado de parientes algunos que no contempla el ET²⁰¹; en este

día sin retribución; II Convenio Colectivo Sectorial de Empresas Concesionarias de Cable de Fibra Óptica (RCL 2004\2030) incluye en el supuesto al conviviente; X Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA (LEG 2016\6570) (cónyuge o persona en convivencia de hecho, justificada documentalmente); VIII Convenio colectivo nacional para el sector de auto-taxis (RCL 2017\639) (o persona que conviva con el trabajador).

²⁰⁰ Mencionan sólo a los suegros, entre otros muchos, VII Convenio colectivo de ámbito estatal de gestorías administrativas (RCL 2017\216), V Convenio colectivo general de ferralla (2015-2017) (RCL 2016\1306), VI Convenio colectivo estatal del sector del corcho, para los años 2015-2016 (RCL 2015\1582) y Convenio Colectivo del Sector de Industria de la Madera, suscrito por ACOMAT, AFAMID, APISMA, CC OO y UGT (LCM 2017\7). Solo contempla a los parientes por afinidad hasta el primer grado el Convenio colectivo nacional de prensa no diaria (RCL 2013\1833). Sólo se refiere a determinados parientes el IV Convenio colectivo de la empresa Materiales y Productos Rocalla, S.A. (LEG 2013\96455) (ascendientes o descendientes de primer grado, hermanos y hermanos políticos; hay que resaltar, no obstante, la inclusión, de otros parientes –tíos y sobrinos naturales o políticos– aunque para dicho supuesto el permiso es menor). Igualmente, el Convenio Colectivo de la empresa Refrescos Envasados del Sur, SA (LEG 2013\4338) (sólo padres, hijos, cónyuge y hermano); VI Convenio Colectivo de la Delegación de ESK, SA en la provincia de Huelva y sus zonas de influencia (LEG 2011\4300) (cónyuges, hijos, hermanos).

²⁰¹ Convenio Colectivo provincial de Oficinas de Farmacia (LEG 2015\8488), que al referirse de forma genérica al ascendiente quizá hubiera que entender incluido por ejemplo al bisabuelo del trabajador; Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (RCL 2015\1337) (tíos, sobrinos y personal que conviva en el hogar familiar); ABB Service, SA Convenio Colectivo (LEG 2001\3110) (tíos, primos y sobrinos en primer grado); Convenio colectivo de la industria del calzado para los años 2016, 2017 y 2018 (RCL 2016\984) (incluye a los parientes hasta el tercer grado pero no menciona a los por afinidad); XXI Convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias (RCL 2014\288) (incluye a tíos y sobrinos); convenio colectivo del Sector de Limpieza Pública Viaria de Madrid-Capital, suscrito por ASELP, CCOO, UGT y CGT (LCM 2014\181) («tíos y sobrinos consanguíneos»), Convenio Colectivo del sector Compraventa y/o Reparación del Automóvil, Reparación y Venta de Motocicletas del Principado de Asturias en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependiente de la Dirección General de Trabajo (LPAS 2017\197) (que incluye

¹⁹⁶ En tal sentido, por ejemplo, Convenio Colectivo para las empresas concesionarias del servicio de limpieza de Osakidetza para los años 2011-2017 (LEG 2015\1887), Acta del Convenio Colectivo de la empresa «Ascan Geaser, Santander Ciudad Limpia UTE y UTE II» (LEG 2004\2635): «fallecimiento de parientes de primer grado y hermanos y compañero/a que justifique su convivencia como unidad familiar estable», Convenio Colectivo de Eficacia Limitada para Establecimientos Sanitarios Privados de Hospitalización de Bizkaia (LEG 2011\647), Convenio Colectivo de Aguas del Arco Mediterráneo, SA (LEG 2001\7274): «Fallecimiento del cónyuge o compañera única con convivencia estable demostrada superior a 2 años o hijos», Convenio colectivo de Ediciones Primera Plana, SA, Logística de Medios de Catalunya, SL, Zeta Servicios y Equipos, SA (centros de trabajo de Barcelona), Zeta Gestión de Medios, SA y Grupo Zeta, SA (centros de trabajo de Barcelona) (LEG 2015\1350).

¹⁹⁷ Convenio Colectivo de Alojamientos de Gipuzkoa (LEG 2014\8474): «En los casos de convivencia marital de parejas que no hayan contraído matrimonio y que la acrediten mediante un certificado de convivencia por un período continuado de al menos dos años [...]».

¹⁹⁸ Convenio colectivo de ámbito estatal para la fabricación y comercialización de frutas y hortalizas frescas, seleccionadas, limpias, troceadas y lavadas, listas para consumir o cocinar (RCL 2017\8), Convenio colectivo de trabajo del comercio del vidrio, loza, cerámica y similares de Cataluña para el período del 1-4-2013 al 31-3-2015 (LCAT 2013\647), Convenio Colectivo de la empresa Valeo Service España, SA (LEG 2009\1080): «Los derechos recogidos en el presente artículo se reconocerán también a las parejas de hecho que puedan acreditar su condición de mediante la inscripción en un registro oficial», y XXI Convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias (RCL 2014\288): «Certificado de convivencia expedido por el Ayuntamiento de la localidad donde resida».

¹⁹⁹ El Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (RCL 2015\1337) incluye dentro del supuesto al *personal que conviva en el hogar familiar*: «Por fallecimiento de persona que conviva en el hogar familiar, un

caso, suele ocurrir que el número de días en que consiste el permiso sea inferior al contemplado para los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

En conexión con estos casos, aunque aludiendo a una vertiente diversa del problema, ciertos convenios colectivos conceden permiso a un número de trabajadores de la empresa para que constituidos en comisión puedan asistir al sepelio de un compañero de trabajo o bien de alguno de sus parientes más cercanos²⁰². En otros supuestos, el permiso se prevé para todos los trabajadores de la empresa²⁰³.

5.3. Duración e incidencias en el disfrute

5.3.1. Permiso ordinario

Los dos o cuatro días naturales que la Ley otorga para estos permisos muchas veces se amplían en los mismos términos que para el

a los tíos del trabajador: «por fallecimiento de tíos carnales, o sus cónyuges, tanto del trabajador como de su consorte»; IV Convenio colectivo de la empresa Materiales y Productos Rocalla, S.A. (LEG 2013\96455) (incluye a los tíos y sobrinos naturales o políticos); Convenio Colectivo de Mahou, SA (LEG 2013\5839) (tíos, tíos políticos y sobrinos); Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (RCL 2016\1020) (tíos carnales); Convenio Colectivo del sector Empresas Instaladoras de Fontanería, Calefacción, Climatización, Prevención de Incendios, Gas y Afines de Navarra (LNA 2013\360) (tíos, sobrinos carnales, primos carnales).

²⁰² Convenio colectivo Thyssen Boetticher, S.A. (LEG 2013\80627), que exige que la comisión habrá de estar compuesta por un máximo de cuatro personas», que contarán con permiso retribuido por esta circunstancia. Convenio colectivo Olivetti España, S.A. (LEG 2013\96495), que prevé permisos para la asistencia a entierro tanto de trabajador de la empresa como de familiar del mismo. En el primero de los casos, el permiso se concede a los mandos, el Comité, cuatro personas del propio departamento y una de cada uno de los demás; y en el segundo, el Comité y cuatro personas del propio departamento.

²⁰³ Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para 2017 (RCL 2017\746): «En caso de muerte de un compañero de trabajo en accidente laboral, durante el tiempo necesario para asistir al entierro».

caso de enfermedad grave, por lo que deben darse por reproducidas aquí cuantas consideraciones se vertieron con tal motivo. También aquí aparecen diversos convenios mejorando ese plazo mínimo; pueden citarse diversos ejemplos de convenios en los que el permiso por fallecimiento de parientes se ha ampliado a los tres²⁰⁴, cuatro²⁰⁵, cinco²⁰⁶, o incluso más días²⁰⁷; a veces tal ampliación es selectiva, operando sólo para la muerte de ciertos familiares²⁰⁸.

Por descontado, algunos convenios colectivos siguen el camino de transformar esas fechas en días hábiles, igualando en número o superando el tenor de la Ley²⁰⁹.

²⁰⁴ Al respecto, *vid.* Convenio colectivo para las industrias de turrone y mazapanes (RCL 2017\931), Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para 2017 (RCL 2017\746), Convenio colectivo del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (RCL 2016\1409), Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (RCL 2016\412) y Convenio colectivo del sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (RCL 2016\310).

²⁰⁵ El Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (antes telemarketing) (RCL 2017\907), Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad (RCL 2016\167) y Convenio colectivo general del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas (RCL 2017\1). El Convenio colectivo Asfaltos Españoles, S.A. (ASESA) (LEG 1997\814) adiciona el derecho «a un permiso de hasta un máximo de dos días al año, para completar alguna gestión originada por algún suceso de los indicados en el apartado a): [... o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad».

²⁰⁶ VII Convenio colectivo de ámbito estatal de gestorías administrativas (RCL 2017\216).

²⁰⁷ Convenio colectivo de Hertz de España, SL (LEG 2016\9511) (siete días).

²⁰⁸ Cfr. la prescripción contenida en XI Convenio Colectivo de «Bridgestone Firestone Hispania, SA» (LEG 2002\240), que aumenta un día el permiso en caso de fallecimiento del cónyuge o hijos.

²⁰⁹ Establecen un periodo de dos días hábiles: Convenio colectivo estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (RCL 2010\1800); de tres días hábiles: XI Convenio Colectivo de «Bridgestone Firestone Hispania, SA» (LEG 2002\240) y Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro para los años 2003-2006 (RCL 2004\693); de tres días laborables: Convenio colectivo del sector de la banca (RCL 2016\801) («por fallecimiento de cónyuge»), Convenio colectivo para el personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional para el periodo 2013-2018 (RCL 2013\1832), II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (RCL

Otros convenios han previsto específicamente el supuesto en que los días de permiso coincidan con fechas no laborables para el trabajador, garantizando su disfrute en fecha laborable²¹⁰, ampliando hasta cinco días de permiso pero con garantía de un mínimo de laborables²¹¹, estableciendo fórmulas alternativas de descanso según se opte por días naturales o laborables²¹².

En otras ocasiones las consecuencias asignadas a la coincidencia del permiso por fallecimiento de parientes y los días de descanso semanal o similares son menos amplias, como cuando se garantiza la disposición del tiempo necesario a fin de cumplimentar los trámites administrativos propios del evento²¹³.

2012\1607) («hasta tres días laborables») y convenio colectivo del sector de intervención social de Madrid, suscrito por la Asociación de Entidades y Empresas de Intervención Social y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (AESIM), Asociación de Empresas de Servicios de Atención a la Persona (AESAP), FSP-UGT y FSAP-CC OO (LCM 2007\333).

²¹⁰ Convenio Colectivo de la empresa «Adams Spain, SL» (antes «Warner Lambert España, SA») (LEG 2002\2496): «el permiso que se concede, excepto en vacaciones, contemplará, como mínimo, dos días laborables»; Convenio Colectivo de «Swedish Match Fósforos España, SA» (LEG 2001\5507): «Tendrán la consideración como permiso remunerado, en caso de fallecimiento del cónyuge, padres e hijos, los días siguientes hábiles en caso de ser éstos festivos».

²¹¹ Convenio colectivo del sector de intervención social de Madrid, suscrito por la Asociación de Entidades y Empresas de Intervención Social y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (AESIM), Asociación de Empresas de Servicios de Atención a la Persona (AESAP), FSP-UGT y FSAP-CC OO (LCM 2007\333): cinco días naturales, al menos tres de ellos laborables.

²¹² Convenio Colectivo de la empresa BP OIL ESPAÑA, SAU (LEG 2015\566): Tres días naturales o dos laborables, a elección del empleado.

²¹³ Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (RCL 2015\1094): «Se concederá, además, el tiempo indispensable para [...] registrar el óbito de hijo, padre o madre del trabajador, siempre que convivan con el trabajador y dicho registro no hubiera podido llevarse a cabo porque la ausencia [antedita de dos días] coincidiese con días no hábiles a estos efectos, y ello únicamente en el caso de que el cumplimiento de la obligación de inscripción en el Registro Civil recayere en el trabajador y acredite no haber sido legalmente posible cumplimentarlo en el plazo anteriormente antedito». Idem, Convenio Colectivo de «Cuatro Etiquetas, SL» (LEG 2016\5871).

La rica casuística de previsiones se completa con algunos convenios que no sólo gradúan la duración sino que también determinan si ha de corresponder con la muerte o el entierro, en función de la proximidad familiar que existiera²¹⁴; es usual que el propio convenio colectivo separe los casos de fallecimiento de cónyuge y de parientes, concediendo más días en el primero de los casos o bien simplemente estableciendo por así decirlo dos categorías de parientes a efectos de duración del permiso²¹⁵.

²¹⁴ Convenio Colectivo de la empresa Grenco Ibérica, SA (LEG 2009\4244): para el fallecimiento de tíos y primos, concede un día natural *el día del sepelio* mientras que si se trata de fallecimiento de hermanos, nietos, abuelos, hijos políticos y hermanos políticos, el plazo es de tres días que se convierten en cinco si se trata de fallecimiento de cónyuge, padres, hijos y padres políticos.

IV Convenio colectivo de la empresa Materiales y Productos Rocalla, S.A. (LEG 2013\96455): «Por defunción de tíos o sobrinos naturales o políticos, el día siguiente al fallecimiento».

Convenio colectivo del sector de preparados alimenticios y productos dietéticos de la Comunidad Autónoma de Cataluña para los años 2015 y 2016 (LCAT 2016\364): «en caso de fallecimiento de tíos o sobrinos ligados por parentesco de consanguinidad. Dicho día de permiso deberá coincidir con el del sepelio».

Convenio Colectivo de la Unión Temporal de Empresas Necso Entrecanales Cubiertas, SA-Ingeniería Urbana, SA (UTE-NECSO-INUSA) (LEG 2001\7273): «En caso de fallecimiento de hermanos/as del padre o la madre del cónyuge, un día natural que deberá coincidir con el del sepelio, siempre que este se realice durante la jornada laboral».

Convenio Colectivo del Centros de la Tercera Edad de Bizkaia (LEG 2014\3733): «En el caso de fallecimiento de concuñados/as, padrastros o madrastras, tendrán licencia para un día, coincidiendo con el fallecimiento o el sepelio».

Convenio Colectivo para las actividades de Comercio en General de Salamanca y provincia años 2015-2016 (LEG 2015\8430): «Por el tiempo preciso y con justificación del mismo, cuando por razón de fallecimiento de familiar de tercer o cuarto grado se acuda a su sepelio».

²¹⁵ Cfr., entre otros muchos, Convenio colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (2016-2018) (RCL 2016\1298), Convenio colectivo del sector de la banca (RCL 2016\801), Convenio Colectivo del sector de Madera y Corcho de Ciudad Real (LEG 2013\6109), Convenio Colectivo del sector de Madera y Corcho de Ciudad Real (LEG 2013\6109), XXI Convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito (RCL 2017\31), VII Convenio colectivo de ámbito estatal de gestorías administrativas (RCL 2017\216), Convenio colectivo de Ediciones Primera Plana, SA, Logística de Medios de Catalunya, SL, Zeta Servicios y Equipos, SA (centros de trabajo de Barcelona), Zeta Gestión de Medios, SA y Grupo Zeta, SA

También, de manera aislada, se atiende al posible deseo del trabajador por permanecer un más dilatado período sin reintegrarse a la actividad laboral, a cuyo fin se habilitan posibles permisos sin sueldo, equivalentes a auténticas suspensiones del contrato con derecho a la reserva de plaza²¹⁶.

5.3.2. *Permiso extraordinario por desplazamiento*

Los conocidos problemas para determinar la necesidad del desplazamiento son eliminados, de raíz, cuando se acude a la técnica de identificar el supuesto con el acudimiento a localidad situada en otra provincia²¹⁷.

(centros de trabajo de Barcelona) (LEG 2015\1350) y Convenio Colectivo de la empresa Grenco Ibérica, SA (LEG 2009\4244).

²¹⁶ Así, el Convenio colectivo AGF Unión-Fénix, Seguros y Reaseguros, S.A. (LEG 2013\96575) prevé que los tres días de permiso ordinario y retribuido se amplíen hasta un mes, como máximo, sin sueldo.

Convenio Colectivo de Mahou, SA (LEG 2013\5839): En caso de fallecimiento del cónyuge del trabajador con hijos menores de edad, podrá disfrutar de una licencia sin sueldo sin percepción económica (sic), con reserva del puesto de trabajo, por un período no superior a un mes a contar desde la fecha del fallecimiento».

Para casos en los que la causa del permiso genere en el trabajador la necesidad de ausentarse durante más tiempo de su trabajo, son ya varios los convenios colectivos en los que se introduce la figura de un «permiso sin sueldo» que, por lo general, llega hasta el mes de duración; así, los CC nº 47, Convenio Colectivo de la empresa Grenco Ibérica, SA (LEG 2009\4244), Grupo de Empresas del Mediterráneo (GRUPO-MED) (LEG 2013\96399) y Convenio Colectivo de Mahou, SA (LEG 2013\5839).

²¹⁷ VI Convenio colectivo general de aparcamientos y garajes (RCL 2017\638): «[...] o cinco días si el trabajador/a necesita realizar un desplazamiento fuera de su provincia de residencia habitual».

V Convenio colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (RCL 2013\1585): «Serán ampliables a cuatro días naturales, cuando el trabajador necesite efectuar un desplazamiento fuera de la provincia en la que radique su centro de trabajo habitual».

III Convenio Colectivo para el personal de las Empresas adjudicatarias de los servicios contra incendios forestales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (LCLM 2010\335): «Prevía la correspondiente acreditación y tratándose de parientes en primer grado de consanguinidad o afinidad, el plazo se aumentará en dos días en caso de que el trabajador

Respecto de las dimensiones de la ampliación, la negociación colectiva actúa mejorando el mínimo legal. Así, hay supuestos en que a los días previstos para el permiso ordinario (los dos del ET o una cuantía superior) se añade una cantidad de fechas mayor a la del par previsto legalmente; así se adicionan tres, cuatro, cinco²¹⁸ o más días²¹⁹ con motivo del referido desplazamiento.

5.4. Acreditación del motivo

Al no existir una exigencia concreta sobre el modo de llevar a cabo la «justificación» del

necesitare desplazarse fuera de su lugar de residencia. En caso de afectar a parientes en segundo grado de consanguinidad o afinidad, el disfrute de este segundo plazo quedará condicionado a que el desplazamiento deba efectuarse a distinta provincia o a diferente Comunidad autónoma o, dentro de la misma provincia, a un domicilio distante a más de 100 kilómetros del lugar de residencia.»

²¹⁸ Convenio colectivo para las industrias de turrónes y mazapanes (RCL 2017\931), VI Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (RCL 2017\884), V Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector del estacionamiento regulado en superficie y retirada y depósito de vehículos de la vía pública (RCL 2017\295) y Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas (RCL 2017\283).

²¹⁹ XXI Convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito (RCL 2017\31): «Si el fallecimiento fuera del cónyuge o hijos la licencia será de cuatro días, que se ampliará a seis días si el trabajador tuviera que desplazarse a otra localidad».

Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (RCL 2016\55): «cuando el fallecimiento de un pariente de primer grado de consanguinidad se produzca en otro país, la licencia retribuida se ampliará a seis días».

V Convenio colectivo del sector de la construcción (RCL 2012\342): «En el caso de trabajadores no comunitarios o comunitarios de países no colindantes con España el permiso será, siempre que acrediten efectivamente la realización del desplazamiento a su país de origen, de seis días naturales, pudiéndose ampliar hasta ocho días con el consentimiento de la empresa, pero siendo exclusivamente retribuidos los seis días antes señalados».

Siete días [«si es fuera del país»]: XV Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas (RCL 2016\912).

Ocho días [el permiso será de hasta ocho días de los cuales serán exclusivamente retribuidos los cinco primeros]: Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados (RCL 2013\712).

motivo de la ausencia y ser la muerte un hecho socialmente conocido, en bastantes casos (sobre todo, si la empresa radica en localidad pequeña) al órgano competente de la empresa, tal circunstancia le constará por notoriedad. Pero tanto si es así como en caso contrario, el empresario tiene derecho a que el trabajador acredite de manera fehaciente la muerte de su familiar.

Algunos convenios colectivos piden que se acredite de manera documental, admitiendo como suficiente una esquelita mortuoria²²⁰, o bien certificados médicos o fotocopias de la partida de defunción²²¹ [convenio colectivo del sector de Mercado de Valores (LCM 2012\131)].

6. REALIZACIÓN DE EXÁMENES PRENATALES Y TÉCNICAS DE PREPARACIÓN AL PARTO

El artículo 37.3.f) ET contempla el permiso *«Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto»*. Previsión similar se encuentra en el art. 26.4 de la LPRL, que añadió el inciso y generó una curiosa duplicidad normativa; en todo caso, el deseo de proteger a la madre y al *nasciturus* se hallan en la base de la regla, obediente a la Directiva 92/85 CEE, de 19 de octubre; quedan abiertas numerosas cuestiones: qué exámenes, cuándo se entiende que se superponen al horario trabajado, cuál es el momento adecuado para su práctica, posibilidad de que el padre invoque el permiso, etc. La interpretación de buena fe y valoración de cuantas circunstancias concurren en cada supuesto son guías necesarias de la aplicación.

Seguramente, el precepto estatutario debe interpretarse a la luz de la normativa comunitaria de que trae causa (Directiva 92/85/CEE, relativa a la «Aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia»), por lo que se trata de un permiso reservado a la mujer embarazada (STSJ Andalucía/Sevilla de 23 de abril de 2007 [AS 2007, 3027]). En apoyo de esa interpretación puede invocarse la locución del citado artículo 26.5 LPRL, aunque el silencio del ET hace que la polémica subsista.

Lo seguro es que el permiso solo surge cuando concurre una situación de embarazo (la locución no permite comprender los supuestos de técnicas de fertilidad) y cuando debe llevarse a cabo una actuación sanitaria (reconocimiento, diagnóstico, entrenamiento, etc.) que imposibilita acudir a trabajar en el horario previsto.

La situación de necesidad atendida por el precepto se desdobra, contemplando el supuesto de *«en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad»*. Aquí, lógicamente, no existe restricción del derecho en función del sexo de quien solicita el permiso.

A diferencia de lo que ocurre con el resto de permisos tendentes a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral (que establecen una duración cierta) aquí se opta por extender la licencia *«por el tiempo indispensable»* sugiriendo claramente la posibilidad (cuando no preferencia) de que hablemos de fracciones inferiores al día.

²²⁰ Convenio Colectivo del sector de industrias de panificación (LEG 2004\4952) y Convenio colectivo para la Industria Siderometalúrgica de la provincia de Valladolid (LEG 2017\9164).

²²¹ Convenio colectivo del sector de Mercado de Valores (LCM 2012\131).

RESUMEN

El presente estudio persigue analizar, de manera detallada y práctica a la vez, el régimen jurídico de lo que la rúbrica del art. 37 ET denomina «permisos». Más en concreto, por razones obvias de conexidad con la materia abordada en la Revista y de extensión, el examen se centra en el listado que recoge el apartado 3 del referido artículo, entresacando de ellos los supuestos que entroncan con la conciliación de la vida familiar y laboral. Deliberadamente, por tanto, quedan al margen supuestos como la lactancia (art. 37.4 ET), la atención a nacidos prematuramente (art. 37.5 ET), los casos añadidos por otras normas y los supuestos de reducción de jornada (art. 37.6 ET), además de las suspensiones contractuales o el traslado de domicilio familiar.

La exposición pretende integrar el contenido de cuanto preceptúan las normas emanadas de los poderes públicos (ET y numerosos preceptos concordantes) con la doctrina de los órganos judiciales y las previsiones de la negociación colectiva.

Característica básica de los permisos es la de que se va a dispensar del trabajo porque se da preferencia a otra actividad; aunque parezca una obviedad es importante advertir que sin previa obligación de desempeñar la actividad laboral resulta imposible su dispensa.

En cierta forma, lo que hace la norma es apreciar la existencia de un estado de necesidad o impedimento (en sentido amplio) para realizar el trabajo comprometido; desde una visión ética del tema la solución es coherente: hay determinadas obligaciones por atender más importantes que la profesional. Merced al permiso el vinculado por una obligación *de hacer* queda eximido de ella porque quien pondera los intereses en juego (a saber, la correspondiente norma) entiende que las «necesidades humanas» aconsejan postergar la obligación de trabajar en favor de otra.

Consecuencia, entre otras, de este carácter excepcional que el permiso posee es que las previsiones normativas sobre el particular hayan de interpretarse de manera restrictiva.

Más que en el actual art. 37.3 ET, esta idea de que sólo en los casos contemplados por la ley resulta posible que surja el derecho a permiso se veía en la derogada Ley de Contrato de Trabajo de 1944. Pero, pese al tenor menos tajante del Estatuto, parece evidente su propósito de actuar con arreglo al mismo criterio de tipicidad, de manera que sus previsiones contienen una lista de carácter cerrado: puede ampliarse por la negociación colectiva o mejorarse mediante pactos individuales, pero no a través de una tarea meramente interpretativa.

No es imposible encontrar en la negociación colectiva actitudes de prevención hacia posibles usos ampliatorios de los permisos en ella regulados, actuando en la misma línea que el legislador; en suma, se trata de que sea inviable el permiso que pretenda disfrutarse sin concurrir un supuesto que previamente hubiera estado contemplado como desencadenante de él.

Los términos en que se encuentra redactado el art. 37.3 ET («el trabajador *podrá* ausentarse») no deben de inducir a error acerca de la naturaleza de estos permisos: se trata de verdaderos derechos; son facultades jurídicamente exigibles por el trabajador, sin que su concesión sea discrecional o graciable para la empresa, al margen de los problemas que puedan presentarse en orden a la fijación del momento de disfrute, a lo que luego se aludirá. Consecuencia evidente de esto es el carácter irrenunciable de los derechos que sobre licencias contengan las leyes o convenios, así como la necesidad de que éstos últimos respeten el tenor de las primeras. Pero la parquedad de la Ley al regular estos permisos ha dejado abiertas algunas puertas por las que, en ocasiones, se cuelan en el ordenamiento jurídico previsiones de dudosa validez, como las que condicionan el disfrute del permiso a la previa obtención de autorización patronal; la Ley no introduce un

sistema de autorizaciones, pero tampoco ampara conductas arbitrarias o unilaterales del trabajador.

En este sentido hay que dar la razón a las resoluciones judiciales que se refieran a «cuando el interesado está en posesión de tales permisos, está, en puridad, ejercitando un derecho de naturaleza social o laboral», o a los convenios colectivos que aluden expresamente a la existencia de una obligación patronal de conceder el permiso.

Esta vertiente del permiso casa bien con la tipología de hechos que lo generan, muy vinculados a la esfera privada del trabajador (acontecimientos familiares); de manera gráfica, en algún convenio colectivo se les denomina –precisamente– permisos *particulares* retribuidos».

Palabras clave: Permisos, conciliación de la vida familiar y laboral, negociación colectiva.

ABSTRACT The present study aims to analyze, in a detailed and practical way, the legal regime of what the rubric of art. 37 ET calls «leaves». More specifically, for obvious reasons of connection with the subject addressed in the Journal and extensión, the examination focuses on the list that includes the section 3 of the article, separating from them the assumptions that relate to the reconciliation of family life and work. Deliberately, therefore, cases such as breastfeeding (article 37.4 ET), attention to prematurely born (article 37.5 ET), cases added by other norms and the assumptions of reduction of the work-day (article 37.6 ET) are left out, in addition to contractual suspensions or the transfer of family domicile. The aim of the exhibition is to integrate the content of the provisions of the public authorities (ET and numerous concordant precepts) with the doctrine of judicial bodies and provisions of collective bargaining process.

The basic characteristic of leaves is that workers will be excused from work because preference is given to another activity; Although it seems obvious, it is important to note that without prior obligation to perform the work activity it is impossible to waive.

In a way, what the norm does is to appreciate the existence of a state of necessity or impediment (in a broad sense) to perform the committed work; From an ethical point of view, the solution is coherent: there are certain obligations to be served that are more important than the professional one. Thanks to the permission, the one bound by an obligation to do is exempted from it because whoever weighs the interests involved (namely, the corresponding norm) understands that «human needs» advise postponing the obligation to work in favor of another.

Consequence, among others, of this exceptional character that the permit has is that the normative provisions on the subject must be interpreted restrictively.

More than in the current art. 37.3 ET, this idea that only in the cases contemplated by the law it is possible that the right to leave arises, was repealed in the Labor Contract Law of 1944. But, despite the less categorical tenor of the Statute of Workers, its purpose seems evident to act according to the same criterion of prior description, so that its provisions contain a closed list: it can be extended by collective bargaining or improved by means of individual agreements, but not through a merely interpretative task.

It is not impossible to find, in collective bargaining, attitudes of prevention towards possible broadening uses of regulated leaves, acting in the same sense as the legislator; in short, it is to make impossible the pretension to enjoy a leave without concurring an assumption that previously had been contemplated as triggering.

The terms of the art. 37.3 ET («the worker may be absent») should not mislead about the nature of these leaves: they are true rights; they are enforceable powers by the worker, without its grant being discretionary or extendable for the company, regardless of the problems that may arise in order to fix the moment of enjoyment, which will be alluded to later. The obvious consequence of this is the inalienable nature of the rights that the laws or agreements contain on leaves, as well as the need for the latter to respect the tenor of the laws. But the lack of details of the law in regulating these leaves has left open some doors by which, sometimes, order provisions of dubious legal validity fall into the legal system, such as those that condition the enjoyment of the permission to the prior obtaining of employer's authorization; The Law does not introduce a system of authorizations, but does not either cover arbitrary or unilateral behavior of the worker.

In this sense we must agree with the judicial resolutions that refer to «when the interested party is in possession of such leaves, they are, purely, exercising a right of a social or labor nature», or with the bargaining agreements that expressly allude to the existence of an employer obligation to grant the leave.

This aspect of the leave connects well with the typology of events that generate it, very linked to the private sphere of the worker (family events); graphically, in some bargaining agreements they are called –precisely– «particular remunerated leaves».

Keywords: Leaves, conciliation of work and family life, collective bargaining.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Derechos de conciliación de la vida familiar y laboral y movilidad geográfica

Work-life balance rights and geographic mobility

LOURDES MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE*

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos más importantes en la relación laboral es el que afecta al lugar donde se desarrollará la prestación de servicios, no sólo porque ello constituye uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo acerca de los que el empresario debe informar al trabajador¹, sino porque el lugar de prestación de servicios deviene en algo esencial para el propio trabajador desde la perspectiva de la necesaria conciliación de su vida familiar, personal y laboral, por lo que cualquier decisión del empresario que implique un cambio de domicilio o una modificación del lugar de residencia puede

afectar sustancialmente a su vida privada y familiar².

En efecto, como de forma reiterada han puesto de manifiesto los Tribunales, «a diferencia de la regulación civil, en la que el lugar de la ejecución del contrato tiene normalmente carácter accesorio, en el contrato de trabajo la naturaleza de su objeto (prestación personalísima de la propia actividad) hace que la localización del trabajo alcance normalmente un especial relieve, pues una vez concertado el lugar de la prestación es en su entorno en donde el trabajador organiza su vida (vivienda, familia, amistades, etc.), y de ahí que el legislador, en el intento de armonizar los intereses de ambas partes, establezca una modulación de los poderes del empresario, estableciendo mayores mecanismos de control y compensación cuanto mayor sea la repercusión en el es-

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos.

¹ No en vano el lugar donde el trabajador prestará sus servicios de forma habitual es uno de los elementos objeto de información por parte del empresario, cuando la relación laboral con el trabajador sea superior a cuatro semanas. Información que deberá realizarse por escrito y en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de comienzo de la relación laboral, indicando de forma precisa y concreta, la referencia legal, reglamentaria o convenio colectivo aplicable, siempre que esta permita al trabajador la información correspondiente

² En este sentido, SERRANO OLIVARES, R., *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES, Madrid, 2000, pág. 117. En palabras de MARTÍNEZ GIRÓN, J., «el lugar de trabajo es verdadera condición de vida para el trabajador ordinario»: «Medidas de flexibilidad interna», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100, 2012, pág. 138.

tatuto jurídico del trabajador de las variaciones que pretenda introducir el empresario»³.

El derecho a conciliar la vida familiar y laboral que desde el año 1999 viene propugnando la Ley 39/1999, de 5 de noviembre⁴, encuentra uno de sus máximos exponentes en la necesidad de garantizar una adecuada articulación entre los derechos de los trabajadores a su vida familiar y personal y los deberes derivados de su relación laboral. Desde esta perspectiva, no puede obviarse que esa conciliación entre intereses, en muchas ocasiones contrapuestos, exige en no pocos casos la realización por el trabajador de un auténtico puzzle para una adecuada atención de los mismos; en particular en los casos en que entran en juego necesidades de tipo familiar, como el cuidado de menores, de mayores o de discapacitados, que obligan a quien asume la atención a esas necesidades a hacer verdaderos esfuerzos para atender las necesidades familiares, sin desatender las obligaciones laborales.

En este esquema de organización de la atención a las necesidades de carácter familiar y personal y de las obligaciones laborales, resulta claro que cualquier alteración de las condiciones de trabajo por mínima que sea, es susceptible de generar interferencias en la conciliación de intereses de los trabajadores. Máxime cuando esos cambios organizativos decididos por el empresario afectan a la jornada, el horario de trabajo, el salario y en particular al cambio de centro de trabajo, con o sin movilidad geográfica⁵.

Por otro lado no puede olvidarse que la dificultad para conciliar vida familiar, personal

y laboral se ha convertido desde hace tiempo en una de las principales causas de riesgo psicosocial, susceptible de generar una alteración de la salud del trabajador que desemboque en una enfermedad de carácter psicosocial y que las medidas de movilidad geográfica adoptadas unilateralmente por el empresario son susceptibles de afectar a derechos constitucionalmente reconocidos como la libertad de residencia, y la libertad de vida privada y familiar del trabajador⁶.

Conviene recordar que las decisiones empresariales de modificación del lugar de la prestación de servicios de uno o de más trabajadores, o movilidad geográfica, aun cuando pueda ocasionar alteraciones en la vida familiar o personal de los trabajadores, o afectar a derechos reconocidos en la Constitución, encuentra amparo legal en las propias normas laborales, que permiten que el empresario adopte este tipo de medidas cuando ello esté justificado por necesidades de la empresa, lo que no obsta a que en esas mismas normas laborales se articulen medidas tendentes a paliar los posibles efectos negativos esas decisiones empresariales sobre la vida familiar y personal del trabajador afectado.

No sólo el legislador nacional se ha preocupado por ofrecer posibles soluciones a estas situaciones, también en el ámbito comunitario y en el internacional pueden encontrarse referencias a medidas concretas tendentes a paliar los posibles efectos negativos que sobre las necesidades de conciliación puede tener el ejercicio de los poderes empresariales.

Así, sin ánimo exhaustivo, el último párrafo del número 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, establece que «conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares». En la misma línea la Recomendación

³ STSJ Andalucía, Málaga de 8 marzo 1996 (AS 1996/1197). En el mismo sentido: SSTSJ Cataluña de 13 noviembre 1997 y 26 mayo 2005 (AS 2005/1760).

⁴ Para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

⁵ Un interesante estudio sociológico de la afectación de los intereses personales de los trabajadores, diferenciando entre sexos y existencia de responsabilidades familiares puede verse en MEIL LANDWERLIN, G., «Globalización, movilidad laboral y vida familiar», *Panorama Social*, núm. 13, 2011.

⁶ SERRANO OLIVARES, R., *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES, Madrid, 2000, pág. 150.

del Consejo de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas (92/241/CEE), recomienda a los Estados miembros que, «teniendo en cuenta las responsabilidades respectivas de las autoridades nacionales, regionales o locales, de los interlocutores sociales, de los demás organismos competentes y de los particulares y en colaboración con todos ellos, adopten y fomenten iniciativas para (...) apoyar acciones, en particular en el marco de convenios colectivos, destinadas a crear un entorno, una estructura y una organización del trabajo que tengan en cuenta las necesidades de todos los progenitores que trabajen y tengan responsabilidades en el cuidado y educación de niños o niñas» (art. 5.1).

En el ámbito internacional, tanto el Convenio de la OIT número 156, como la Recomendación número 165, se ocupan específicamente de la protección de los trabajadores con responsabilidades familiares. En efecto, con un planteamiento general el Convenio 156 destaca que «muchos de los problemas con que se enfrentan todos los trabajadores se agravan en el caso de los trabajadores con responsabilidades familiares» y reconoce «la necesidad de mejorar la condición de estos últimos (...) mediante medidas que satisfagan sus necesidades particulares y mediante medidas destinadas a mejorar la condición de los trabajadores en general». En este sentido, el referido convenio prevé en relación con las responsabilidades familiares que «con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para: (b) tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social» (art. 4.b).

Ya de forma más concreta, la Recomendación 165 constata que «muchos de los problemas con que se enfrentan todos los trabajadores se agravan en el caso de los trabajadores con responsabilidades familiares», por lo que reconoce «la necesidad de mejorar la condición de estos últimos a la vez mediante medidas

que satisfagan sus necesidades particulares y mediante medidas destinadas a mejorar la condición de los trabajadores en general». Para ello, se propone de forma general valorar la conveniencia de adoptar «todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales y con los intereses legítimos de los demás trabajadores para que las condiciones de empleo sean tales que permitan a los trabajadores con responsabilidades familiares conciliar sus responsabilidades profesionales y familiares» y en particular en referencia a la movilidad geográfica que prevé que «al trasladar a trabajadores de una localidad a otra deberían tenerse en cuenta las responsabilidades familiares de esos trabajadores y factores tales como la localidad de empleo del cónyuge y las posibilidades de educación de los hijos».

2. NOCIÓN DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA

La movilidad geográfica que regula el artículo 40 ET, y que constituye el objeto de este estudio, es la que se produce como consecuencia de una decisión empresarial motivada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que implica un cambio del lugar de trabajo que conlleva a su vez un cambio de residencia del trabajador afectado. No existiría traslado, en el sentido del precepto, si no se produce el cambio de residencia.

La decisión empresarial puede afectar a un solo trabajador o a un colectivo de ellos y puede asimismo, tener una duración más o menos dilatada en el tiempo.

Sin entrar en el análisis del régimen jurídico de la movilidad geográfica, ex artículo 40 ET⁷, interesa en este punto destacar dos as-

⁷ Un análisis detallado de esta figura puede verse, entre otros, en: MONTÓYA MELGAR, A., «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial», *Aranzadi Social*, núm. 1, 1996. GARCÍA MURCIA, J., «Movilidad geográfica: condiciones para la aplicación del artículo 40 del estatuto de los trabajadores» en *La modificación del contrato de trabajo*, (coord. por V.A. MARTÍNEZ ABASCAL), 1997. Del mismo: «Movilidad funcio-

pectos de esta figura que resultan relevantes para el estudio de esta figura, se trata del elemento locativo y del elemento temporal. La relevancia de su estudio radica, en el primero de ellos, en el hecho de que para la aplicación de las garantías del artículo 40 ET debe producirse un cambio de residencia del trabajador como consecuencia de la orden del empresario de cambio de puesto de trabajo. El segundo de los elementos, el temporal, también tiene incidencia en los beneficios que reconoce el Estatuto a los trabajadores que varían dependiendo de su duración.

2.1. El elemento locativo

Como se dijo, el lugar de prestación de los servicios constituye una de las condiciones esenciales en el ámbito de la relación de trabajo, no siendo infrecuentes los casos en que los trabajadores o bien aceptan un trabajo por causa principal de su localización, o bien organizan su vida personal y familiar teniendo en cuenta la ubicación de su lugar de trabajo. No son por tanto de extrañar las interferencias que las modificaciones decididas por el empresario pueden tener, en general, sobre la vida personal del trabajador y, en particular,

nal y geográfica: una reflexión general a la vista del Código de Trabajo de Portugal», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2004. También *Traslados y desplazamientos en la empresa: el artículo 40 del Estatuto de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 1996. MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La reforma de la movilidad geográfica y funcional», en *Reforma del mercado de trabajo y salud laboral*, Primer Encuentro de Universidad y Sindicatos, 1995. SALA FRANCO, T., «La movilidad geográfica», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 58, 2005 (Ejemplar dedicado a: XXV años del Estatuto de los Trabajadores). ROJO TORRECILLA, E., PÉREZ AMORÓS, F., «Movilidad geográfica», en *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García* (coord. por L.E. DE LA VILLA GIL), 1995. SERRANO OLIVARES, R., *La movilidad geográfica transnacional*, Wolters Kluwer, 2000. Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica, CES, 2000. CORTE HEREDERO, N., *La movilidad geográfica de los trabajadores*, Lex Nova, 1995. COLLADO LUIS, S., «La movilidad geográfica del trabajador (I y II)», *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1991. GARCÍA VALVERDE, M.D., *La movilidad geográfica: un análisis teórico-jurisprudencial*, Comares, 2002. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Movilidad geográfica del trabajador (art. 40)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000.

sobre sus derechos de conciliación de la vida familiar y laboral⁸.

Para el artículo 40 ET es movilidad geográfica la que requiere de un cambio de residencia del trabajador. Se trata, por tanto, de una decisión del empresario de trasladar o desplazar a sus trabajadores a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija un cambio de residencia. Nótese que el condicionante del cambio de residencia se convierte en un elemento esencial para que entren en juego los beneficios y las garantías que el legislador ha reconocido a los trabajadores en los casos de movilidad geográfica, entre ellos, los que tienen una incidencia directa en la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores, de tal forma que de tratarse de un supuesto de cambio de centro de trabajo que no pueda ser encuadrado en el artículo 40 ET, por no requerir cambio de residencia, no entran en juego los mecanismos de protección (requisitos) allí previstos.

Así, piénsese en concreto en los cambios de centro de trabajo, o los cambios del lugar de trabajo, que no requieren de un cambio de residencia del trabajador, o «movilidad geográfica impropia» o «débil»⁹, pero que le obligan a desplazarse a un lugar más alejado de su residencia que el lugar donde venía prestando sus servicios y las consecuencias de esa decisión del empresario sobre las necesidades de conciliación del trabajador. En efecto, no es difícil encontrarse con situaciones en las que la orden empresarial de cambio de centro de trabajo de trabajadores con responsabilidades familiares, que no constituyen movilidad geográfica, colocan al trabajador afectado en una situación tal que se ve obligado a cesar en su prestación de servicios para atender debidamente sus responsabilidades familia-

⁸ En este sentido SERRANO OLIVARES, R., *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES, Madrid, 2000, págs. 150 y sigs.

⁹ Las expresiones en las SSTs de 15 de junio de 1998 y de 27 de diciembre de 1999, para referirse a los supuestos de cambio de lugar de trabajo que no entrañan un cambio de residencia.

res¹⁰, usualmente porque el cambio de lugar de trabajo lleva aparejado que el trabajador deba invertir un mayor tiempo para llegar al mismo, lo que determina la imposibilidad de conciliar debidamente tales responsabilidades familiares y laborales.

Ello, conduce a cuestionarse cuándo nos encontramos ante una auténtica movilidad geográfica, a la que resultarían de aplicación las previsiones del artículo 40 ET, y cuándo ante una movilidad geográfica impropia, como situación a la que, aun produciendo interferencias en la vida familiar y laboral, no le resultan de aplicación las referidas previsiones estatutarias.

En la definición de movilidad geográfica – traslado o desplazamiento– del artículo 40 ET se pone el énfasis en el cambio de residencia. Así, el artículo 40.1 ET refiere el traslado al que afecta a «trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa *que exija cambios de residencia* requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen».

Por su parte, el artículo 40.6 ET prevé que «por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial, la empresa podrá efectuar desplazamientos temporales de sus trabajadores *que exijan que estos residan en población distinta de la de su domicilio habitual*».

Nótese que en ambos casos se requiere que haya un cambio de residencia del trabajador y de esa exigencia se deriva la aplicación de las garantías que prevé el artículo 40 ET. Siendo ello así, y a fin de determinar

en qué casos de cambio de centro de trabajo se reconocen determinados beneficios a los trabajadores afectados por tal decisión, se hace preciso identificar, en primer término, cuándo estamos ante una decisión de movilidad geográfica, ex artículo 40 ET, y cuándo ante una orden del empresario en ejercicio de su *ius variandi* que no genera, por tanto, derecho compensatorio alguno al trabajador afectado y a la que no se aplican el procedimiento y las garantías previstas en el artículo 40 ET.

A tal efecto, la STS de 27 de diciembre de 1999, citando la de 15 de junio de 1998, establece la diferencia entre la movilidad geográfica *sustancial o intensa* que se corresponde con la regulada el art. 40 del ET, y en la que el cambio de puesto exige el cambio de residencia, y los casos de movilidad geográfica *débil, no sustancial, o impropia*, que no lleva aparejado el cambio de residencia. Tales supuestos quedan por tanto excluidos del artículo 40 ET, debiendo incardinarse en la esfera del *ius variandi* del empresario, como se verá seguidamente.

En la misma línea, el Tribunal Supremo en sentencia de 19 abril 2004 (RJ 2004/2864), vino a reconocer que «la reforma operada en nuestro sistema de relaciones laborales por la Ley 11/1994 impuso a los trabajadores determinados sacrificios, compensación de la naturaleza del contrato de trabajo como de tracto sucesivo. Entre ellas, las de tener que soportar la movilidad geográfica cuando concurren las circunstancias legales que la hacen posible». Continuaba argumentando que si bien está «legalmente prevista la indemnización por gastos de traslado de trabajador y familia, cuando el del centro de trabajo implica la necesidad de cambio de residencia», si el traslado no exige cambio de residencia no pueden reclamarse más compensaciones que las que puedan haberse pactado entre las partes o las que vinieran impuestas en convenio colectivo, pero en ningún precepto se impone al empresario la obligación de satisfacer el mayor tiempo invertido en el desplazamiento como hora de trabajo.

¹⁰ Ese fue el caso enjuiciado en la STSJ Cataluña de 10 noviembre 2009 (AS 2010/223), comentada por HERRAIZ MARTÍN, M.S., «De nuevo las trabajadoras con reducción de jornada: ¿Deben gozar de especiales privilegios ante una movilidad geográfica débil?», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2010. BIB|2010|1104.

En aplicación de esta doctrina, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 8 de septiembre de 2004 (JUR 2004/255053), preveía que al ser la distancia entre el domicilio de la demandante y el nuevo centro de trabajo de aproximadamente 15 km, —en comparación con el anterior que era de 5 o 6 Km—, no se requería del trabajador un cambio de residencia, por lo que dicha decisión empresarial había de incardinarse en la esfera del «ius variandi» del empresario, por lo que no se cumplían las previsiones del artículo 40 del ET, a los efectos postulados, de reconocer a la trabajadora afectada el derecho de opción entre aceptar el traslado o extinguir la relación laboral.

Por su parte, también en relación con esta cuestión el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 26 de mayo de 2005 (AS 2005/1760), preveía la posibilidad de que el trabajador podía ser indemnizado por los perjuicios que tal decisión empresarial le ocasiona, por razón de la *mayor* distancia y gastos de transporte que la misma genere. En tal sentido, las Sentencias de ese Tribunal de 3 de julio de 1991, 19 julio 1993, 30 mayo 1994, 5 julio 1996 y 16 julio 1997 recogían la consideración de que a pesar de no regularse «de manera expresa, en el Estatuto de los Trabajadores, el abono de indemnización por mayores desplazamientos derivados de la movilidad geográfica, cuando los traslados de centros de trabajo no implican cambio de residencia del trabajador (...), pueden encontrar su apoyo en el principio que exige la necesidad de mantener el equilibrio entre las partes derivadas de un contrato de trabajo, siempre que se acredite cumplidamente la realidad de los concretos perjuicios causados —Sentencia de la Sala de 11 noviembre 1996— y que éstos se establezcan y tengan su necesaria cobertura en el contrato o en el convenio».

En la actualidad el concepto de distancia se ha visto muy alterado como consecuencia de la mejora producida en las comunicaciones. En efecto, los tiempos que se invierten en la actualidad en realizar desplazamientos de una a otra localidad, nada tienen que ver con

los de hace unos años¹¹. Puede, por ello, afirmarse que el concepto de movilidad geográfica se ha convertido en un concepto, en muchos casos, difuso que requiere de interpretación atendiendo al caso concreto¹².

No obstante lo anterior, y precisamente para evitar situaciones de inseguridad así como para dar una mayor seguridad jurídica a los trabajadores afectados por decisiones de cambio de centro de trabajo, uno de los temas objeto de la negociación colectiva es el que trata de identificar en qué casos una decisión empresarial de cambio de centro de trabajo se encuadra en el artículo 40 ET y debe someterse a los requerimientos y procedimiento allí previstos, así como al reconocimiento al trabajador de las garantías establecidas¹³. Y ello, porque el artículo 40 ET no identifica los casos en que el cambio de lugar de trabajo debe ir acompañado de un cambio de residencia del trabajador.

Y ciertamente es en vía convencional donde se determina qué casos de cambio de lugar de trabajo son subsumibles en el supuesto regulado en el artículo 40 ET y cuáles se incardinan en el *ius variandi* del empresario. Así, II Convenio colectivo estatal del comercio

¹¹ En este sentido se indica que «no basta el criterio sólo del cambio a centro en localidad distinta, porque la proximidad entre las mismas juega un papel decisivo sobre la posibilidad de desplazamiento diario o la necesidad de traslado de residencia; ni es la distancia un criterio objetivo suficiente porque los medios de comunicación (públicos o privados, facilitados o no por la empresa y su frecuencia de funcionamiento) son también determinantes a la hora de exigir un cambio de residencia»: ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, M. J. Clasificación profesional y movilidad en el trabajo, CISS, 1995, pág. 223. En el mismo sentido GARCÍA MURCIA, J., «Movilidad funcional y geográfica: una reflexión general a la vista del código de trabajo de Portugal», Aranzadi Social, núm. 18, 2004.

¹² Por ejemplo, GARCÍA MURCIA, J., en *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 61, propone tomar como referencia a los efectos de determinar si hay una movilidad sujeta a los condicionantes del artículo 40 ET «la distancia real traducida a parámetros temporales, esto es: la duración del viaje desde el domicilio al lugar de trabajo en comparación con la situación anterior».

¹³ Ver estudios sobre negociación colectiva y movilidad. Ver qué dicen los CC. Citar doctrina

minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías, prevé que «la empresa podrá variar libremente el lugar de prestación de servicios de los trabajadores en las ciudades en las que tenga diferentes centros, en áreas metropolitanas de las mismas o en municipios limítrofes siempre que los centros, el de origen y el de destino, no disten más de 15 kilómetros. En el caso de las ciudades de Madrid, Barcelona y Valencia y sus áreas metropolitanas la distancia se establece en 20 kilómetros». El convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social dispone que «no tendrán la consideración de movilidad geográfica los cambios de lugar de trabajo dentro de una misma ciudad, o de un radio de 25 km a contar desde el centro del municipio donde los trabajadores presten sus servicios a la firma del Convenio, o desde donde se trasladen voluntariamente, y los ingresados con posterioridad desde donde sean destinados». Para el IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios «los trabajadores pertenecientes a las provincias de Madrid, Barcelona y Valencia, podrán ser trasladados temporalmente por el periodo máximo de 1 mes, sin generación de dietas, en un radio no superior a 20 kilómetros contados desde el lugar de prestación de servicio. Los trabajadores pertenecientes al resto de provincias, podrán ser trasladados temporalmente por el periodo máximo de 1 mes sin generación de dietas, en un radio no superior a 8 kilómetros contados desde el lugar de prestación de servicio.

Con claridad establece el XXI Convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito que «las empresas podrán realizar cambios de puesto de trabajo que no tendrán la consideración de traslado ni movilidad geográfica, dentro de una misma plaza, o de un radio de 25 kilómetros a contar desde el centro del municipio donde los trabajadores presten sus servicios a la firma del Convenio, o desde donde se trasladen voluntariamente, y los ingresados con posterioridad desde donde

sean destinados. La aplicación del radio de 25 kilómetros no alcanza al cambio entre islas. Los traslados a distancias superiores a los 25 kilómetros podrán efectuarse mediante pacto individual o colectivo».

También en los convenios de empresa se sigue el criterio de identificar una distancia determinada a los efectos de consideración de la movilidad como movilidad geográfica, o como simple decisión modificativa del empresario. Así el VI Convenio colectivo del Grupo de empresas Generali España prevé que «no tendrán la consideración de movilidad geográfica los cambios de lugar de trabajo dentro de una misma ciudad, o de un radio de hasta 25 kilómetros, a contar desde el centro de trabajo donde el personal preste sus servicios a la firma del presente Convenio de grupo, o desde donde se traslade voluntariamente; y para el ingresado con posterioridad, desde donde sea destinado». El Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU, refiere esa distancia a 50 km para entender que no existe la necesidad de cambiar la residencia habitual del trabajador.

También los Tribunales han tenido ocasión de resolver estas cuestiones, así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga de 20 marzo 1995 prevé que «(...) el art. 40.1 no impone que sea la empresa la que exija el cambio de residencia del trabajador, sino que tal cambio venga impuesto o exigido por el hecho del traslado del centro de trabajo, es decir, porque materialmente sea imposible o notablemente gravoso mantener la anterior residencia y desplazarse desde la misma a la localidad donde radique el nuevo centro de trabajo (y, en tal sentido, al considerar muy gravoso para el trabajador tener que recorrer diariamente una distancia de 45 km, considera dicha sentencia que se ha producido una sustancial modificación de las condiciones en que venía prestando sus servicios y que, de hecho, le exige el cambio de residencia aunque ésta no se hubiera modificado)». En este mismo sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 7 febrero 1984, 15 septiembre 1987 y de 14 junio 1988,

señalando esta última que «(...) existe la exigencia de dicho cambio, tanto cuando resulta materialmente imposible el traslado diario al nuevo centro de trabajo, como cuando resulta notablemente gravoso mantener éste y desplazarse desde la residencia a la localidad donde radique el nuevo centro de trabajo, ya que en este último supuesto... se impone al trabajador una obligación que constituye una sustancial modificación de las condiciones en que venía prestando sus servicios para la demandada», de esta forma, si el trabajador «se ve obligado a desplazarse a diario..., debiendo recorrer 32 km de ida y otros tantos de vuelta, con las molestias de todo orden que tal desplazamiento supone... (dicho) *traslado*... no entra dentro del llamado *ius variandi*»¹⁴.

Como se indicó, la duda no es baladí, pues se trata de determinar si un empresario que impone a sus trabajadores cambios en el lugar de la prestación de servicios, debe hacerlo conforme a las exigencias y con sujeción al procedimiento del artículo 40 ET, o, por el contrario, puede realizar tal modificación en el marco de su poder de dirección¹⁵.

Aun cuando los convenios colectivos, e incluso por acuerdo individual, pueda llegar a darse una solución a este problema interpretativo, lo cierto es que ha sido en sede judicial donde se han realizado los mayores logros al respecto mediante el análisis de cada situación individualmente considerada.

Sin ánimo exhaustivo y sólo a título ejemplificativo se pueden enunciar algunos de los criterios que manejan los Tribunales a fin de determinar si un determinado caso constituye, o no, movilidad geográfica¹⁶.

Así, conforme al parecer mayoritario, no hay movilidad geográfica, al ser innecesario el cambio de residencia, cuando el nuevo lugar de trabajo esté ubicado en la misma localidad que el anterior (entre muchas STSJ Cataluña de 10 septiembre 2008 [AS 2009, 1681]).

Por otro lado, el cambio de residencia no tiene por qué producirse en la práctica, sino que es el trabajador quien debe decidir si tal cambio de residencia se va a producir o si, por el contrario, mantiene su residencia habitual aun cuando ello le suponga un mayor gravamen¹⁷. Esa decisión de no modificar su lugar de residencia no desvirtúa, empero, la existencia de movilidad geográfica debiendo el empresario cumplir a tales efectos las previsiones del artículo 40 ET.

La necesidad del cambio de residencia es un elemento que debe apreciarse de forma objetiva, siguiendo criterios de razonabilidad. Ello no obstante, y en línea con lo apuntado anteriormente, debe estarse al caso concreto, valorando la concurrencia de elementos adicionales como pueden ser:

- Si hay medios de transporte y red viaria adecuada.
- Si al trabajador afectado por la decisión de movilidad se le ofrece una compensación económica (por ejemplo, abono de dietas y kilometraje, un incremento salarial importante o la asunción por la empresa del coste del transporte).
- Si hay o no, flexibilidad horaria. Pues el cambio del lugar de trabajo puede suponer que al trabajador le sea más difícil cumplir su horario habitual, por lo que la empresa le reconoce un mayor margen de entrada y salida.
- El tiempo invertido en el desplazamiento, o

¹⁴ STSJ de Madrid de 19 mayo 1993. En similares términos SSTSJ Canarias de 18 noviembre 1993, País Vasco de 23 marzo 1992 y Comunidad Valenciana de 3 noviembre 1992.

¹⁵ Véase en este sentido, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «El cambio de residencia en la movilidad geográfica», Aranzadi Social núm.17/2009, BIB 2009\1902.

¹⁶ Un análisis exhaustivo de estos criterios, con un detallado análisis de la jurisprudencia, puede verse en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *op. ult. cit.*

¹⁷ En este sentido se señala que la empresa no pueda imponer un determinado domicilio al trabajador: STSJ Comunidad Valenciana de 15 junio 2010 (JUR 2010/297546).

- La distancia entre centros de trabajo y respecto del domicilio del trabajador.

La STSJ Comunidad Valenciana de 15 junio 2010 (JUR 2010/297546) sintetiza con claridad los criterios a tomar en consideración, concluyendo que «en defecto de disposición legal que especifique los criterios para determinar en qué supuestos se hace necesario variar el domicilio, para verificar si el traslado del centro de trabajo a otro municipio requiere cambio de residencia habrá que valorar diversas circunstancias: La más importante es la distancia existente entre el centro de origen y el de destino, pues aunque no existe un umbral a partir del cual pueda entenderse que el traslado de las instalaciones exige alterar la residencia habitual, habrá que excluir, sin necesidad de mayores consideraciones, las distancias excesivamente cortas, e incluir, de la misma forma, las que sean muy largas, conjugando, además, otras circunstancias, como la distancia entre ambos centros y el lugar de residencia del trabajador; la accesibilidad al nuevo centro desde el domicilio del trabajador y, en particular, los medios de transporte público disponibles y los facilitados, en su caso, por la empresa, así como sus horarios; el incremento en el tiempo de desplazamiento y su eventual incidencia en la esfera personal, profesional, familiar y social; el aumento de los gastos de transporte; la concesión por el empresario o el establecimiento pactado de compensaciones económicas o de otro tipo; el horario de trabajo y el turno de trabajo; el número de días laborables a la semana; y el porcentaje que representa el tiempo de desplazamiento en relación a la jornada diaria de trabajo».

Como se ha dicho, se trata, en cualquier caso de elementos que toman en consideración los Tribunales para identificar en qué casos nos hallamos ante un supuesto de movilidad geográfica, sometida a las previsiones del artículo 40 ET, y en qué casos la decisión del empresario de cambio de centro de trabajo es una manifestación de su poder de dirección.

2.2. El elemento temporal

El elemento temporal juega también un importante papel en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral en los casos de movilidad geográfica. En efecto, constatada la existencia de una orden de movilidad que exige el cambio de domicilio del trabajador, el Estatuto de los Trabajadores establece mecanismos que ayuden a una adecuada conciliación de la vida familiar y laboral. Como ha establecido el propio legislador, siendo diferente la duración de los dos tipos de movilidad que regula el artículo 40 ET, también son diferentes las medidas de conciliación que allí se establecen.

En primer lugar, en cuanto al traslado, se produce un cambio de lugar de trabajo de carácter indefinido que conlleva la necesidad de un cambio de domicilio. Aun cuando se establezca una previsión de cambio de carácter indefinido, el procedimiento y garantías previstas para el traslado, se aplican asimismo a los cambios de lugar de trabajo que, aun teniendo un carácter temporal, superen los doce meses de duración en plazo de tres años.

Al margen de lo anterior, el artículo 40 diferencia asimismo el traslado individual y el colectivo. El traslado colectivo es el que afecta a todos los trabajadores del centro de trabajo, siempre que este ocupe a más de cinco trabajadores, o cuando, sin afectar a la totalidad, en un periodo de noventa días, comprenda a un número de trabajadores de al menos:

- Diez trabajadores en empresas que ocupen menos de cien.
- El 10 por 100 de trabajadores en aquellas que ocupen entre cien y trescientos.
- Treinta trabajadores en aquellas que ocupen trescientos o más.

Se trata además de una decisión que en los términos del artículo 40.1 ET debe obedecer a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En el caso de traslado individual, la decisión de traslado debe notificarse al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 30 días a fecha de su efectividad.

El trabajador puede aceptar la orden de traslado, debiendo incorporarse en 30 días a su puesto, con la posibilidad de impugnarlo judicialmente o puede solicitar la extinción de su contrato de trabajo con derecho a indemnización de 20 días de salario por año de servicios prestados con un máximo de 12 mensualidades.

El traslado colectivo requiere del cumplimiento de unas formalidades adicionales. Así, debe ir precedido de un periodo de negociación y consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a quince días. Las partes tienen la obligación de negociar de buena fe con vistas a la consecuencia de un acuerdo y las negociaciones deben versar sobre las causas motivadoras de la decisión, y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los afectados.

Una vez terminado el periodo de consultas, el empresario debe notificar individualmente a todos los trabajadores afectados su decisión, en los mismos términos que el traslado individual.

Las opciones del trabajador frente a la orden de traslado, son las previstas para el traslado individual, esto es, aceptar el traslado o extinguir su contrato con la indemnización legal de 20 días de salario por año de servicio con el tope de 12 mensualidades¹⁸.

Por su parte, bajo el concepto de desplazamiento se comprende el cambio de lugar de trabajo de carácter temporal o coyuntural que impone al trabajador la necesidad de residir

con carácter más o menos estable en un lugar distinto al de su domicilio, pero no exige un cambio definitivo de su residencia habitual¹⁹. También en los desplazamientos deben aparecer causas justificativas del mismo. En la configuración del artículo 40.4 ET, las causas serán las mismas que las previstas para el traslado.

Conforme a las previsiones del artículo 40.4 ET, el desplazamiento tiene siempre carácter temporal, por lo que no puede ser superior a doce meses dentro de un periodo de tres años. Si se superara esa duración nos encontraríamos con un traslado a efectos de los requisitos formales y causales.

En relación con esta cuestión resulta de gran interés la STS de 14 de octubre de 2004, donde se establece que el traslado requiere que el trabajador «pase a realizar su función a un nuevo centro de trabajo distinto de la misma empresa, que le exija cambio de residencia como precisa el art. 40.1 del ET», por ello si el cambio no se refiere a un solo centro de trabajo, sino a varios diferentes en los que el trabajador va desarrollando su labor de forma sucesiva unos pocos meses en cada año, no existiría traslado, sino varios desplazamientos continuados.

En los desplazamientos, se produce un cambio locativo temporal que exige al trabajador residir en población distinta de la del domicilio habitual, sin necesidad de alterar por tanto, la residencia habitual del trabajador. De esta forma, como se ha señalado, «no todo cambio locativo que imponga al trabajador la necesidad de pernoctar fuera de su domicilio constituirá un desplazamiento en el sentido del art. 40. ET, quedando extramuros los viajes o salidas que supongan una permanencia de carácter accidental o transitorio, en la medida que entrañarían una modificación no sustan-

¹⁸ ROMERO BURILLO, A.M., «La impugnación individual de la movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo», *Aranzadi Social*, núm. 2/2012, BIB 2012\661.

¹⁹ ARBONÉS LAPENA, H.I., «Algunas consideraciones críticas sobre la movilidad geográfica tras la reforma laboral de 2012 y sus réplicas», *Revista de Información Laboral*, núm.8/2014, BIB 2014\3743, con cita de la STS 17 de febrero de 2000.

cial. La dificultad estriba en determinar cuál debe ser la duración mínima de la situación de permanencia en un lugar distinto del domicilio del trabajador, para apreciar la concurrencia de un desplazamiento, siendo una misión propia de la negociación colectiva»²⁰. De nuevo es la negociación colectiva la encargada de solucionar este interrogante, así, el convenio colectivo del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados, contempla expresamente la posibilidad de que aun a pesar de existir un cambio locativo, puede no ser necesario el cambio de domicilio. En estos términos, se prevé que cuando el trabajador desplazado por más de tres meses, pudiera pernoctar en su domicilio habitual y empleara con los medios ordinarios de transporte más de 45 minutos en cada uno de los desplazamientos de ida y vuelta, el exceso se le abonará a prorrata del salario convenio, salvo que en la actualidad ya viniera consumiendo más de 45 minutos, en cuyo caso sólo se le abonará el exceso sobre ese tiempo. También el VII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo, prevé que «si la plaza asignada supone cambio de centro de trabajo, que no exige cambio de residencia del trabajador, percibirá una indemnización a tanto alzado y por una sola vez, compensatoria de los gastos de desplazamiento que dicha plaza asignada conlleva. Su cuantía será: dos veces y media el resultado de multiplicar el número de kilómetros anuales al nuevo centro de trabajo desde su domicilio (como máximo, la distancia entre ambos centros de trabajo) en viaje de ida y vuelta en los días de trabajo de cada año, por el precio del kilómetro que abona la empresa en los desplazamientos, vigente en el momento».

A diferencia de las previsiones establecidas para los traslados, en los desplazamientos no se reconoce el derecho de extinción indemnizada del contrato de trabajo, sin perjuicio de que el trabajador pueda recurrir contra la orden de desplazamiento a través del proceso especial del art. 138 LRJS, y sin que esa ac-

ción afecte a la ejecutividad de la orden dada por el empresario.

3. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Desde hace tiempo los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores se han convertido en objeto de especial atención por el legislador. Atención que alcanzó su grado máximo tras la promulgación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que sin duda marcó un punto de inflexión en los derechos que se venían reconociendo por las normas laborales en materia de conciliación de la vida familiar y laboral.

Ello no obstante, la realidad pronto puso de manifiesto que las normas aprobadas al respecto continuaban siendo, en ocasiones, insuficientes para garantizar una adecuada protección de los intereses familiares y laborales de los trabajadores. Y ello es así porque la conciliación representa el ajuste de dos posturas, inicialmente contrarias, sin renunciar a ninguna de ellas²¹. El éxito de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral radicará, precisamente, en permitir que los trabajadores puedan atender debidamente ambas situaciones –familiar y laboral– de forma que se facilite el ejercicio de los derechos vinculados a la atención de las obligaciones familiares, al tiempo que se atiende a los deberes derivados de la relación laboral. Y se aprecia que en no pocas ocasiones las medidas articuladas para conciliar tales intereses contrapuestos no dan los resultados esperados.

Sobre la premisa de que es el femenino el colectivo de trabajadores más afectado por las

²⁰ ARBONÉS LAPENA, H.I., *op. ult. cit.*

²¹ En este sentido JOVER RAMÍREZ, C., «La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma», *Aranzadi Social* núm. 4, 2013, BIB 2013\1515.

dificultades de conciliación de vida familiar y laboral, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, reconoció la necesidad de «configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada». Para ello se introdujeron cambios importantes en la normativa laboral, de forma que se reconoció que los trabajadores pueden participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

A pesar del tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, las estadísticas siguen poniendo de manifiesto la brecha que aún existe en el reparto de la atención a las responsabilidades familiares entre mujeres y hombres²². No sólo se manifiestan estas dificultades de conciliación en lo que se refiere al hecho de compartir las responsabilidades familiares y laborales, sino también en relación con la flexibilización en el marco de las relaciones laborales, que puede producir alteraciones en las necesidades de atención a las responsabilidades laborales, justificadas por necesidades de la empresa que obligan a buscar el punto de convergencia de intereses inicialmente contrapuestos.

Como se apuntaba en páginas anteriores, la contraposición de intereses y los problemas que pueden generarse como consecuencia de esa necesidad de conciliar vida familiar y laboral, se manifiestan con especial intensidad en los cambios en las condiciones de trabajo que llevan aparejada la necesidad de realizar adaptaciones en la organización de la atención de las responsabilidades familiares. Piénsese en cambios de horarios de trabajo, de jornada, de inclusión del trabajador en turnos rotato-

rios o, en fin, en las propias decisiones empresariales de movilidad geográfica que obligan a un cambio de residencia. Aún hoy, a pesar de las medidas de conciliación articuladas por el legislador –reducciones de jornada, permisos retribuidos o garantías frente al despido, entre otras–, en no pocas ocasiones los trabajadores se ven obligados a reducir su jornada de trabajo, a solicitar excedencias o incluso a extinguir su contrato de trabajo debido a la imposibilidad de conciliar las responsabilidades familiares y laborales.

Tampoco la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, incorporó avances significativos en la mejora de la conciliación entre vida familiar y laboral. Aun cuando la norma efectuara una remisión a la negociación colectiva para que por esa vía se establecieran mejoras en esa materia, lo cierto es que si bien se han incrementado las potestades organizativas del empresario, no se han incorporado mecanismos que garanticen «el mantenimiento de los derechos de los sujetos con este tipo de responsabilidades»²³.

A pesar de ello, y como se ha puesto de manifiesto, «un presupuesto imprescindible para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras es la cercanía del domicilio respecto al lugar de trabajo»²⁴, y es precisamente en relación con este aspecto donde se manifiesta la importancia de las decisiones de cambio de lugar de trabajo, por decisiones de movilidad geográfica propia o impropia, impuestas por el empresario y que pueden conllevar importantes dificultades para una adecuada conciliación.

²³ MOLINA HERMOSILLA, O., «Crisis económica, derechos sociales y contención del gasto: ¿queda espacio para el derecho a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres?», Ponencia presentada a las XXI jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, sobre Constitución española y relaciones laborales en el actual escenario social y económico, Cádiz 13 y 14 de diciembre 2012.

²⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F., «Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Aranzadi Social* núm. 5, 2011, BIB 2011\1120.

²² Las mujeres dedican un total de 4h 7' diarios a la atención del hogar y la familia, frente a 1h 54' que dedican los varones: <http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/UsosdelTiempo.htm>. Ver también CES, Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 2016, Madrid, 2016.

4. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN VINCULADOS A LAS DECISIONES EMPRESARIALES DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA

Aun cuando la decisión empresarial de movilidad geográfica pudiera ocasionar un perjuicio para los intereses de los trabajadores afectados, lo cierto es que ese tipo de decisiones que encuentran su fundamento último en el derecho constitucional a la libertad de empresa, y en el ámbito de las normas laborales encuentran amparo en el derecho del empresario de dirección y organización de las prestaciones laborales. No se trata, por tanto, de una injerencia injustificada en el ámbito de los derechos de los trabajadores a conciliar su vida familiar y laboral, sino que como se ha puesto de manifiesto, «el legislador ha delimitado el ejercicio del poder empresarial en su dimensión locativa o espacial en relación con la libertad de la vida privada y familiar del trabajador, ponderando los derechos en juego y concretando así el modo en que aquél debe desenvolverse en las relaciones entre privados»²⁵.

En esta ponderación y concreción de los derechos del empresario y de los trabajadores afectados por decisiones de movilidad geográfica, el legislador ha incluido diversas medidas en el artículo 40 ET que se vinculan a ayudas a los trabajadores, orientadas a la conciliación de la vida laboral y familiar en los casos de cambio del lugar de trabajo por decisión del empresario.

Sin restar importancia a estas medidas, debe llamarse la atención sobre el hecho de que se trata, como ha indicado algún autor, de «reglas de conciliación *ex post facto*, reparadoras, no son *ex ante*, adaptadoras, del modelo familiar contemplado»²⁶. Ello no obstante, lo

cierto es que el legislador incluye en el artículo 40, medidas de distinto tipo con el objeto de promover y garantizar la conciliación de la vida familiar y laboral así como a facilitar la continuidad en la convivencia de los miembros de la unidad familiar.

Resulta de interés en este punto hacer una breve reflexión sobre lo que se entiende por familia y, por tanto, de la identificación de las concretas personas a las que se dirigen las medidas que contempla el Estatuto de los Trabajadores, para seguidamente analizar las medidas establecidas. Medias legales que, como se analizará posteriormente, se ven completadas por la interpretación que los Tribunales vienen haciendo de las mismas y por su inclusión en los convenios colectivos como mecanismos de mejora de las previsiones del artículo 40 ET.

4.1. El concepto de familia a los efectos de la aplicación de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en los casos de movilidad geográfica

Se ha puesto de manifiesto que existe una falta de definición en la Constitución sobre el concepto de familia, aunque ello no obsta a considerar que hay un concepto abierto, adaptable y no constrictivo, que por otro lado, permite que sea el ordenamiento jurídico el que determine los modelos familiares que van a ser merecedores de tutela jurídica en un determinado momento histórico, correspondiendo a los poderes públicos la fijación de la política legislativa en la que deben fijarse los modelos de familia a los efectos de las normas correspondientes. Así, corresponde a tales poderes públicos fijar el marco de las prestaciones sociales, de las relaciones entre los componentes de la familia, a cargo de quién deberá ir la asunción de las cargas familiares, cómo se constituye y se extingue una relación, cómo deben afrontarse las cargas impositivas²⁷.

²⁵ SERRANO OLIVARES, R., *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES, Madrid, 2000, pág. 151.

²⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F., «Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Aranzadi Social* núm. 5, 2011, BIB 2011\1120.

²⁷ Estas reflexiones en ROCA TRIAS, E., «Familia y constitución», trabajo realizado en el marco del proyecto «Autonomía e

La concepción de lo que se considera familia en la Constitución ha variado de forma significativa a lo largo del tiempo, así en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, se negaba a las denominadas uniones conyugales de hecho la protección constitucional que se brinda a la familia, al identificarse la familia del artículo 39.1 CE con el de familia matrimonial, excluyéndose, por tanto, de este concepto a las unidades de convivencia *more uxorio*²⁸. Esta doctrina sería reiterada en posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que apoyaba su planteamiento en que «el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2), mientras que nada de ello ocurre con la unión de hecho «*more uxorio*», que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento».

La ruptura de esta doctrina se produjo con la Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, donde se reconoció que la Constitución «no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio (sino que es preciso atender a) la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresan».

Sin entrar en discusiones doctrinales sobre el acierto de los pronunciamientos judiciales sobre esta cuestión, lo cierto es que, como señala TRÍAS, «nos encontramos en el momento actual frente a una nueva concepción de lo que deba considerarse como familia. El acceso de las personas del mismo sexo al matrimonio, así como las facilidades

imperatividad en el Derecho de Familia: la autorregulación de la convivencia familiar y sus crisis». Ref. SEJ 2005-08663-C02-01, *AFDUAM*, núm. 10, 2006.

²⁸ Una detallada exposición de la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre la noción de familia puede verse en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., «La familia en la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000.

para el divorcio producen una nueva imagen del viejo concepto, que no por ello debe ser considerado *en crisis*, si por *crisis* debe entenderse algo parecido a apuros, conflictos o problemas de la institución. *Crisis* significa aquí *cambio* y es innegable que la familia se encuentra en una clara época de evolución y cambio»²⁹.

Tal y como se ha sistematizado, el concepto de familia abarcaría a «los cónyuges o pareja estable de hecho, y, en su caso, de los descendientes y/o otros parientes a cargo de aquéllos»³⁰, teniendo además en cuenta que la extensión de la familia más allá del núcleo integrado por los cónyuges o convivientes de forma estable y los hijos, «se hace depender en la legislación infraconstitucional de dos variables, a saber, la relación de parentesco – por consanguinidad o afinidad– y la relación de dependencia económica– éste parece der el sentido que debe darse a la expresión *a cargo de*»³¹.

También entrarían en el concepto de familia las formadas por un solo adulto y sus descendientes, con independencia de la causa que motive la ausencia de cónyuge o de pareja, o si se trata de un adulto que no ha contraído matrimonio ni constituido una pareja de hecho estable. En la práctica, la determinación de los sujetos que resultarían beneficiarios de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, es una cuestión que suele ser objeto de tratamiento en la negociación colectiva³².

²⁹ ROCA TRIAS, E., «Familia y constitución», *op. cit.*

³⁰ SERRANO OLIVARES, R., *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES, Madrid, 2000, pág. 159.

³¹ *Op. ult. cit.* pág. 159.

³² El cónyuge aparece en cualquier caso, pero también se contemplan en los convenios colectivos referencias a la pareja de hecho (convenio colectivo del Grupo Cetelem), a los «familiares que convivan con el trabajador» (II convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías y convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2016-2018), a «su familia» (V convenio colectivo general de ferralla 2015-2017).

4.2. Medidas de conciliación en caso de traslado

Siendo diferente el tratamiento de los traslados y los desplazamientos, son también diferentes sus consecuencias y las medidas de conciliación previstas por el legislador para cada supuesto.

4.2.1. Compensación de gastos por traslado

Prevé el artículo 40.1 ET que una vez notificada al trabajador la decisión de traslado, este, al margen de su derecho a la extinción indemnizada del contrato, tendrá derecho a percibir una compensación por gastos que habrá de comprender tanto los gastos del propio trabajador como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, y que no será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos.

Se recoge así un derecho del trabajador a que sea la empresa quien abone los gastos en los que incurra con motivo del desplazamiento decidido por aquella. Tales gastos comprenden no sólo los suyos, sino también los de sus familiares, si los tuviera, y ello con el propósito de protección de la familia, mediante la garantía de su derecho a la convivencia y a su vida familiar cuando uno de sus miembros sea trasladado a una localidad distinta.

En relación con esta cuestión se plantean ciertos interrogantes, señaladamente los que refieren tanto al concepto de familia a los efectos del abono de los gastos de traslado, como a las propias cantidades a satisfacer y los conceptos a los que se refieren (por ejemplo, costes de locomoción, mudanza, gratificación extraordinaria, ayudas a la vivienda, escolarización...).

De nuevo, en este punto debe ser la negociación colectiva la que asuma el cometido de identificar y dar respuesta a estas cuestiones.

Ello no obstante, parece que la noción de familia que recoge el artículo 40.1 ET en rela-

ción con los traslados, debería referirse a una noción amplia, que incluyese no sólo a la familia nuclear, sino también a los parientes que convivan con el trabajador y que estén a cargo del mismo, entendiéndose en este caso bajo ese concepto que exista una dependencia respecto del trabajador, tanto si se trata de una dependencia económica como afectiva o de cuidado³³.

Por otro lado, debe llamarse la atención sobre el hecho de que los gastos de traslado en favor de los familiares del empresario sólo se devengarán, como es lógico, cuando en el seno de la propia familia se adopte esa decisión de movilidad. En los términos en que se regula en el artículo 40.1 ET esa compensación sólo se devengará en tales casos, y como parece lógico, cuando se lleve a cabo el traslado efectivo de los miembros de la unidad familiar, que acompañan en su movilidad a uno de tales miembros. No existe por tanto, un derecho automático a percibir una suerte de indemnización o compensación por el mero hecho de acatar una orden de movilidad –forzosa– decidida por el empresario en el marco de su poder de dirección o *ius variandi*.

Pese a ello, algún autor entiende que podría admitirse un reconocimiento de abono de los gastos de traslado, o de compensaciones tendentes a sufragar los desplazamientos del trabajador a su domicilio de origen, facilitando de esa forma la conciliación en familias que o bien deciden no trasladar su domicilio para seguir al trabajador que ha sido trasladado o bien que, por cualquier razón, no puedan resultar beneficiarias del abono de los gastos a los que se alude en el artículo 40.1 ET³⁴.

Como se indicaba, los convenios colectivos suelen hacerse eco de las cuestiones que se planteaban antes, e identifican tanto los conceptos a los que se refieren las compensa-

³³ En este sentido LOUSADA AROCHENA, J.F., «Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2011.

³⁴ Cfr. LOUSADA AROCHENA, J.F., *op. ult. cit.* También AGÍS DASILVA, M., *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 391 a 393.

ciones, su cuantía, la existencia de posibles indemnizaciones adicionales y los beneficiarios de las mismas.

Así, para el II convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías se debe abonar una «compensación económica por los gastos de desplazamiento del interesado y familiares que convivan, y por tanto tengan que desplazarse con él, y los de transporte de mobiliario, ropa, enseres, etc. Así como los gastos de alojamiento durante el tiempo necesario, con un máximo de un trimestre, hasta instalarse en su nuevo domicilio». El convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, lo amplía a «a) Gastos de locomoción del interesado y familiares que con él convivan, que deberán ser justificados. b) Gastos de transporte del mobiliario y enseres. c) Indemnización en metálico como compensación de gastos de cuatro mensualidades ordinarias de sueldo base, y demás conceptos del presente Convenio que se estuvieran percibiendo, excluida, en su caso, la prorratea de los complementos de compensación por primas. d) Las empresas prestarán ayuda económicamente evaluable al trabajador en los términos que se concretan en el artículo 42, para que consiga vivienda en la ciudad a que hubiera sido trasladado por necesidades del servicio. e) Período previo de 10 días máximo de permiso retribuido con dieta completa para facilitar la búsqueda de vivienda y centros escolares».

El convenio colectivo del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado fija parte de las compensaciones teniendo en cuenta el número de personas que forman la unidad familiar «(...) b) El abono de cinco días de dietas, en la cuantía especificada en este convenio, cuando tengan a su cargo hasta un mínimo de tres familiares menores de edad o mayores incapacitados; de diez días si es casado o viudo/a y tiene a su cargo a más de tres y menos de siete familiares en aquellas condiciones y, por último, quince días de dietas al

casado o viudo/a que tenga a su cargo siete o más familiares menores de edad o con incapacidad»³⁵.

El XXVI convenio colectivo de Repsol Butano, SA., contempla además de los «gastos de traslado forzoso, tanto propios como de sus familiares y enseres», el abono de «una gratificación equivalente a tres mensualidades de su salario y a siete días naturales para gestionar el traslado»³⁶, así como a «la concesión de un préstamo para adquisición de vivienda de hasta 55.303,39 €, al tipo de interés legal del dinero fijado en cada momento por las Leyes de Presupuestos correspondientes, y no superior, en cualquier caso, al 10 por 100, amortizable a un plazo máximo de diez años, pudiendo percibir una subvención por alquiler de vivienda de 276,53€ mensuales, durante un período máximo de doce meses».

De forma detallada, el VI convenio colectivo del Grupo de empresas Generali España, prevé el «abono de una compensación económica que permita al personal cubrir los gastos originados por el propio traslado, así como los de la mudanza de enseres y mobiliario, una vez justificados debidamente mediante la correspondiente factura del proveedor o empresa de portes o mudanza, y en cualquier caso, con un tope máximo de 3.000 euros brutos. Abono de una compensación económica de 2.500 euros brutos, como apoyo técnico y económico para la búsqueda de vivienda y colegio para los hijos. Ayuda escolar y de guardería: Abono de 100 euros brutos mensuales por hijo, hasta el término del año en que cumpla la edad de 18 años, que se hará efectiva, en

³⁵ También establece esta fórmula el V convenio colectivo general de ferralla (2015-2017) y el convenio colectivo del sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados.

³⁶ Similar previsión se incluye en el convenio colectivo de Velpa, SA., al establecerse que la empresa habrá de abonar los gastos de viaje del interesado y de las personas que con él convivan y transportarle su mobiliario y enseres o, a elección de aquélla, abonarle los gastos que tal transporte origine, y además pagarle como mínimo, en concepto de compensación de cualquier otro posible gasto, el importe de tres mensualidades del salario base que le corresponda.

todo caso, una vez se acredite la matriculación de escolaridad en el Centro Educativo elegido o la matriculación en una guardería para los hijos menores a 3 años. Reembolso de gastos para la realización de un viaje al año a la ciudad de origen para la unidad familiar (que incluye cónyuge o pareja de hecho e hijos a cargo menores de 20 años o discapacitados), de acuerdo con la norma general de gastos de la empresa, y por el periodo máximo de dos años a partir del traslado efectivo».

Incluso en algún caso, aun no tratándose de abono de determinadas cantidades para hacer frente a los gastos de traslado, se reconocen unos derechos con contenido económico al contemplarse el derecho del trabajador que vaya a ser trasladado al amparo de lo estipulado en el artículo 40 ET de disfrutar de un «permiso retribuido de cuatro días laborales continuados, anteriores o posteriores al descanso semanal, a disfrutar con anterioridad a la ejecutividad de la medida, al objeto de que efectúe las gestiones pertinentes para la búsqueda de residencia en aquella localidad donde pasará a desarrollar sus actividades»³⁷.

Por otro lado, como en algún caso se ha reconocido, siendo una cuestión incontrovertida el derecho del trabajador a que el empresario le compense de los gastos efectuados por él y por su familia con motivo del traslado, el mismo derecho debe reconocérsele en el caso en que el traslado se haya declarado injustificado; en este supuesto, además de su derecho a que se le resarza por los gastos derivados del traslado, se debe garantizar que el afectado por el traslado injustificado «quede indemne, en lo posible, de toda consecuencia dañosa que le produjese la medida, y por ello, el resarcimiento exigible no se limita a los gastos directamente efectuados por el traslado sino a cualquiera otro daño material o moral fehacientemente acreditado que tenga su causa en

él»³⁸. En esta línea el convenio colectivo estatal de perfumería y afines, prevé expresamente que «si algún trabajador hubiese realizado gastos justificados con motivo del traslado y este no se llevara a efecto por la Empresa, tendría derecho a ser indemnizado en los perjuicios ocasionados».

4.2.2. Reagrupación familiar

El artículo 40.3 ET reconoce el derecho a la reagrupación familiar, también denominado «derecho de consorte», conforme al cual si uno de los cónyuges cambia de residencia, como consecuencia de una orden empresarial de traslado, el otro cónyuge, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho a ser trasladado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo en aquella.

Su finalidad es, nuevamente, la salvaguarda del derecho, en este caso de los cónyuges, a mantener la convivencia en caso de traslado de uno de ellos a una localidad distinta de la su lugar de residencia habitual³⁹.

Al igual que en el caso anterior, son varios los interrogantes que plantea la regulación de este mecanismo conciliatorio.

A. Sobre el tipo de movilidad para el reconocimiento del derecho: ¿forzosa, o también voluntaria?

En primer lugar puede cuestionarse, en qué tipo de traslados es posible reclamar la aplicación del derecho a la reagrupación familiar, esto es, si se trata de un derecho que puede exigirse ante cualquier traslado del cónyuge, o sólo en los traslados forzosos. Parece que la respuesta a este interrogante es que el derecho podría re-

³⁸ STSJ Comunidad Valenciana de 26 octubre 2001 (AS 2002/2996).

³⁹ Conforme al artículo 68 CC «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».

³⁷ Convenio colectivo del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio.

clamarse no sólo en los traslados forzosos, sino también en los voluntarios⁴⁰. En efecto, si tenemos en cuenta que este derecho se contiene en el apartado 3 del artículo 40, separado por tanto de la regulación de los traslados que obedecen a la voluntad unilateral del empresario –apartados 1 y 2–, y dado que ninguna referencia se hace en este apartado 3 al traslado que regulan los apartados 1 y 2, podría mantenerse que el derecho de reagrupación familiar se aplicaría en cualquier caso de traslado, tanto si es forzoso –impuesto por voluntad unilateral del empresario como consecuencia de necesidades de la empresa o si obedece a una sanción–, como si se trata de un traslado voluntario decidido por el propio trabajador con independencia de sus motivos⁴¹.

Esta interpretación se ve reforzada si se tiene en cuenta que ese derecho de reagrupación familiar no surge como consecuencia de una decisión empresarial de movilidad geográfica, sino de la obligación legal de convivencia que se impone a los cónyuges⁴² y que determinaría su aplicación con independencia del motivo que haya originado la movilidad de uno de aquellos.

No obstante lo anterior, aún hay convenios que, con dudosa legalidad, regulan lo que denominan «traslado por causas matrimoniales» en los siguientes términos: «el trabajador cuyo cónyuge haya sufrido un traslado forzoso, tendrá derecho a cubrir la primera vacante que se produzca en el centro de trabajo o en el más

cercano situado en el lugar al que haya sido trasladada su pareja, siempre que ambos trabajen en Uniprex, S.A.U.»⁴³.

B. Sobre su limitación al ámbito de la empresa

En segundo lugar, no deja de llamar la atención que se trate de una medida de conciliación limitada al estricto ámbito de una empresa. En efecto, a diferencia de previsiones legales ya derogadas⁴⁴, el legislador ha querido que este beneficio sólo pueda reclamarse cuando ambos cónyuges trabajen en la misma empresa, de forma que si uno de ellos trabaja en otra empresa no sería de aplicación este mecanismo de conciliación. Incluso en la formulación que recoge el artículo 40.3 ET ni siquiera parece que el otro cónyuge pueda reclamar la aplicación de este derecho al traslado si la prestación de servicios no se desarrolla en la misma empresa en sentido estricto, sino en una empresa del mismo grupo. Ciertamente en la interpretación literal que puede hacerse del artículo 40.3 ET esta parece ser la única interpretación posible, no obstante en este punto concreto habrá que estar a lo que prevean los convenios colectivos, en particular

⁴³ Convenio colectivo de Uniprex, SAU. También el convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón prevé: «traslado del cónyuge. Cuando, por razón de un traslado forzoso en su trabajo, uno de los cónyuges o pareja de hecho reconocida y debidamente acreditada, cambia de residencia, el otro, si también fuera trabajador de la misma empresa o grupo de empresas, tendrá derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo igual o similar al que viniere desempeñando».

⁴⁴ Así, el artículo 3.2 del Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, sobre derechos laborales de la mujer, preveía que «cuando la mujer casada siga a su marido por cambio de residencia de éste, tendrá derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional al que viniere desempeñando, si la empresa tuviera centro de trabajo en la localidad del nuevo domicilio conyugal», y el artículo 22.3 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, vio a establecer que «cuando por razón de un traslado forzoso en su trabajo uno de los cónyuges cambie de residencia, el otro, si también fuere trabajador, tendrá derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo igual o similar al que viniere desempeñando, si su empresa tuviere centro de trabajo en la localidad del nuevo domicilio conyugal».

⁴⁰ En este sentido se pronunciaba antigua doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo. Así, la sentencia de 4 de junio de 1984 establecía que «los derechos de consorte corresponden tanto en los supuestos de traslado forzoso como en los voluntarios (...) el propósito legislativo es el de no hacer distinciones en orden a la causa de cambio de lugar y, por tanto, si el mismo es forzoso o voluntario como norma protectora de la familia».

⁴¹ Cfr. LOUSADA AROCHENA, J.F., «Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2011. También SERRANO OLIVARES, R., *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES, Madrid, 2000, pág. 162.

⁴² En este sentido SALA FRANCO, T., «Movilidad geográfica», en *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, 2ª edición, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1988, página 132.

aquellos cuyo ámbito de aplicación sea el de un grupo de empresas, a fin de determinar si el derecho de consorte se extiende a las empresas del grupo o si, siguiendo las previsiones legales, se limita su ejercicio al estricto ámbito de la empresa donde ambos cónyuges se encontrasen prestando servicios⁴⁵.

Para el TSJ de Madrid en sentencia de 6 octubre 2008 (AS 2009/228), el derecho de consorte puede ser exigido en el caso de dos empresas diferentes que se crearon tras desgajarse de una única empresa inicial, ya que su creación obedeció a razones organizativas y a necesidades de producción de la empresa, máxime cuando, como queda acreditado en la sentencia, se trataba de «dos entidades profundamente vinculadas a nivel laboral dado el prolongado período de tiempo durante el cual sus plantillas pertenecieron a una única empresa». A este hecho, añade el TSJ los valores constitucionales en juego –protección de la familia–, por lo que no aprecia la existencia de ningún inconveniente para aplicar «los preceptos que sirven de base a las pretensiones actoras en el sentido que hizo la Magistrada de instancia, desde el mismo momento que el requisito de pertenecer a la misma empresa, que es uno de los que exige el artículo 40.3 del Estatuto de los Trabajadores para optar a la reunión con el cónyuge trasladado que cambia de residencia, admite otras interpretaciones que la simplemente literal, por mucho que en este caso lo sea con carácter excepcional debido a las singulares circunstancias que concurren».

Algún convenio colectivo sí prevé expresamente la posibilidad de reagrupación familiar cuando el cónyuge o pareja de hecho haya sido objeto de traslado a otro centro de trabajo del grupo⁴⁶.

⁴⁵ Aplicando la estricta legalidad, las sentencias prevén la no atribución del derecho al traslado de centro ya que la actora trabajaba para otra empresa diferente a la de su marido: STSJ Madrid de 11 octubre 2013 (AS 2013/3228). También STSJ Cataluña de 24 noviembre 2015 (AS 2016/40).

⁴⁶ I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos, SA).

C. Sobre la posibilidad de retorno al puesto de origen

Puede asimismo cuestionarse si hay un derecho de retorno al puesto de trabajo de origen en caso de que el cónyuge inicialmente trasladado fuese nuevamente destinado a su puesto original. En tales casos, parece lógico entender que en los términos en que está configurado el derecho de consorte, podría producirse una nueva solicitud de movilidad geográfica con la finalidad de que ambos cónyuges puedan reunirse cuando cesen las causas que motivaron el traslado⁴⁷, siempre, claro está, que concurren las condiciones a las que el ET condiciona el ejercicio de este derecho.

D. Sobre la noción de puesto de trabajo

Constituye también objeto de reflexión la determinación del alcance y contenido de la expresión «puesto de trabajo», dado que el artículo 40.3 supedita la posibilidad del trabajador de ejercer el derecho de consorte y la «obligación» del empresario de concederlo cuando hubiera puesto de trabajo vacante.

El ejercicio de este derecho plantea algunos interrogantes: Debe tratarse de un puesto del grupo profesional del consorte?, o se permiten también traslados en el marco de este derecho para el desempeño de funciones –superiores o inferiores– que no correspondan a su grupo profesional?. Para resolver los mismos puede ser de utilidad acudir al régimen jurídico establecido para la movilidad funcional que regula el artículo 39 ET.

El artículo 39.1 ET establece unas limitaciones claras en relación con los cambios de funciones del trabajador, al preverse que «la movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del

⁴⁷ En este sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F., «El derecho de consorte en el Estatuto de los Trabajadores», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 78, 1996, pág. 648.

trabajador», por tanto, la primera limitación vendrá determinada por la exigencia de la titulación precisa para ejercer las funciones vinculadas al puesto de trabajo que estuviera vacante en la localidad de destino. De esa forma, aun existiendo una vacante en la localidad de destino del cónyuge, el traslado del consorte no sería posible si este no cuenta con la titulación necesaria para el desempeño de las funciones de tal puesto.

Al margen de lo anterior, la siguiente cuestión que puede plantearse es si, teniendo la titulación necesaria, las funciones que vayan a desarrollarse en el nuevo puesto deben ser las mismas que en el de origen o si es factible la realización de funciones superiores o inferiores que no correspondan, por tanto, al grupo profesional.

Si bien en el régimen jurídico articulado en el ET tales cambios a funciones no comprendidas en el grupo profesional del consorte se condicionan a que concurran las causas habilitantes y por el tiempo imprescindible para su atención, no parece que tales limitaciones resulten aplicables a estos supuestos de movilidad geográfica por ejercicio del derecho de consorte, y ello es así por cuanto se parte de una diferencia sustancial, y es que en el caso que regula el artículo 39 ET los cambios de funciones –a otras superiores o inferiores– vienen determinados por decisión unilateral del empresario fundada en necesidades de la empresa, mientras que en el planteamiento del artículo 40 ET, el cambio de trabajo –cambio de localidad y de funciones– viene determinado por la decisión del trabajador, que decide voluntariamente aceptar tales cambios porque su cónyuge ha sido trasladado a otra localidad.

Así lo han entendido los tribunales al considerar que «la expresión *puesto de trabajo* ha de entenderse en el sentido de que aún en el caso de que no hubiese habido vacantes de la *misma categoría* del actor, éste hubiera podido aceptar un *puesto* de inferior categoría, a través de la novación de su contrato de trabajo, derivada del ejercicio libre, voluntario y consciente

del derecho a la reagrupación de la familia»⁴⁸ o que respecto de la expresión de «puesto de trabajo que al tratarse de un derecho a cambio de residencia, ejercitable solamente a petición del trabajador, y puesto que la movilidad se produce en interés del mismo, ha de entenderse, que, al no existir vacantes de la misma categoría, el trabajador puede aceptar puesto que implique rebaja de categoría» y ello, sobre la base de que «estos traslados constituyen una verdadera novación del contrato de trabajo derivada del ejercicio libre, voluntario y consciente del derecho a la reagrupación de la familia consagrado por el art. 40.4 del Estatuto de los Trabajadores, artículo de protección al matrimonio que los aparta del resto de los traslados derivados de las necesidades de organización de la empresa o de las de cobertura de vacantes, y que determina que, no les sean aplicables los preceptos invocados en los tres motivos del recurso, por obedecer únicamente a la protección de los intereses familiares del trabajador y no a las necesidades de provisión de las vacantes que pudieran existir en las plantillas»⁴⁹. En suma, como claramente se sintetiza en la STSJ Madrid de 6 octubre 2008 (AS 2009/228) respecto del puesto de trabajo necesario «para que, entre otros requisitos, pueda materializarse el derecho a la *reunión por cónyuge*, que, por cierto, ninguno de los preceptos, legal y convencional, en que se apoya la petición actora exige que entrañe el desempeño de idénticas funciones a las del puesto ocupado en el centro, dependencia o unidad de origen».

Así se prevé también en algún convenio colectivo que reconoce el derecho preferente del cónyuge a ocupar las vacantes existentes o que puedan producirse en el nuevo centro de trabajo al que ha sido destinado su cónyuge siempre que así lo solicite expresamente y exista vacante en *igual o similar* puesto de trabajo que el que viniera desarrollando⁵⁰.

⁴⁸ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 octubre 1995 (AS 1995/3985).

⁴⁹ STSJ Castilla-La Mancha de 15 junio 1992 (AS 1992/3259).

⁵⁰ II Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal.

Ello no obstante, en alguna sentencia se aboga por mantener un criterio restrictivo, «en aras de la seguridad jurídica y para no perjudicar la organización y estructura empresarial. Pudiendo aplicarse por analogía lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 46.5, sobre la excedencia voluntaria, donde se habla del derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría que hubiera en la empresa»⁵¹.

E. Sobre la noción de localidad

¿La referencia al traslado a la misma localidad debe interpretarse de forma restrictiva, de modo que sólo si existe una vacante en el mismo lugar al que se traslade el cónyuge, podrá ejercerse el derecho de consorte?. En este punto pueden hacerse las mismas consideraciones que se hicieron en relación con el puesto de trabajo. En efecto, referir el ejercicio y la efectividad del derecho de consorte a la existencia de vacante en la *misma empresa* y en la *misma localidad* de destino del cónyuge, supondría en la práctica restringir sobremanera la efectividad de este derecho vaciándolo de contenido en muchos casos. Así, lejos de abogar por una interpretación literal del precepto, se viene defendiendo que así como no es necesario que el puesto de trabajo se encuentre en el mismo centro de trabajo⁵², tampoco se exigiría que se trate exactamente de la misma localidad, de modo que, como ha indicado algún autor, la satisfacción de la finalidad de reagrupación familiar permite el recurso al derecho de consorte cuando las localidades de los dos centros de trabajo están cercanas⁵³.

También los Tribunales abogan por esta interpretación al considerar que «dado que la finalidad del precepto es la reagrupación familiar (...) ningún inconveniente hay en interpretar *población* en sentido amplio y admitir por analogía que pueda tratarse de una localidad cercana al lugar donde vive su cónyuge y no exclusivamente la misma localidad concreta»⁵⁴.

No obsta al derecho de consorte que ambos cónyuges trabajasen en centros de trabajo de la misma empresa aunque situados en localidades distintas, así, en palabras de la STSJ de Cataluña de 11 febrero 1992 (AS 1992/803): «si el contenido del art. 40.4 del Estatuto de los Trabajadores consagra un derecho tendente a dar facilidades para la reagrupación de los cónyuges y mantenimiento de la continuidad en la convivencia, sin otro ni más condicionamiento que la existencia de vacante para poder ser ocupada, cuantas limitaciones contractual o paccionadamente restrinjan tal derecho no sólo han de ser interpretadas restrictivamente sino en el sentido más propio y adecuado a aquella efectividad del precepto legal, de tal modo que si a virtud de la normativa establecida por la Empresa e incluso Convenio Colectivo debidamente aprobado se determina como exigencia de la preferencia en el ejercicio de tal derecho que los esposos hubieran tenido una misma residencia laboral, tal requisito sólo como convivencia en un mismo domicilio y localidad puede entenderse y valorarse como más adecuada a aquella finalidad aludida. Y si indiscutidamente el actor con Centro de Trabajo en Badalona y la esposa en Barcelona que tanto por su proximidad geográfica como multiplicidad y facilidad de medios de comunicación no sólo les permitía la normal convivencia conyugal en un único y mismo domicilio, es claro que conforme a aquella interpretación aludida, la exigencia de la misma residencia haya de entenderse cumplida».

En definitiva, se aboga por una interpretación laxa de los dos elementos –puesto de

⁵¹ STSJ La Rioja de 5 diciembre 1995 (AS 1995/4603).

⁵² De hecho, si la empresa tiene más de un centro de trabajo en la misma localidad, se puede optar por cualquiera, cfr. GARCÍA NINET, J.I., «Comentario al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores», en *Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Edersa, Madrid, 1981, pág. 292.

⁵³ ARGÜELLES BLANCO, A. R., *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 156. SERRANO OLIVARES, R., *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES, Madrid, 2000, pág. 163.

⁵⁴ STSJ La Rioja de 5 diciembre 1995 (AS 1995/4603).

trabajo y localidad—, de forma que se garantice un efectivo ejercicio de este derecho de consorte como medida de conciliación de la vida familiar y laboral en los casos de traslado de uno de los cónyuges.

F. Sobre el carácter del derecho

Otra cuestión sobre la que debe también reflexionarse es la relativa al carácter del derecho que se prevé en el artículo 40.3 ET. En el planteamiento del referido artículo sólo se prevé que en caso de traslado con cambio de residencia de uno de los cónyuges, el otro tendrá derecho al traslado a la misma localidad, siempre que hubiera puesto de trabajo vacante, por lo que se parece que se contempla un derecho incondicionado al traslado si se cumplen las condiciones anteriormente analizadas, lo que conllevaría una solicitud de asignación directa de la vacante para hacer efectivo el derecho a la reagrupación familiar⁵⁵, a salvo, como indica algún autor, que se hayan establecido reglamentaria o convencionalmente, mecanismos específicos de provisión de vacantes, en cuyo caso deberán ser respetados para evitar vulnerar los derechos de terceros que pueden invocar igual derecho⁵⁶.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema con motivo del recurso de amparo planteado contra la sentencia de 24 de febrero de 1989, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres, en relación con el artículo 114.3 del Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo que regula el turno de traslado por consorte. En ese caso el Tribunal partió de la premisa de que si bien «ningún reparo cabe oponer a la proyección del principio de igualdad no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas, sino tam-

bién a todo lo largo de la duración de la relación funcionarial o asimilada a estos efectos [entre otras, SSTC 15/1988 (RTC 1988/15), fundamento jurídico 2.º —con remisión a la STC 75/1983 (RTC 1983/75)— y 47/1989 (RTC 1989/47), fundamento jurídico 2.º], siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo», había de tenerse en cuenta «la distinta consideración que, a estos efectos, merecen, de una parte, el acceso a la función pública y, de otra —dentro ya de la misma— el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, y, por consiguiente, el diferente rigor e intensidad con que en cada una de ellas operan los derechos y valores constitucionales como son el acceso en condiciones de igualdad (art. 23.2 C.E.) y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 C.E.), a las funciones públicas».

Y sobre la base de esta premisa «la Administración legítimamente dentro de los concursos para la provisión de vacantes o puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública (y por tanto, acreditado los requisitos de mérito y capacidad) tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales», dentro de esta excepción cuya legitimación reconoció el Tribunal se encuentra precisamente «el denominado derecho de consorte que, dada la forma en que normativamente ha sido previsto, no puede estimarse que sea contrario al art. 23.2 C.E. —ni por tanto al art. 14 C.E.— ni menos aún que discrimine a la recurrente». En efecto, a juicio del Tribunal, «la desigualdad que en orden a la provisión de vacantes mediante concurso introduce la norma cuestionada se apoya, en efecto, en un derecho específico que encuentra plena justificación y razonabilidad desde la consideración de otros bienes jurídicos, como es la familia, cuya protección social, económica y jurídica debe ser asegurada por los Poderes Públicos (art. 39.1 C.E.), lo que, entre otras manifestaciones, comporta el que

⁵⁵ CRUZ VILLALÓN, J., «La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal», *Revista de Política Social*, núm. 125, pág. 119.

⁵⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F., «Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2011, con cita de las SSTSJ Galicia de 4 junio 1992 (AL 1303/1992) y Aragón de 23 junio 1992 (AL 1447/1992).

éstos favorezcan, eliminando trabas, el cumplimiento del deber de convivencia al que se refiere el art. 68 del Código Civil. Por ello, «la ruptura del criterio general de la antigüedad en la resolución de los concursos de traslado, que introduce el *turno de consorte*, encuentra justificación razonable, objetiva y proporcionada en consideraciones, no sólo de protección de la familia, sino muy especialmente en razones de eficacia en la prestación de los servicios públicos que permiten al legislador reconocer al vínculo matrimonial entre funcionarios la relevancia suficiente para atribuirle un trato diferenciado en relación con los funcionarios solteros o casados con persona no funcionario, por ser estas situaciones distintas, cuya no equiparación a la de aquéllas, por la razonabilidad de la diferenciación, no puede calificarse de vulneradora del derecho invocado por la demandante».

En sede de los órganos de la jurisdicción ordinaria, los Tribunales atienden a la específica configuración de este derecho en la negociación colectiva, en el supuesto de que los convenios contengan regulación al respecto. Así, en algún caso, teniendo presente la redacción del derecho en la cláusula convencional correspondiente se ha reconocido su carácter de derecho preferente al margen de cualquier tipo de convocatoria de cobertura de vacantes o de concurso de traslados⁵⁷, pero la norma paccionada establece distintos tipos de movilidad sin que, ciertamente, se imponga un orden de prelación entre ellas, lo que ocurriría si se produjeran simultáneamente ambas solicitudes, «de suerte que el trabajador instara el traslado por derecho de cónyuge o pareja al mismo tiempo que se pone en marcha un proceso de movilidad que incluye la plaza solicitada», en tal caso habrá de estarse a los intereses en juego en cada caso concreto⁵⁸.

Su carácter de derecho preferente y condicionado a la existencia de vacantes se re-

coge en la práctica totalidad de los convenios colectivos analizados, al preverse que «si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho preferente a ocupar las vacantes existentes o que puedan producirse en el nuevo centro de trabajo al que ha sido destinado su cónyuge siempre que así lo solicite expresamente y exista vacante en igual o similar puesto de trabajo que el que viniera desarrollando»⁵⁹ o de forma más genérica, sin detallar el tipo de puesto a ocupar: «si es trasladado uno de los cónyuges, el otro, si fuere de la misma empresa, tendrá derecho preferente al traslado a la misma localidad, si existiere puesto de trabajo»⁶⁰.

Con algo más de detalle el convenio colectivo de Uniprex, SAU, prevé que «el trabajador cuyo cónyuge haya sufrido un traslado forzoso, tendrá derecho a cubrir *la primera vacante* que se produzca en el centro de trabajo o en el más cercano situado en el lugar al que haya sido trasladada su pareja, siempre que ambos trabajen en Uniprex, S.A.U.», y el convenio colectivo de la Compañía de Distribución Integral Logista, SAU, dispone que si bien las peticiones de traslado se atenderán por riguroso orden de recepción, como excepción a este criterio «los trabajadores que soliciten el traslado por razón de matrimonio, traslado del cónyuge o en los supuestos de parejas de hecho con convivencia suficientemente acreditada, tendrán derecho preferente, debiendo resolverse su solicitud en el plazo máximo de tres meses, previa audiencia a la representación legal de los trabajadores».

Por otro lado, la doctrina judicial viene reconociendo que «no puede hacerse recaer sobre el trabajador el gravamen de acreditar que la empresa tuviera vacante de su categoría en el centro de trabajo al que prende el trasla-

⁵⁹ Il Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal.

⁶⁰ Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. En los mismos términos convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale.

⁵⁷ SSTSJ Valencia de 3 febrero 2000 (Rec. 975/19997) y Castilla y León de 23 de enero de 2001 (Rec. 2337/2000).

⁵⁸ Cfr. TSJ Cataluña de 17 abril 2009 (JUR 2009/394024).

do. Por el contrario, sólo a la empresa puede pedírsele el conocimiento puntual cual es la plantilla que dicho centro tiene y la situación en que se encuentran los puestos de trabajo atribuidos al mismo», de forma que sólo si la empresa hubiera acreditado «que no había vacantes como la que el actor solicitaba y, solamente en tal caso, se hubiera podido invertir a la carga, exigiendo al trabajador que probara que las plazas no estaban cubiertas» (TSJ Cataluña de 17 abril 2009 (JUR 2009/394024).

Adicionalmente, y como se ha indicado desde algún sector, ha de tenerse en cuenta que se trata de un derecho que se mantiene vigente en tanto esté activo el traslado del cónyuge, por lo que la posibilidad de solicitarlo no tiene por qué ser coincidente con el inicio del traslado del cónyuge. Por el contrario, podrá solicitarse siempre que dicho traslado esté activo⁶¹.

G. Sobre los beneficiarios del derecho

En fin, una cuestión sobre la que también ha recaído algún pronunciamiento de los Tribunales y sobre la que suelen incidir los convenios colectivos, es la relativa a la posibilidad de considerar como beneficiarios del derecho de consorte no sólo a los cónyuges, sino también a los miembros de una pareja de hecho.

Algunos convenios se hacen eco de esta realidad, y si bien es cierto que la mayoría de los convenios analizados refieren este derecho al cónyuge, en algún caso se aboga por una interpretación más extensa al preverse que «los trabajadores que soliciten el traslado por razón de matrimonio, traslado del cónyuge o

en los supuestos de parejas de hecho con convivencia suficientemente acreditada, tendrán derecho preferente, debiendo resolverse su solicitud en el plazo máximo de tres meses, previa audiencia a la representación legal de los trabajadores»⁶², o al disponer de una forma más genérica que «todas las medidas de conciliación se aplicarán sin ninguna distinción a las parejas de hecho que se encuentren debidamente registradas en un registro público»⁶³.

Poco pueden innovar los Tribunales en este punto, más allá de hacerse eco de lo que se establezca en vía convencional y en su defecto, de las conocidas sentencias del Tribunal Constitucional sobre las diferencias entre el matrimonio y la convivencia *more uxorio*.

Valga como muestra de ello el pronunciamiento contenido en la STSJ de Cataluña de 16 enero 2014 (AS 2014/398), que sintetiza de forma clara este criterio. Parte de la base de que si el código de conducta de la empresa en conciliación de la vida familiar se compromete a fijar destinos próximos a su domicilio habitual los trabajadores con cargas familiares y a las personas casadas, el código de conducta no incumple ningún deber de conciliación al omitir cualquier referencia a quienes conviven de hecho, pues se ha de equiparar la pareja estable al matrimonio. A juicio del Tribunal reiterando la doctrina constitucional «el matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida». Recuerda el Tribunal la STC 199/2004, de 15 de noviembre, donde se establece que «al no ser situaciones equiparables la del matrimonio y la convivencia extramatrimonial (es) posible que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión deduzca razonablemente consecuencias diferentes de la diferente situación de partida»(...) y que «siendo el

⁶¹ Vid. LOUSADA AROCHENA, J.F., «Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2011, que califica el derecho de consorte de irrenunciable e imprescriptible. Irrenunciable «(porque) el deber de vivir juntos -impuesto a los cónyuges en el artículo 68 del CC- pertenece al orden público familiar» e imprescriptible porque «la facultad de pedir el traslado se mantiene en tanto dure el estado de separación de ambos cónyuges, que es lo que trata de eliminar la norma», por lo que «el derecho no se agota con su ejercicio infructuoso mientras se mantenga esa situación de separación».

⁶² Convenio colectivo de la Compañía de Distribución Integral Logista, SAU.

⁶³ Convenio colectivo del Grupo Cetelem.

derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento». En la misma línea concluye la sentencia del Pleno 125/2003, de 19 de junio que no puede estimarse la existencia de «discriminación, pues el de no reconocerse los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo, no viola los preceptos de la Constitución Española, pues para poder hablar de discriminación se exige un tratamiento desigual para situaciones iguales, lo que no es el caso que nos ocupa, en el que siendo la actora pareja *more uxorio*, no existe discriminación en relación a los empleados casados, por tratarse de situaciones diferentes».

En fin, puede también cuestionarse si el desplazamiento del cónyuge por motivos de reagrupación familiar, lo debe abonar el empresario. La mayoría de convenios guardan silencio sobre esta cuestión previendo simplemente que «cuando el traslado se efectúe a solicitud del interesado, previa aceptación de la empresa, éste carecerá de derecho a indemnización por los gastos que origine el cambio»⁶⁴. Algún convenio colectivo se manifiesta de forma más contundente para establecer que se considera traslado por causa justificada el del trabajador cuyo cónyuge haya sido objeto de traslado a otro centro de trabajo del Grupo AENA, pero añadir seguidamente que estos traslados no darán derecho a indemnización alguna y que los interesados, al hacer efectivos éstos, acep-

tan expresamente las posibles modificaciones del régimen de jornada, horario de trabajo y retribuciones derivadas del cambio de puesto de trabajo⁶⁵.

4.3. Medidas de conciliación en caso de desplazamiento

A diferencia de los traslados, el legislador sólo contempla dos medidas en el artículo 40.6 ET vinculadas a la conciliación de la vida familiar y laboral en los casos de desplazamiento. Se trata del abono de las dietas y de los gastos de viaje que deben abonarse a los trabajadores que residan en población distinta de su domicilio habitual y de los permisos retribuidos por cada tres meses de desplazamiento. Este diferente tratamiento, que descansa sobre el planteamiento de que el desplazamiento al tener una duración inferior resulta menos gravoso para las necesidades conciliatorias de los trabajadores, ha sido criticado al entender que el término traslado debía haberlo sido en sentido coloquial, no jurídico laboral, señalándose que «si lo que se pretendía era hacer única y exclusivamente referencia al traslado excluyendo el desplazamiento, la crítica es añadida, al haber entonces eliminado de los supuestos de movilidad geográfica un supuesto traducido igualmente en un obstáculo a esa conciliación. Por ello se hace de nuevo una llamada a que, teniendo presente dicha finalidad conciliatoria, sea la misma materializada de una forma coherente y real»⁶⁶.

En efecto, en línea con lo anterior, lo cierto es que el legislador podría haber fijado un sistema diferente de garantías orientadas a la conciliación de la vida familiar y laboral, que se estableciesen dependiendo de si el trabajador desplazado tiene, o no, responsabilidades familiares. Por ejemplo, preavisos de mayor

⁶⁴ Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida. Acuerdo de modificación del XV Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas (RCL 2016/603). VIII Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (2014-2016). Convenio colectivo estatal de perfumería y afines. Convenio colectivo del Grupo Cetelem. Convenio colectivo de Essilor España, SA. Convenio colectivo de Kone Elevadores, SA. Convenio colectivo de Servicios Seguritas, SA.

⁶⁵ I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos, SA).

⁶⁶ JOVER RAMÍREZ, C., «La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma», *Aranzadi Social* num.4, 2013, BIB 2013\1515.

duración, o permisos cuya duración se fijase atendiendo a la posible existencia de responsabilidades familiares⁶⁷.

Nuevamente, una de las mayores dificultades que encontramos en relación con los desplazamientos es la que estriba en determinar la duración mínima de la situación de permanencia en un lugar distinto del domicilio del trabajador, a diferencia de los que pudieran considerarse viajes o desplazamientos extra muros de las previsiones del artículo 40 ET. Ante el silencio del Estatuto de los Trabajadores es la negociación colectiva la que se encarga de determinar cuál debe ser la duración temporal mínima del cambio locativo para aplicar los beneficios del artículo 40, variando en los convenios colectivos el parámetro temporal utilizado frecuente⁶⁸.

4.3.1. Abono de dietas y de gastos viaje

En primer lugar se prevé que la empresa efectúe desplazamientos de carácter temporal –menos de doce meses en un período de tres años– de sus trabajadores. Surge aquí de nuevo la exigencia de residencia en una población distinta de su domicilio habitual, pero al tener una duración limitada en el tiempo, el empresario sólo debe abonar al trabajador, a parte del salario, los gastos de viaje y las dietas.

En general, los convenios colectivos de sector no inciden demasiado sobre esta cuestión, limitándose en la mayoría de los casos a remitir a lo que establezcan los convenios colectivos de empresa.

⁶⁷ En este sentido, LÓPEZ MARTÍNEZ, J., Protección social de la mujer, de las familias con personas dependientes y del discapacitado como instrumento de equidad en el mercado trabajo y de conciliación de la vida familiar y laboral, MTAS, 2005, pág. 112.

⁶⁸ Por ejemplo, un mes en el XXVI convenio colectivo de Repsol Butano, SA y en el convenio colectivo de Sociedad Española de Instalaciones de Redes Telefónicas, SAU. Una semana en el II convenio colectivo de Gas Natural Fenosa, SA.

Así, el VI convenio colectivo general de aparcamientos y garajes establece una remisión directa a las previsiones del artículo 40.4 ET, para seguidamente disponer que los convenios colectivos de ámbito inferior establecerán los importes correspondientes a las dietas o compensaciones, tanto por viajes como por pernoctar, o por realizar alguna o todas las comidas correspondientes de la jornada fuera del municipio del domicilio habitual del trabajador.

A nivel de empresa se aprecia algo más de concreción, por ejemplo, el convenio colectivo de Uniprex, SAU., dispone que la empresa podrá realizar desplazamientos temporales de su personal que exija residir en población distinta de su domicilio habitual, hasta el límite de siete meses, abonando, además de los salarios, los gastos de viaje, dietas y el pago de alquiler de la vivienda en la cual resida durante ese tiempo o en su caso el alojamiento.

En términos similares, el II convenio colectivo de Gas Natural Fenosa, SA recoge las siguientes previsiones: «Siempre que el desplazamiento temporal sea para hacer frente a necesidades de trabajo coyunturales e implique un desplazamiento de duración determinada superior a una semana e inferior a un año, serán de aplicación las condiciones siguientes: a) Mientras dure la situación de desplazamiento el empleado percibirá una compensación global para la manutención y alojamiento por importe de 3.200 euros mensuales brutos o parte proporcional de la misma en el caso de abonarse un periodo inferior a un mes. Esta cantidad se abonará en 12 mensualidades ordinarias e incluye la parte proporcional correspondientes a pagas extraordinarias y vacaciones. Los gastos de transporte serán satisfechos, previa justificación. La percepción indicada en el párrafo anterior es incompatible con la percepción de dietas, vale comida, compensación comidas, o cualquier otra percepción de presente o futuro que compense aspectos relacionados con la manutención y/o estancia».

4.3.2. *Permisos en el domicilio*

Como segunda medida, y en este caso, específicamente conciliatoria de las responsabilidades familiares y laborales de los trabajadores, se regula un permiso específico que afecta a los desplazamientos de duración superior a los tres meses. En estos casos deberá otorgarse al trabajador un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como días de permiso los días de viaje. Estando los gastos de viaje a cargo del empresario.

En alguna sentencia este derecho se condiciona a que se haya producido un cambio de residencia real y efectivo, y ello sobre la base de que al ser la finalidad de esta medida la conciliación de la vida familiar y laboral del trabajador desplazado, no procedería su reconocimiento en los casos en que aun habiéndose producido un cambio de lugar de trabajo, no hubiese sido preciso un cambio de residencia por parte del trabajador. En palabras del TSJ del País Vasco en sentencia de 9 septiembre 1996 (AS 1996/3585): «el derecho que reclama el actor a permanecer en su domicilio familiar durante cuatro días de permiso retribuido por cada tres meses de desplazamiento, responde a la finalidad de evitar o reducir en lo posible, el quebranto que para la convivencia familiar y ámbito afectivo de las personas suponen los desplazamientos de larga duración. Solamente en los desplazamientos de larga duración a poblaciones distintas de las de su residencia habitual, es cuando se produce el alejamiento familiar. El actor tiene su residencia habitual en Sestao (Vizcaya) y se desplaza en coche desde Bilbao a Vitoria, regresando a pernoctar a su domicilio una vez concluida su jornada laboral. El trabajador convive con su familia y una vez finalizada la jornada laboral se reúne con la misma, por lo que no existe quebranto alguno de la convivencia familiar, motivo por el cual no tiene derecho al permiso reclamado».

En cuanto al alcance y contenido del derecho, los convenios colectivos suelen incluir

previsiones específicas. Por ejemplo, el V convenio colectivo general de ferralla (2015-2017) prevé que «en los desplazamientos superiores a tres meses que no permitan al trabajador pernoctar en su domicilio, las empresas y los afectados convendrán libremente las fórmulas para que los trabajadores puedan regresar a sus domicilios periódicamente, que podrán consistir en la subvención de los viajes de ida y regreso en todos o parte de los fines de semana, adecuación a las jornadas de trabajo para facilitar periódicas visitas a su domicilio, concesiones de permisos periódicos, subvención del desplazamiento de sus familiares, etc».

Por su parte, el convenio colectivo del sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados prevé que «en los desplazamientos superiores a tres meses que no permitan pernoctar en su domicilio, las empresas y los afectados convendrán libremente las fórmulas para que los trabajadores puedan regresar a su domicilio periódicamente, que podrán consistir en la subvención de los viajes de ida y regreso en todos o parte de los fines de semana, adecuación a las jornadas de trabajo para facilitar periódicas visitas a su domicilio, concesiones de permisos periódicos, subvenciones del desplazamiento de sus familiares, etc. En los supuestos de no alcanzarse acuerdos en esta materia, se estará a lo dispuesto en el artículo 40.4 del Estatuto de los Trabajadores, teniendo derecho a un mínimo de cuatro días laborables de estancia en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario. Por acuerdo individual, podrá pactarse la acumulación de estos días añadiéndose, incluso, a las vacaciones anuales».

En el convenio colectivo de Uniprex, SAU., los desplazamientos por tiempo superior a dos meses y medio, dan derecho al trabajador a un permiso de cinco días laborables de estancia en su domicilio de origen por cada dos meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo de la empresa.

Y en el II convenio colectivo de Gas Natural Fenosa, SA., se prevé que cuando «el desplazamiento temporal sea para hacer frente a necesidades de trabajo coyunturales e implique un desplazamiento de duración determinada superior a una semana e inferior a un año, serán de aplicación las condiciones siguientes (...) el empleado desplazado disfrutará los siguientes permisos retribuidos: – Tres días laborables con carácter previo a la fecha de inicio del desplazamiento. – Dos días laborables al mes en su domicilio de origen».

4.4. Prioridades de permanencia en la empresa por motivos de conciliación: el papel del convenio colectivo

La reforma laboral operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁶⁹, ha dado un papel relevante en materia de protección de la conciliación de la vida familiar y laboral al convenio colectivo, al prever que «(...) mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad» (art. 40.7 ET).

Aun cuando la mejora de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral no haya sido nunca una materia cerrada a la negociación colectiva, ni suponga novedad alguna en nuestro ordenamiento jurídico⁷⁰, no por ello haya de restarse importancia a esta refe-

rencia expresa que ha venido a dar carta de naturaleza a la posibilidad de que por vía convencional se establezcan las preferencias antes mencionadas⁷¹. Ello, a pesar de que a juicio de algún autor resulte difícil comprender «la desregulación que las reformas laborales de 2012 efectúan del tema de las preferencias en materia de decisiones empresariales sobre movilidad geográfica, remitiéndolas al albur de lo que colectivamente se negocie»⁷².

Y este mayor protagonismo que ha dado el legislador a la negociación colectiva se manifiesta en muchos convenios colectivos que incluyen cláusulas de distinto tipo y que persiguen dos objetivos:

- Garantizar por motivos familiares el retorno a su centro de trabajo de origen de quien fue trasladado por decisión de la empresa y
- Establecer una garantía de mantenimiento en el centro de trabajo a quien tenga familiares a cargo.

En el primero de los casos, la situación objeto de protección es la de un trabajador con responsabilidades familiares, trasladado a otro centro de trabajo. En tal caso de acreditarse tal situación, el trabajador tendrá prioridad para volver a su puestos de trabajo cuando se produzca una vacante.

Un ejemplo de regulación convencional de esta medida es el que se recoge en el convenio colectivo del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, que prevé que «aquellos trabajadores que tengan a su cuidado directo familiares hasta el 2º grado, tanto por consanguinidad o afi-

⁶⁹ Y antes el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁷⁰ En el artículo 10.1 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, ya se preveía que «los convenios colectivos podrán incluir medidas para la protección de los trabajadores cuya familia tenga la consideración legal de familia numerosa, en particular en materia de derechos de los trabajadores, acción social, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y extinción del contrato de trabajo».

⁷¹ En el año 2003 eran ya muchos los convenios colectivos que incidían sobre esa materia, como puede comprobarse en el estudio dirigido por SEMPERE NAVARRO, A.V., CANO GALÁN, Y., Negociación colectiva y conciliación de la vida familiar y laboral, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003.

⁷² MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Medidas de flexibilidad interna», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100, 2012, pág.139.

nidad, con enfermedades graves acreditadas medicamente o con algún tipo de discapacidad que no desempeñen, en ambos casos, actividad retribuida alguna, tendrán también prioridad para retornar a sus centros de origen cuando se produzca alguna vacante en estos»⁷³.

El segundo grupo de medidas, más numeroso, viene a establecer una preferencia de permanencia en el centro de trabajo a quienes tienen a su cargo a determinadas personas.

La formulación de este derecho en el ámbito de la negociación colectiva es variada; así, El V convenio colectivo general de ferralla (2015-2017), da libertad a las empresas para designar libremente a los trabajadores que deban desplazarse, cuando el destino no exija pernoctar fuera de casa, o cuando existiendo esta circunstancia no tenga duración superior a tres meses, pero en los supuestos en que el desplazamiento exija pernoctar fuera del domicilio y tenga una duración superior a tres meses la empresas deben dar preferencia a los efectos de no ser desplazadas a las «trabajadoras en periodo de gestación y lactancia».

El convenio colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (2016-2018), dispone que «tendrán preferencia para permanecer en su puesto de trabajo los empleados/as con obligaciones familiares»⁷⁴.

El convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale, además de establecer una previsión similar, identifica quiénes tienen la consideración de familiares a cargo y dispone que «salvo acuerdo con la Dirección de la Compañía o petición expresa, quien tenga a su cargo a

su cónyuge, pareja de hecho, persona a cargo en situación de guarda legal o familiar hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad con un grado de dependencia reconocida, tendrá derecho a que no se le traslade a otro centro de trabajo que implique movilidad geográfica, aun cuando existan razones objetivas para ello», para añadir que «se establece la imposibilidad de proceder al traslado de las empleadas en situación de embarazo, así como de las personas empleadas en situación de lactancia de un hijo o hija menor de 9 meses, prevista en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, o de reducción de jornada por cuidado de hijo o hija prevista en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, salvo que medie acuerdo entre las partes o que el traslado se produzca a petición de la persona interesada»⁷⁵. En el convenio colectivo de Velpa, SA., la preferencia se refiere a las trabajadoras embarazadas o con hijos menores de un año y quienes tengan cargas familiares.

Constatada la relevancia de la negociación colectiva para introducir colectivos con prioridades de permanencia en la empresa en casos de movilidad geográfica, el papel de los Tribunales se centra en este punto en dar carta de naturaleza a los colectivos protegidos por los convenios colectivos y a garantizar su correcta aplicación, llevando a cabo un estricto de control tendente a evitar que las decisiones empresariales de movilidad geográfica vulneren los derechos de esos colectivos. En este sentido, la STSJ de Madrid de 3 febrero 2014 (AS 2014/504), reconoce que la empresa incurrió en discriminación al no acreditar la situación de la plantilla en cuanto a la posible existencia de plazas más próximas al domicilio de la trabajadora, ni efectuar ninguna oferta a la misma, sino que sin previa actuación alguna

⁷³ En similares términos, el convenio colectivo de Exide Technologies, SLU., dispone que «se analizará, en cada caso, la posibilidad de cambio de puesto de trabajo o centro de trabajo para aquellas personas que lo soliciten por motivos de conciliación familiar debidamente acreditada, siempre sobre la base de la igualdad y capacidad (y que) Para los traslados, se otorgará prioridad a las personas trabajadoras con responsabilidades familiares en la elección de centro de trabajo.

⁷⁴ O con «cargas y condicionamientos familiares»: convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2016-2018.

⁷⁵ En similares términos el Convenio colectivo de Exide Technologies, SLU., prevé que «en los periodos de embarazo y lactancia de un hijo menor de 1 año, ya sea natural, en adopción o acogimiento, la trabajadora no podrá ser trasladada ni desplazada en comisión de servicio a un centro de trabajo que implique movilidad geográfica, excepto si tal movilidad es aceptada por la afectada».

le comunicó su decisión de traslado al nuevo destino sin tener en cuenta un criterio que según el acuerdo se debía tener en consideración a los efectos de reconocer una preferencia frente a la decisión de movilidad geográfica, cual es la tener un hijo menor de 8 años.

Por otra parte, algún convenio prevé como causa para el traslado la enfermedad grave o crónica del mismo o de los familiares a su cargo, fehacientemente demostrada por los certificados médicos oficiales, emitidos por la Seguridad Social, pero si el trabajador no acredita que hay una real dependencia económica de los familiares con enfermedad grave –y no sólo una mera convivencia con los mismos–, no cabría alegar esta medida de conciliación para el traslado –o para evitar el mismo–. Al margen de lo anterior y conforme a la interpretación del Tribunal, no se impone el traslado forzoso cuando se den las circunstancias que se recogen en el norma, sino que siempre estaría supeditado a las necesidades de la empresa y a la existencia de vacantes (STSJ de Galicia de 30 marzo 2001 [JUR 2001/142743])⁷⁶. En esta línea de interpretación de la cláusula del convenio colectivo, la STSJ País Vasco de 11 noviembre 2004 (AS 2004/4020), sintetiza los tres condicionantes que deben cumplirse para que el traslado por conciliación de la vida familiar y laboral se lleve a cabo, «1º) trabajador o familiar a su cargo que sufra enfermedad grave o crónica; 2º) destino solicitado que coadyuve a la mejoría de la enfermedad; 3º) acreditación de uno y otro extremo a través de la sanidad pública».

Por su parte, la STSJ de Madrid de 25 septiembre 2015 (JUR 2015/247167), al interpretar una de las cláusulas convencionales del I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA por la que puede producirse la movilidad geográfica, cual es «d) cuando, por separación o divorcio o fallecimiento del cónyuge, el trabajador con hijos a su cargo precise trasla-

darse a otra localidad a efectos de mantener la unidad familiar», precisa que su objeto es mantener la unidad familiar, en caso de divorcio o separación conyugal, por lo que ha de estarse a lo que establezca el convenio regulador, y en el caso sometido a la consideración del Tribunal, entiende este que el acuerdo regulador sólo indica que «el domicilio conyugal sito en Bilbao quedaría para uso y disfrute del hijo», pero no que la madre y demandante tuviera que residir en él necesariamente ni que su hijo no pudiera cambiar de domicilio, por lo que no cabría la aplicación del beneficio recogido en el convenio colectivo. Lo que lleva al Tribunal a concluir que «faltando los presupuestos que determinan la aplicación del art. 42.d) ET, el traslado de la recurrente no puede admitirse».

5. OTROS SUPUESTOS: TRASLADO POR MOTIVO DE VIOLENCIA DE GÉNERO, TERRORISMO O POR MOTIVOS DE SALUD

Aun cuando no se trate de una medida orientada a limitar el posible impacto perjudicial que la decisión empresarial de movilidad geográfica puede tener sobre el derecho del trabajador a conciliar su vida familiar y laboral, no puede dejar de hacerse si quiera una breve mención a los supuestos de movilidad previstos en el artículo 40 ET, apartados 4 y 5, referidos, respectivamente, al derecho a la movilidad de las víctimas de violencia de género o de terrorismo y a los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad algún tipo de tratamiento, rehabilitación u orientación relacionado con su discapacidad⁷⁷.

⁷⁷ Para un mayor detalle de la configuración legal de este supuesto puede consultarse la abundante bibliografía existente sobre la materia. Así, entre otros muchos, véase SEMPERE NAVARRO, A.V., «La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2000. Del mismo autor «La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2005, BIB 2005\1145. SERRANO ARGÜESO, M., «Las posibilidades de in-

⁷⁶ En el mismo sentido: SSTSJ Castilla y León, Valladolid de 17 octubre 2000 (JUR 2001/24226) y Castilla-La Mancha de 14 noviembre 2006 (JUR 2007/84697).

En relación con la movilidad de las víctimas de violencia de género o de terrorismo, que algunos consideran como «una auténtica regla de conciliación con finalidad adaptadora de la organización del trabajo a la vida personal y familiar»⁷⁸, de la lectura del precepto que la regula se extrae que se trata de una previsión cuyo último propósito se centra en evitar que el trabajador que es víctima de violencia de género o de terrorismo se vea obligado, precisamente por tal motivo, a extinguir su contrato de trabajo al no poder desempeñar su prestación laboral con un mínimo de seguridad para su integridad física.

En la regulación que contiene el Estatuto de los Trabajadores, la movilidad se configura como un derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo. No se trata, por tanto, de un derecho incondicionado a la movilidad en los casos de violencia de género o de terrorismo, ni tampoco de una obligación del empresario de crear una vacante a tales efectos.

Sí obliga el artículo 40 a comunicar a los trabajadores las vacantes que existan en ese momento o las que se pudieran producir en el futuro, a los efectos de garantizar la efectividad de esta medida.

Por otro lado, ninguna de las dudas que se planteaban en los traslados en cuanto al puesto de trabajo y a la localidad de destino, se plantean en relación con este tipo de movilidad por violencia de género. Así, en cuanto al puesto de destino se determina con claridad que es cualquier puesto de trabajo que sea mismo grupo profesional o de una categoría equivalente, aunque de nuevo nada impide que la víctima de violencia de género o de te-

rorismo opte si así lo decide voluntariamente por su traslado a un puesto de categoría inferior, con el correspondiente ajuste de salario que ello pudiera suponer.

En cuanto al lugar de destino, a diferencia del régimen previsto para los traslados por reagrupación familiar, la referencia es a un puesto vacante en cualquiera de los centros de trabajo de la empresa –en la misma o en distinta localidad–.

Este tipo de movilidad tiene una duración limitada en el tiempo, su duración inicial es de seis meses, debiendo durante este tiempo la empresa reservar el puesto de trabajo que ocupaba la víctima de violencia de género o de terrorismo y transcurrido ese plazo hay un derecho de opción para el trabajador entre volver al puesto de trabajo originario o continuar. De optar por el nuevo puesto se extingue la obligación de reserva del puesto.

Por su parte, la movilidad por motivos de salud se reconoce «en los mismos términos y condiciones de la movilidad prevista para las víctimas de violencia de género y de terrorismo». Se trata en particular de trabajadores con trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir «fuera de su localidad un tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica relacionado con su discapacidad». Concurriendo tales circunstancias existe un derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento.

Nótense de nuevo los dos condicionantes que vienen siendo habituales en todos los supuestos de movilidad: el puesto de trabajo a desempeñar y el lugar de destino.

En cuanto al puesto de trabajo, en una formulación más restrictiva el artículo 40 se refiere a un puesto del mismo grupo, excluyendo la referencia a una categoría equivalente. No obstante en línea con lo que se ha venido

corporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2004, BIB 2005\486.

⁷⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F., «Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Aranzadi Social* núm. 5, 2011, BIB 2011\1120.

indicando, ningún impedimento habría para una movilidad para el desempeño de funciones inferiores siempre que esa posibilidad sea aceptada voluntariamente por el trabajador.

En cuanto al lugar de la prestación de servicios, parece que el legislador piensa en una auténtica movilidad geográfica, que incluiría el traslado a una localidad distinta de aquella donde prestara servicios el trabajador y no a un centro de trabajo de la misma localidad.

Los convenios colectivos se han hecho también eco de ambas modalidades de movilidad geográfica. Sin embargo en este caso, a diferencia de la regulación de otros supuestos de los contemplados en el artículo 40 ET, en su mayoría los convenios se limitan a reproducir las previsiones legales⁷⁹. La diferencia en esta regulación la marca, por ejemplo, el XXVI convenio colectivo de Repsol Butano, SA, al prever para las víctimas de violencia que la empresa dará «Apoyo laboral ofreciendo la mayor flexibilidad en materia de horarios y jornada, disfrute de vacaciones, licencias y permisos retribuidos, suspensión o extinción de la relación laboral, excedencia o preferencia para ocupar vacantes que supongan movilidad geográfica, en las mismas condiciones que para el traslado por decisión de la dirección de la empresa, según se solicite y mientras sean precisos para su reincorporación normal al trabajo».

Por su parte y en relación con el traslado por motivos de salud, han sido varios los pronunciamientos judiciales que interpretan las cláusulas convencionales que afectan a este colectivo.

En la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 26 enero 2004 (JUR 2004/80715), se resuelve acerca de la interpretación que debe hacerse del artículo 66.2 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración

General del Estado, cuando prevé que «la Administración podrá conceder traslados por razones de salud y posibilidades de rehabilitación del trabajador cónyuge e hijos a su cargo previo informe del Servicio Médico designado por la Administración». Para concluir que al no estar las dolencias relacionadas con su trabajo ni con el lugar en que lo desarrolla, sino con su alejamiento del medio familiar, su estado de salud podría remediarse mediante el traslado de su familia, compuesta por mujer y por un hijo de corta edad, a un lugar próximo a su centro de trabajo, sin que tenga la empresa –la Administración en este caso– de asumir el coste de los gastos de traslado, máxime cuando el Servicio de Prevención y Salud Laboral del Ministerio de Defensa había concluido que el cuadro que sufre el actor constituye un problema social y no justifica un traslado por motivos de salud⁸⁰.

Interpreta la STSJ Castilla y León, Valladolid de 11 diciembre 2001 (JUR 2002/45230), que el beneficio de traslado por motivos de salud del trabajador o en alguno de los familiares a cargo, que prevé el convenio, tiene carácter convencional entre las partes, y por ello no puede ser exigido unilateralmente al que pretende acogerse el recurrente y exige además, que el deterioro de la salud no haya llegado a impedir la prestación laboral, ya que en tal supuesto el traslado no entrañaría movilidad geográfica, sino medida terapéutica, de forma que tal situación quedaría fuera del ámbito de la norma convencional. Limitación aplicable, en particular, a los supuestos en que el trabajador se halle en situación de incapacidad temporal, puesto que mientras no se extinga esa situación no tiene aptitud laboral para el puesto de trabajo que ocupa pero tampoco para desempeñar cualquier otro.

De cualquier forma, como se desprende de la STS de 13 de junio de 2008⁸¹, con las me-

⁷⁹ Il convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal. Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2016-2018. Convenio colectivo del Grupo Cetelem. Convenio colectivo de Essilor España, SA. Convenio colectivo estatal de perfumería y afines.

⁸⁰ Un supuesto similar en STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife de 26 noviembre 1999 (AS 1999/4184).

⁸¹ Acogida entre otras por las SSTSJ Castilla/La Mancha de 16 de noviembre de 2009, Madrid 15 de octubre de 2010 y 11 de octubre de 2013, Valencia 12 de julio de 2012 y 8 de julio de

didadas de conciliación previstas en el Estatuto de los Trabajadores, tras la entrada en vigor de la Ley 39/1999, no se reconoce a los trabajadores derecho alguno a trasladarse de una localidad a otra con quebrantamiento de las normas convencionales pactadas en materia de movilidad geográfica y con perjuicio para terceros con mejor derecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGÍS DASILVA, M., *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, M. J. *Clasificación profesional y movilidad en el trabajo*, CISS, 1995.
- ARBONÉS LAPENA, H.I., «Algunas consideraciones críticas sobre la movilidad geográfica tras la reforma laboral de 2012 y sus réplicas», *Revista de Información Laboral*, núm.8/2014, BIB 2014\3743,
- ARGÜELLES BLANCO, A. R., *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 2016*, Madrid, 2016.
- COLLADO LUIS, S., «La movilidad geográfica del trabajador (I y II)», *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1991.
- CORTE HEREDERO, N., *La movilidad geográfica de los trabajadores*, Lex Nova, 1995.
- CRUZ VILLALÓN, J., «La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal», *Revista de Política Social*, núm. 125.
- GARCÍA MURCIA, J., *Traslados y desplazamientos en la empresa: el artículo 40 del Estatuto de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 1996.
- «Movilidad geográfica: condiciones para la aplicación del artículo 40 del estatuto de los trabajadores», en *La modificación del contrato de trabajo*, (coord. por Vicente Antonio Martínez Abascal), Madrid, 1997.
 - «Movilidad funcional y geográfica: una reflexión general a la vista del código de trabajo de Portugal», *Aranzadi Social*, núm. 18, 2004.
- GARCÍA NINET, J.I., «Comentario al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores», en *Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Edersa, Madrid, 1981.
- GARCÍA VALVERDE, M.D., *La movilidad geográfica: un análisis teórico-jurisprudencial*, Comares, 2002.
- HERRAIZ MARTÍN, M.S., «De nuevo las trabajadoras con reducción de jornada: ¿Deben gozar de especiales privilegios ante una movilidad geográfica débil?», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2010, BIB\2010\1104.
- JOVER RAMÍREZ, C., «La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma», *Aranzadi Social* num.4, 2013, BIB 2013\1515.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, J., *Protección social de la mujer, de las familias con personas dependientes y del discapacitado como instrumento de equidad en el mercado trabajo y de conciliación de la vida familiar y laboral*, MTAS, 2005.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., «El derecho de consorte en el Estatuto de los Trabajadores», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 78, 1996.
- «Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Aranzadi Social* núm. 5, 2011, BIB 2011\1120.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La reforma de la movilidad geográfica y funcional», en *Reforma del mercado de trabajo y salud laboral: 1er Encuentro Universidad y Sindicatos*, 1995.
- «El lugar de trabajo es verdadera condición de vida para el trabajador ordinario»: «Medidas de flexibilidad interna», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100, 2012.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., «La familia en la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000.
- MEIL LANDWERLIN, G., «Globalización, movilidad laboral y vida familiar», *Panorama Social*, núm. 13, 2011.
- MOLINA HERMOSILLA, O., «Crisis económica, derechos sociales y contención del gasto: ¿queda espacio para el derecho a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres?», Ponencia presentada a las XXI jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, sobre *Constitución española y relaciones laborales en el actual escenario social y económico*, Cádiz 13 y 14 de diciembre 2012.
- MONTOYA MELGAR, A., «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial», *Aranzadi Social*, núm. 1, 1996.
- PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F., «Movilidad geográfica del trabajador (art. 40)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000.
- ROCA TRIAS, E., «Familia y constitución», trabajo realizado en el marco del proyecto «Autonomía

- e imperatividad en el Derecho de Familia: la autorregulación de la convivencia familiar y sus crisis». Ref. SEJ 2005-08663-C02-01, *AFDUAM*, núm. 10, 2006.
- ROJO TORRECILLA, E., PÉREZ AMORÓS, F., «Movilidad geográfica», en *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García / coord. por Luis Enrique DE LA VILLA GIL*, 1995.
- ROMERO BURILLO, A.M., «La impugnación individual de la movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo», *Aranzadi Social*, núm. 2/2012, BIB 2012\661.
- SALA FRANCO, T., «Movilidad geográfica», en *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, 2ª edición, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1988, página 132.
- «La movilidad geográfica», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 58, 2005 (Ejemplar dedicado a: XXV años del Estatuto de los Trabajadores).
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «El cambio de residencia en la movilidad geográfica», *Aranzadi Social* núm.17/2009, BIB 2009\1902_
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2000.
- «La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2005, BIB 2005\1145.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., CANO GALÁN, Y., *Negociación colectiva y conciliación de la vida familiar y laboral*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003.
- SERRANO ARGÜESO, M., «Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2004, BIB 2005\486.
- SERRANO OLIVARES, R., *La movilidad geográfica transnacional*, Wolters Kluwer, 2000.
- *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, Consejo Económico y Social de España, 2000.

RESUMEN

El presente estudio analiza las difíciles relaciones que hoy en día se plantean en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral frente a las decisiones empresariales de modificación del lugar de prestación de servicios que lleva aparejado un cambio de residencia para el trabajador. La normativa laboral permite que el empresario, cuando concurren las causas habilitantes para ello, pueda realizar cambios esenciales en las condiciones de trabajo que hasta el momento tenían los trabajadores afectados. Entre tales decisiones, se encuadran las que afectan al lugar donde el trabajador desarrolla su actividad laboral. Las consecuencias de esa decisión del empresario tienen una innegable trascendencia, pues en no pocas ocasiones el lugar de trabajo se convierte en elemento esencial, no sólo de la propia relación laboral, sino también de la vida privada del trabajador por sus necesidades de conciliar trabajo y responsabilidades familiares. Consciente de ello, el legislador ha articulado una serie de mecanismos protectores de los intereses del trabajador que tienen por objeto hacer menos gravosa la decisión de movilidad geográfica para los intereses del trabajador.

En efecto, es una realidad que la conciliación entre intereses inicialmente contrapuestos, exige en no pocos casos que el trabajador tenga que hacer verdaderos esfuerzos para la adecuada atención a los mismos, sobre todo en aquellos casos en los que los intereses en juego se refieren a necesidades de tipo familiar, como el cuidado de menores, de mayores o de discapacitados. Esfuerzos que incluso se complican cuando los cambios organizativos decididos por el empresario afectan a la jornada, el horario de trabajo, el salario y en particular al cambio de centro de trabajo, con o sin movilidad geográfica.

El Estatuto de los Trabajadores regula dos tipos diferentes de movilidad geográfica. Ambos conllevan la necesidad de cambio de residencia para el trabajador, pero su diferencia radica en el hecho de que uno –el traslado– tiene una duración superior al otro –el desplazamiento–. Es esa mayor duración lo que determina que entren en juego derechos vinculados a la conciliación de la vida familiar y laboral que se van a reconocer bien en los casos de traslado, bien en los de desplazamiento.

El propósito principal de este estudio es el análisis, desde una perspectiva legal, doctrinal, jurisprudencial y convencional, de las medidas de conciliación que para los distintos supuestos de movilidad geográfica reconoce el estatuto de los trabajadores.

Así, se parte de la noción de movilidad geográfica en el Estatuto de los Trabajadores para, a partir de la misma, analizar los derechos conciliación de vida familiar y laboral en el ámbito de la empresa y su proyección específica a los casos de movilidad geográfica. En relación con este aspecto, son objeto de especial atención el concepto de familia a los efectos de la aplicación de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en los casos de movilidad geográfica y las medidas específicas de conciliación previstas para los casos de traslado y de desplazamiento. En particular, la compensación de los gastos por traslado y el derecho de reagrupación familiar en los traslados y el abono de dietas y de gastos viaje y los permisos vinculados a los casos de desplazamiento.

El alcance y contenido de los distintos derechos vinculados a la conciliación de la vida familiar y laboral en los casos de movilidad geográfica, es objeto de análisis tanto desde su vertiente legal, como desde la configuración que dan a los mismos los pronunciamientos judiciales y los convenios colectivos. Desde esa perspectiva debe señalarse que muchos de los problemas que plantea la configuración de estos derechos desde una perspectiva estrictamente legal, dada la indefinición de los mismos en ciertos casos, es resuelta bien a través de la interpretación que hacen Jueces y Magistrados de la norma, bien mediante la determinación de su alcance, sus beneficiarios, su contenido o el modo en que deben ejercitarse, tal y como se contemplan en los diferentes convenios colectivos.

El análisis de las sentencias y convenios colectivos, de sector y de empresa, ha arrojado resultados esclarecedores y muy interesantes para conocer con una mayor profundidad la configuración de estos derechos.

Por otro lado, son también objeto de atención y análisis los supuestos de movilidad previstos en el artículo 40 ET, apartados 4 y 5, que están referidos, respectivamente, al derecho a la movilidad de las víctimas de violencia de género o de terrorismo y a los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad algún tipo de tratamiento, rehabilitación u orientación relacionado con su discapacidad. Aun cuando no se trate, en sentido estricto, de una medida orientada a limitar el posible impacto perjudicial que la decisión empresarial de movilidad geográfica puede tener sobre el derecho del trabajador a conciliar su vida familiar y laboral, se ha creído necesario hacerse un análisis somero a este tipo de movilidad. En este punto concreto, y dada la escueta regulación legal contenida en el artículo 40 ET, se ha acudido fundamentalmente a las previsiones contenidas en los convenios colectivos, en relación con las medidas conciliatorias vinculadas a los traslados por motivo de violencia de género, de terrorismo o por motivos de salud.

Palabras clave: Movilidad geográfica, traslado, desplazamiento, conciliación, responsabilidades familiares, responsabilidades laborales, poder de dirección.

ABSTRACT

The present study analyses the difficult relationships that nowadays arise in relation to work-life balance faced to business decisions of modification of the place of provision of services that implies a change of residence for workers. When there are reasons for it, labour regulations allow employers to be able to make the essential changes in the working conditions that the affected workers enjoyed so far. Among such decisions, there are those that affect the place where workers develop their jobs. The consequences of this decision by employers have an undeniable importance, because in many occasions the place of work becomes an essential element, not only of the labour relationship itself, but also of workers' private lives due to their needs to balance work and family responsibilities. Legislators are aware of this situation and have articulated a series of protective mechanisms for workers' interest that aim to make the decision of geographical mobility less burdensome for their interests.

In effect, it is a reality that the balance between initially opposed interests demands in many cases that workers have to make real efforts for the adequate attention to them, especially in those cases in which the interests at stake refer to family needs, such as the care of minors, elderly or disabled. Those efforts get even worse when organizational changes decided by employers affect working days, work schedules, and salaries and in particular the change of work centre, with or without geographical mobility.

The Workers' Statute regulates two different types of geographical mobility. Both involve the need for a change of residence for workers, but their difference lies in the fact that one –the transfer– has a longer duration than the other –displacement. It is this longer duration that determines that rights related to work-life balance come into play and are going to be recognized either in cases of transfer or displacement.

The main purpose of this study is the analysis from a legal, doctrinal, jurisprudential and conventional perspective, of work-life balance measures that the Workers' Statute recognizes for different situations of geographical mobility.

Thus, taking the definition of geographical mobility in the Statute of Workers as starting point, we analyse work-life balance rights in the business field and their specific projection to cases of geographical mobility. In relation to this aspect, the concept of family is underlined for the purpose of implementing measures to balance family and work life in cases of geographical mobility and specific work-life balance measures provided for cases of transfer and displacement. In particular, compensation for travel expenses and the right to family reunification in transfers and payment of travel allowances and expenses and permits linked to cases of displacement.

The scope and content of different rights linked to work-life balance in cases of geographical mobility is subject to analysis both from its legal aspect, and from the configuration given to them by judicial pronouncements and collective agreements. From this perspective, it should be pointed out that many of the problems posed by the configuration of these rights from a strictly legal perspective, given the lack of definition of them in certain cases are sorted out through the interpretation that judges and magistrates make of the law, either by determining its scope, its beneficiaries, its content or the way in which they should be exercised, as provided in different collective agreements.

The analysis of judgments and collective sector and company agreements has offered enlightening and very interesting results to know in greater depth the configuration of these rights.

On the other hand, we also focus on situations of mobility foreseen in article 40 ET, sections 4 and 5, which are related, respectively, to the right to mobility of victims of gender violence or terrorism and to workers with disabilities who demonstrate the need to receive outside of their local residence some type of treatment, rehabilitation or orientation related to their disability. Even if it is not, strictly speaking, a measure aimed at limiting the possible harmful impact that the business decision of geographical

mobility may have on workers' rights to balance their family and work life, it has been considered necessary to carry out a rough analysis to this type of mobility. In this specific point, and given the brief legal regulation contained in Article 40 ET, we have relied fundamentally on the provisions contained in collective agreements, in relation to the conciliatory measures linked to transfers due to gender violence, terrorism or for health reasons.

Keywords: Geographic mobility, transfer, displacement, work-life balance, dependent relatives, labour responsibilities, managing power.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos críticos

Extended leave of absence for child or family care: key points

JUAN GIL PLANA*

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace años uno de los grandes retos que afronta el mundo de las relaciones laborales es hacer posible la compatibilidad entre la vida profesional y la vida personal y laboral, y más modernamente, que dicha finalidad se desarrolle desde la corresponsabilidad entre la mujer y el hombre, intentando superar la primigenias inercias que llevaban a concebir la conciliación como algo predominantemente femenino, lo que suponía el mantenimiento de una visión tradicional y discriminatoria de la mujer.

Uno de los mecanismos jurídicos con una evidente vocación de conciliación de la vida personal y profesional es la posibilidad de suspender la relación laboral en determinados supuestos por un periodo de tiempo más o menos breve, entre los que se encuentra la excedencia para cuidado de un hijo o un familiar, prevista en el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Es fácilmente imaginable

que los trabajadores a lo largo de su vida laboral tengan una concreta necesidad de conciliar la vida laboral y familiar/personal por circunstancias que se prevén se van a mantener en el tiempo; necesidad que trata de ser solventada a través del mecanismo suspensivo de la excedencia. Nuestro ordenamiento contempla esta posibilidad no de forma genérica, que pudiera permitir alegar cualquier circunstancia familiar o personal, sino que concreta el recurso a la excedencia a dos causas, el cuidado de un hijo y el cuidado de un familiar, que, desde el plano del derecho del trabajo, dan lugar a dos supuestos protegidos¹ cuya configuración difiere precisamente en el supuesto de hecho y no tanto en el régimen jurídico que se anuda a él, salvo en lo atinente a la injustificada diferenciación en la configuración de la duración de cada uno de ellos y los efectos previstos en materia de protección social.

¹ JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 305, sostiene la existencia de dos supuestos de hecho respecto de los que cabe efectuar unas mismas consideraciones. En contra, RIVAS VALLEJO; P. (2007): pág. 238, sostiene que existen dos subtipos dentro de la excedencia por razones familiares, y no de dos causas porque son dos supuestos que siguen un régimen jurídico distinto, en lo atinente a la duración y a los efectos de situación asimilada al alta y prestaciones en el plano de la Seguridad Social

* Doctor en Derecho. Profesor Contratado Doctor (Acreditado a Profesor Titular) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense Madrid.

Sobre la excedencia como mecanismo de conciliación se va a tratar de reflexionar en este estudio, no tanto exponiendo la totalidad de su régimen jurídico sino exponiendo algunos puntos críticos que requieren una reforma o un pronunciamiento expreso y claro del legislador. Existen en su actual configuración jurídica tanto una serie de previsiones que o bien plantean problemas interpretativos o bien es discutible su presencia, al tiempo que existen silencios sobre aspectos que deben ser aclarados en una futura reforma.

En cualquier caso debe tenerse presente que la finalidad última perseguida con la excedencia por razones familiares es la conciliación de la vida laboral y familiar. Y digo esto porque cualquier interpretación que se haga debe tener presente dicha ratio, al tiempo que hemos de saber que se trata de una excedencia anudada a dos concretos supuestos. Estas dos prevenciones deben guiar la adopción de cualquier solución interpretativa, como de forma clara nos ha manifestado el Tribunal Constitucional al afirmar que «la dimensión constitucional de las medidas normativas tendientes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa»².

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA: NATURALEZA JURÍDICA

La inserción en el ordenamiento laboral de la excedencia para el cuidado de hijos³ se pro-

dujo con el Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora⁴, en virtud de la habilitación contenida en la Disposición Final 3ª de la Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, por influjo de la normativa aplicable a los funcionarios públicos. En esta primera regulación resaltan como principales notas caracterizadoras su configuración como derecho reconocido solamente a la mujer por el nacimiento de un hijo, el establecimiento de una duración mínima de un año y máxima de tres años que se iniciaba una vez finalizado el periodo de descanso obligatorio por maternidad, la expresa calificación como excedencia voluntaria y el consiguiente reconocimiento de un derecho de reingreso preferente⁵.

Esta formulación inicial dio paso a la contenida en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, en la que destaca la desaparición de la referencia expresa a su calificación como excedencia voluntaria –aunque se mantuvo dicha naturaleza al permanecer el derecho de reingreso preferente–; la desaparición de la duración mínima de un año al establecerse que la duración no sería superior a tres años; modificándose también el día inicial del cómputo al fijarse en la fecha del parto⁶.

La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, recepciona esta excedencia en el apartado 3º del artículo 46, presentando dos novedades, siendo la más importante su configuración ya no como derecho de la mujer sino como derecho de los «trabajadores», tanto hombres como mujeres. La otra novedad hacía referencia a la imposibilidad de disfrute simultáneo por parte de los dos progenitores en cualquier supuesto, sin diferenciar si trabajan o no para el mismo empresario.

La inicial configuración contenida en el ET ha sido paulatinamente modificada por varias

² Véase STC 3/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 3), STC 26/2011, de 14 de marzo (RTC 2011, 26).

³ Con mayor detenimiento véase RIVAS VALLEJO; P. (1999): pág. 221-223, RODRÍGUEZ COPÉ, Mª.L. (2004): pág. 172-176, GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): pág. 114-118, ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 873-874.

⁴ Apartados 1º y 2º del artículo 5º del RD 2310/1970.

⁵ Por todos, PEDRAJAS MORENO, A. (1983): pág. 157.

⁶ Artículo 25.4 Ley 16/1976.

normas hasta llegar a su configuración actual. La primera modificación se produjo con ocasión de la promulgación de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplió a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecieron medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, de especial trascendencia para el reconocimiento de la igualdad de la mujer en el marco de las relaciones laborales⁷. Esta norma introdujo en nuestro ordenamiento el reconocimiento de esta excedencia no sólo para el hijo natural sino también para el adoptado. Se introdujo, además, la garantía a efectos de promoción profesional y económica del cómputo a efectos de antigüedad del primer año de excedencia, y se reconoció el derecho de reserva del puesto de trabajo para ese primer año, manteniéndose el reingreso preferente para el resto del tiempo de excedencia al que se aplicará, por mandato expreso, las normas de la excedencia voluntaria.

Una segunda modificación se produjo por la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, que a pesar de sus deficiencias técnicas procedió a ampliar las garantías anudadas a esta excedencia⁸. Se introdujo la garantía formativa, al reconocer el derecho del excedente a participar en los cursos formativos y la obligación empresarial de convocarlo. Tanto la garantía formativa como la del cómputo a efectos de antigüedad se extendieron a toda la duración de la excedencia, no solo al primer año. Además, se reconoció el derecho de reserva para toda la excedencia, si bien para el primer año referida a «su» puesto de trabajo y para el resto del tiempo para «un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente».

La tercera gran reforma se produce con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral

de las personas trabajadoras, en la que por primera vez se reconoce que esta excedencia es un derecho «individual» del hombre y de la mujer. Especial relevancia tuvo esta norma, puesto que introdujo el segundo supuesto de hecho existente actualmente, el cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que no pueda valerse por sí mismo por razones de edad, accidente o enfermedad, por una duración no superior a un año, salvo que se pactase otra distinta en la negociación colectiva. En cuanto al cuidado de hijo, por un lado, se reconoció su disfrute para el cuidado de un menor en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoctivo, especificándose que el día inicial –también para la adopción– sería la fecha de la resolución judicial o administrativa; y, por otro lado, se limitó la prohibición de disfrute simultáneo al supuesto de que los solicitantes de la excedencia trabajasen para el mismo empresario y siempre que éste tuviera justificadas razones anudadas al funcionamiento de la empresa para negarse.

En el año 2003, en virtud de sendas leyes sectoriales se agregan dos nuevas previsiones. La primera consistente en aumentar la duración de la reserva del puesto de trabajo en caso de familias numerosas a quince o dieciocho meses en los supuestos de familias numerosas, respectivamente, de categoría general o especial⁹. La segunda consistió en incorporar la discapacidad como factor causante de una situación de desvalimiento que habilitase la utilización de la excedencia para el cuidado de un familiar¹⁰.

La última reforma de la excedencia por razones familiares se verifica con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En relación al cuidado de hijos se incluyó el acogimiento pro-

⁷ ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 873.

⁸ ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 874, habla, acertadamente, de una ampliación de la protección a los trabajadores que fueran a usar esta excedencia.

⁹ Disposición Adicional Primera de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

¹⁰ Disposición Adicional Primera de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

visional como supuesto habilitante; mientras que para el cuidado de un familiar, la duración se aumentó a dos años, dejando a la negociación colectiva la facultad de incrementarla. Para ambos supuestos, se admitió expresamente el fraccionamiento en su disfrute.

Las sucesivas reformas legislativas en torno a la excedencia por razones familiares, han evolucionado la institución, pensada inicialmente como un derecho de la mujer, hacia un derecho también del hombre bajo el doble prisma de facilitar, por un lado, la compatibilidad del trabajo con las necesidades familiares, evitando el abandono del primero cuando había que atender a las segundas, y, por otro lado, erradicar la posible discriminación —directa e indirecta— de la mujer trabajadora por cuanto ésta era y sigue siendo quien se ve implicada en la atención a las responsabilidades familiares. Desde esta última perspectiva se ha introducido por la doctrina el debate de la necesidad de acometer e introducir en nuestro ordenamiento mecanismos de corresponsabilidad en las excedencias familiares.

No debe desconocerse que esta evolución normativa responde también a la necesidad del legislador español de trasponer la normativa comunitaria sobre permisos parentales, concretamente la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental y la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental. Y que seguramente sufrirá en un futuro muy próximo una nueva modificación cuando se apruebe la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores¹¹.

¹¹ El texto de la propuesta de Directiva se puede consultar en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52017PC0253>. También resulta de interés la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuida-

Esta sucinta exposición de la evolución normativa de la excedencia por razones familiares permite explicar la evolución de su naturaleza jurídica¹². Si bien en su origen —en el Decreto 2310/1970, la excedencia por cuidado de hijos, fue calificada expresamente como una excedencia voluntaria, y a pesar de desparecer la referencia expresa se mantuvo tal naturaleza al mantenerse el derecho de reintegro —en la Ley 16/1976 y en la Ley 8/1980—, adquiere una naturaleza híbrida —con la ley 3/1989— al reconocerse el derecho de reserva del puesto para el primer año de duración de la excedencia. Naturaleza híbrida que es desterrada con la promulgación de la Ley 4/1995 en la que ya su Exposición de Motivos deja claro que «es conveniente extender el régimen de excedencia forzosa regulado por la Ley a todo el período de excedencia» para mitigar las nocivas consecuencias que repercutían en la mujer en el ámbito laboral.

Aunque un sector de la doctrina científica¹³ y la jurisprudencia¹⁴ ha mantenido que la excedencia por razones familiares tiene una naturaleza híbrida dado que es un derecho de naturaleza voluntaria que debe ser solicitado por el trabajador/a que goza de las garantías de la excedencia forzosa, actualmente no cabe duda de que estamos en presencia de una

res», COM(2017) 252 final, que se puede consultar en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-252-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

¹² Sobre la evolución de la naturaleza de esta excedencia véase RIVAS VALLEJO, P. (1999): pág. 223-230, GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): pág. 114-118, POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 5-9 de 18 (versión online); ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 873-874.

¹³ Para ROMERO RODENAS M^a.J. (2003): pág. 80 y ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 875, goza de una naturaleza híbrida al considerar que es un derecho de naturaleza voluntaria que debe ser solicitado por el trabajador/a que goza de las garantías de la excedencia forzosa.

¹⁴ Parece decantarse por una naturaleza híbrida la STS de 21 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3460) cuando afirma que «si bien de forma expresa el repetido artículo 46. en su apartado primero sólo reconoce como forzosa la excedencia concedida «por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo», y la excedencia por cuidado de hijo es de naturaleza voluntaria [...] los efectos jurídicos que despliega esta excedencia son los propios de la excedencia forzosa»

excedencia forzosa tanto para el cuidado de hijos como de familiares, porque a diferencia de la excedencia voluntaria se configura como un derecho causal –como lo es la excedencia forzosa–, al que se le anudan los efectos típicos de esta última. El hecho de que su disfrute dependa de la voluntad del trabajador no es un elemento determinante para atribuirle una naturaleza diferenciada y distinta a la excedencia forzosa, porque en última instancia ésta también depende de la voluntad del trabajador de ostentar un cargo público. En efecto, si la excedencia forzosa se define en el artículo 46.1 del ET, como aquella que da derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad, y dicha caracterización se preconiza también para la excedencia para el cuidado de hijo o familiar en el apartado 3º del artículo 46 del ET, debe concluirse que esta última es un supuesto de excedencia forzosa¹⁵. Afirmación que no se puede ver alterada por el hecho de que se le anuden otros efectos a la excedencia para el cuidado de hijos o familiares.

La consecuencia sistemática a que debería abocar la configuración de la excedencia para el cuidado de hijo o familiar como un supuesto de excedencia forzosa es la necesaria reordenación de la estructura del artículo 46 del ET encaminada a incluirla en su apartado primero, desapareciendo el actual apartado tercero, aprovechando dicha reordenación para aclarar las dudas de su actual configuración y solventar las omisiones expuestas por la doctrina.

3. DERECHO CAUSAL E INCONDICIONADO

La excedencia para el cuidado de un hijo o de un familiar es un derecho que se reconoce a los trabajadores, hombres y mujeres, siendo

indiferente si su relación laboral es indefinida o temporal¹⁶; derecho que no está sujeto ni a autorización previa por el empresario ni es susceptible de ser condicionado por éste, salvo en el supuesto de que dos o más trabajadores pudieran disfrutar de la excedencia por el mismo sujeto causante, en cuyo caso la norma permite al empresario limitar el disfrute simultáneo por «razones justificadas de funcionamiento de la empresa».

La norma nada dice acerca de si el trabajador debe –y en su caso, con que antelación– comunicar al empresario su intención de iniciar el disfrute de una excedencia por razones familiares. De la observancia de la buena fe que preside el desarrollo de toda relación laboral se deriva que el trabajador debe preavisar con la antelación suficiente para que el empresario pueda proceder a acometer las medidas y ajustes organizativos derivados de su ausencia temporal de la empresa¹⁷. Incluso se ha postulado que el convenio colectivo sea el instrumento normativo idóneo para establecerlo¹⁸.

No obstante, el preaviso previo será un aspecto que deberá ser objeto de previsión expresa por nuestro legislador si se mantiene inalterada la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, dado que en su artículo 5.3 se obliga a los

¹⁶ En el plano constitucional se ha reconocido la excedencia por razones familiares a las funcionarias interina en las SSTC 240/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999, 240) y 203/2000, de 24 de julio (RTC 2000, 203). Y en la doctrina judicial respecto a la contratación temporal laboral se ha admitido por, entre otras, SSTSJ Comunidad Valenciana de 19 de enero de 1999 (AS 1999, 5076) y 14 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 3718), STSJ Andalucía, Sevilla de 28 de mayo de 1999 (AS 1999, 2988), STSJ Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 1999 (AS 1999, 4023), STSJ La Rioja de 26 de octubre de 2000 (AS 2000, 4173), STSJ Castilla-León de 2 de noviembre de 2004 (AS 2005, 349), STSJ Madrid de 30 de abril de 2008 (AS 2008, 921).

¹⁷ En este sentido, VALLE MUÑOZ, F.A. (1999): pág. 62, SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 716.

¹⁸ VALLE MUÑOZ, F.A. (1999): pág. 67, ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 879.

¹⁵ Así lo califican, ESCUDERO RODRÍGUEZ R. y MERCADER UGUINA, J.R. (1995): pág. 4 (versión online), QUINTANILLA NAVARRO, B. (1995): pág. 3 (versión online), RIVAS VALLEJO; P. (2007): pág. 238, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2008): pág. 195-196, LOUSADA AROCHENA, J.F. (2010): pág. 17, JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 303.

Estados miembros –sin posibilidad de apartarse de dicha obligación por cuanto se dice que «establecerán»– a prever el «preaviso que debe cumplir el trabajador de cara al empleador al ejercer su derecho de permiso parental», en el que deberá indicarse «la fecha prevista de inicio y de fin del período de ausencia», teniendo presente «las necesidades tanto de los empleadores como de los trabajadores».

Ahora bien siendo un derecho del trabajador, es un derecho causal¹⁹ por cuanto su disfrute dependerá de que el trabajador tenga que cuidar un hijo o a un familiar que se encuentren en las circunstancias que marca el artículo 46.3 del ET: si se trata de un hijo natural que no tenga más de tres años, si se trata de un hijo adoptado o un sujeto sometido a guarda que no hayan transcurrido más de tres años desde la resolución administrativa o judicial o si se trata del cuidado de un familiar que esté dentro del segundo grado de parentesco, que tenga una edad, accidente, enfermedad o discapacidad que no le permitan valerse por sí mismo y que no desarrolle actividad retribuida.

La causalización de la excedencia plantea dos interrogantes, uno en el momento de la concesión, relativo a cuál puede ser el papel del empresario en la verificación de la causa o, dicho de otra forma, si puede el empresario exigir al trabajador que acredite estar en las circunstancias que la norma establece para solicitar esta excedencia; el otro interrogante se produce durante el disfrute de la excedencia y es el de su compatibilidad con el desarrollo de una actividad remunerada para otra empresa o de forma autónoma.

Abordando aquí el primer interrogante, es claro que la excedencia para el cuidado de un hijo o un familiar es un derecho no sujeto a autorización empresarial, pero como quiera que es un derecho causal, no será necesaria autorización siempre y cuando el trabajador se encuentre y cumpla con los presupuestos

previstos o, dicho de otra manera, el empresario nada tiene que decir si el trabajador cumple con los presupuestos previstos en el artículo 46.3 del ET²⁰, pero si no los cumple podrá aquél denegar el disfrute de la excedencia, en el bien entendido que la norma permite la verificación de los presupuestos pero no la valoración de si son o no suficientes los alegados por el solicitante de la excedencia. Por poner un ejemplo, si un trabajador solicita la excedencia para cuidar un hijo adoptado cuatro años después de obtener la resolución administrativa es evidente que no tiene derecho a ella y no es posible negar al empresario la capacidad de rechazar dicha solicitud porque sostener lo contrario sería descausalizar la excedencia para el cuidado de hijo o familiar y asemejarla a la excedencia voluntaria.

La doctrina judicial es tajante al afirmar el carácter no condicionado del derecho del trabajador a esta excedencia pero no está bien concluido el razonamiento. Así se dice que «su concesión no depende de la voluntad de la empresa sino que constituye un derecho del trabajador cuando concurren las circunstancias legalmente exigibles bastando la notificación a la empresa para situarse en la misma y quedar suspendido el contrato», argumento que se completa con la idea de que «tal excedencia opera automáticamente sin más requisito que la previa comunicación al empresario por parte del trabajador de situarse en tal situación, sin que su disfrute quede condicionado al reconocimiento previo por parte del empresario»²¹; o se afirma que es un «derecho que en

²⁰ En este sentido la STSJ Cataluña de 20 de enero de 2012 (AS 2012, 485) y la STSJ Castilla-La Mancha, de 15 de febrero de 2011 (AS 2011, 1034) afirman que «constituye un derecho individual de los trabajadores que el empresario está obligado a reconocer si se cumplen los requisitos constitutivos del derecho».

²¹ Los entrecorillados son de la STJS Comunidad Valenciana, de 30 de julio de 1996 (AS 1996/2701). En idénticos términos, entre otras, STJS Andalucía, Sevilla, de 24 de abril de 1998 (AS 1998/2194), STSJ Murcia de 20 julio de 1993 (AS 1993, 3486), STSJ Murcia de 28 enero de 1993 (AS 1993, 253), STSJ País Vasco de 9 diciembre de 1993 (AS 1993, 5394), STSJ Islas Baleares de 7 de diciembre de 1995 (AS 1995, 4698).

¹⁹ GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): pág. 119.

absoluto puede ser negado o desconocido por la patronal [...] existiendo la causa que origina el derecho al período de excedencia, en este caso, el nacimiento del hijo, y solicitándolo el trabajador, el empresario no puede oponerse a la excedencia ni tampoco, lógicamente, puede aplazar el disfrute de la misma [...]. Esto es, la empresa, está obligada a conceder la excedencia y debe hacerlo sin dilaciones arbitrarias [...], por lo que una vez recibida la solicitud de excedencia, la empresa no puede impedir ni limitar su ejercicio»²².

No se discute que estemos ante un derecho del trabajador no sujeto a concesión previa por el empresario o susceptible de ser condicionado, lo que se afirma es las afirmaciones judiciales de que se tendrá el derecho «cuando concurren las circunstancias legalmente exigibles» o «existiendo la causa», deben completarse con la premisa de que operará automáticamente la solicitud de excedencia siempre que se den los presupuestos previstos, lo que supone necesariamente reconocer al empresario la capacidad de denegarla si verifica que no se dan éstos.

Consecuencia de lo anterior es que el empresario puede exigir al trabajador que solicite esta excedencia que acredite que se encuentra en alguno de los supuestos previstos y que reúne los presupuestos marcados. Para el supuesto de cuidado de hijo natural bastará con acreditar que es menor de tres años. Si se trata de hijo adoptado o sujeto en situación de guarda será suficiente acreditar que no han transcurrido más de tres años desde la fecha de la resolución administrativa o judicial. En este supuesto de excedencia la verificación resulta sencilla porque no es posible que el empresario pueda introducir juicios valorativos, la edad se tiene o no se tiene, la fecha de la resolución judicial o administrativa es cierta y se está o no se está dentro del plazo previsto por la norma.

En la doctrina se ha negado la facultad empresarial de exigir al trabajador que acredite que reúne los requisitos previstos en el artículo 46.3 del ET porque no existe «previsión alguna sobre una eventual exigencia empresarial en torno a la acreditación de tal circunstancia»²³, o porque, al no decir nada la norma, la acreditación de la causa no es un requisito obligatorio²⁴. Ahora bien, el silencio del legislador no debe interpretarse como negación de dicha facultad empresarial, pues ésta deriva de la propia causalización de la excedencia por razones familiares; de suerte que cuando la excedencia se sujeta a la concurrencia de una causa, de la misma se deriva la facultad del empresario de poder exigir al trabajador que acredite su concurrencia, no siendo necesario una previsión expresa sobre ella. Lo contrario, negar dicha facultad empresarial, dotaría de naturaleza voluntaria a esta excedencia, de suerte que la que la causa ya no sería el cuidado de un hijo o familiar, sino la mera voluntad del trabajador.

Sin embargo, en el supuesto de cuidado de un familiar, siendo fácil acreditar el grado de parentesco y el no desarrollar actividad retribuida, no lo es tanto, o por lo menos no en todas las situaciones, acreditar la situación de desvalimiento del familiar; circunstancia que además se presta a que el empresario formule juicios de valoración sobre si la situación descrita requiere o no el cuidado del familiar. En efecto, cuando la situación de desvalimiento se acredita mediante el reconocimiento de un grado de incapacidad o una resolución declarativa de la condición de discapacitado, la circunstancia está debida justificada, pero cuando el cuidado del familiar se produce por situaciones donde no hay un documento emitido por instancia oficial alguna que lo ampare sino que es la mera evidencia constatada por el solicitante de la excedencia, puede surgir el riesgo de que el empresario proceda a denegar la solicitud basándose en su propio juicio de

²² STSJ Madrid de 29 de abril de 2003 (AS 2003, 3256). En idéntico sentido STSJ Madrid de 10 de enero de 2002 (AS 2002, 857) y STSJ Madrid 27 de septiembre de 2000 (AS 2000, 4143).

²³ GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): pág. 119, quien efectúa dicha afirmación tras subrayar su carácter causal.

²⁴ VALLE MUÑOZ, F.A. (1999): pág. 62.

que de la situación descrita por el solicitante no se deriva una situación de desvalimiento del familiar. En estos casos, alegada una situación de desvalimiento de un familiar, se está cumpliendo con lo exigido por el precepto estatutario, y el empresario no puede emitir juicios de valor sobre si existe o no dicha situación para denegarla, porque ahora sí que tiene que operar la configuración de la excedencia como derecho no sujeto a autorización por cuanto el trabajador presenta una situación de desvalimiento de un familiar que es lo único que pide la norma. Si la situación descrita por el solicitante fuera genérica –del tipo «necesita cuidados»– la empresa no debe proceder a denegar la excedencia sino a solicitar que aclare y concrete esa necesidad de cuidados del familiar.

La excepción a la configuración de la excedencia como un derecho no susceptible de ser condicionado por el empresario prevista legalmente, al permitirle denegar la excedencia por razones de funcionamiento cuando se solicita para un mismo sujeto por parte de dos o más trabajadores de la misma empresa, debe ser objeto de una doble reflexión.

En primer lugar, respecto al propio mantenimiento de la excepción, se ha afirmado que no resulta muy justificada si tenemos en cuenta, primero, que el trabajador en excedencia no le supone coste alguno al empresario; segundo que se contemplan bonificaciones incentificadoras en materia de cotización y, tercero, que se permite el disfrute simultáneo cuando los solicitantes trabajan en distintas empresas²⁵. Sin embargo, parece razonable su mantenimiento puesto que no debe olvidarse que la limitación del disfrute simultáneo no se permite por cualquier causa, sólo será viable si se ampara en razones funcionales, dándose así cobertura legal a la posible existencia de razones empresariales que la justifiquen. Además, sí tiene una serie de costes para el empresario, como son el cómputo a efectos de

antigüedad de la duración de la excedencia, no solo en la esfera retributiva sino también en la esfera indemnizatoria, a los que habría que añadir, al amparo de la reciente orientación de la doctrina comunitaria sobre indemnización en los supuestos de extinción de contratos de interinidad, el nuevo coste que se puede derivar de la contratación de dos interinos para sustituir a los dos trabajadores que han pedido la excedencia para el cuidado de un mismo sujeto.

En segundo lugar, la posibilidad de denegación empresarial se sujeta a ofrecer una justificación que al basarse en el «funcionamiento de la empresa» hace surgir la duda de si sería suficiente cualquier razón funcional o por el contrario será necesaria una razón cualificada. La salvaguarda de los intereses familiares que están en juego hace que deba desecharse cualquier razón funcional, porque de admitirse esta opción interpretativa se estaría enervando fácilmente la posibilidad de disfrute de esta excedencia, dándose lugar a una interpretación poco favorecedora de la conciliación de la vida laboral y familiar; de suerte que sólo razones funcionales cualificadas justificarían la denegación. Por tanto, razones como la dificultad de sustitución de los solicitantes o el posible perjuicio que conlleva conceder la excedencia por las tareas o responsabilidades que desarrollan no serían razones suficientes para amparar la denegación empresarial. Sería conveniente que el legislador precisase mejor la posible justificación de la denegación mediante una fórmula más conocida en nuestro ordenamiento, postulada por la doctrina²⁶, como es la existencia de causas organizativas, técnicas, productivas –excluyendo las causas económicas, por no afectar directamente al funcionamiento empresarial–, al tiempo que habilitase a la negociación colectiva para que pueda proceder a dicha concreción, como permite la cláusula 3 c) de la Directiva 2010/18/UE.

²⁵ Estas son las razones esgrimidas por RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2013): pág. 83.

²⁶ En este sentido GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): pág. 120, quien además considera que tendrían cabida las razones económicas.

4. PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Una cuestión que resulta de especial interés en relación a la excedencia por cuidado de hijos o de familiar es concretar cuál es el papel que puede desarrollar la negociación colectiva en la configuración jurídica de la misma. El artículo 46.3 del ET contiene una única referencia a la negociación colectiva cuando al establecer la duración de la excedencia para cuidar un familiar habilita a ésta a ampliar la duración máxima de dos años.

La negociación colectiva puede mejorar el régimen jurídico de mínimos establecido en el artículo 46.3 del ET²⁷, de suerte que puede establecerse, por ejemplo, que trascurrido el primer año el resto de la duración de la excedencia quede sujeto también a reserva del mismo puesto de trabajo, lo que supone una mejora respecto al régimen legal; pero no podría introducirse vía negociación colectiva previsiones que restringiesen la cobertura legal, como por ejemplo, reconocer dicha excedencia sólo a los trabajadores con contrato de duración indefinida²⁸.

El interrogante que se plantea es si es posible que la negociación colectiva pueda establecer otra serie de previsiones relativas a esta excedencia que pudieran condicionar su concesión o ejercicio²⁹. La respuesta me parece

²⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V. (1989): pág. 13, GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): pág. 118

²⁸ Posibilidad rechazada por la STSJ Castilla-La Mancha, de 23 de noviembre de 1999 (AS 1999, 4023), dado que se «regula la excedencia para atender al cuidado de cada hijo [...] como derecho de «los trabajadores», sin distinción por tanto, no sólo entre hombre y mujer, sino en atención a la naturaleza indefinida o temporal del vínculo contractual, lo que comporta que el convenio, norma que por antonomasia viene a mejorar la regulación general, no es posible que restrinja un derecho reconocido con carácter general, y en cuya regulación no existe remisión a que el convenio colectivo pueda excepcionar o restringir el derecho que establece». En idénticos términos STSJ C.Valenciana de 14 de septiembre de 2005 (JUR 2006, 3718).

²⁹ Para ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 879 el convenio colectivo no podría establecer «un plazo, superado el cual no cabría su disfrute, pues se trataría de una regulación *in peius*

que debe ser negativa³⁰. En primer lugar, el legislador podría haber dado un mayor protagonismo a la negociación colectiva en otros aspectos del régimen jurídico de esta excedencia y no lo ha hecho. En segundo lugar, el establecimiento de previsiones que pudieran condicionar la concesión o limitar su ejercicio –además de suponer un quebranto del principio de jerarquía normativa ex artículo 9 de la CE– serían contrarias a la interpretación a favor de la no discriminación y de la protección de la familia exigidas por nuestro Tribunal Constitucional, pudiendo incurrir en una vulneración del artículo 14 y 39 de la CE.

El problema que se plantea es determinar cuándo una previsión convencional es una mejora que no condiciona ni la concesión ni el ejercicio de la excedencia por razones familiares. Tarea no siempre de fácil consenso doctrinal. En la doctrina laboralista se ha reconocido el papel de la negociación colectiva en aspectos como la ampliación de la duración o el establecimiento de preavisos para la reincorporación, al tiempo que se afirma que «ni la negociación colectiva ni el contrato de trabajo podrán limitar el ejercicio de estos derechos imponiendo requisitos procedimentales para su ejercicio que impliquen una restricción de los amplios términos legales, tampoco exigiendo una determinada antigüedad [...], ni la necesidad de convivencia del familiar dependiente con el trabajador solicitante»³¹. Sin embargo, en mi opinión, el establecimiento de un preaviso sí condiciona el ejercicio de esta excedencia y no supone una mejora respecto a lo previsto en el

de la norma», pero sí admite «aunque no lo diga la ley, la regulación de mejora o relación de suplementariedad de convenio colectivo», poniendo como ejemplo la ampliación de la duración de la excedencia.

³⁰ Sin embargo parece que para GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M. (2012): pág. 142-143, la solicitud es extemporánea si se incumple el plazo previsto en el convenio colectivo, lo que supone atribuir a éste la capacidad de establecer previsiones que afectan al ejercicio de la excedencia por razones familiares.

³¹ ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 885. También DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2010): pág. 814 afirma la posibilidad de que la negociación colectiva pueda mejorar la duración de la excedencia o la garantía de conservación del puesto de trabajo.

precepto legal por la sencilla razón de que éste guarda silencio al respecto; en consecuencia el establecimiento por la negociación colectiva de un preaviso no puede resultar vinculante para el trabajador excedente.

En el ámbito de la doctrina judicial, no hay un claro pronunciamiento a favor del reconocimiento a la negociación colectiva de un papel configurador del preaviso de la excedencia para el cuidado de un hijo o familiar, mientras que sí lo hay negando tal opción interpretativa. En efecto, la STSJ La Rioja de 1 de octubre de 2010 (AS 2010, 2524) aunque manifiesta que cualquier limitación a esta excedencia puede ser contraria al principio de no discriminación por razón de sexo y el principio de protección de la familia, concluye que «las normas que regulan el derecho al cuidado de hijos de la mujer trabajadora han de interpretarse y aplicarse en la forma que resulte más favorable a la efectividad del derecho sin que puedan imponerse limitaciones que la norma no establece o que no se deducen directamente de su contenido o que no resulten acordes con la dimensión constitucional de ese derecho», lo cierto es que parece admitir la cláusula convencional que establece un plazo de preaviso, no admitiendo el efecto de renuncia por parte de la trabajadora por no constar efecto alguno en el convenio para el supuesto de incumplimiento del preaviso.

Más clara es la STSJ Castilla-La Mancha de 11 de octubre de 2005 (AS 2005, 3187) cuando afirma que «estamos por tanto ante una regulación específica, derivada de la mencionada Ley de 5-11-99, y que introdujo en el ámbito laboral un régimen jurídico propio y particular, en beneficio del menor, en claro desarrollo de lo que establece el artículo 39 del texto constitucional. Quiere ello decir que el ejercicio de tal derecho a la excedencia, cuando está fundado en alguna de las causas señaladas, no está sometido a ninguna otra exigencia, y desde luego, no puede ser minorado por los convenios colectivos, que están limitados en cuanto a su contenido, por lo que venga establecido sobre la materia en la Ley (artículo 85, 1 ET). No estamos por lo tanto ante un derecho que sea

dispositivo, sino ante una regulación general mínima e irrenunciable (artículo 3, 5 ET), e innegociable en el ámbito colectivo (artículo 85, 1 ET citado). Es desde esta perspectiva desde la que se tiene que entender la remisión que hace el Estatuto a los convenios colectivos, en el punto 6 del citado artículo 46, que únicamente viene a posibilitar –lo que en buena medida resulta innecesario– que en los convenios colectivos se pueda extender la excedencia a otros supuestos, con el régimen y los efectos que allí se prevean para esos supuestos nuevos. Pero sin que pueda el convenio limitar ni alterar «in peius» el régimen jurídico establecido en el artículo 46 ET, en general, y mucho menos en el caso que se contempla en el presente recurso, adornado de una especial protección. Así debe de entenderse lo que se señala en la STS de 18-9-02 (RJ 2002, 10678) citada por la recurrente; únicamente cabe introducir cautelas o exigencias no contempladas en la Ley, para los nuevos casos no recogidos en la misma, sino que son introducidos «ex novo» por el Convenio Colectivo». O la STSJ Islas Baleares de 9 de octubre de 2014 (AS 2015/32) al sostener que la «excedencia para el cuidado de hijos, situación que merece especial protección, con un régimen jurídico cercano a la excedencia forzosa, con derecho a la reserva del puesto de trabajo, por lo que si el reingreso ha de solicitarse sin este condicionamiento temporal, no cabe que los convenios colectivos establezcan requisitos no establecidos por la legislación, derivando de su posible incumplimiento la terminación de la relación contractual, en la medida que ha de ser respetada la jerarquía de fuentes del derecho establecida en el artículo 9 de la Constitución española, y artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores»³².

³² Ya la STSJ Islas Baleares de 4 de julio de 2007 (JUR 2007, 308667) afirmó con rotundidad que «el motivo prospera, porque la exigencia de un preaviso de reingreso cuyo incumplimiento supone la dimisión o abandono del puesto de trabajo es un límite que el legislador no establece y comporta la restricción de un derecho que goza de una protección especial, por lo que ese límite no puede ser aceptado con esa eficacia por contrariar la voluntad del legislador que en ningún caso fija o regula un preaviso en esas condiciones».

En esta misma línea interpretativa parece que se sitúa la STSJ País Vasco de 27 de marzo de 2012 (JUR 2012/188156) pues, aun cuando la *ratio decidendi* fundamental se basa en que el precepto convencional no establece realmente un preaviso para la reincorporación, afirma que «condicionar el derecho a la reincorporación de los excedentes por cuidado de hijos al cumplimiento de los trámites de solicitud del reingreso [previstos en el convenio], con eventual pérdida del mismo de ejercitarse fuera del plazo, [...] además, contravendría el mencionado precepto legal que no supedita la efectividad del derecho a la observancia de ese requisito». Incluso la STSJ Andalucía, Sevilla, de 1 de julio de 2009 (AS 2009, 1928), aunque atribuye eficacia a la previsión convencional que establece un plazo de preaviso, parece que diluye dicha eficacia porque analiza si el excedente ha solicitado la reincorporación en un momento inmediato anterior a la finalización de la excedencia, de lo que cabe inferir que si lo hubiera hecho habría decaído la validez de aquélla.

Un sector de la doctrina científica sí que apuesta por dar protagonismo a la negociación colectiva a la hora de fijar el plazo y el modo del preaviso por entender que es la «sede más apropiada para proceder a tal concreción»³³. No habría inconveniente en admitir que la negociación colectiva establezca el preaviso, pero el problema se suscita cuando el trabajador excedente lo incumple; planteándose entonces, como ya he señalado, el valor de la previsión convencional en el sentido de si su incumplimiento debe conllevar el no ejercicio en tiempo del derecho de reingreso y, en consecuencia, se produce una renuncia del trabajador a su reincorporación a la empresa. En mi opinión, cualquier previsión convencionalmente establecida no puede condicionar ni la concesión, ni el ejercicio ni la eficacia de la excedencia para el cuidado de un hijo o familiar, de suerte que el papel del convenio colectivo se limitaría a meras pautas orientativas.

³³ GARRIGUES GIMÉNEZ, A (2004): pág. 124.

Como tampoco se ha considerado vinculante, a efectos de condicionar el derecho a esta excedencia, el establecimiento en la negociación colectiva de un plazo de tiempo determinado para que el empresario conteste a la solicitud del trabajador; de suerte que su inobservancia por éste al iniciar la excedencia sin esperar a la contestación empresarial dentro del plazo conlleve consecuencia extintiva alguna³⁴.

5. SUJETOS HABILITANTES

La operatividad de esta excedencia se anuda a la necesidad de conciliar la vida laboral y personal en relación a dos posibles y distintos sujetos, como son el hijo o el familiar. En cuanto al hijo, será su nacimiento, su adopción o la guarda con fines adoptivos o de acogimiento permanente lo que posibilite solicitarla; mientras que en relación al familiar se circunscribe al que lo sea, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado.

4.1. Excedencia para el cuidado de hijos

4.1.1. Acogimiento temporal o urgente

En relación a la excedencia por cuidado de hijos resulta criticable que, para el supuesto de guarda por acogimiento, sólo se permita cuando el acogimiento sea permanente, excluyendo la posibilidad de acudir a esta excedencia cuando se trata de un acogimiento urgente o temporal³⁵.

No es posible encontrar justificación alguna a esta omisión, salvo el carácter no definitivo del acogimiento que daría lugar a una posible utilización abusiva por parte del

³⁴ STSJ País Vasco de 9 de diciembre de 2104 (AS 2015, 114).

³⁵ Esta crítica ya viene formulada por PÉREZ DEL RÍO, T. (1999): pág. 54; CRUZ VILLALÓN, J. (1999): pág. 81; ALBIOL MONTESINOS, I. (2001): pág. 85; RIVAS VALLEJO, P. (2007): pág. 238; POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 3 de 18; JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 2 de 21 (versión online)

trabajador³⁶. Sin embargo, debería incluirse el acogimiento temporal e incluso el urgente como supuestos que permitieran acudir a este tipo de excedencia. En primer lugar, si tenemos presente que el acogimiento urgente y el permanente pueden tener, respectivamente, una duración máxima de seis meses y dos años [art. 173 bis. 2 a) y b) CC], es evidente que puede surgir una necesidad de conciliación que se prolonga en el tiempo y que debe ser cubierta a través de esta excedencia. En segundo lugar, el propio legislador laboral a la hora de configurar una necesidad de conciliación de menor duración en el tiempo como es la suspensión por guarda con fines de acogimiento prevista en el artículo 45.1 d) del ET, no la limita al acogimiento permanente al extenderla al acogimiento temporal cuando admita la suspensión contractual en los supuestos de guarda por acogimiento «de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año».

Desde luego carece de justificación alguna omitir el acogimiento temporal como supuesto habilitante de la excedencia por cuidado de hijos; y siendo discutible para el acogimiento urgente, creo que no habría ningún inconveniente en reconocerlo puesto que también se da una necesidad de conciliación de la vida laboral y familiar que en la actualidad se encuentra sin respuesta.

La omisión por el legislador laboral de estas modalidades de acogimiento desconoce que, atendiendo a la duración máxima del acogimiento urgente y temporal, es evidente que puede surgir una necesidad de conciliar vida laboral y familiar que hace necesaria una modificación de la norma encaminada a incluir ambos supuestos de acogimiento. Podría permitirse la suspensión contractual para el supuesto de acogimiento urgente, previa modificación de la duración máxima exigida para la suspensión, y reubicar el acogimiento tem-

poral como supuesto habilitante de la excedencia por cuidado de hijos.

Si, como ya he indicado, la posible razón de omitir el acogimiento urgente o temporal radicase en la posible utilización abusiva o fraudulenta del trabajador, debe tenerse presente que no parece muy factible que se den estas conductas porque no hay que olvidar que el trabajador deja de percibir sus retribuciones, no siendo pensable que pueda utilizar estas modalidades de acogimiento para llevar a cabo actos en fraude de ley.

4.1.2. *Edad máxima en la adopción y acogimiento*

La edad máxima del hijo natural para poder solicitar la excedencia es de tres años toda vez que al establecer el legislador la duración máxima para este supuesto de excedencia se afirma que no podrá ser superior a tres años a contar desde la fecha de nacimiento, lo que, indirectamente, supone establecer una edad máxima del hijo natural. No ocurre lo mismo cuando el hijo es adoptado ni en los supuestos de guarda legal, en los que la duración máxima se cuenta a partir de la fecha de la resolución judicial o administrativa; de suerte que se produce una indeterminación de la edad máxima que puede tener el hijo adoptado o del acogido para poder originar una excedencia para su cuidado.

Cabe preguntarse si en el supuesto de adopción o guarda debería establecerse un límite de edad del sujeto adoptado o respecto del que se ejerce la guarda legal. Un sector de la doctrina ha manifestado que la indeterminación del legislador español debe interpretarse como una toma de postura a favor de la inexistencia de límite edad pues lo importante sería el hecho mismo de la adopción o acogimiento que se equipara al nacimiento y determina el ingreso en la familia³⁷. Para otros autores, resulta ilógico no sujetar a un límite de edad

³⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R. (2007): pág. 426 apunta como posible causa de exclusión su menor duración.

³⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V. (2000): pág. 16

la excedencia en los supuestos de adopción o acogimiento postulando diversas soluciones en aras a fijarlo³⁸, advirtiéndonos, además, que de la normativa comunitaria se deduce la necesidad de que las legislaciones internas contemplen expresamente la edad máxima de los menores para poder generar este tipo de excedencia³⁹.

Es verdad que la norma no establece límite alguno de edad del adoptado o acogido, lo que podía llevarnos a sostener que donde la ley no distingue no deberíamos establecer limitaciones los operadores jurídicos, pero también es verdad que esta excedencia que responde a una posible necesidad de conciliar la vida laboral y familiar se articula, tratándose de menores, en el tramo de edad en el que éste requiere más atención y no parece lógico desprenderse de esta lógica en el supuesto de adopción y acogimiento. Tanto si el cuidado lo requiere un hijo natural como un hijo adoptado o un acogido, la necesidad de conciliar la vida laboral y familiar deviene necesaria en los primeros años por darse en los tres supuestos una mayor dependencia, que decrece a medida que el menor va cumpliendo años al disminuir su dependencia.

Además, desde el derecho positivo, se ha de tener presente que la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo, por la que se aplica el Acuerdo Marco sobre Permiso Parental, contempla el reconocimiento del permiso parental hasta una edad determinada, no superior a ocho años (art. 2), lo que evidencia que cualquier tipo de permiso, en este caso, la excedencia para el cuidado de un hijo adoptado o sujeto acogido también debe sujetarse a una edad máxima. Parece evidente que la norma española no cumple con el mandato comunitario del que parece desprenderse la necesidad de

concretar la edad máxima de los permisos parentales.

Afirmada la necesidad de establecer un límite de edad, aflora el problema de concretarlo. Son varias las posibles soluciones que encontramos en el derecho positivo. Una primera, sería utilizar el límite de tres años de edad previsto para los hijos naturales. Una segunda posibilidad sería reconducirlo al plazo de seis años previsto para la suspensión contractual por adopción y guarda legal prevista en el artículo 45.1 d) del ET. La tercera alternativa, sería establecer el límite de edad en ocho años⁴⁰, que es el máximo previsto en el artículo 2 de la Directiva 2010/18/UE. Y la última opción interpretativa sería la de fijar la edad máxima en doce años, tal y como se establece para la reducción de jornada por adopción o guarda en el artículo 37.6 del ET.

De todas las soluciones expuestas, de lege ferenda, deberíamos apostar por la última en cuanto supone la última evolución en relación a la elevación del límite de edad en una medida de conciliación de la vida laboral y familiar acorde con los parámetros constitucionales de interpretación a favor de la conciliación. Sucede, sin embargo, que desde la aplicación de los mecanismos de integración jurídica previstos en nuestro ordenamiento, en concreto la analogía, la solución más acorde sería establecer el límite de edad del adoptado o acogido en seis años. En efecto, el supuesto que guarda mayor simetría con la excedencia prevista en el artículo 46.3 del ET es el de la suspensión contractual por adopción o guarda del artículo 45.1. d) del ET, pues ambos son dos supuestos de suspensión contractual por la misma causa –adopción o guarda legal–, y, en consecuencia, el límite previsto en este último es el que debería aplicarse en aquél⁴¹. No obstante, debe

³⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1999): pág. 21, JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 2 de 21

³⁹ DE LA VILLA GIL, L.E. y López Cumbre, L. (1999): pág. 59-60, JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 306, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2013): pág. 81.

⁴⁰ Opción por la que abogan RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2010): pág. 126, pues es la solución dada a la reducción de jornada por idéntico motivo y cuya finalidad es la misma que la excedencia. También en este sentido, LÓPEZ TERRADA, E. (2012): pág. 288.

⁴¹ Esta es la solución propuesta por GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1999): pág. 20 (versión online); JURADO SEGOVIA, A. (2017):

advertirse que la propuesta que se está tramitando de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, en su artículo 5.1 contempla que el permiso parental deberá establecerse como mínimo hasta la edad de doce años del menor, lo que va a suponer a futuro una necesaria reordenación de nuestra ordenación jurídica de la excedencia por razones familiares.

Lo afirmado anteriormente nos lleva al punto de partida, al límite de edad en el supuesto de hijo natural, para criticar que el mismo se formule indirectamente al establecer la duración máxima de la excedencia para este supuesto, abogando por una reformulación de la excedencia en la que de forma explícita se diga cuál es el límite de edad del hijo natural para solicitarla, pues la norma comunitaria contiene un mandato de determinación de este parámetro. Siendo conveniente aprovechar la concreción del límite de edad del hijo natural para homologarlo, como mínimo, con el propuesto para el supuesto del adoptado o acogido –lo que estaría en sintonía con la evolución que han experimentado otros instrumentos de conciliación que han aumentado la edad del menor a efectos de su operatividad–, siendo lo más conveniente su elevación, para ambos supuestos, a la edad de doce años a la vista de la tendencia observada en la normativa de la Unión Europea y la futura publicación de una nueva Directiva sobre conciliación.

4.1.3. *Incidencia de la separación o divorcio*

La separación o divorcio de los progenitores de un menor suscita la duda acerca de si cualquiera de ellos puede solicitar la excedencia o por el contrario sólo podrá acceder a ella quien tenga atribuida la custodia del menor.

Ante supuestos de custodia compartida, en los que a ambos progenitores se le reconocen responsabilidades familiares sobre el cuidado del hijo, no hay obstáculo alguno a que a cualquiera de ellos se les reconozca el derecho a disfrutar de una excedencia para cuidar del hijo; pero cuando la custodia se atribuye a uno de ellos surge la duda de si el otro progenitor puede tener derecho a solicitarla. En principio, parece lógico reservar el derecho a solicitar esta excedencia a quien tiene atribuida de forma permanente el cuidado del hijo, pues será quien pueda tener una clara necesidad de conciliar la vida laboral y familiar, de la que carece el progenitor que no tiene atribuida la custodia, de ahí que se haya afirmado, de forma tajante, «que sólo podrá corresponder a aquél de los progenitores que ejerza la custodia del hijo causante»⁴².

Sin embargo, la generalización de esta solución presenta dos objeciones. En primer lugar, es posible que en un momento determinado el progenitor que no tiene atribuida la custodia se haga cargo del cuidado del hijo sin modificar el acuerdo de divorcio, debiendo primar entonces la realidad de la posible necesidad de conciliación y reconocerle el derecho a la excedencia. La segunda observación es que, en la medida en que la custodia se suele atribuir a la madre, estaríamos en presencia de una solución que perpetuaría el rol tradicional de la mujer como sujeto encargado de las obligaciones familiares, lo que puede llevarnos a calificarla de discriminatoria. En consecuencia, el parámetro de la custodia no debería ser utilizado para conceder o negar la excedencia para el cuidado de hijos, pues lo determinante es la existencia de una necesidad de conciliación, para cuya acreditación sí sería utilizable como elemento indiciario de la misma estar en posesión o no de la custodia del menor; de suerte que quien no tenga la custodia del menor no se vea automáticamente excluido del derecho a solicitar una excedencia, aunque

pág. 310, aunque este autor añade como segunda posibilidad fijar el límite en ochos años como máximo permitido por la norma comunitaria.

⁴² GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): pág. 119. En idéntico sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1998): pág. 205.

tendrá que desarrollar una mayor explicación y justificación de su necesidad de conciliar.

4.2. Excedencia para el cuidado de un familiar

El cuidado de un familiar es la segunda posibilidad que se contempla para solicitar esta excedencia, pero no se reconoce a cualquiera que reúna tal condición, puesto que la norma lo limita a los familiares del trabajador hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (abuelos, padres, hijos nietos y hermanos del trabajador o del cónyuge). Esta configuración del «familiar» ha sido objeto de críticas en la doctrina por ser demasiado limitativa⁴³, obviando una serie de supuestos cuya posible inclusión debe someterse a reflexión y generando un debate sobre si el cuidado de un menor mayor de tres años puede articularse a través de esta excedencia.

4.2.1. Configuración extensiva de la familia

En primer lugar, no es difícil pensar que el trabajador tenga que hacerse cargo del cuidado de un sobrino o un primo (tercer grado) o de un tío abuelo o sobrino nieto (cuarto grado) por no tener éstos más parientes en línea directa, dándose una necesidad real de conciliación, por lo que sería aconsejable eliminar la limitación del grado de parentesco contenida en el artículo 46 ET⁴⁴, de suerte que el sujeto habilitante para solicitar esta excedencia sea cualquier familiar que por alguna de las circunstancias previstas no pueda valerse por sí mismo, haciendo pivotar la excedencia, precisamente, en la constatación o existencia de una circunstancia que impide al familiar ser autónomo en el desarrollo de su vida.

En segundo lugar, y como quiera que el parentesco al que se alude en el artículo 46 del ET es el derivado de la consanguinidad o afinidad, el precepto se olvida del parentesco por adopción; no existiendo razón alguna para dicha omisión cuando es evidente que un pariente por adopción puede necesitar el cuidado de un trabajador. En consecuencia, y aunque la doctrina científica se ha mostrado partidaria de considerarlo como supuesto habilitante para pedir la excedencia por razones familiares⁴⁵, siendo evidente que, en los supuestos de parentesco por adopción puede darse una necesidad de conciliación, debería reformarse la norma estatutaria para acogerlo expresamente.

En tercer lugar, la configuración actual del precepto nada dice acerca de si el cónyuge o pareja de hecho pueden solicitar esta excedencia. Omisión que para algún autor, desde la perspectiva literal del precepto, debería llevarnos a afirmar que estos sujetos no podrían dar lugar a esta excedencia. Es verdad que la literalidad de la norma civil es clara al respecto, de suerte que el cónyuge o pareja de hecho no es pariente del trabajador por consanguinidad⁴⁶, sin embargo, y sin perjuicio de que debería reformarse el precepto estatutario para incluir expresamente tanto al cónyuge como a la pareja de hecho, debe resaltarse que el artículo 46.3 del ET no habla de «parientes» sino de «familiares» hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, de suerte que, atendiendo al tenor literal, debe formularse una interpretación ajustada a la realidad social y a un concepto amplio de familia, en la que se debe incluir al cónyuge⁴⁷ como familiar

⁴³ JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 3 de 21.

⁴⁴ Solución ya apuntada por JOVER RAMÍREZ, C. (2013): pág. 5 de 26 al postular que «probado el deber de cuidado de un trabajador hacia un familiar, indistintamente del grado de parentesco, pudiera accederse a la excedencia».

⁴⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1999): pág. 22- 23, ROMERO RODENAS M^a.J. (2003): pág. 90, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2008): pág. 203, SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 714; JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 307.

⁴⁶ MORGADO PANEDERO, P. (2007): pág. 8 (versión online), aduciendo que la literalidad de la norma impide su inclusión.

⁴⁷ Para BALLESTER PASTOR, M^a.A. (2000): pág. 59; RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L. (2004): pág. 184; LOUSADA AROCHENA, J.F. (2010): pág. 17; JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 3 de 21; POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 5 de 18, SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 714, debe incluirse el cónyuge en la hipótesis del artículo 46.3 del ET

por afinidad y a la pareja de hecho⁴⁸. No tiene sentido reconocer la necesidad de cuidar a un pariente, como una suegra, y negárselo a quien se encuentra más estrechamente vinculado con el trabajador, como es el cónyuge o la pareja de hecho.

Concepto amplio de familia que, por cierto, es el manejado en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, cuando en su artículo 3º, dedicado a las definiciones, incluye dentro del concepto de «familia» al cónyuge del trabajador y a la pareja de hecho siempre que ésta esté contemplada en el Derecho nacional.

4.2.2. *Cuidado de un menor, mayor de tres años*

Una última cuestión controvertida es la relativa a si dentro del concepto de familiar puede incluirse al menor de edad con más de tres años al amparo de la circunstancia de la edad prevista en el artículo 46.3 del ET, porque si este sujeto se encuentra en alguna de los otros presupuestos habilitantes –accidente, enfermedad o discapacidad– no hay duda de que si estaría incluido. Si bien en la doctrina científica la opinión, casi unánime⁴⁹, es la

⁴⁸ Para SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 714 se debe incluir atendiendo a una reinterpretación correctora; mientras que ROMERO RODENAS M^a.J. (2003): pág. 90-91, postula su inclusión atendiendo a la realidad social y al modelo de familia abierto y RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L. (2004): pág. 184 y BALLESTER PASTOR, M^a.A. (2000): pág. 59, defienden su inclusión porque entienden que el legislador maneja un concepto amplio de familiares. Mientras que para JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 307, es dudosa la posibilidad de que la pareja de hecho pueda dar derecho a este tipo de excedencia.

⁴⁹ JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 3-4 de 21, admite tal posibilidad al amparo de una interpretación literal y teleológica, de conformidad con la normativa comunitaria. Abogan por la inclusión también, RIVAS VALLEJO, P. (1999), pág. 253; RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L. (2004): pág. 183; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (2008): pág. 50 y 71; LOUSADA AROCHENA, J.F. (2010): pág. 17; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2010): pág. 125-126; GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M. (2012): pág. 149; LÓPEZ TERRADA, E. (2012): pág. 292, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2013): pág. 82, JOVER RA-

de considerar que el mayor de tres años pueda dar lugar a solicitar esta excedencia cuando no puede valerse por sí mismo por razones de edad, dicha unanimidad se muta en divergencia en el plano judicial, encontrándonos resoluciones que conciben el presupuesto de edad sin acotación alguna, de forma genérica, de suerte que se posicionan favorablemente a reconocer la excedencia para el cuidado de un menor mayor de tres años; mientras que otras identifican el presupuesto de la edad con el colectivo de personas mayores, negando aquella posibilidad.

Tres son los argumentos que se esgrimen para negar la posibilidad de que se pueda utilizar la excedencia por cuidado de familiar de un menor, mayor de tres años, al amparo del presupuesto de la edad. Primero, el artículo 46.3 del ET establece dos supuestos diferenciados entre sí para solicitar esta excedencia, y uno de ellos se dedica singularmente al menor estableciendo un límite de edad, de suerte que admitir al menor, mayor de tres años, en el supuesto de cuidado de familiar por razón de edad supondría dejar sin efecto el límite de edad⁵⁰. Segundo, la Exposición de Motivos de

MÍREZ, C. (2013): pág. 2 de 26 (versión online), ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 885.

Abogan por negar esta opción ROMERO RÓDENAS, M. J. (2003): pág. 91; Martínez-Botello, P. (2016): pág. 2 de 3. Con más dudas, RIVAS VALLEJO, P. (2007): pág. 242, afirma que parece presumirse que la edad parece referirse a las personas de edad avanzada.

⁵⁰ En este sentido la STJ País Vasco de 2 de mayo de 2007 (AS 3096, 2007) establece que «la Ley 39/99 de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (que es la que introduce la excedencia que ahora se debate), distingue en su exposición de motivos entre la excedencia de cuidado de hijos menores, hasta tres años a contar desde el nacimiento o resolución administrativa o judicial cuando se trata de adopción o acogimiento, y la que tiene su razón de ser en el cuidado de familiares que por las circunstancias que señala (edad, accidente o enfermedad), no pueden valerse por sí mismos y no desempeñan actividad retribuida. [...] Es decir, [...] el legislador [...] quiso] distinguir entre una y otra clase de excedencia y [...] marcó] el límite temporal para la excedencia por cuidado de hijos en tres años, que si bien entendemos que puede mostrarse insuficiente en aras a conciliar la vida laboral y familiar, la implantación de otro superior no puede obtenerse en esta sede. [...] En suma, los sujetos causan-

la Ley 39/1999, que introduce la excedencia para el cuidado de familiar, explica que dicha novedad trata de atender la necesidad de cuidado, entre otros supuestos, de la personas de edad avanzada; es decir, se viene a señalar que la interpretación teleológica del legislador fue la protección de los miembros de la familia de mayor edad. Tercero, el artículo 46.3 del ET exige que el sujeto necesitado de cuidados no desarrolle actividad retribuida alguna; de suerte que esta última previsión, teniendo en cuenta la prohibición de trabajar a los menores de dieciséis años (art. 6.1 ET) solo tiene sentido referida a personas de edad avanzada, nunca a menores, mayores de tres años, cuando la situación de desvalimiento obedece a la edad⁵¹.

Frente a esta pléyade argumental, la principales razones que se pueden esgrimir para admitir la utilización de la excedencia para el cuidado de un menor, mayor de tres años, debido exclusivamente a su edad, son, por un lado, que la norma no concreta el parámetro de la «edad»⁵², y, por otro lado, que subyace

tes de una y otra clase de excedencia son distintos, a excepción de aquellos casos en que la excedencia cuya aplicación se pretende esté motivada por la atención de un hijo sea o no menor de edad, que por razón de accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida –supuesto en que el sujeto causante sería el mismo–.

⁵¹ Los dos últimos argumentos vienen explicitados por la STS Aragón de 14 de octubre de 2009 (AS 959, 2010) al afirmar, por un lado que la excedencia para el cuidado de familiar «fue incluida, en un párrafo aparte del art. 46.3 ET, por la reforma del ET llevada a cabo por la Ley 39/1999, de 5-11, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. La Exposición de Motivos de esta Ley explica: “Igualmente se amplía el derecho a la reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población”, y, por otro lado, que se «exige que el familiar no desempeñe actividad retribuida», exigencia no prevista para el cuidado de un familiar; de suerte que «habida cuenta de que la edad mínima de admisión al trabajo es de dieciséis años de edad (art. 6 ET), parece claro que dicha excedencia se refiere a las personas mayores, enfermas o discapacitadas, no a los menores que tienen más de tres años de edad». Acogiendo el anterior razonamiento la STS Castilla y León, Burgos, de 18 de noviembre de 2015 (JUR 2015, 297305).

⁵² SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 714; GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1999): pág. 23, GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): pág. 119,

una situación de desvalimientos de quien causa el derecho, de suerte que la intención del legislador no era la de excluir dicha posibilidad⁵³, pues como «parece razonable entender que un niño que ha cumplido tres años, con independencia de que tenga problemas de salud, sigue siendo un sujeto que requiere una atención especial por no poderse valerse por sí mismo»⁵⁴.

Sin perjuicio de una futura reforma legislativa que aclare esta duda interpretativa, debe admitirse la excedencia para cuidar de un familiar, basada exclusivamente en la edad, cuando éste es un menor, mayor de tres años, por cuanto es la tesis más acorde con los mandatos constitucionales de no discriminación por razón de parentesco y de protección de la familia. Adoptar la interpretación contraria, negar dicha excedencia, daría lugar a un escenario de desprotección del menor, mayor de tres años, que se encuentra en una situación

MORGADO PANEDERO, P. (2007): pág. 9 (versión online), LOUSADA AROCHENA, J.F. (2010): pág. 19, RODRIGUEZ RODRIGUEZ, E. (2010): pág. 125, JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 308

⁵³ Con mayor detenimiento la STSJ Navarra de 23 de febrero de 2006 (AS 2006, 988) afirma que «aún cuando una primera lectura del precepto podría hacernos pensar que los sujetos causantes del derecho a la excedencia son distintos en ambos supuestos: el hijo recién nacido (menor de tres años), adoptado o acogido, en la excedencia regulada en el párrafo primero, y otro familiar, enfermo o desvalido, en el segundo, sin embargo una interpretación literal y, fundamentalmente, teleológica del precepto nos lleva a considerar que en los dos casos subyace una situación de desvalimiento de la persona causante del ejercicio del derecho, motivada por su edad, enfermedad o accidente, de tal forma que no existe obstáculo alguno para permitir el disfrute de la excedencia solicitada por el demandante, pues un niño mayor de tres años es, sin duda, un familiar que por razón de edad no puede valerse por sí mismo. También avala esta interpretación la propia Directiva 96/34/CE cuando prevé la concesión de un permiso parental para ocuparse del cuidado de hijos de «hasta ocho años» (cláusula 2.1); de suerte que «la intención del legislador al regular la excedencia para el cuidado de familiares no estaba la de excluir el supuesto de atención a hijos mayores de tres años, y ello con independencia de que se hubiera disfrutado previamente de la excedencia prevista en el párrafo primero del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores para la atención o cuidado de hijos, pues ambas excedencias son compatibles y susceptibles de ser disfrutadas de forma sucesiva».

⁵⁴ JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 309.

de desvalimiento, y no puede ser cuidado por el trabajador, ni al amparo de la excedencia para cuidado de hijos ni bajo la cobertura de la excedencia para cuidado de un familiar, lo que daría lugar a una palmaria desprotección de la familia y, en consecuencia, una indebida omisión de los mandatos constitucionales, y ello en base a una interpretación restrictiva del presupuesto —el de la «edad»— que no aparece circunscrito a colectivo alguno en el precepto legal.

Además a la solución que se propugna no se llega forzando la exégesis del precepto, por cuanto en su actual configuración es perfectamente encajable, aunque sería conveniente una futura reforma que se pronunciase expresa y claramente sobre esta cuestión. Aun disintiendo de la opinión judicial favorable a su admisión basada en afirmar que la intención del legislador no era excluir al menor, mayor de tres años, de la posibilidad de ser familiar necesitado de cuidados por razón de la edad, pues me parece claro que la *ratio legislatoris* sí era su exclusión, pues claramente se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, que se introduce, entre otros colectivos, para el cuidado de personas mayores; también me parece claro que el legislador, pudo y no lo hizo, acotar o concretar el presupuesto de la edad, de suerte que, aplicando el criterio de interpretación literal, no es posible deducir que dicho presupuesto se refiera sólo a las personas de edad avanzada dada su «genérica configuración», de suerte que el menor de edad, mayor de tres años, necesitado de cuidados podrá justificar la solicitud de esta excedencia.

Es verdad que al configurar la excedencia por cuidado de un familiar se condiciona a que éste no desarrolle actividad retribuida alguna, condición que no se exige lógicamente en la excedencia de cuidado de un hijo, lo que puede permitir, a primera vista, inferir que, como el menor de dieciséis años no tiene capacidad jurídica para trabajar, se está pensando en personas mayores y no en menores, mayores de tres años. Sin embargo, en primer lugar, no hay que olvidar que incluso el menor de die-

ciséis años puede desarrollar actividad retribuida en espectáculos públicos (art. 6.4 ET), dato que desdibujaría esta condición como ligada exclusivamente a personas mayores; en segundo lugar, estamos ante un condicionante no referido a la capacidad de trabajar sino a la posible capacidad económica que permitiría contratar los servicios de un profesional lo que haría innecesario que el trabajador tuviera la necesidad de cuidar al familiar y, en consecuencia, tuviera una necesidad de conciliar su vida laboral y familiar. En definitiva, el condicionante de «no desarrollar actividad retribuida» se contempla para garantizar la finalidad perseguida con dicha excedencia, que no es otra que hacer frente a la necesidad de cuidar a quien se encuentra en una situación de desvalimiento, no encontrándose en tal situación quien tiene capacidad económica suficiente —por percibir retribuciones— para utilizar el servicio de un profesional, deviniendo innecesaria dicha condición si el sujeto a cuidar no trabaja, como acontece con el menor, mayor de tres años, por cuanto carece de capacidad económica propia.

La anterior problemática surgida en torno a la posible vía para cuidar a un menor, mayor de tres años, nos permite preguntarnos si no sería más coherente refundir ambas modalidades de esta excedencia en una sola, pues aunque el bien jurídico tutelado es más amplio en la excedencia por cuidado de hijo que en la del cuidado de un familiar —ha de tenerse presente que en la primera respecto a los hijos adoptados y los sujetos sometidos a guarda, además, del cuidado se busca la integración en el entorno familiar—, no se aprecia inconveniente alguno para subsumir el cuidado del hijo dentro del cuidado de un familiar por razón de edad, estableciéndose la presunción de que el menor de doce años se encuentra en situación de desvalimiento a efectos de cumplir con el presupuesto de no poder valerse por sí mismo. Debe tenerse presente, en primer lugar, que el establecimiento de esta presunción permitiría la operatividad automática de la excedencia con la simple verificación de la edad, y, por otro lado, la edad

se fija en doce años por ser el límite de edad más alto establecido entre las medidas de conciliación implementadas por nuestro ordenamiento, concretamente, en materia de reducción de jornada en el artículo 37.6 ET. Límite de edad –el de los doce años– que es el que se contempla cómo edad mínima a garantizar en la regulación futura del permiso parental que se establece en la propuesta de Directiva sobre conciliación que está en la agenda comunitaria.

5. PRESUPUESTOS Y CONDICIONANTE DE LA EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE UN FAMILIAR

A diferencia de la excedencia por cuidado de un hijo, natural o adoptado, o de un menor sujeto a guarda, donde la mera existencia del mismo permite solicitarla, en la excedencia para cuidado de familiar, no es suficiente que un familiar deba ser cuidado sino que se exigen una serie de presupuestos y se establece un condicionante.

5.1. Presupuestos: reconducción a una situación de desvalimiento

En cuanto a los presupuestos, la norma exige que esa necesidad derive de la «edad, accidente, enfermedad o discapacidad», de suerte que el familiar no «pueda valerse por sí mismo». Además la norma condiciona el disfrute de esta excedencia a que el familiar «no desempeñe actividad retribuida», de suerte que si el familiar no puede valerse por sí mismo pero desempeña dicha actividad el precepto legal no habilita a solicitarla.

Un primer interrogante que se plantea en relación a los presupuestos es si realmente la enumeración en la norma de cuatro posibles circunstancias causantes de la situación de desvalimiento del familiar es necesaria o, por el contrario, sería suficiente la existencia de una situación de desvalimiento para justificar esta excedencia. En efecto, tanto por las

circunstancias que se explicitan como por su carácter genérico, siempre va a ser posible reconducir una concreta circunstancia a cualquiera de las cuatro que se enumeran por la norma⁵⁵; de ahí que no sucedería nada si desapareciesen del precepto estatutario por cuanto el verdadero presupuesto es que el familiar se encuentre en una situación de desvalimiento que requiera de cuidados⁵⁶, y que es el que hace nacer la necesidad de conciliar la vida profesional y personal⁵⁷.

El correcto entendimiento del verdadero presupuesto de esta excedencia, la imposibilidad del familiar para «valerse por sí mismo», nos lleva a plantearnos cuál es el grado de desvalimiento que se está exigiendo por la norma. ¿Será suficiente que el familiar necesite de una tercera persona para hacer actos no vitales? o ¿el desvalimiento debe implicar que el familiar no puede hacer los actos más básicos para su vida ordinaria?. Teniendo en cuenta, por un lado, que nos desenvolvemos en la esfera de la protección a la familia del artículo 39 de la CE y la no discriminación de la mujer del artículo 14 CE, y, por otro lado, que el trabajador suspende su contrato, dejando de percibir retribución alguna y, en tercer lugar, que la norma utiliza una formulación genérica, que debe interpretarse de forma flexible⁵⁸ y amplia⁵⁹, debe sostenerse que la situación de

⁵⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 713.

⁵⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2008): pág. 208; JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 3 de 21 y POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 5 de 18 y SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 713, señalan que lo importante es que el familiar no tenga autonomía suficiente para desenvolverse en la vida y requiera de ciertos cuidados.

⁵⁷ JOVER RAMÍREZ, C. (2013): pág. 5 de 26 reflexiona que «si los límites marcados a la institución de la excedencia por cuidado de familiares y que, solo concurriendo, van a originar la misma, no olvidan cual es la finalidad y razón de ser de dicha excedencia», para sostener que «quizás deberían ser estos fines y no los presupuestos exigidos los que, argumentados y justificados, dieran derecho al disfrute de la excedencia», de suerte que «probado el deber de cuidado de un trabajador hacia un familiar, indistintamente del grado de parentesco, pudiera accederse a la excedencia».

⁵⁸ PÉREZ DEL RÍO, T. (1999): pág. 51; GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1999): pág. 40; RODRÍGUEZ COPÉ, M^aL. (2004): pág. 184.

⁵⁹ Amplitud interpretativa sostenida por JOVER RAMÍREZ, C. (2013): pág. 4 de 26.

desvalimiento no puede vincularse a los actos vitales sino a cualquier circunstancia del familiar que requiera su cuidado; desde luego, debe quedar descartado que pueda vincularse a los conceptos de incapacidad manejados en el ámbito de la Seguridad Social⁶⁰ por tratarse de conceptos muchos menos amplios que el de desvalimiento manejado en esta excedencia, lo que supondría dejar sin cobertura a una serie de situaciones que no encajando en aquellos conceptos si encajarían en este segundo; como tampoco puede asimilarse el estado de desvalimiento a una situación de dependencia⁶¹. Por tanto, la situación de desvalimiento debe entenderse como cualquier situación en la que un familiar dentro de los límites de parentesco requiera los cuidados de un trabajador sin necesidad de que sus capacidades se encuentren afectadas de forma relevante⁶².

Volviendo a las cuatro circunstancias de las que puede derivar la situación de desvalimiento del familiar, debe tenerse claro que las mismas operan de forma autónoma, de manera que la verificación de una sola de ellas puede originar la necesidad de cuidado, no siendo necesario, como se ha apuntado por algún sector doctrinal, la confluencia del accidente o enfermedad con alguna de las otras circunstancias⁶³. De estas circunstancias, aparte de la problemática suscitada con la edad que ya se ha expuesto, la referencia a la discapacidad plantea la duda de si debe o no vincularse al concepto y a la presunción de discapacidad

establecidos en la norma sectorial que lo regula⁶⁴.

De acuerdo con la normativa sectorial se entiende por discapacidad toda «situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» [art. 2 a) RDLeg. 1/2013]; considerándose discapacitadas a aquellas personal «que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (art. 4.1 RDLeg. 1/2013), teniendo tal condición las personas «a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento» (art. 4.2 RDLeg. 1/2013).

La duda que se suscita no es tanto si el término «discapacidad» previsto en el artículo 46.3 del ET se puede reconducir a la definición que da el artículo 2 a) del RDLeg. 1/2013, que yo creo que sí, sino si es aplicable la exigencia de tener reconocida una discapacidad igual o superior al 33%, de suerte que para poder solicitar la excedencia para el cuidado de un familiar éste tiene que, en primer lugar, tener reconocido un grado de discapacidad, y, en segundo término, que dicho grado sea al menos en el porcentaje indicado.

Al amparo de la anterior norma reguladora de la discapacidad⁶⁵, un sector de la doctrina laboralista, de forma acertada en mi opinión, descartaba que dicha exigencia tuviera

⁶⁰ En este sentido, JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 4 de 21, GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1999): pág. 23.

⁶¹ POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 5 de 18

⁶² SEMPERE NAVARRO, A.V. (2000): p. 16; POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 5 de 18

⁶³ Aunque ROMERO RODENAS M^aJ. (2003): pág. 91, ha postulado que la edad debe concurrir con la enfermedad o el accidente, sin embargo, POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 5 de 18 señala que «obviamente la conjunción «o» del precepto cabe interpretarla en sentido literal, esto es, que se trata de una alternativa y no exige la concurrencia acumulada del requisito de edad junto con el de la enfermedad o accidente», y a JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 308, no le parece de recibo la concurrencia acumulada presupone que la referencia a la edad alude a las personas mayores y dada la falta de concreción normativa dicha referencia puede aludir también a las personas jóvenes.

⁶⁴ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

⁶⁵ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad modificada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

eficacia en la excedencia para el cuidado de un familiar discapacitado⁶⁶. En efecto, la exigencia del reconocimiento de un grado mínimo de discapacidad se circunscribía a dicha norma por cuanto de forma clara el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 señalaba que dicha exigencia lo era «a los efectos de esta Ley», lo que llevaba a interpretar que no podía extrapolarse a otras instituciones jurídicas previstas en otras norma, como puede ser la excedencia para cuidado de un familiar discapacitado.

La normativa actualmente en vigor plantea la duda de si se puede sostener la misma conclusión dado que el artículo 4.2 del RDLeg. 1/2013, al establecer la exigencia del reconocimiento de un grado mínimo de discapacidad no lo hace ya «a los efectos de esta Ley» sino «a todos los efectos»; expresión que puede conducirnos a sostener que a efectos de la excedencia por cuidado de un familiar discapacitado se debe entender que tiene que tener reconocido un grado mínimo de discapacidad del 33%. La clave interpretativa está en la propia estructura del artículo 4 del RDLeg. 1/2013, en cuyo apartado 1º se contiene una definición general de lo que es discapacidad, sin someterla al reconocimiento de porcentaje alguno, y en su apartado 2º, al referirse a un concreto porcentaje se indica previamente que dicha concreción es «además de lo establecido en el apartado anterior», es decir, se establece que la determinación de un porcentaje de discapacidad reconocido se hace sin que por ello no se pueda considerar a una persona discapacitada cuando sin llegar a dicho porcentaje presenta –como señala el apartado primero– deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

En consecuencia, debe afirmarse que para solicitar una excedencia para el cuidado de un familiar discapacitado no es necesario que

éste tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, basta con que presente una deficiencia permanente que le impide su plena y efectiva participación en la sociedad. Desde la perspectiva de la protección a la familia y la conciliación de la vida laboral y familiar debe facilitarse el cuidado de familiares discapacitados que no tengan reconocido ese grado mínimo de discapacidad porque si bien es entendible éste cuando dicha condición supone reconocer derechos económicos no es justificable acotarlo cuando lo que se pretende es solventar una necesidad de cuidado a través de una medida como es la excedencia que no genera ningún derecho económico desde la esfera pública. En consecuencia, en una posible reforma debería postularse la aclaración de la desvinculación del concepto de discapacidad previsto en el artículo 46.3 del ET de la exigencia del reconocimiento de un grado mínimo contemplado en el artículo 4.2 del RDLeg. 1/2013, de suerte que de forma clara el legislador reconozca la excedencia para el familiar que presentando una discapacidad no alcanza al umbral del 33%, puesto que aun por debajo de éste sigue existiendo una necesidad de cuidado que puede hacer nacer una necesidad de conciliar la vida laboral y familiar.

5.2. Condicionante: ausencia de actividad retribuida

La excedencia para el cuidado de un familiar se sujeta a un condicionante para su operatividad como es el de que el familiar no «desempeñe actividad retribuida». Descartada la posibilidad de que dicha referencia legal se establezca como indicador de la existencia de capacidad para trabajar que presupone, a su vez, capacidad para valerse por sí misma⁶⁷, su exigencia opera desde el plano de la capa-

⁶⁶ Véase SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (2008): pág. 54; LOUSADA AROCHENA, J.F. (2010): pág. 19; JOVER RAMÍREZ, C. (2013): pág. 4 de 26.

⁶⁷ Posibilidad descartada, acertadamente, por JOVER RAMÍREZ, C. (2013): pág. 4 de 26, al considerar que las nuevas tecnologías permitirían realizar una actividad productiva a quien tuviera importantes limitaciones físicas o psíquicas que le siguen impidiendo valerse por sí mismo.

cidad económica del familiar para recibir los cuidados por parte de un profesional externo al núcleo familiar, de suerte que se presupone que si quien tiene que recibir los cuidados desarrolla actividad retribuida puede por sí mismo obtener el cuidado con sus propios recursos por parte de terceras personas ajenas a la familia.

Sobre esta premisa, este condicionante tal y como está formulado es susceptible de varias aproximaciones críticas. En primer lugar, al hablar de actividad retribuida, puesto que la única que supone retribución es la actividad por cuenta ajena⁶⁸, se está refiriendo a la obtención de ingresos derivados de una relación laboral por cuenta ajena, de suerte que los ingresos obtenidos por actividades por cuenta propia quedan ajenos a tal condicionante y, en consecuencia, se puede solicitar una excedencia para cuidar a un familiar que obtiene ingresos por cuenta propia, lo que resulta incongruente con la razón de ser de este condicionante.

En segundo lugar, sin desarrollar actividad retribuida alguna, existen supuestos de obtención de ingresos que permitirían al familiar recibir los cuidados de un profesional sin acudir a solicitar una excedencia con tal finalidad, siendo el más evidente, el de los pensionistas, especialmente los que son perceptores de pensiones altas; mientras que el desarrollo de una actividad a tiempo parcial por el que se percibe una mínima remuneración privaría a un sujeto recibir cuidado de un familiar al tiempo que no puede acudir a un profesional⁶⁹.

En tercer lugar, si el familiar que debe recibir los cuidados es un discapacitado, sujetar la excedencia a no desarrollar actividad retribuida supone un claro obstáculo a su integra-

ción en el mercado laboral⁷⁰ o si se opta por la integración supone negar a este colectivo la posibilidad de conciliar la vida laboral y familiar puesto que el trabajador sacrificara su derecho a la excedencia en favor de la integración del familiar, lo que nos lleva a sostener que dicho condicionante es un elemento no acorde al deber constitucional de protección a la familia.

Finalmente, del hecho de requerir cuidados no debe derivarse inexorablemente una incompatibilidad para el desarrollo de una actividad por cuenta propia o ajena, toda vez que la propia normativa de Seguridad Social permite compatibilizar determinados grados de incapacidad permanente con la actividad profesional⁷¹.

Sería, por tanto, necesaria la sustitución del condicionante de no desempeñar actividad retribuida por el establecimiento de un límite de recursos percibidos por el familiar a cuidar por encima del cual no se podría solicitar la excedencia. El establecimiento de un límite de recursos permitiría solicitarla cuando el familiar bien desarrolle una actividad por cuenta ajena o propia, bien sea beneficiario de una pensión, permitiendo, además, si es discapacitado su integración en el mercado laboral.

6. DURACIÓN DE LA EXCEDENCIA

Al abordar la configuración de la duración, el legislador procede de distinta manera si se trata de una excedencia para el cuidado de un hijo o de un familiar. Si la excedencia trae causa de la necesidad de cuidar a un hijo natural, la duración máxima es de tres años a contar bien desde la fecha de nacimiento o bien desde la resolución administrativa o judicial, si el hijo es adoptado o es un sujeto sometido a

⁶⁸ Así lo entiende RIVAS VALLEJO, P. (2007): pág. 243.

⁶⁹ Como señala JOVER RAMÍREZ, C. (2013): pág. 4 de 26, se da la paradoja de que quien puede pagar un profesional puede obtener los cuidados de un familiar a través de esta excedencia –el pensionista– y quien no puede acudir a un profesional tampoco puede ser cuidado por un profesional –familiar que trabaja a tiempo parcial–.

⁷⁰ Para JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 4/21; POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 5 de 18, LOUSADA AROCHENA, J.F. (2010): pág. 20, señalan que dicho condicionante dificulta su integración laboral y social.

⁷¹ Véase MORGADO PANEDERO, P. (2007): pág. 10.

guarda con fines adoptivos o de acogimiento permanente. Si la excedencia es causada por el cuidado de un familiar, la duración máxima se establece en dos años, «salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva». Ambos supuestos en lo único que coinciden es que podrán disfrutarse de forma fraccionada.

Al observar las distintas duraciones máximas establecidas surge una primera cuestión que se encuentra en el debate doctrinal, acerca de si ambas resultan excesivas o no. Se plantea por un sector doctrinal que una amplia duración favorece una mayor involucración de la madre –pues sigue siendo la que en mayor número solicita esta excedencia– en el cuidado del hijo o del familiar, pero no es menos cierto que puede constituir un obstáculo real para su integración y mantenimiento en el mercado de trabajo así como para su capacitación profesional, produciéndose una posible desprofesionalización, puesto que cuanto más prolongada sea su ausencia más posibilidades hay de que no se vuelva a incorporar al puesto de trabajo o pierda capacitación profesional que la sitúe en situación de desventaja con otros trabajadores⁷². Para evitar estos riesgos se postula, en línea con lo regulado en otros países europeos, una reducción de la duración de este tipo de excedencia a un año, introduciendo a su vez cuotas de reserva a favor del padre⁷³.

Sin embargo, otro sector doctrinal no ve necesaria ni recomendable reducir la duración de esta excedencia, aduciendo como ra-

⁷² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2010): pág. 127, señala que «una duración excesiva que ocasiona un alejamiento del mundo laboral del cuidador excedente y que dificulta su reincorporación al trabajo».

⁷³ CABEZA PEREIRO, J. (2010): pág. 9-10 de 15. Además advierte que ligar la excedencia a la búsqueda de una mayor integración de la mujer en el cuidado del hijo o familiar, «en detrimento de su actividad profesional, tiene mucho que ver con la tradicional imposición de estereotipos culturales y sociales. Pero también con consideraciones de tipo económico, pues son ellas, en términos generales, las que obtienen ingresos más reducidos, en comparación con sus parejas varones. Lo cual produce, además, que se incremente la utilidad familiar de su trabajo dentro del hogar».

zones, en primer lugar, que se establece una duración máxima pero no una duración mínima con lo que el trabajador puede agotarla o no; en segundo lugar, se permite el fraccionamiento lo que reduce los peligros evidenciados por quienes abogan por la reducción temporal –abandono mercado laboral y pérdida de capacitación profesional–; en tercer lugar, la corresponsabilidad familiar es uno de los objetivos de la norma comunitaria pero no es el único –estarían también, garantizar la flexibilidad de las condiciones de trabajo para atender a las responsabilidades familiares o contribuir a incrementar la natalidad y paliar el envejecimiento de la población–, de suerte que una duración como la actual configurada por el ET, favorecería estos otros objetivos también dignos de protección; y finalmente, que «una reducción de la duración máxima de la excedencias y con ello de las garantías que se anudan a la misma, no parece asegurar que los hombres vayan a ejercer más este derecho y, en cambio, supondría una disminución de los derechos de los trabajadores, hombres y mujeres, que se puede traducir en una imposibilidad de atender a sus responsabilidades familiares o en que para atenderlas se vean compelidos a abandonar definitivamente su puesto de trabajo»⁷⁴.

Teniendo presente la pluralidad de finalidades que persigue la norma comunitaria y con el fin de evitar los riesgos de discriminación por razón de sexo y de falta de reincorporación y abandono del mercado laboral por parte de la mujer, debería reformularse la duración de esta excedencia para reducirla a dos años, reservándose un año a la madre y otro al padre.

Descendiendo a la confrontación de la configuración de la duración entre ambas modalidades de excedencia por razones de conciliación pueden plantarse varias observaciones críticas. En primer lugar, no hay justificación alguna para que la duración máxima legal de la excedencia por cuidado de un familiar se

⁷⁴ JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 8/21

fije en dos años⁷⁵, en contraposición a los tres años que se establecen si el cuidado es de un hijo, cuando, además en otro sector de nuestro ordenamiento, como es el de la función pública, se reconoce a los funcionarios la excedencia para el cuidado de un familiar por un período máximo de tres años⁷⁶. Debería, por tanto, modificarse la duración máxima de la excedencia para cuidado de un familiar, elevándola a tres años para equipararla a la excedencia para el cuidado de un hijo, suprimiendo la posibilidad de ampliar la duración por vía convencional; posibilidad que, como ha advertido la doctrina, ha revelado la poca atención de los agentes sociales a la hora de ampliar su duración⁷⁷.

En segundo lugar, al permitirse en la excedencia para el cuidado de un familiar la posible ampliación de la duración a través de la negociación colectiva, se plantea la duda de si dicha ampliación es hasta el máximo legal previsto para el cuidado de hijo o no existe límite alguno, pudiendo los agentes sociales ampliar la duración por el tiempo que estimen necesarios. No parece sostenible la equiparación a la duración máxima de la excedencia por cuidado de hijos por cuanto no existe en el precepto ningún elemento interpretativo que pueda sustentar esta opción, ni siquiera la configuración de esta excedencia para los funcionarios públicos puede ser un argumento válido pues el precepto estatutario dice que «se establecerá una duración mayor». Siendo conscientes que este posicionamiento arroja una indudable falta de coherencia en nuestro

ordenamiento, dónde una misma institución tiene establecida distinta duración, lo que traerá indudables problemas en el ámbito de las administraciones públicas que cuentan con personal laboral y funcionarial, dado el silencio que guarda el artículo 46.3 del ET, no nos parece factible introducir una limitación a la ampliación de la duración por vía convencional.

Además, se plantea la duda acerca de si durante el tiempo de ampliación convencional el excedente sigue manteniendo el derecho de reserva al puesto de trabajo o puede el convenio al establecer la ampliación fijar también un derecho de reingreso preferente para el período ampliado. En la doctrina se ha apuntado que debe operar el derecho de reserva del puesto de trabajo también para la ampliación de la duración de la excedencia operada vía convenio colectivo, salvo que éste estableciera expresamente un derecho de reingreso preferente⁷⁸. En mi opinión, la reserva del puesto se mantiene durante todo la duración de la excedencia, tanto para el plazo legal como para el convencional, pues no debe olvidarse, por un lado, que la habilitación legal a la negociación colectiva es para ampliar el plazo de duración no para establecer la configuración de su reincorporación, y, por otro lado, que al establecer la reserva del puesto de trabajo, el artículo 46.3 del ET utiliza como parámetros «el primer año» y «trascendido dicho plazo» para el resto de la duración, de suerte que ni introduce matización alguna que pudiera sostener que se refiere solo al plazo legal, debiendo incluirse la posible ampliación convencional, ni habilita a la negociación colectiva a introducir una distinta configuración en la posible reincorporación del excedente.

Esta doble incoherencia que ofrece nuestro ordenamiento es otro dato a favor de la supresión de la referencia a la negociación colectiva y la equiparación de su duración a la de la excedencia para el cuidado de hijos; y si la opción legislativa es mantenerla, debe reformularse

⁷⁵ Crítica formulada, entre otros, por NAVAS-PAREJO, M. (2007): pág. 662 y 665, JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 9/21

⁷⁶ El artículo 89.4 del TREBEP establece que «los funcionarios de carrera tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o de cada menor sujeto a guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa».

⁷⁷ LAHERA FORTEZA, J. y GARCÍA QUIÑONES, J.C.: *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, ed. Bomarzo, 2008, pág. 120, concluyen que «la negociación colectiva no está aumentando las excedencias más allá de los dos años previstos legalmente», y JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 9/21, considera que es un previsión legal superflua.

⁷⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 714.

en el sentido de limitar la ampliación convencional a un máximo de un año.

En tercer lugar, se aprecia una falta de coordinación de la excedencia en el supuesto de cuidado de hijo y el disfrute del permiso de maternidad o por adopción o guarda legal o el permiso de paternidad. En relación al permiso de maternidad regulado en el artículo 48.4 del ET se establece que seis semanas posteriores al parto son de obligado disfrute por la madre, y, como quiera que la excedencia por cuidado de hijo natural empieza a contar desde el nacimiento de éste, es evidente que hay una superposición que se traduce en una disminución real de la duración de la excedencia cuando la disfruta la madre⁷⁹. No obstante, la posibilidad de disfrute de la excedencia por la duración total por parte del padre, siendo posible, es más aparente que real, porque para ello debería renunciar al disfrute del permiso por nacimiento y por paternidad, con la renuncia consiguiente de salarios y cotizaciones, para disfrutar de un derecho que no lleva aparejada retribución⁸⁰; siendo lo más lógico para el padre disfrutar primero de aquellos permisos por cuanto suponen un menor sacrificio en su esfera patrimonial –vía percepción de salarios y mantenimiento de cotizaciones–.

Aunque un sector de la doctrina científica⁸¹ y algún pronunciamiento judicial⁸² sostienen que el inicio de la excedencia y, en consecuencia, su duración de tres años debe fijarse tras la finalización del período de seis semanas del permiso por maternidad o ampliando su duración en el periodo equivalente de permiso de maternidad disfrutado con carácter obligatorio, la dicción literal del artículo 46.3 del ET

no admite dicha interpretación. No obstante, la anterior interpretación –de *lege ferenda*– me parece la más razonable por lo que debería modificarse la configuración de la duración de la excedencia para el cuidado de hijos para eliminar esta superposición con el permiso de maternidad. Solución que por otra parte se establecía en la norma que introdujo en nuestro ordenamiento esta excedencia⁸³.

También se ha señalado que la negociación colectiva puede «mejorar la Ley» regulando que la excedencia para cuidado de hijos comience una vez terminado el descanso obligatorio de maternidad⁸⁴. No creo que la negociación colectiva pueda establecer que el comienzo de esta excedencia se produzca terminado el periodo obligatorio del permiso de maternidad porque supondría modificar una previsión legal que es clara en sus términos y que no admite una reforma *in melius*, lo que sí podrá hacer el convenio es ampliar la duración, como mínimo, por el tiempo equivalente al descanso obligatorio por maternidad.

La posibilidad de fraccionamiento del disfrute de la excedencia para el cuidado de hijo o familiar, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, aunque defendida con anterioridad por la doctrina científica⁸⁵ y judicial⁸⁶, plantea, por un lado, cómo debe entenderse el

⁸³ El artículo 5 del RD 2310/1970 establecía que «el alumbramiento da derecho a la mujer trabajadora a obtener una excedencia voluntaria, por un periodo mínimo de un año y máximo de tres a contar desde que termine el descanso obligatorio por maternidad»...

⁸⁴ ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 880

⁸⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. (1989): pág. 15; TORTUERO PLAZA, J.L. (2000): pág. 973; GORELLI HERNÁNDEZ, J. e Igartúa Miró, M^a.T. (2002): pág. 239; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.F. (2002): pág. 850; RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L. (2004): pág. 180. En contra se manifestaron, RIVAS VALLEJO; P. (1999): pág. 242 y VALLE MUÑOZ, F.A. (1999): pág. 67-68.

⁸⁶ STSJ País Vasco de 29 noviembre de 1999 (AS 1999, 4654), STSJ Islas Baleares de 29 de noviembre de 1999 (AS 1999, 4654), STSJ Murcia de 12 de marzo de 2001 (AS 2001, 493), STSJ Castilla-León de 21 de enero de 2002 (AS 2003, 430), STSJ Castilla-La Mancha de 6 de julio de 2006 (JUR 2006, 258806). En contra del fraccionamiento, SAN de 31 de marzo de 1997 (AS 1997, 748) y STSJ País Vasco de 11 de octubre de 2005 (JUR 2006, 59647)

⁷⁹ Descoordinación denunciada por ROMERO RODENAS M^a.J. (2003): pág. 82, MORGADO PANEDERO, P. (2007): pág. 82, RIVAS VALLEJO; P. (2007): pág. 240, JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 8 de 21; POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 4 de 18, ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 879.

⁸⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2010): pág. 127.

⁸¹ TORTUERO PLAZA, J.L. (1994): pág. 269-270, PÉREZ ALONSO, A. (1995a): pág. 64.

⁸² STSJ Cantabria de 29 de abril de 2008 (JUR 2008, 287861).

fraccionamiento, y, por otro lado, conlleva un diferente efecto si se trata de una excedencia para cuidar a un hijo o a un familiar.

El fraccionamiento puede entenderse como la posibilidad del trabajador solicitante de disfrutar o bien varios periodos a lo largo de la duración máxima prevista o bien disfrutarlo durante una parte de la jornada de trabajo. De ambas posibilidades, la única que es plausible bajo la previsión legal de fraccionamiento es la posibilidad de disfrutarla de forma interrumpida, en periodos discontinuos dentro de la duración máxima⁸⁷, porque para la segunda interpretación el ordenamiento prevé la reducción de jornada en el art. 37.6 del ET, entre un octavo y un máximo de la mitad de la jornada.

¿Sería posible, no como supuesto de fraccionamiento, sino como supuesto de disfrute a tiempo parcial al amparo de una excedencia por razones familiares, una reducción de jornada inferior a un octavo o superior a la mitad de la jornada? Aunque la doctrina ha evidenciado que al guardarse silencio en el precepto sobre el posible disfrute a tiempo parcial, no se prohíbe y sería posible su ejercicio a tiempo parcial⁸⁸, en mi opinión al amparo del artículo 37.6 del ET no sería posible y tampoco al amparo del artículo 46.3 del ET por cuanto la excedencia supone la suspensión del contrato, cosa que no sucede en la reducción de jornada

⁸⁷ En este sentido se pronuncia, AGUILERA IZQUIERDO, R. (2007): pág. 426 quien distingue claramente entre el supuesto de disfrute a tiempo parcial y disfrute fraccionado, señalando que este último «hace referencia a la posibilidad de que la excedencia no se disfrute de manera ininterrumpida sino que se pueda disfrutar en distintos periodos». También RODRÍGUEZ COPÉ, M.^aL. (2004): pág. 180, quien manifiesta que si el trabajador no quiere abandonar totalmente su trabajo puede acudir a la reducción de jornada. Sin embargo para RIVAS VALLEJO; P. (2007): pág. 240, siendo la opción interpretativa más plausible la del disfrute interrumpido, no descarta que pueda tener cabida como modalidad de fraccionamiento su disfrute a tiempo parcial «si se entiende como alternativa a la reducción de la jornada por cuidado de menores», cuando la necesidad de conciliación no pueda satisfacerse dentro de los márgenes señalados en el artículo 37 del ET.

⁸⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2013): pág. 83.

en la que el contrato está en vigor. No es, por tanto, posible solicitar una excedencia para el cuidado de hijos o familiar para una parte de la jornada bajo la cobertura del posible fraccionamiento de ésta.

El fraccionamiento incide de forma desigual si la excedencia es por cuidado de hijo o de familiar⁸⁹, dada la diferente configuración de la duración en uno y otro supuesto. Si es para el cuidado de un hijo, al establecerse un periodo de referencia —tres años a partir del nacimiento o de la fecha de la resolución judicial o administrativa— el fraccionamiento es inocuo porque en ningún caso puede producirse un alargamiento de la duración⁹⁰. Si es para el cuidado de un familiar, al no establecerse un periodo de referencia —puesto que solo se dice que su duración máxima será de dos años—⁹¹, existe la posibilidad de que al fraccionar el disfrute, realmente esos dos años se extiendan a un periodo de tiempo superior, pues si se solicita inicialmente por un año, transcurren seis meses y se solicita el segundo año restante se amplía el periodo de referencia sin que se reduzca la duración máxima⁹². En consecuencia, el fraccionamiento del disfrute de la excedencia para el cuidado de un hijo conlleva realmente una menor duración de la misma, mientras que si es para el cuidado de un familiar no se produce minoración alguna de la duración máxima legalmente prevista. No pareciendo razonable la distinta repercusión que el fraccionamiento proyecta sobre cada una de las modalidades de esta excedencia, se-

⁸⁹ Sorprendentemente, la STSJ Asturias de 30 de diciembre de 2014 (AS 2015, 265) afirma que el fraccionamiento solo se contempla para la excedencia para el cuidado de familiares.

⁹⁰ En ese sentido se pronuncian CASTRO ARGÜELLES, M.^aA. y ÁLVAREZ ALONSO, J. (2007): pág. 158.

⁹¹ Advierte SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 717, que el fraccionamiento en la excedencia para el cuidado de un familiar tiene un alcance muy nebuloso pues se pregunta si los periodos de excedencia pueden espaciarse cuanto se deseen; apuntando como posibles límites la buena fe, el fraude o abuso de derecho.

⁹² En contra parece manifestarse RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2010): pág. 130, al señalar que se puede disfrutar distintos periodos hasta alcanzar los dos años de duración de la excedencia para el cuidado de familiares.

ría aconsejable reconducir ambos supuestos a una única solución que pasaría por establecer para la excedencia para el cuidado de un familiar un límite consistente en no superar su duración máxima una vez solicitada, de suerte que se establecería un periodo de referencia a semejanza de lo previsto para el cuidado de hijo.

Es evidente que el fraccionamiento permite una mejor acomodación de las posibles necesidades de conciliación de la vida laboral y personal –puesto que no siempre se necesitará disfrutar un periodo ininterrumpido–, al tiempo que reduce el posible efecto nocivo de la pérdida de capacitación profesional que puede llevar aparejada una excedencia por razones familiares de larga duración⁹³, por cuanto evita que se produzcan largos periodos de tiempo fuera del entorno empresarial; pero también es evidente que puede generar problemas organizativos al empresario por un uso abusivo, poniéndose como ejemplo, el disfrute durante periodos reiterados de corta duración, por lo que se ha propuesto una mayor concreción por parte del legislador del uso fraccionado de esta excedencia⁹⁴, e, incluso por parte de la autonomía colectiva⁹⁵. Una mayor concreción, al margen de la disfuncionalidad ya advertida para la empresa, puede dar lugar a un encorsetamiento del fraccionamiento que pudiera redundar en una pérdida de eficacia como medida idónea para buscar la mejor conciliación de la vida laboral y personal; de ahí que sería suficiente la aplicación del deber de buena fe ante un posible uso abusivo del fraccionamiento, contrastando la necesidad de conciliación y los problemas organizativos que pudiera generar, debiendo ceder estos ante una necesidad fraccionada de cuidado de hijo o familiar cuando resulte acreditada, incluso si fuera en periodos cortos y reiterados.

Dos últimas cuestiones atinentes a la duración que no se han previsto expresamente pero respecto de las que no parece haber razón alguna para su operatividad son la prórroga y la posible modificación de la duración inicialmente solicitada por el excedente. En lo relativo a la prórroga, no hay problema alguno es admitirla siempre dentro de la duración máxima legal o convencionalmente prevista⁹⁶; como tampoco puede negarse anticipar el final de la excedencia porque el trabajador siempre tiene reconocido la reserva de puesto⁹⁷, de suerte que el trabajador no se encuentra vinculado por su petición inicial.

7. COMPATIBILIDAD CON EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES REMUNERADAS

Seguramente uno de los aspectos más problemáticos que ha originado la configuración legal de la excedencia para el cuidado de hijos o familiares ha sido la posibilidad de desarrollar una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia durante la vigencia de la misma. No estamos ante una cuestión de fácil resolución porque las posibles opciones interpretativas se asientan en sólidos argumentos, como lo demuestra la división que se aprecia en la doctrina judicial en la que encontramos pronunciamientos que niegan totalmente la posibilidad de compatibilizarlas, algún otro que lo admite sin condicionamiento alguno y otros que lo admiten siempre y cuando el nuevo trabajo ofrezca una mejora en la conciliación que el trabajo para el que se solicita la excedencia.

⁹⁶ DILLA CATALÁ, M.J. (1995): pág. 697, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2013): pág. 80. En la doctrina judicial, por todas, STSJ Andalucía, Sevilla, de 1 de julio de 2009 (AS 2009, 1928).

⁹⁷ Admiten su anticipación sobre la base de la reserva del puesto de trabajo SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 716-717, ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 880. También admiten la anticipación, VALLE MUÑOZ, F.A. (1999):pág. 62-63 y BALLESTER PASTOR, M.A. (2000): pág. 61. Solución admitida también en la doctrina judicial, por todas, STSJ Cataluña de 22 de marzo de 2013 (AS 2013, 1575).

⁹³ POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 11 de 18.

⁹⁴ JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 323, NAVAS-PAREJO, M. (2007): pág. 662 y 665.

⁹⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2010): pág. 815.

Ya se ha dicho anteriormente que esta excedencia obedece a una razón predeterminada por el legislador y que, a primera vista, es el cuidado del hijo o familiar; de tal manera que puede afirmarse que la configuración de esta concreta causa se cohonestaría mal con la permisibilidad de simultanear una actividad por cuenta propia o ajena cuando se pide la suspensión contractual de la que está vigente; de suerte que un sector doctrinal⁹⁸ y judicial⁹⁹ han afirmado la incompatibilidad entre disfrute de esta excedencia y el desarrollo de una actividad por estar aquella destinada a cubrir una determinada necesidad –el cuidado de un hijo o familiar–. Siendo este el argumento principal para sostener la negativa a la compatibilización de la excedencia y el trabajo, se esgrimen otros argumentos, como que si se permitiese la compatibilidad alguno de los derechos laborales –señaladamente el cómputo de antigüedad– o de protección social –tener por cotizados cierto periodo de la excedencia– no tendrían sentido o deberían ser dejados sin efecto si se desarrolla una actividad mientras se disfruta de este tipo de excedencia. O que el desarrollo de dicha actividad podría originar un incumplimiento de la buena fe contractual.

Realmente la ratio interpretativa está en concretar la verdadera causa de la excedencia. Es verdad que el cuidado del hijo o del fami-

liar es el supuesto contemplado para activar la excedencia, pero creo que su verdadera finalidad es la necesidad de conciliación de la vida laboral y familiar¹⁰⁰, ésta es la ratio última de este tipo de excedencia¹⁰¹; de suerte que fijada la verdadera causa en la necesidad de conciliación y no en el cuidado de un hijo o familiar, la posibilidad de ejercer otro trabajo mientras se disfruta de la excedencia no supone automáticamente ignorar su carácter causal. Es razonable pensar que si se solicita una excedencia para el cuidado de un hijo o familiar es porque no es compatible ese cuidado con el trabajo que se está desarrollando, pero esto no es óbice para que no se pueda desarrollar otro trabajo que pueda ofrecer una mejoría en la conciliación respecto del trabajo por el cual se solicita la excedencia¹⁰²; minorando el efecto negativo de la pérdida de rentas¹⁰³, evitando al mismo tiempo la desvinculación laboral del excedente. Ahora bien, no me parece razonable admitir sin condición alguna la compatibilidad, como ha sostenido algún pronunciamiento judicial¹⁰⁴ y alguna opinión

¹⁰⁰ El Auto del TS de 21 de junio de 2007 (JUR 2007, 306472) ya sostuvo que «la excedencia por cuidado de hijos tiene en la actualidad un régimen jurídico propio, tras la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras cuya finalidad es claramente la de facilitar a los trabajadores el cuidado de hijos menores o en su caso, de otros familiares».

¹⁰¹ En este sentido, LÓPEZ BALAGUER, M. (2011): pág. 323.

¹⁰² Opción interpretativa sostenida por una parte de la doctrina judicial, entre otros pronunciamientos, SSTSJ Madrid de 21 de enero de 2003 (AS 2003, 1757) y 15 de abril de 2009 (AS 2009, 1616), SSTSJ Castilla y León, Valladolid de 19 abril de 2010 (JUR 2010, 182997) y 17 de octubre de 2012 (AS 2012, 2502), SSTSJ Andalucía, Sevilla, de 22 de febrero de 2012 (AS 2012, 682), 16 de octubre de 2013 (JUR 2013, 365063) y 25 de junio de 2015 (AS 2015, 1581), STSJ Navarra de 26 de octubre de 2010 (JUR 2011, 35209), STSJ Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2011 (AS 2011, 1034), STSJ Murcia de 27 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 106334), SSTSJ Comunidad Valenciana de 31 de enero de 1994 (As 1994, 372), 4 de abril de 2000 (AS 2000,4111), STSJ País Vasco de 14 de julio de 2015 (JUR 2015, 211360)

¹⁰³ BALLESTER PASTOR, M.A. (1996): pág. 26, RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L. (2004): pág. 181.

¹⁰⁴ Exponente es la STSJ Cataluña de 22 de marzo de 2007 (AS 2007, 2283) que afirma que «la situación de excedencia no es incompatible con el trabajo en otra empresa [...] no desprendiéndose expresamente de los hechos enjuiciados en autos la

⁹⁸ En este sentido DILLA CATALÁ, M.J. (1995): pág. 694-695, sostiene que la atención al menor es fundamental en la configuración de esta excedencia, de ahí que si la intención no era realmente cuidar del hijo se debería solicitar una excedencia voluntaria. También parece que SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (2008): pág. 82-83, sostiene dicha incompatibilidad a la vista del régimen jurídico de la excedencia por razones familiares. En contra, RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L. (2004): pág. 181, afirma que «el trabajo realizado durante la excedencia no tiene por qué contradecir el propósito que tuvo el legislador al prever la figura».

⁹⁹ Véase, entre otras, la STSJ País Vasco de 26 de febrero de 2008 (AS 2008, 1119), SSTSJ Madrid de 2 de febrero de 2009 (JUR 2009, 103470), 2 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 103470), 27 de marzo de 2006 (AS 2007, 851), STSJ Andalucía, Sevilla, de 16 de septiembre de 2008 (JUR 2009, 147580), la STSJ Islas Canarias, Sta. Cruz Tenerife, de 16 de marzo de 2012 (AS 2012, 2647), STSJ Castilla-León, Valladolid, de 30 de octubre de 2013 (JUR 2013, 178849), STSJ Cantabria de 12 de julio de 2006 (AS 2006, 2434).

doctrinal¹⁰⁵, porque la necesidad de conciliación devendría superflua al consentirse cualquier trabajo, mejor o no la conciliación del excedente, conllevando una descausalización y asemeándola a la excedencia voluntaria¹⁰⁶.

Esta opción interpretativa se ve reforzada porque el precepto legal no contiene una prohibición expresa de desarrollar un trabajo durante el disfrute de esta excedencia¹⁰⁷, y estando en juego intereses protegidos constitucionalmente en el artículo 39 de la CE¹⁰⁸, e incluso el artículo 35 de la CE, que consagra el derecho al trabajo, debemos optar por admitir la compatibilidad de la excedencia y el desarrollo de un nuevo trabajo siempre que éste suponga una mejor conciliación de la vida laboral y familiar¹⁰⁹, como opción que permite armonizar la finalidad perseguida por la excedencia y el derecho del excedente a trabajar¹¹⁰. Esta parece ser la opción interpretativa del Tribunal Supremo, cuando al hilo de la protección social anudada a la excedencia por cuidado de hijo o familiar, admite la compatibili-

existencia de trasgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador, trasgresión que no se presume y que tiene que ser demostrada por la empresa recurrente, por ejemplo, porque no existiera la hija por la que se pide la excedencia, o que no conviviera con el trabajador, etc.».

¹⁰⁵ Para POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 18 de 18, «es totalmente lícito compatibilizar el disfrute de la excedencia por cuidado de hijo con el desempeño de cualquier trabajo», no obstante, a continuación y como posibilidad subsidiaria admite la compatibilidad «con un trabajo que se desempeña en mejores condiciones laborales de jornada, horario, dedicación o retribución, pues, en ningún caso, esta situación perjudicaría el fin último para el que se concede ese tipo de excedencia, que es el cuidado del hijo»

¹⁰⁶ Véase LÓPEZ BALAGUER, M. (2011): pág. 324

¹⁰⁷ PÉREZ ALONSO, A. (1995b): pág. 68, JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 314 esgrimen el silencio del legislador como argumento favorable a la admisión de la compatibilidad entre disfrute de excedencia por razones familiares y desarrollo de una actividad remunerada.

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2010): pág. 124, incide acertadamente en la doctrina constitucional relativa de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar como fundamento para admitir la compatibilidad.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ COPÉ, M. L. (2004): pág. 181, LÓPEZ BALAGUER, M. (2011): pág. 323 y 328, SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 719, JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 314.

¹¹⁰ En este sentido, JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 314;

dad siempre «que el nuevo trabajo resulta[se] compatible con el cuidado del menor», advirtiendo, además, que no puede asociarse a que el trabajo sea ocasional o marginal pues sería un «un criterio que se antoja rígido y estricto», concluyendo que el único criterio válido es «el de la compatibilidad con el adecuado cuidado del menor»¹¹¹.

Admitida la compatibilidad se plantean tres cuestiones interesantes, una relativa, a si existe o no algún límite a la misma; otra referida a la capacidad de la empresa respecto de la que se solicita la excedencia de poder exigir al solicitante información sobre el nuevo puesto de trabajo o de indagar sobre si éste realiza una actividad por cuenta propia o ajena; y la última relativa a la actividad probatoria que debe desarrollar el trabajador excedente que pretende compatibilizar el disfrute de la excedencia y el trabajo.

Es claro que en una situación de excedencia, que comporta una suspensión contractual, sigue vigente entre las partes el deber de buena fe, que actuaría como límite a la compatibilidad, de suerte que si la nueva actividad fuese contraria a dicho deber no sería admisible la compatibilidad. Algún sector doctrinal ha postulado que el límite debe situarse no tanto en el deber de buena fe sino en una de sus manifestaciones, la competencia desleal¹¹²; sin embargo, no debe circunscribirse a dicha manifestación sino a cualesquiera que contravenga el deber de buena fe, porque no debe olvidarse que el contrato del excedente se encuentra en suspenso en sus obligaciones principales, pero se mantiene el resto de derechos y deberes¹¹³. Es verdad que es esperable

¹¹¹ STS de 10 de febrero de 2015 (RJ 2015, 673). No obstante se trata de una única sentencia que no ha creado jurisprudencia y que se ha dictado desde el plano de la protección social.

¹¹² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2008): pág. 207, LOUSADA AROCHENA, J.F. (2010): pág. 22-23, PRIETO PADÍN, P. (2015): pág. 119-126, SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 719, JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 314.

¹¹³ GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): pág. 125, ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 881.

que la mayoría de las veces en las que pueda operar el deber de buena fe como límite a la compatibilidad será por supuestos de competencia desleal, pero no debe circunscribirse la limitación a ésta última, de suerte que debe reconocerse la compatibilidad «del período de excedencia con el desempeño de otro trabajo dentro del marco del deber de buena fe contractual que el trabajador asume»¹¹⁴.

Otro posible límite esgrimido en la doctrina ha sido la posible existencia de un pacto de no concurrencia, de suerte que no se podría desarrollar un trabajo durante el disfrute de una excedencia por razones familiares si el trabajador se encuentra sujeto a dicho pacto¹¹⁵. No obstante, no parece que la existencia de un pacto de no concurrencia pueda erigirse en un límite para desarrollar un trabajo, salvo que este nuevo trabajo incurra en competencia desleal, dado que suspendido el contrato y suspendida la obligación de prestar servicios debe entenderse suspendida la no concurrencia anudada a dicha obligación. No tiene sentido mantener un pacto cuando la premisa sobre la que se asienta –prestar servicios a la empresa– se encuentra suspendida.

El otro aspecto que se plantea es si el empresario al que se solicita la excedencia puede exigir que el trabajador comunique si va a desarrollar otra actividad y, en caso afirmativo, en qué condiciones¹¹⁶. Admitida la compatibilidad debe admitirse esta facultad empresarial que viene a permitir verificar en última instancia la necesidad de conciliación de la vida laboral y familiar que es la causa de la implementación de esta excedencia. Es posible que en el momento de solicitar la excedencia no exista ni voluntad ni posibilidad de

desarrollar otro trabajo, pudiendo surgir ésta vigente la excedencia, siendo entonces cuando sería deseable comunicarlo. No resulta excesiva dicha facultad por cuanto encaja dentro de la buena fe que deben observar ambas partes; teniendo en cuenta, además, que la empresa deberá computar a efectos de antigüedad la duración de la excedencia lo que supone un coste a futuro, que deberá soportar si el nuevo trabajo ofrece una mejor conciliación, no siendo razonable dicha carga en el caso contrario.

Al utilizarse como parámetro de la compatibilidad la mejor conciliación que se alcanza con el nuevo trabajo surge la necesidad de acreditar dicho extremo; necesidad que, por aplicación de las reglas de la carga de la prueba, corresponde al trabajador. Si el excedente quiere desarrollar un trabajo debe asegurarse que éste le proporcione una ventaja para sus necesidades de conciliación frente al trabajo original, al tiempo que debe asegurarse poder acreditar que por sus «circunstancias personales, familiares [...] el nuevo trabajo se presta en condiciones que sirven mejor»¹¹⁷ a sus necesidades de conciliación.

Sería deseable que en una futura reforma de la excedencia por razones de conciliación se estableciese de forma clara la compatibilidad de su disfrute con la realización de un trabajo por cuenta ajena o propia siempre que éste suponga un beneficio en términos de conciliación para el trabajador o trabajadora. Aprovechando el reconocimiento de tal compatibilidad, para aclarar los posibles límites a dicha compatibilidad y el posible derecho del empresario al que se solicita la excedencia a ser informado sobre las características del nuevo empleo.

8. SUCESIÓN DE EXCEDENCIAS

La posible sucesión de excedencias es un tema que está parcial y deficientemente tratado en el artículo 46.3 del ET dado que sólo contempla la sucesión de excedencias origina-

¹¹⁴ LÓPEZ BALAGUER, M. (2011): pág. 323 y 328.

¹¹⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2008): pág. 207.

¹¹⁶ Para TORTUERO PLAZA, J.L. (2000): pág.972, sí procede la indagación sobre el otro trabajo porque el empresario asume obligaciones importantes como el efecto distorsionante de la reserva del puesto de trabajo y el coste económico asociado a la antigüedad. En contra se muestra BALLESTER PASTOR, M.A. (1996): pág. 26, afirma que no es posible dicha comprobación porque supondría indagar a qué dedica su tiempo el excedente.

¹¹⁷ LÓPEZ BALAGUER, M. (2011): pág. 328.

das por distintos sujetos, omitiendo cualquier previsión sobre la sucesión de excedencias que traen causa del mismo sujeto. En efecto, se establece que «cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo periodo de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando». Esta previsión legal plantea varios interrogantes en torno a su operatividad y al derecho de reserva.

En lo relativo a la operatividad surge la duda de si esta previsión es automática y, en consecuencia, obligatoria, de suerte que verificada la existencia de un nuevo sujeto causante se produce la extinción de la primera excedencia que se estaba disfrutando y se inicia la segunda. El recto entendimiento del precepto nos lleva a rechazar tal interpretación porque no debe olvidarse que esta excedencia es un derecho del trabajador, de manera que aceptar dicha interpretación supondría convertir en obligación para el trabajador lo que es un derecho¹¹⁸.

En lo concerniente al derecho de reserva, dado que el primer año se reserva el mismo puesto de trabajo y en el resto se reserva otro puesto de trabajo dentro de la empresa, se plantea si en la nueva excedencia se parte de la reserva en el mismo puesto o se parte de la situación de reserva en la que se encuentre el excedente, es decir, si éste todavía tiene reserva del «mismo» puesto, será esta condición la que se mantenga durante el primer año de la nueva excedencia; pero si tiene reserva de «un» puesto, la nueva excedencia no implicará la reapertura de la reserva del mismo puesto sino la reserva de un puesto dentro de la empresa.

La opción de reabrir el derecho de reserva en el mismo puesto de trabajo en la segunda excedencia aun cuando haya trascurrido ya el primer año de la primera ha sido defendida

¹¹⁸ Para LOUSADA AROCHENA, J.F. (2010): pág. 54 y JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 10 de 21, la ley no impone una obligación de solicitar la nueva excedencia, pudiendo solicitarse la segunda una vez que se haya alcanzado la duración máxima de la primera.

utilizando diversos argumentos. Se ha señalado, partiendo de que el Tribunal Supremo ha considerado irrenunciable la reserva configurada en el primer año, que «cabría entender que al trabajador se le vuelve a generar el derecho de reserva a su originario puesto de trabajo»¹¹⁹. Que no se pueda renunciar a la configuración de la reserva en el primer año no conduce a mantener dicha configuración en el primer año de la segunda excedencia porque no se produce renuncia alguna, dado que el excedente ya no disfruta de dicha reserva sino de la reserva a un puesto del mismo grupo o categoría profesional.

También acogiendo a una interpretación literal de la norma se sostiene que «ésta impone la reserva de puesto taxativamente y sin excepción», de suerte, que negar dicha reserva del puesto de trabajo en la segunda excedencia daría lugar a «una interpretación tan restrictiva [que] sería *contra legem*»¹²⁰. Sin embargo, el criterio literal no parece decisivo para sustentar tal opción interpretativa, por cuanto la norma no dice nada al respecto, lo único que establece es que se iniciará una nueva excedencia; de suerte que no parece que la opción negadora de reabrir la reserva pueda ser calificada como «*contra legem*» porque la norma guarda silencio al respecto y difícil es apreciar tal calificación en una interpretación respecto de algo no previsto en ella.

Finalmente, de forma más sucinta, se considera que la segunda excedencia reiniciaría la reserva en el mismo puesto de trabajo aun cuando la primera excedencia se encontrara ya en el segundo o tercer año de duración, por aplicación de la «condición más beneficiosa»¹²¹. Pero no estamos en presencia de un supuesto de condición más beneficiosa, no estamos en

¹¹⁹ VALLE MUÑOZ, F.A. (1999): pág. 70.

¹²⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2010): pág. 128. Para JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 326, parece desprenderse de la literalidad del precepto que se inicia una nueva excedencia con reserva del mismo puesto de trabajo, aunque la primera ya hubiera superado el año y solo se tuviera derecho a un puesto de trabajo de mismo grupo o categoría profesional.

¹²¹ ROMERO RODENAS M^a.J. (2003): pág. 87.

presencia de una ventaja atribuida al trabajador por el empresario por encima del umbral mínimo fijado en una norma¹²², sino ante un problema interpretativo en el que no cabe reconocer dicha institución jurídica, pues se trata de interpretar una norma y no la posible existencia de una mejora empresarial.

Teniendo en cuenta que, salvo previsión legal expresa que en la actualidad no existe, no cabe la reapertura de la reserva del puesto de trabajo durante el primer año de duración de la segunda excedencia, con independencia del momento en que se encuentre el excedente, pues éste solo puede mantener la reserva en las condiciones que disfruta en el momento de causar una nueva excedencia. Si aquél en el momento de causar la nueva excedencia sólo tiene reconocido el derecho de reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo o categoría profesional, no puede ver mejorada su situación con el reconocimiento del derecho de reserva del inicial puesto que ocupaba al solicitar la primera excedencia¹²³. Debe recordarse que este razonamiento –no reconocer algo a lo que no se tiene derecho– es el que ha llevado a la doctrina judicial a negar a un trabajador en situación de excedencia voluntaria su solicitud de excedencia por razones familiares, por cuanto sería atribuir a quien solo tiene reconocido legalmente un derecho de reingreso preferente un derecho de reserva del puesto de trabajo¹²⁴.

¹²² Sobre el concepto de condición más beneficiosa, THIBAUT ARANDA, J. (2002): págs. 19-22 y BEJARANO HERNÁNDEZ, A (2001): págs. 28-31

¹²³ En este sentido SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 715.

¹²⁴ STSJ Castilla-La Mancha de 16 de diciembre de 2013 (AS 2014, 10) que sostiene que es «inviabile la posibilidad de exigir que, encontrándose en curso una de ellas, esto es, la excedencia voluntaria, se pueda pretender su conversión en excedencia por cuidado de hijo, y menos aún derivar de su rechazo por la empresa la apreciación de una vulneración de los derechos fundamentales relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar. Y ello por cuanto que si bien, como razona la Juzgadora de instancia, la doctrina constitucional existente al efecto cataloga como discriminatoria por razón de sexo, y por lo tanto vulneradora del art. 14 de la CE, las conductas desplegadas en el ámbito laboral que supongan una cortapisa al mantenimiento de la mujer en el mercado de trabajo en

En consecuencia, sería conveniente reformular la previsión legal para, por un lado, configurarla como una facultad del trabajador, dejando claro que cuando surge un nuevo causante de una excedencia para el cuidado de hijo o familiar, el trabajador podrá continuar con la que disfruta o activar la nueva, lo que supondrá la finalización de la primera; y, por otro lado, que el derecho de reserva en la nueva excedencia vendrá determinado por la situación de reserva en la que se encontrase el excedente al iniciar la segunda excedencia.

Idéntica problemática se observa cuando respecto a un mismo sujeto –por ejemplo, un hijo– primero solicita un trabajador –uno de los progenitores– la excedencia para su cuidado por un año y en el segundo año la solicita otro sujeto distinto –el otro progenitor–. Aunque en este supuesto la solución debe ser distinta por cuanto, por un lado, el derecho

función de su condición de madre; sin embargo, el hecho de que tales conductas deban ser reprimidas y corregidas con la necesaria contundencia, no puede permitir que se alteren los contenidos de las previsiones legales que resulten de aplicación. Siendo así que en el supuesto que nos ocupa la actora, por propia iniciativa, solicitó y obtuvo en el año 2010 la concesión de una excedencia voluntaria, cuya duración se extendería desde el 22-01-2011 hasta el 21-01-2013, y siendo ello así no cabe duda que desde su concesión y durante todo el término de su vigencia, venía sometida a las consecuencias legales de ello derivadas, y por lo tanto sus derechos se limitaban a la expectativa de un reingreso preferente para el caso de existencia de vacantes en la empresa de su misma o similar categoría, sin que su empleadora viniese obligada a reservar plaza alguna. Situación que en modo alguno se podría entroncar con la concesión de una excedencia por cuidado de hijo, ya que para ello se tendría que partir de la efectiva existencia de una plaza o un puesto de trabajo ostentado por la accionante, lo que no acontece desde la situación de excedencia voluntaria, puesto ese de trabajo que, a su vez, y pese a no ostentar, la empresa vendría obligada a reservárselo durante un año, lo que carece de toda base legal, sin que su ausencia pueda hacerse valer o ser sustituida por un pretendido derecho de carácter superior, cual es el de la conciliación de la vida laboral y familiar, puesto que este lo que propugna es el derecho al trabajo y a la permanencia en el mismo, sin que ello se pueda desconocer por el hecho de la maternidad. Reconocimiento y necesaria salvaguarda de un derecho tan importante que, sin embargo, no puede implicar el que el simple hecho de la maternidad, o, en su caso, de la paternidad, pueda justificar la alteración de las previsiones legales reguladoras de los diferentes institutos jurídicos, tal y como acontecería en el caso analizado».

de reserva se reconoce a cada trabajador que solicita la excedencia y no por cada sujeto a cuidar respecto del que se solicita, y, por otra parte, de mayor trascendencia argumental, cada sujeto –cada progenitor– en el momento de solicitar su excedencia ostenta un puesto de trabajo, o más bien una posición profesional, que es la que se respeta en el primer año; no parte como en el supuesto precedente de una situación donde ya no tenía derecho a su puesto de trabajo sino a uno del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Cabe entonces reconocer la reserva del puesto de trabajo del primer año de duración a dos sujetos solicitantes, lo que, además, supone fomentar la corresponsabilidad de los hombres en las tareas familiares¹²⁵.

Más problemática se presenta la admisión de la sucesión de excedencias por necesidades de conciliación respecto del mismo sujeto. Aunque un sector de la doctrina ha sido muy tajante a la hora de excluir tal posibilidad aduciendo para ello o bien que la norma prevé el fraccionamiento –criterio sistemático– y que se reserva el puesto para que haya incorporación –criterio teleológico–¹²⁶, o bien porque se establece una duración máxima¹²⁷, no me parece que la respuesta sea tan clara y pueda ser única para todos los supuestos que se pudieran plantear. Desde luego no creo que la previsión de fraccionamiento, la reserva del puesto o el establecimiento de una duración máxima sean argumentos que puedan eliminar de plano la admisión de la sucesión de excedencias, puesto que no prohibiéndolo expresamente la norma y existiendo una necesidad de conciliación debe operar una interpretación favorecedora de la protección de la familia, lo

que sin duda se consigue admitiendo la sucesión de excedencias.

Un primer supuesto podría plantearse cuando un mismo sujeto es objeto de acogida y ulteriormente es adoptado, de tal manera que solicitada una excedencia por acogimiento se plantea si puede solicitarse una segunda derivada de la adopción, aunque se ha negado tal sucesión salvo que se hubiera agotado el plazo máximo previsto¹²⁸, no creo que haya inconveniente en admitirla, incluso cuando la excedencia por acogimiento no hubiera llegado a su fin, pues estamos ante causas distintas dentro de la excedencia para el cuidado de hijo y la norma no establece limitación alguna. Un segundo supuesto sería el del menor de edad, mayor de tres años, respecto del cual se ha disfrutado una excedencia por cuidado de hijo y se pretende disfrutar una excedencia por su condición de familiar; supuesto que como ya hemos expuesto nos parece admisible¹²⁹. Finalmente cabe plantearse si es admisible una sucesión de excedencias para el cuidado de un mismo familiar, debiendo distinguir dos posibilidades, si son por la misma causa no debe admitirse la sucesión porque de lo contrario devendría superfluo el establecimiento de una duración máxima; ahora si la causa que origina cada una de las excedencias es distinta debe admitirse porque estamos ante supuestos diferentes, que revelan una distinta necesidad de conciliación, aunque el familiar causante sea el mismo¹³⁰.

En relación a la sucesión de excedencias se ha planteado si sería necesario dejar transcurrir un lapso de tiempo para poder solici-

¹²⁵ BALLESTER PASTOR, M.A. (2000): pág. 61, postula su admisión e incide en el carácter de medida de corresponsabilidad.

¹²⁶ Argumentos utilizados por SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 715-716.

¹²⁷ Para RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L. (2004): pág. 185, el establecimiento de una duración máxima es el argumento para negar la sucesión de excedencias originadas en el cuidado del mismo sujeto, aunque esta autora sí admite la sucesión de una excedencia para el cuidado de hijos y una para el cuidado de un familiar en el supuesto de un menor, mayor de tres años.

¹²⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1999): pág. 38, RODRÍGUEZ ESCANIANO, S. (2008): pág. 198, JURADO SEGOVIA, A. (2017): pág. 305.

¹²⁹ Admiten esta hipótesis, GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1999): pág. 24, NAVAS-PAREJO, M. (2007): pág. 659, MORGADO PANEDERO, P. (2007): pág. 9, LOUSADA AROCHENA, J.F. (2010): pág. 19, JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 10 de 21; POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 14 de 18.

¹³⁰ Para GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1999): pág. 41, admite la sucesión de excedencias para el cuidado del mismo sujeto si las causas son distintas. En idénticos términos, JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 10/21; POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 15 de 18.

tar la segunda, a semejanza de la previsión de cuatro años contenida en el artículo 46.2 del ET para la excedencia voluntaria. No creo que sea ni aplicable analógicamente el plazo estipulado para la excedencia voluntaria, si tenemos presente la naturaleza forzosa de la excedencia para el cuidado de hijo o familiar; ni que se deba establecer un lapso de tiempo entre ambas excedencias por cuanto estamos ante supuestos causales relevantes para el ordenamiento –a diferencia de lo que acontece en la excedencia voluntaria en la que la causa que la origina es irrelevante– porque evidencian una necesidad de conciliar que, verificada ésta, no debe someterse a plazo de espera alguno.

9. GARANTÍAS

A la excedencia para el cuidado de un hijo o de un familiar la norma le confiere hasta tres garantías encaminadas a evitar la aparición de posibles efectos nocivos que pudieran convertirse en verdaderos obstáculos para el ejercicio de aquélla, a saber: la reserva del puesto, la formación y el cómputo de la duración de la excedencia a efectos de antigüedad.

9.1. La reserva del puesto de trabajo

La primera garantía, la más importante para que el disfrute de la excedencia no pueda conllevar cualquier práctica empresarial impeditiva de la efectiva reincorporación del excedente, evitando que una necesidad de conciliación de la vida laboral y personal acabe convirtiéndose en una causa de expulsión del mercado de trabajo, se encuentra en sujetar el puesto de trabajo al derecho de reserva, que será del «propio» puesto durante el primer año de duración de la excedencia, ampliado a los quince o dieciocho meses, respectivamente, si se tiene la condición de familia numerosa de categoría general o especial. Trascurridos estos plazos la reserva se refiere a «un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente».

Es evidente que no se está reconociendo un derecho de reingreso preferente¹³¹, como ha evidenciado la doctrina judicial¹³², sino una reserva diferenciada por cuanto durante el primer año de disfrute¹³³ –no de la posible duración máxima¹³⁴ de la excedencia se produce una reserva «cualificada» y en el resto de tiempo la reserva es «ordinaria», que, a primera vista, puede tener una evidente trascendencia práctica¹³⁵ toda vez que el empleador trascurrido el primer año «tiene una mayor capacidad de respuesta, ya que si bien está obligado al reingreso del trabajador cuando éste lo solicita, puede ofrecer al trabajador,

¹³¹ Aparentemente en contra, GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): pág. 126, porque sostiene que hay un derecho de reingreso preferente pero a continuación afirma que no queda condicionado a la existencia de vacante. De forma clara para BALLESTER PASTOR, M^a.A. (2011): pág. 3-5 de 5 (versión online), la diferenciación de dos tipos de reserva no es «ni [...] la más adecuada al tenor literal del art. 46.3 ET ni es la más consecuente con una interpretación histórico-sistemática del derecho a la excedencia en particular y del derecho a la conciliación en general. De todo ello se da cuenta a continuación»; esgrimiendo una serie de argumentos para sostener dicha premisa, como son el sentido literal y sistemático del artículo 46.3 del ET, el reconocimiento de la antigüedad durante toda la duración de la excedencia, la mayor flexibilidad en la extensión de su duración y su mejor acomodo con las posibilidades de fraccionamiento y sucesión de excedencias.

¹³² En este sentido, STSJ Cataluña de 19 de mayo de 2005 (AS 2005, 2043), STSJ País Vasco de 29 de mayo de 2012 (JUR 2013, 127202), STSJ Castilla-La Mancha de 9 de enero de 2017 (JUR 2017, 23688).

¹³³ Por todos, SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 717, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2013): pág. 84.

¹³⁴ Como acertadamente señala la STSJ Castilla y León de 10 de noviembre de 2010 (AS 2011, 127) que «así se deduce del propio tenor literal del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, el cual en el primer párrafo fija en el nacimiento del hijo la fecha inicial para el cómputo de la duración total de la excedencia, mientras que en el penúltimo párrafo únicamente se refiere a la reserva del puesto de trabajo durante el primer año de excedencia, sin más referencias al comienzo de esta situación. Esta redacción nos permite pensar que el legislador ha querido que el derecho reforzado a la reserva del puesto de trabajo se mantenga durante el primer año con independencia del momento en que ésta se inicie, sin superar, claro está, el período máximo de tres años».

¹³⁵ En este sentido, RIVAS VALLEJO, P. (2007): pág. 240 y 242. DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2010): pág. 814 afirma que trascurrido el primer año de duración la garantía es más débil que durante el primer año.

no necesariamente su puesto de trabajo, sino uno de los puestos de trabajo que conforman el grupo profesional al que estaba adscrito el trabajador en excedencia o de categoría equivalente»¹³⁶.

Sin embargo, como ha advertido un sector doctrinal¹³⁷, esta diferenciación es más aparente que real, porque la reserva a «su puesto de trabajo» no lo es al concreto puesto de trabajo que ocupaba al solicitar la excedencia sino al «conjunto de situaciones, derechos y deberes que configuran el conjunto del puesto de trabajo»¹³⁸, de suerte que incluso durante el primer año de disfrute de la excedencia no queda garantizada la reserva del mismo puesto de trabajo, por cuanto el empresario podrá asignarle otro puesto de trabajo distinto en aplicación del *ius variandi* que se le reconoce en los artículos 39 a 41 del Estatuto de los Trabajadores¹³⁹. De ahí que debería eliminarse dicha diferenciación en la configuración del derecho de reserva, optando por vincularlo al «mismo» puesto de trabajo durante todo el período de disfrute de la excedencia para el cuidado de hijo o familiar.

En relación a la distinta configuración de la reserva del puesto se ha propuesto, como so-

lución integradora de dicha distinción y como medida de corresponsabilidad, que el derecho de reserva se limite a un año para cada progenitor o cuidador¹⁴⁰. Lo que está acorde con nuestra propuesta de reducir la duración de la excedencia a dos años, con reserva de su disfrute de un año para cada uno de los padres.

Relacionada con la reincorporación se encuentra la posible necesidad del trabajador de preavisar con una determinada antelación de tiempo su intención de reincorporarse a la empresa. La norma guarda silencio sobre un posible plazo de preaviso de reincorporación, y aunque en la doctrina se ha postulado, por aplicación extensiva de la comunicación ex post prevista para la excedencia forzosa, la obligación del trabajador de notificar su intención de reincorporarse «con carácter inmediato a la terminación del período de excedencia»¹⁴¹, la solución más acorde con los intereses de ambas partes es que el preaviso se produzca con anterioridad a la finalización de la excedencia por cuidado de hijo o familiar¹⁴²; admitiéndose la realizada en el último día de finalización. Sin embargo, esta última posibilidad no cumpliría con la finalidad del preaviso que es permitir al empleador organizar adecuadamente la vuelta del excedente a la empresa¹⁴³, por eso, se estima necesario que la norma legal contemplase un preaviso mínimo, por cuanto, como ya se ha indicado los preavisos establecidos en la negociación colectiva¹⁴⁴ no resultan vinculantes, de suerte que, en sede judicial, el incumplimiento de los pre-

¹³⁶ Así lo entiende la STS de 21 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3460).

¹³⁷ JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 12 de 21; POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 12 de 18; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2013): pág., 84, ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 883, señala que dicha premisa se debe tanto a la jurisprudencia recaída en materia de excedencia forzosa como a la flexibilización de la regulación de la movilidad funcional.

¹³⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J. e Igartúa Miró, M^a.T. (2002): pág. 251. Siguiendo a este autor, RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L. (2004): pág. 189. La anterior interpretación ya fue postulada por ROJAS RIVERO, G.P. (1996): pág. 69, cuando afirmó que la expresión reserva de «su puesto de trabajo» debe entenderse como el respeto a la posición profesional que se ostenta en el momento de solicitar la excedencia.

¹³⁹ Por todos, JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 12-13 de 21, BALLESTER PASTOR, M.A. (1996): pág. 25; RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L. (2004): pág. 189. Además, como recuerda SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 719, la STC 233/2007 ha sostenido la constitucionalidad de la reincorporación de una excedente a su puesto al que habían eliminado algunas funciones fruto de una reorganización productiva basada en razones objetivas.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2010): pág. 129-130, señala que con esta medida se desincentiva que la mujer continúe excedente tras el primer año.

¹⁴¹ GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): pág. 126.

¹⁴² ESCUDERO RODRÍGUEZ R. y MERCADER UGUINA, J.R. (1995): pág. 11, JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 13 de 21, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2013): pág. 85.

¹⁴³ LOUSADA AROCHENA, J.F. (2010): pág. 26 y JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 13/21, sostienen que la buena fe demandaría que el trabajador preavisase con una cierta antelación para conciliar su derecho a la reincorporación y los intereses organizativos del empresario.

¹⁴⁴ ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 880, considera conveniente que se pacten los preavisos en la negociación colectiva o en los contratos de trabajo.

avisos previstos por la autonomía colectiva no ha sido sancionado con la pérdida del derecho de reincorporación¹⁴⁵.

La configuración de la reincorporación como derecho de reserva supone que el empresario no puede aducir ninguna razón para demorarla o condicionarla, ni siquiera la no existencia de vacante¹⁴⁶, debiendo verificarse «de manera automática»¹⁴⁷. Ahora bien, ante la no reincorporación del excedente, el Tribunal Supremo señala que éste tiene dos posibles vías de reclamación según sea la respuesta de la empresa a su solicitud: si la empresa formula una negativa clara a la reincorporación, la acción a interponer es la de despido; mientras que si manifiesta que no hay una vacante o cualquier otra razón que pudiera condicionarla, la acción que cabe formular es la acción de reingreso por el procedimiento ordinario, que goza de la garantía de la posible tutela ejecutiva ante el incumplimiento de la sentencia de reingreso que se pudiera dictar. Solución diferenciada a la que llega el Tribunal Supremo al partir de la premisa de que el despido «siempre tiene como elemental presupuesto la voluntad extintiva unilateralmente decidida por el empresario, cualquiera que sea la forma en que la misma se manifieste», y la misma no cabe apreciarla cuando de la respuesta empresarial no se deriva dicha voluntad, como acontece cuando se manifiesta que no hay vacante, dado que entonces «no se niega la reincorporación en sí misma, sino su posibilidad actual; lo que no es extinguir el contrato de trabajo»¹⁴⁸. Así, en aplicación de esta doctrina, se ha entendido que la respuesta consistente en señalar que la exce-

dencia disfrutada era voluntaria y solo tenía un derecho de reingreso preferente constituye una clara voluntad extintiva empresarial¹⁴⁹; mientras que no lo es el silencio de la empresa ante la solicitud de reingreso pero sí darle de baja en la Seguridad Social¹⁵⁰.

9.2. El derecho de formación del excedente

La segunda garantía, anudada a evitar la desprofesionalización o pérdida de capacitación profesional del trabajador, es el reconocimiento del derecho del excedente a la asistencia a cursos de formación profesional, debiendo ser convocado por el empresario, especialmente cuando se vaya a producir la reincorporación. Es una previsión legal con una clara finalidad garantista de la efectiva reincorporación del excedente a la empresa, puesto que sin ella podría darse el caso de que éste tuviera dificultades de adaptación a la empresa ante posibles cambios técnicos, productivos u organizativos introducidos durante el periodo de excedencia que pudieran justificar la extinción de su contrato aduciendo su inadaptación al puesto¹⁵¹.

El acierto de la medida es evidente por cuanto el riesgo de desprofesionalización es real y puede abocar a la expulsión del mercado laboral del trabajador que solicita este tipo de excedencia¹⁵²; y, sin perjuicio de reconocer que su configuración es muy genérica, es claro para la doctrina científica que estamos en presencia de un derecho formativo del trabajador, nunca una obligación, de manera que éste no puede ser obligado a su asistencia, ni a sufrir consecuencia alguna por ello¹⁵³. Además no

¹⁴⁵ STSJ Canarias de 28 de febrero de 2001 (AS 2001, 3213); STSJ Castilla-La Mancha de 11 de octubre de 2005 (AS 2005, 3187); STSJ Baleares de 4 de julio de 2007 (JUR 2007, 308667); STSJ La Rioja de 1 de octubre de 2010 (2010, 2524).

¹⁴⁶ RIVAS VALLEJO, P. (1999): pág. 229, GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): pág. 116.

¹⁴⁷ Véase STS de 21 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3460)

¹⁴⁸ STS de 23 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7658), que viene a corregir la doctrina formulada en la STS de 21 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3460), que venía a sostener que con independencia de la respuesta dada por la empresa a la reincorporación la acción a interponer era la de despido.

¹⁴⁹ STSJ Navarra de 16 de octubre de 2015 (JUR 2015, 294233)

¹⁵⁰ STSJ Castilla-La Mancha de 2 de octubre de 2014 (AS 2014, 2640)

¹⁵¹ En este sentido, RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L. (2004): pág. 190.

¹⁵² ESCUDERO RODRÍGUEZ R. y MERCADER UGUINA, J.R. (1995): pág. 6.

¹⁵³ QUINTANILLA NAVARRO, B. (1995): pág. 6, ESCUDERO RODRÍGUEZ R. y MERCADER UGUINA, J.R. (1995): pág. 7, SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 718; RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L. (2004): pág. 190,

se deriva de él la obligación empresarial de ofrecer cursos *ad hoc* al trabajador excedente, dado que el derecho se circunscribe a la formación dada al resto de trabajadores que ocupasen similar puesto de trabajo¹⁵⁴.

Ahora bien, la plasmación de esta garantía formativa encaminada a la efectiva reincorporación del excedente nos obliga a plantearnos si en determinados supuestos la misma debería devenir en obligatoria, siempre que respetase las necesidades de conciliación que motivaron la solicitud de excedencia, así como si no sería posible demandar, al amparo de dicha garantía, la realización de cursos «ad hoc» para el excedente. Cabe pensar que si durante el disfrute de una excedencia para el cuidado de hijo o familiar la empresa procede a realizar un cambio tecnológico –por ejemplo, la implantación de un nuevo software– y la formación asociada a dicho cambio es excesivamente costosa para impartirla a una única persona, parece razonable que el derecho formativo del excedente se convierta en obligación para él. O supongamos que introducido dicho cambio tecnológico e impartida la formación que su implementación exige, no se haya comunicado al excedente la acción formativa o éste la haya rechazado por ser incompatible con sus necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar, parece razonable que el excedente pueda reclamar su impartición *ad hoc* al reincorporarse a la empresa, para evitar una respuesta empresarial negativa amparada en ser el único que necesitaría dicha formación; de suerte que aceptar la premisa de que de la garantía formativa del artículo 46.3 del ET no se pueda deducir el derecho del excedente a una formación *ad hoc* puede convertirse en un obstáculo para el efectivo y real reingreso de éste en la empresa al perpetuarse su posible pérdida de capacitación profesional.

quien advierte que su no asistencia a la acción formativa sólo produce efectos negativos para el trabajador, que ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 883, idéntica en el plano de la recualificación y de su promoción profesional «con los riesgos que se derivan para el mantenimiento de su puesto de trabajo».

¹⁵⁴ En este sentido, JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 11 de 21; POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 5 de 18.

De la actual configuración de la garantía formativa no se entiende bien qué quiere decir el legislador cuando establece que ésta deberá observarse «especialmente con ocasión de su reincorporación»¹⁵⁵. ¿Significa que el derecho formativo durante la excedencia puede ser obviado siempre y cuando se haga efectivo al producirse la reincorporación?¹⁵⁶ ¿Podemos deducir que el trabajador puede reclamar la acción formativa que estime necesaria al reincorporarse y comprobar su posible pérdida de capacitación profesional?. Se ha apuntado que dicha previsión legal hace referencia a que la obligación formativa se vuelve más intensa en el momento de la reincorporación del trabajador pues permite favorecer el reingreso ante la posible constatación de un desfase entre la capacitación profesional de excedente y las exigencias de formación derivadas del proceso productivo¹⁵⁷, aunque también se ha apuntado que dicha previsión legal viene exponer que el momento más lógico para hacer efectivo dicha garantía formativa es cuando se aproxima la reincorporación o ya verificada ésta¹⁵⁸.

Sería aconsejable, además, una nueva configuración de la garantía formativa en la que el trabajador excedente tuviera atribuido un claro e importante papel a la hora de determinar sus necesidades formativas.

9.3. El cómputo de la duración de la excedencia a efectos de antigüedad

La tercera garantía se establece en la esfera económica del trabajador para evitar que el disfrute de la excedencia pueda suponer una merma de los derechos retributivos o de

¹⁵⁵ Duda suscitada por JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 11/21.

¹⁵⁶ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 717, señala que la norma es bienintencionada pero nos recuerda que el trabajador solicita la excedencia por razones familiares para quedar libre de obligaciones laborales

¹⁵⁷ POQUET CATALÁ, R. (2012): pág. 12 de 18, ROJAS RIVERO, G.P. (2016): pág. 882.

¹⁵⁸ GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): pág. 127, ROMERO RODENAS M.J. (2003): pág. 83.-84.

otra índole —como por ejemplo el cumplimiento de la antigüedad mínima para que opere la sucesión empresarial prevista en convenio colectivo¹⁵⁹—, cuya generación esté vinculada al tiempo de permanencia en la empresa¹⁶⁰. Se establece, por ello, que todo el tiempo que el trabajador continúe en la empresa se computará a efectos de antigüedad, para no ver perjudicada su promoción profesional ni su promoción económica¹⁶¹. La norma se expresa en términos tan generales que dicho cómputo debe afectar no solo al complemento salarial sino también a cualquier otro derecho donde sea utilizada la antigüedad, como por ejemplo, un premio de antigüedad establecido convencionalmente¹⁶².

La duda que plantea esta última garantía es si el período de la excedencia para el cuidado de un hijo o familiar se puede computar a efectos del cálculo de la indemnización por despido, dado que el artículo 56.1 del ET utiliza como parámetro de dicho cálculo el concepto de «años de servicio», concepto distinto al de «antigüedad» manejado en el artículo 46.3 del ET; distinción que ha sido puesta de manifiesto reiteradamente por el Tribunal Supremo¹⁶³.

No se trata de una cuestión sencilla de resolver. Si nos atenemos a la distinción apuntada anteriormente debería concluirse que no puede computarse el período de disfrute de la excedencia para el cuidado de hijos o familiar

a efectos del cálculo de la indemnización por despido. Es más, para las excedencias forzosas la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido negando la posibilidad de computar su duración a efectos de la determinación de la indemnización por despido, dado que el módulo indemnizatorio «actúa sobre el tiempo de servicios prestados y no sobre la mayor antigüedad reconocida», puesto que «una cosa es el derecho al cómputo de la antigüedad en la excedencia forzosa, y otra la determinación del tiempo de servicios en la empresa a efectos» indemnizatorios; diferenciación que «es lógica consecuencia de los términos en que se expresan los artículos 56.1.a) y 46.1 del Estatuto de los Trabajadores, en donde, el primero (al igual que los correspondientes preceptos referidos a la extinción de las relaciones laborales especiales) establece la indemnización a tenor de los «períodos de tiempo de servicio» y no de antigüedad»¹⁶⁴.

No obstante, y aun considerando a la excedencia por cuidado de hijos como un supuesto de excedencia forzosa, la anterior interpretación jurisprudencial no me parece trasladable a ésta pues daría lugar a acoger en nuestro ordenamiento la opción interpretativa más restrictiva y que menos se compagina la prohibición de no discriminación del artículo 14 de la CE y con la protección de la familia que consagra el artículo 39 de la CE, por cuanto es indudable que no computar la duración de la excedencia supone una minoración de los derechos económicos del excedente que actúa como factor desincentivador de este tipo de excedencia como instrumento de conciliación de la vida laboral y familiar, al tiempo que pone en una situación de mayor debilidad al excedente respecto a otro trabajador de la empresa por cuanto al ser la posible indemnización de

¹⁵⁹ STSJ Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 2004 (AS 2004, 2972).

¹⁶⁰ En este sentido, JURADO SEGOVIA, A. (2012): pág. 10 de 21; SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): pág. 717.

¹⁶¹ A dichas vertientes se refiere GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): pág. 126.

¹⁶² STS de 28 de junio de 2002 (RJ 2002, 9080).

¹⁶³ SSTs de 16 de enero de 1984 (RJ 1984, 52) y 30 octubre de 1984 (RJ 1984, 5349), 20 de noviembre (RJ 1985, 5822) y 17 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6134), 25 de febrero (RJ 1986, 822) y 30 de abril de 1986 (RJ 1986, 2283), 5 de mayo (RJ 1987, 3233), 2 de junio (RJ 1987, 4099) y 21 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 8994), 28 de abril (RJ 1988, 3037) y 14 de junio de 1988 (RJ 1988, 5826), 24 de julio (RJ 1989, 5909) y 19 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9049) y 15 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1094), 8 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1712), 30 de junio de 1997 (RJ 1997, 4950).

¹⁶⁴ STS de 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 322). Siguiendo esta línea interpretativa en la doctrina judicial, ver entre otras, STSJ Galicia de 29 de octubre de 2010 (JUR 2011, 22331), STSJ Madrid de 16 abril de 2007 (AS 2007, 1937), STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 17 de marzo de 2006 (AS 2006, 1457), STSJ Madrid de 22 de noviembre de 2005 (AS 2005, 3371).

aquél inferior a la de este, se origina un elemento promocional para ser elegido a la hora de proceder a efectuar un despido. Se restaría, en consecuencia, capacidad de cubrir necesidades de conciliación a la excedencia para el cuidado de hijo o familiar.

Parece que el Tribunal Supremo, que no se ha pronunciado directamente sobre esta cuestión, se mueve en la línea interpretativa extensiva. En efecto, al enjuiciar si se debe computar la duración de la excedencia para cuidado de hijo o familiar a la hora de devengar un premio de antigüedad establecido en la negociación colectiva, el Tribunal Supremo concluye que sí debe incluirse. Nuestro máximo interprete al considerar, recogiendo la directrices comunitarias sobre la materia, que esta garantía obedece a la idea de «reconocer que una verdadera política de igualdad de oportunidades presupone una estrategia global e integrada que permita organizar mejor los horarios de trabajo, una mayor flexibilidad, así como una vuelta más fácil a la vida profesional», afirmando que la «norma establece un derecho para el trabajador excedente para el cuidado de un hijo que se incorpora a su relación de trabajo y que consiste en que el tiempo que pase en ella se ha de entender que produce efectos equivalentes a la permanencia real en la empresa», siendo muy claro cuando, para no generar dudas, con rotundidad dice que «no cabe entender que la norma estatutaria admita que ese reconocimiento de antigüedad lo sea a los solos efectos de acumulación del tiempo de trabajo a que se refiere el artículo 25 del Estatuto de los Trabajadores [la promoción económica], al no contener distinción alguna, y no producirlos en otros ínsitos en el propio concepto». Opción interpretativa que aclara el Tribunal Supremo «se compagina perfectamente con lo que es la voluntad del legislador [... que no es otra que la de] llevar a cabo esta regulación con la intención de facilitar todo lo posible la conciliación de la vida familiar con el trabajo, tratando de eliminar cualquier distanciamiento entre la situación de trabajador en activo y de aquél que disfruta de la excedencia para el cuidado

de un hijo»; de suerte que «cualquier diferencia de trato en materia de cómputo del tiempo entre estos trabajadores y los que permanecen en activo en la misma empresa constituiría indudablemente un elemento disuasorio para el operario que pretendiera acogerse a esa situación de excedencia, al saber que durante ese tiempo, dejaría de devengar determinados derechos, como el que aquí se discute, lo que en definitiva supone un alejamiento entre la norma y el cumplimiento de su verdadero fin»¹⁶⁵.

Otro dato interesante de este pronunciamiento, junto a la línea argumental expuesta, que favorece su aplicación cuando la cuestión controvertida se sitúa en el plano de la determinación del módulo indemnizatorio del despido, es el de que en la configuración jurídica del premio de antigüedad cuestionado se utiliza como parámetro generador del mismo el concepto de «años de servicio», que es el utilizado también en el artículo 56.1 del ET para el cálculo de la indemnización por despido. Por lo tanto, parece que tratándose del cómputo del tiempo de la excedencia para el cuidado de hijos a efectos indemnizatorios, el Tribunal Supremo se aparta de su consolidada doctrina emanada en idéntica cuestión en relación a la excedencia forzosa.

Ha de advertirse que en la doctrina judicial, salvo algún pronunciamiento aislado que ha excluido la duración de la excedencia para el cuidado de hijo o familiar en el módulo indemnizatorio basándose en la distinción entre antigüedad y años de servicio¹⁶⁶, la mayoría de los pronunciamientos¹⁶⁷ sostienen su inclusión sobre la base de la recepción de la interpretación de la STS de 28 de junio de 2002, incluso reconociendo que la cuestión debatida en esta no es la del posible cómputo de esta excedencia a efectos del cálculo de la indemnización

¹⁶⁵ STS de 28 de junio de 2002 (RJ 2002, 9080).

¹⁶⁶ STSJ Castilla-León, Valladolid de 6 de septiembre de 2004 (AS 2004, 2572).

¹⁶⁷ Véase STSJ Cataluña de 31 de enero de 2003 (AS 2003, 453), STSJ C. Valenciana de 9 de marzo de 2007 (AS 2007, 1870), STSJ Navarra de 23 de octubre de 2008 (AS 2008, 3038), STSJ Madrid de 28 de abril de 2011 (AS 2011, 1149), STSJ Andalucía, Granada de 20 de julio de 2011 (AS 2011, 2470).

por despido¹⁶⁸, pues se ha entendido, de forma acertada, que sus razonamientos son perfectamente extrapolables al plano indemnizatorio.

De cualquier manera sería conveniente que en una posible reforma del régimen jurídico de la excedencia para el cuidado de hijo o familiar se estableciera claramente que el cómputo de su duración es a todos los posible efectos vinculados al tiempo de prestación ya estén previstos en las normas, en los convenios o en los acuerdos individuales.

BIBLIOGRAFÍA

- AGULERA IZQUIERDO, R. (2007): «Políticas sociolaborales y conciliación de la vida personal, familiar y laboral», en Montoya Melgar, A. (dir.): *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, ed. Civitas-Thomson, Cizur Menor.
- ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del ET por la Ley 39/99*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- BALLESTER PASTOR, M.A. (1996): «Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos», *Tribuna Social*, nº 68-69.
- BALLESTER PASTOR, M.A. (2000): *La Ley 39/99 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- BALLESTER PASTOR, M^a.A. (2011): «De nuevo sobre la naturaleza de la excedencia por cuidado de hijos y familiares», *Aranzadi Social*, nº 5 (también en www.aranzadidigital.es, BIB 2011/1163)
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2001): *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*, ed. Bosch, Barcelona.
- CABEZA PEREIRO, J. (2010): «¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?», *Aranzadi Social*, nº 6.
- CASTRO ARGÜELLES, M^a.A. y ÁLVAREZ ALONSO, J. (2007): *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, ed. Civitas-Thomson, Cizur Menor.
- CRUZ VILLALÓN, J. (1999): «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la ley para promover la conciliación de la vida laboral y familiar)», *Revista Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales*, nº extraordinario.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2010): «Comentario al artículo 46 del ET», en DE LA VILLA GIL, L.E. (dir.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, ed. Iustel, Madrid.
- DE LA VILLA GIL, L.E. y López Cumbre, L. (1999): «Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34, sobre permiso parental», *Revista Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales*, nº extraordinario.
- DILLA CATALÁ, M.J. (1995): «La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos tras la Ley 4/1995, de 23 de marzo», *Actualidad Laboral*, nº 40.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ R. y MERCADER UGUINA, J.R. (1995): «La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos», *Relaciones Laborales*, tomo I, (también en www.laleylaboral.com).
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.F. (2002): «Ordenación del tiempo de trabajo», en AA.VV.: *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ed. Aranzadi, Pamplona.
- GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M. (2012): *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004): *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*, ed. CES, Madrid,
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1998): *Las excedencias en derecho del trabajo*, ed. Comares, Granada.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1999): «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Relaciones Laborales*, nº 24.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. e Igartúa Miró, M^a.T. (2002): *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- JOVER RAMÍREZ, C. (2013): «La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma», *Aranzadi Social*, nº 4 (también en www.aranzadidigital.es, BIB 2013/1515).
- JURADO SEGOVIA, A. (2017): «Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: excedencia por cuidado de hijos y familiares», en Izquierdo TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de la Familia*, 2^a edición, volumen VIII, ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.

¹⁶⁸ STSJ Cataluña de 31 de enero de 2003 (AS 2003, 453).

- JURADO SEGOVIA, A. (2012): «La excedencia por razones familiares (art. 46.3 ET): puntos críticos», *Actualidad Laboral*, nº 5.
- LÓPEZ BALAGUER, M. (2011): «La excedencia voluntaria por cuidado de hijos y familiares y su compatibilidad con el trabajo», en CABEZA PEREIRO J. y Fernández Docampo, B.: *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- LÓPEZ TERRADA, E. (2012): «Corresponsabilidad y permisos parentales: la «menor edad» protegida por el ordenamiento español», en Fernández Prieto, M. y CABEZA PEREIRO, J.: *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, ed. Bomarzo, Albacete.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2010): «Las excedencias familiares», *Tribuna Social*, nº 229.
- Martínez-Botello, P.: «Excedencia por cuidado de hijos versus excedencia cuidado por familiares», *Revista Información Laboral*, nº 6, 2016 (también en www.aranzadidigital.es, BIB 2016/3286).
- MORGADO PANEDERO, P. (2007): «La excedencia laboral por cuidado de familiares: claves para un debate», *Actualidad Laboral*, nº 7 (también disponible en www.laleylaboral.com).
- NAVAS-PAREJO, M. (2007): «La transformación del régimen jurídico de las excedencias a partir de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en AA.VV.: *Comentarios laborales de la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PÉREZ ALONSO, A. (1995a): «La nueva excedencia por cuidado de hijos en el ámbito laboral», *Poder Judicial*, nº 38.
- PÉREZ ALONSO, A. (1995b): *La excedencia laboral*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PÉREZ DEL RÍO, T. (1999): «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales», *Temas Laborales*, nº 52.
- POQUET CATALÁ, R. (2012): «Excedencia por razones familiares: régimen jurídico y puntos críticos», *Aranzadi Social*, nº 8 (también en www.aranzadidigital.es, BIB 2012/3369).
- PRIETO PADÍN, P. (2015): «Excedencia por cuidado de hijos y familiares: compatibilidad con el contrato por cuenta propia o ajena y competencia desleal», *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 391.
- QUINTANILLA NAVARRO, B. (1995): «Nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995», *Relaciones Laborales*, nº 20.
- RIVAS VALLEJO, P. (1999): *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, ed. Aranzadi, Pamplona.
- RIVAS VALLEJO, P. (2007): *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica y supuestos legales*, ed. Bomarzo, Albacete.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L. (2004): *La suspensión del contrato de trabajo*, ed. CES, Madrid.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2008): *La familia en el ámbito de jurídico-laboral*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2013): *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, ed. Bomarzo, Albacete.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2010): *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de hijos*, ed. Bomarzo, Albacete.
- ROJAS RIVERO, G.P. (1996): «El derecho a la excedencia para el cuidado de hijos», *Tribuna Social*, nº 61.
- ROJAS RIVERO, G.P. (2016): «Excedencia para cuidado de hijos y familiares», en Goerlich Peset, J.M^o. (coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ROMERO RODENAS M^a.J. (2003): «La excedencia por cuidado de hijos y familiares», en AA.VV.: *Mujer y trabajo*, ed. Bomarzo, Albacete.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (2008): *La excedencia por cuidados de familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. (1989): «La ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», *Relaciones Laborales*, nº 13.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. (2000): «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», en *Aranzadi Social*, nº 20 (también en www.aranzadidigital.es, BIB 1999/2067).
- SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013): «Comentario al artículo 46 del ET», en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- THIBAUT ARANDA, J. (2002): *La compensación y absorción de salarios*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- TORTUERO PLAZA, J.L. (2000): «Las excedencias», *Revista Española Derecho del Trabajo*, nº 100.
- TORTUERO PLAZA, J.L. (1994): «Excedencia por cuidado de hijos. Técnica jurídica versus institución jurídica», en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, ed. CGPJ, Madrid.
- VALLE MUÑOZ, F.A. (1999): *La protección laboral de la maternidad, paternidad*, ed. Colex, Madrid.

RESUMEN

El ordenamiento laboral español contempla como uno de los mecanismos jurídicos de conciliación de la vida personal y profesional la posibilidad de suspender la relación laboral en determinados supuestos por un periodo de tiempo más o menos breve, entre los que se encuentra la excedencia para cuidado de un hijo o un familiar, prevista en el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Es fácilmente imaginable que los trabajadores a lo largo de su vida laboral tengan una concreta necesidad de conciliar la vida laboral y familiar/personal por circunstancias que se prevén se van a mantener en el tiempo; necesidad que trata de ser solventada a través del mecanismo suspensivo de la excedencia. Nuestro ordenamiento contempla esta posibilidad no de forma genérica, que pudiera permitir alegar cualquier circunstancia familiar o personal, sino que concreta el recurso a la excedencia a dos causas, el cuidado de un hijo y el cuidado de un familiar, que, desde el plano del derecho del trabajo, dan lugar a dos supuestos protegidos cuya configuración difiere precisamente en el supuesto de hecho y no tanto en el régimen jurídico que se anuda a él, salvo en lo atinente a la injustificada diferenciación en la configuración de la duración de cada uno de ellos y los efectos previstos en materia de protección social.

Sobre la excedencia como mecanismo de conciliación se va a tratar de reflexionar en este estudio, no tanto exponiendo la totalidad de su régimen jurídico sino exponiendo algunos puntos críticos que requieren una reforma o un pronunciamiento expreso y claro del legislador. Existen en su actual configuración jurídica tanto una serie de previsiones que o bien plantean problemas interpretativos o bien es discutible su presencia, al tiempo que existen silencios sobre aspectos que deben ser aclarados en una futura reforma.

En cualquier caso debe tenerse presente que la finalidad última perseguida con la excedencia por razones familiares es la conciliación de la vida laboral y familiar. Y digo esto porque cualquier interpretación que se haga debe tener presente dicha ratio, al tiempo que hemos de saber que se trata de una excedencia anudada a dos concretos supuestos. Estas dos prevenciones deben guiar la adopción de cualquier solución interpretativa, como de forma clara nos ha manifestado el Tribunal Constitucional al afirmar que «la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa».

Este estudio comienza abordando su desarrollo legislativo desde su primera formulación en nuestro ordenamiento hasta su configuración actual que previsiblemente será objeto de una nueva modificación legislativa cuando se aprueba la nueva Directiva sobre permisos parentales. En la exposición de su evolución histórica se advierte el giro que sufrió la naturaleza de la excedencia por razones familiares, desde su configuración como excedencia voluntaria hacia su asimilación a un supuesto de excedencia forzosa.

A continuación se aborda su configuración como derecho causal e incondicionado, al tiempo que se aborda cual es el papel que puede jugar la autonomía colectiva en la regulación de este tipo de excedencia. En primer lugar, se afirma que estamos ante un derecho causal por cuanto debe ser reconocido cuando se da una de las dos causas que recoge el precepto estatutario (bien el cuidado de un hijo, natural o adoptado o de un menor en situación de guarda legal o bien el cuidado de un familiar), lo que supone que podrá ser negada dicha excedencia si no se aprecia la causa de la habilita. En segundo lugar, estamos ante un derecho incondicionado por cuanto acreditada la causa el empresario no puede oponer razón alguna para negar o diferir el disfrute de este tipo de excedencia. En tercer lugar, el espacio que puede jugar la negociación colectiva en la configuración de esta excedencia

abre el debate de hasta dónde puede llegar aquélla, sosteniéndose que podrá introducir mejoras siempre y cuando éstas no condicionen ni la concesión ni el ejercicio de la excedencia.

El siguiente aspecto que se aborda son los problemas que plantean la configuración de los sujetos que habilitan la solicitud y disfrute de la excedencia. En relación al cuidado de hijos, se aborda la necesidad de reconocerla en los supuestos de acogimiento temporal o urgente, el establecimiento de una edad máxima del menor adoptado o acogido a partir de la cual no sería posible solicitarla y, finalmente, se aborda la necesidad de aclarar a quien si la separación o divorcio tiene alguna incidencia en el reconocimiento de este derecho. Respecto al cuidado de un familiar, se aborda la necesidad de apostar por un concepto extensivo de la familia y la conveniencia de que se aclare si puede acudir a esta excedencia para el cuidado de un menor, mayor de tres años.

La excedencia para el cuidado de un familiar, a diferencia del cuidado de hijos, está sujeta a la verificación de uno o varios de los presupuestos que se enumeran (edad, enfermedad, accidente o discapacidad) así como al condicionante de que el familiar no desarrolle actividad retribuida. Ambos aspectos son objeto de análisis para concluir que los presupuestos deberían cambiarse por la exigencia de acreditación de una situación de desvalimiento; mientras que la exigencia de no desempeñar actividad retribuida debería sustituirse por el establecimiento de un límite de recursos económicos por encima de los cuales no se podría solicitar el disfrute de esta excedencia.

La duración de la excedencia ha planteado, de un lado, un intenso debate en la doctrina apostando unos por la necesidad de reducirlo, por cuanto comporta una solución que elimina la posible tacha de discriminación al tiempo que puede fomentar la corresponsabilidad, y otros abogando por su mantenimiento, al cumplir otras finalidades además de las conciliatorias. De otro lado, se exponen la falta de justificación de la distinta duración prevista para cada una de las causas habilitantes de esta excedencia, los problemas que plantea la posibilidad de su ampliación convencional en el supuesto de cuidado de un familiar, la falta de coordinación entre el permiso de maternidad y la excedencia para el cuidado de hijos, y, finalmente, los problemas que puede generar el reconocimiento a nivel legal del fraccionamiento de su disfrute.

La posible compatibilidad del disfrute de la excedencia por razones familiares y la realización de un trabajo, así como la posible sucesión de excedencias son dos temas que no tienen una respuesta clara a la luz de previsión legal y que son objeto de estudio para concluir que deben ser objeto de atención legislativa en una futura reforma para, respectivamente, admitir la compatibilidad siempre y cuando el nuevo trabajo suponga una mejora desde el prima de la conciliación y para aclarar, por un lado, que derecho tiene el trabajador –reserva del mismo puesto o reserva de un puesto– cuando se produce una sucesión de excedencias, y, por otro lado, aclarar en qué supuestos un mismo sujeto puede dar derecho a una sucesión de excedencias por razones familiares.

Finalmente se abordan las garantías que se anudan al disfrute de esta excedencia. Se analiza la configuración del derecho de reserva del puesto de trabajo, denunciándose que su diferenciación según su duración es más aparente que real, al tiempo que se destaca la necesidad de una previsión legal relativa al establecimiento de un plazo de tiempo para anunciar la reincorporación a la empresa. En materia de formación se postula un mayor protagonismo del trabajador a la hora de poder determinar sus necesidades formativas al reincorporarse al trabajo. Y en mentar de cómputo de la antigüedad, se postula la necesidad de aclarar si dicho periodo se computa a efectos del cálculo de la indemnización por extinción del contrato.

Palabras clave: Conciliación vida laboral y familiar, excedencia, cuidado de hijo, cuidado de familiar, excedencia por razones familiares.

ABSTRACT

The Spanish labor law considers as one of the legal mechanisms of conciliation of personal and professional life the possibility of suspending the employment relationship in certain cases for a shorter or shorter period of time, among which is the leave of absence for the care of a child or a relative, provided for in article 46.3 of the Workers' Statute (ET). It is easily imaginable that workers throughout their working life have a concrete need to reconcile work and family / personal life by circumstances that are expected to be maintained over time; necessity that tries to be solved through the suspensive mechanism of the leave. Our system contemplates this possibility not in a generic way, which could allow alleging any family or personal circumstance, but it specifies the recourse to leave to two causes, the care of a child and the care of a family member, who, from the level of labor law, give rise to two protected cases whose configuration differs precisely in the case of fact and not so much in the legal regime that is tied to it, except in regard to the unjustified differentiation in the configuration of the duration of each of them and the expected effects on social protection.

Regarding the leave as a conciliation mechanism, we will try to reflect on this study, not so much by exposing the totality of its legal regime but by exposing some critical points that require a reform or an express and clear pronouncement of the legislator. There are in their current legal configuration a series of forecasts that either pose interpretative problems or their presence is questionable, while there are silences about aspects that should be clarified in a future reform.

In any case, it must be borne in mind that the ultimate purpose pursued with leave of absence for family reasons is the reconciliation of work and family life. And I say this because any interpretation that is made must bear this ratio in mind, while we must know that it is a leave tied to two specific assumptions. These two preventions should guide the adoption of any interpretative solution, as the Constitutional Court has clearly stated in stating that «the constitutional dimension of the normative measures aimed at facilitating the reconciliation of working and family life of working people, both from the perspective of the right to non-discrimination due to personal circumstances (Article 14 CE), as from the perspective of the mandate to protect the family and children (Article 39 EC), it must prevail and serve as guidance for the solution of any interpretative doubt».

This study begins by addressing its legislative development from its first formulation in our order to its current configuration that will foreseeably be subject to a new legislative amendment when the new Directive on parental leave is approved. In the exposition of its historical evolution, the turning point that the nature of the leave for family reasons underwent, from its configuration as voluntary leave to its assimilation to an assumption of forced exceedance.

Next, its configuration is treated as a causal and unconditioned right, while addressing the role that collective autonomy can play in the regulation of this type of leave. In the first place, it is affirmed that we are facing a causal right because it must be recognized when one of the two causes reflected in the statutory provision (either the care of a child, natural or adopted or of a minor in a situation of legal guardianship) occurs. or the care of a family member), which means that this leave may be denied if the cause of the authorization is not assessed. In the second place, we are facing an unconditional right because the cause proven by the employer can not oppose any reason to deny or defer the enjoyment of this type of leave. In the third place, the space that collective bargaining can play in the configuration of this leave opens up the debate of how far that can go, maintaining that it will be able to introduce improvements as long as they do not condition either the granting or the exercise of the leave.

The next aspect that is addressed are the problems posed by the configuration of the subjects that enable the application and enjoyment of the leave of absence. In relation to the care of children, the need to recognize it in cases of temporary or urgent care, the establishment of a maximum age of the adopted or sheltered child, from which it would

not be possible to apply for it and, finally, the need to address it, is addressed. to clarify to whom if the separation or divorce has any incidence in the recognition of this right. Regarding the care of a family member, the need to bet on an extensive concept of the family and the convenience of clarifying whether to go on this leave for the care of a child over three years is addressed.

The leave of absence for the care of a relative, unlike the care of children, is subject to verification of one or more of the budgets that are Usted (age, illness, accident or disability) as well as the condition that the family member does not develop paid activity.

Both aspects are subject of analysis to conclude that budgets should be changed by the requirement of accreditation of a situation of helplessness; while the requirement of not performing remunerated activity should be replaced by the establishment of a limit of economic resources above which the benefit of this leave could not be requested.

The duration of the leave has raised, on the one hand, an intense debate in the doctrine betting some for the need to reduce it, as it involves a solution that eliminates the possible flaw of discrimination while promoting co-responsibility, and others advocating its maintenance, to fulfill other purposes besides the conciliators. On the other hand, the lack of justification of the different duration foreseen for each of the enabling causes of this leave, the problems posed by the possibility of its conventional expansion in the case of caring for a family member, the lack of coordination between the maternity leave and the leave of absence for the care of children, and, finally, the problems that can be generated by the legal recognition of the fractionation of their enjoyment.

The possible compatibility of the enjoyment of leave for family reasons and the performance of a job, as well as the possible succession of leave are two issues that do not have a clear answer in the light of legal forecast and that are subject of study to conclude that they should be the object of legislative attention in a future reform to, respectively, admit compatibility as long as the new work supposes an improvement from the conciliation bonus and to clarify, on the one hand, what right the worker has –reserve from the same position or reservation of a post– when there is a succession of leave, and, on the other hand, clarify in what cases the same subject can give the right to a succession of leave for family reasons.

Finally, the guarantees that are tied to the enjoyment of this leave are addressed. The configuration of the right of reservation of the job is analyzed, denouncing that its differentiation according to its duration is more apparent than real, while highlighting the need for a legal provisión regarding the establishment of a period of time to announce the reincorporation to the company. In terms of training, a greater role of the worker is postulated when it comes to being able to determine their training needs when they return to work. And in the calculation of the calculation of seniority, it is postulated the need to clarify whether said period is computed for the purpose of calculating compensation for termination of the contract.

Keywords: Work-life balance, leave of absence, child care, family care, leave of absence for family reasons.

El despido y la conciliación de la vida familiar y laboral*

Dismissal and reconciliation between work and family life

ALBERTO CÁMARA BOTÍA**

1. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN EL SISTEMA DEL DERECHO DEL TRABAJO

La conciliación de la vida laboral y familiar se presenta como cualidad de un Derecho *justo* del Trabajo dentro de «una concepción que, por encima de los valores patriarcales, reconoce valores personales y morales en el contrato de trabajo»¹. Los motivos de esta demanda son conocidos: la masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, el «fenómeno social más significativo del mundo del trabajo actual»², la formación de familias en las que los dos cónyuges trabajan profesionalmen-

te fuera del hogar y el mayor número de familias monoparentales no encajan en un modelo laboral, surgido con la Revolución Industrial³, pensado para trabajadores varones con horarios incompatibles con el cuidado de niños y mayores dependientes⁴. Las sociedades tradicionales «han considerado el trabajo como una actividad propia del varón» de modo que «el sistema productivo había cerrado un ciclo de tiempo de producción en torno al hombre, mientras que en el resto de tiempos sociales, privados, la mujer ejercía las actividades que la sociedad le asignaba», sin embargo «al incorporarse la mujer al trabajo, queda también alejada de los ritmos temporales del resto de procesos sociales»⁵. En el modelo tradicional la conciliación entre familia

* Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación *Implicaciones procesales de la reforma del mercado de trabajo* (DER2016-78123-R).

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Acreditado a Catedrático de Universidad. Universidad de Murcia

¹ MONTIYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, pág. 25.

² ALONSO OLEA, M.: «El trabajo de la mujer en el Derecho español», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 72 (1995), pág. 175.

³ DEL CAMPO, S.: «La familia simétrica y el trabajo de la mujer», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 67 (1990), pág. 314.

⁴ CHINCHILLA ALBIOL, N.; LEÓN LLORENTE, C.: «Presente y futuro de la conciliación. Nuevos retos y buenas prácticas», en BELLÓN SÁNCHEZ DE LA BLANCA, T.; BUQUERAS Y BACH, I.: *Horarios y sociedad: una visión multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 203

⁵ IGLESIAS DE USSEL, J.: *La dimensión social del tiempo*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2006, pág. 126.

y trabajo se resuelve por la vía de distribuir funciones dentro de la familia: el trabajo retribuido para el varón y el cuidado de la familia para la mujer, es decir, «una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares»⁶ (STC 26/2011, de 14 de marzo; FJ 5). Así la familia, globalmente considerada, y el trabajo resultaban compatibles. La masiva incorporación de la mujer al trabajo retribuido hace que el trabajo y la familia dejen de ser mundos paralelos para convertirse en realidades en conflicto: no se puede estar en dos sitios, en la familia y en el trabajo, al mismo tiempo.

Este conflicto puede ser ignorado por el Derecho, haciendo irrelevantes para el cumplimiento de la prestación laboral las circunstancias familiares del trabajador o, por el contrario, ser integrado dentro de su sistema, elevando las circunstancias familiares del trabajador a causa justificante de la modificación y adaptación de la prestación laboral a su realidad familiar. Así sucede en nuestro Derecho en el que se fijan de modo asistemático medidas de conciliación de la vida laboral y familiar consistentes en interrupciones y suspensiones de la relación laboral y modificaciones del tiempo de trabajo. Globalmente consideradas podrían subsumirse bajo la rúbrica de la modificación de las condiciones y de la prestación de trabajo a iniciativa del trabajador por causas familiares, pues suponen el reconocimiento al trabajador de derechos de ausencia y de reducción y adaptación de la jornada de trabajo⁷. Dentro de este bloque⁸ pueden in-

cluirse las figuras siguientes cuya nota común es la alteración de la prestación del trabajador justificada en causas familiares⁹: a) la adaptación de la jornada de trabajo (art. 34.8 ET); b) el permiso por matrimonio [art. 37.3.a) ET]; c) el permiso por nacimiento de hijos y fallecimiento, accidente y enfermedad de parientes [art. 37.3.b) ET]; d) el permiso por traslado de domicilio habitual [art. 37.3.c) ET]; e) el permiso para la realización de exámenes prenatales, técnicas de preparación al parto y preparación de la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento [art. 37.3.f) ET]; f) la reducción del tiempo de trabajo por lactancia (art. 37.4 ET) y guarda de menores y cuidado de familiares (art. 37.6 ET); g) la suspensión de la relación laboral por maternidad, paternidad, adopción y guarda con fines de adopción o acogimiento [arts. 45.1.d) y 48.4, 48.5 y 48.7 ET], riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia [art. 45.1.e) y 48.8 ET]; h) la excedencia por cuidado de hijos y familiares (art. 46.3 ET). La mayoría de estas medidas, dirigidas a la atención y cuidado de los hijos, tienen como presupuesto necesario el embarazo de la trabajadora, por lo que su protección jurídica va unida a la de los instrumentos de conciliación¹⁰.

nómica: Estudios desde el Derecho internacional y comparado, Delta Publicaciones, Madrid, 2015, pp. 27 a 34.

⁹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA distingue dentro del género de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral entre «los que tienden a proteger la maternidad biológica de aquellos otros que tienden a proteger la conciliación misma» y dentro de estos últimos entre los «derechos de ausencia» y los que tienen como objetivo «la compatibilidad o simultaneidad de la prestación laboral y del cuidado de familiares, que requieren de la modificación o adaptación de la regulación general y convencional de determinadas instituciones laborales para permitir el ejercicio individual simultáneo de la actividad profesional y de las responsabilidades familiares». Véase SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Adaptación de la jornada laboral y derechos de conciliación: la familia como bien jurídico protegido», en ALONSO OLEA, M.; MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XXIX, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, pág. 65.

¹⁰ Como señala AGUILERA IZQUIERDO «no existe ninguna norma que contenga una enumeración de los que se consideran derechos de conciliación» por lo que deben entenderse incluidas «todas aquellas figura jurídicas que, desperdigadas a lo largo de una pluralidad de disposiciones permiten a los

⁶ A «la familia nuclear moderna basada en el matrimonio entre un varón ganador del sustento familiar y representante de la familia en el espacio público, y una mujer ama de casa» se refiere RODRÍGUEZ RUIZ, B.: «La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103 (2015), pág. 356.

⁷ SÁEZ LARA, C.: «La conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Políticas públicas y marco normativo», en MOYA AMADOR, R. (Dir.): *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pág. 190.

⁸ ROQUETA BUJ, R.: «Las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores», en MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.): *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis eco-*

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral (en adelante, LCVFL), categorizó jurídicamente lo que hasta ese momento eran reglas aisladas e inconexas de nuestro ordenamiento jurídico. Si todo concepto va marcado por el sello de su historia el de conciliación de la vida laboral y familiar lo es por la Ley de 1999. Posteriormente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI), insistiría en la consecución de este objetivo. Así se eleva a criterio general de actuación de los poderes públicos el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres y el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia (art. 14.8) y se proclama que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio (art. 44.1).

La conciliación de la vida laboral y familiar no se agota, jurídicamente, en su dimensión legal sino que también tiene una dimensión constitucional sin llegar a ser un derecho constitucional específico. Se trata de un bien jurídicamente protegido a nivel constitucional¹¹ como emanación del derecho fundamental a la no discriminación (art. 14 CE) y del mandato de protección a la familia (art. 39.1 CE). Así lo reconoce la STC 26/2011, de 14 de

marzo¹² de acuerdo con la cual «la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento» (FJ 5).

No puede olvidarse, en fin, que las normas laborales y de seguridad social constituyen sólo una de las caras que recubren el objetivo de conciliación de la vida laboral y familiar. Su plena realización exige que, simultáneamente, se adopten medidas extrajurídicas como recoge la definición de conciliación de la vida laboral y familiar ofrecida por el *Diccionario del Español Jurídico* de la Real Academia Española: «participación equilibrada entre mujeres y hombres en la vida familiar y en el mercado de trabajo, mediante la reestructuración y reorganización de los sistemas laboral, educativo y de recursos sociales, con el fin de conseguir la igualdad de oportunidades en el empleo, variar los roles y estereotipos tradicionales, y cubrir las necesidades de atención y cuidado a personas dependientes».

2. EL DESPIDO: ¿ALTERNATIVA A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR?

Despido y conciliación de la vida laboral y familiar se presentan, en principio, como ins-

trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares», incluyendo también los «directamente vinculados con las situaciones de embarazo y parto, pues todos ellos tiene como finalidad la protección de la familia y de la mujer» (AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra: Igualdad efectiva de mujeres y hombres [2007], págs. 71 y 72).

¹¹ RUIZ-RICO RUIZ, C.: *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, Tirant, Valencia, 2012.

¹² GIL PLANA, J.: «La admisión de la circunstancia personal de cuidar a un hijo como factor discriminatorio», en ALONSO OLEA, M.; MONTOTOY MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XXIX, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 87 a 114.

tituciones que ninguna conexión mantienen entre sí, más bien como realidades mutuamente excluyentes. Sin embargo a poco que se reflexione aparece su relación. Ya se ha dicho que las medidas de conciliación suponen una alteración o modificación de la prestación laboral o de sus condiciones por interés del trabajador¹³. Los nuevos términos de la prestación podrían resultar inconvenientes, una «carga», para el empresario hasta tal punto que decidiera extinguir el contrato de trabajo adaptado a las nuevas condiciones por razones familiares¹⁴. De algún modo nos encontraríamos ante la figura inversa del «lo tomas o lo dejas»¹⁵ a que pueden abocar las facultades atribuidas al empresario en los artículos 40 y 41 ET. Sin embargo el despido no puede ser una lícita alternativa empresarial a la conciliación porque supondría la negación del fin que se pretende alcanzar (el acceso y mantenimiento del empleo) y resultaría incompatible con los bienes constitucionalmente protegidos por los arts. 14, 35.1 y 39 CE. El despido motivado por una medida de conciliación de la vida familiar y laboral no sólo sería un despido sin causa sino un despido con causa ilícita.

¹³ Como señaló GARCÍA MURCIA mientras las grandes reformas laborales de los años noventa «estuvieron mayormente preocupadas por los márgenes de decisión del empresario», la LCVFL atendió «sobre todo a la posición del trabajador en el contrato de trabajo, si aquéllas reformas ampliaron el poder empresarial, esta otra intervención amplía las posibilidades del trabajador de imponer un paréntesis en sus prestación de trabajo» [GARCÍA MURCIA, J.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 1 (2000) pág. 21].

¹⁴ CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1 (2017), pág. 15, donde se refiere a que «los derechos de conciliación, ejercidos mayoritariamente si no únicamente por mujeres, no se han visto libres de operar como nuevas causas de discriminación de la mujer en el trabajo remunerado al encarecer ese trabajo, sus "cargas", añadidas a las que comporta su condición de mujer, su embarazo y maternidad, frente a las necesidades de organización, adaptación y flexibilidad de la productividad y competitividad empresariales».

¹⁵ MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VALERA, A.: *Derecho crítico del Trabajo*, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2014, pág. 125.

Esta es, por otra parte, la conclusión que se deduce de la normativa internacional y comunitaria europea sobre la materia. Los Convenios de la OIT núm. 156 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares (1981)¹⁶ y núm. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (1982)¹⁷ expresamente prohíben que las responsabilidades familiares, el embarazo o la licencia de maternidad actúen como causas de despido.

Dentro de Derecho de la Unión Europea son varias las normas que específicamente, con mayor o menor amplitud, excluyen que las situaciones de conciliación de la vida laboral y familiar puedan constituir causas de despido. Con carácter general el art. 33.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁸ dispone que «con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad». Previsiones específicas se contienen en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)¹⁹

¹⁶ BOE de 12 de noviembre de 1985. Su art. 8 dispone: «La responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo».

¹⁷ BOE de 29 de junio de 1985. Su art. 5 dispone: «Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: [...] (d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; (e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad».

¹⁸ DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010. El art. 33 lleva la rúbrica de «vida familiar y vida profesional». Su apartado 1 dice que «se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social».

¹⁹ Artículo 10. Prohibición de despido. Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

y en la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE²⁰. La Directiva 92/85/CEE establece la prohibición de despido de la trabajadora embarazada como medida de prevención de riesgos laborales al considerar el despido un riesgo para la salud. En su preámbulo puede leerse: «considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora [...] es conveniente establecer una prohibición de despido». Por el contrario la Directiva 2010/18/UE, que protege frente al despido por ejercicio del permiso parental, se expresa en lenguaje antidiscriminatorio. Obviamente la protección de la trabajadora embarazada frente al despido también deriva de la normativa antidiscriminatoria europea. La Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación señala en su preámbulo que «de la

jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo» (§ 23) y que «el Tribunal de Justicia ha reconocido reiteradamente que, en lo que respecta al principio de igualdad de trato, es legítimo proteger la condición biológica de una mujer durante el embarazo y la maternidad, así como prever medidas de protección de la maternidad con el fin de lograr una verdadera igualdad» (§ 24). Los arts. 15 y 16 de la Directiva 2006/54/CE insisten en la protección de los derechos de conciliación frente al despido²¹.

El Derecho español ha organizado la protección específica de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar frente al despido configurando una «garantía de indemnidad»²² en los arts. 53.4 y 55.5 ET y sus concordantes arts. 108.2 y 122.2 LJS. De estas normas, derivadas fundamentalmente de la LCVFL²³ y LOI²⁴, interesa conocer varios aspectos a cuyo análisis se dedican estas páginas: a) la razón de su existencia; b) el conteni-

1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

2) Cuando se despidiera a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.

3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1.

²⁰ Cláusula 5: Derechos laborales y lucha contra la discriminación. 4. Con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho al permiso parental, los Estados miembros o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra un trato menos favorable o el despido por haber solicitado o tomado un permiso parental, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales.

²¹ Artículo 15. Reintegración tras un permiso de maternidad. La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

Artículo 16. Permiso de paternidad y de adopción La presente Directiva no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores --hombres y mujeres-- del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

²² SÁEZ LARA: *cit.*, pág. 203.

²³ Los arts. 7 y 8 LCVFL dieron nueva redacción a los arts. 53.4 y 55.5 ET y 108.2 y 122.2 LPL-1995.

²⁴ Las disposiciones adicionales 11ª.12 y 14 y 13ª.2 y 3 LOI dieron nueva redacción a los arts. 53.4 y 55.5 ET-1995 y 108.2 y 122.2 LPL-1995. También inició la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (DA 7ª.7).

do de la protección dispensada; y c) su ámbito de aplicación²⁵.

3. RAZÓN DE LA PROTECCIÓN ESPECÍFICA FRENTE AL DESPIDO DE LOS TRABAJADORES QUE CONCILIAN SU VIDA FAMILIAR Y LABORAL

Afirmada la ilicitud del despido por conciliación de la vida laboral y familiar debe determinarse cómo se encuadra dentro de las diferentes categorías de despidos antijurídicos que fija la ley. Antes de promulgarse la LCVFL el ET reconocía dos clases de despidos ilícitos por razones de fondo: a) el despido improcedente si no se acreditaba la existencia de una justa causa de despido (*despido sin causa*); y b) el despido nulo si la decisión empresarial resultaba discriminatoria o contraria a un derecho fundamental (*despido con causa ilícita*). La LCVFL añadió a este sistema la categoría de los *despidos presuntamente nulos* en los arts. 53.4 ET, para el despido por causas objetivas, y 55.5 ET, para el despido disciplinario: «será [...] nulo el despido en los siguientes supuestos [...] salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados»²⁶. Dentro de los supuestos del despido presuntamente nulo se incluyen el de la trabajadora embarazada y el de los trabajadores que ejerzan determinados derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. La creación de esta nueva categoría jurídica es consecuencia de la transposición²⁷

²⁵ Sobre despido y conciliación de la vida laboral y familiar también deben tenerse en cuenta el art. 52.d), sobre exclusión de determinadas ausencias a efectos del despido por absentismo, y la disposición adicional 19ª ET sobre cálculo de indemnizaciones en supuestos de reducción de jornada.

²⁶ CASTRO ARGÜELLES, M.ª A.: «La nueva prohibición de despedir durante las situaciones de embarazo, maternidad y ejercicio de los derechos de conciliación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 12 (2006), pág. 16.

²⁷ Así lo declaró la exposición de motivos de la LCVFL: «mediante la presente Ley se completa la transposición a la le-

de las reglas de protección contra el despido contenidas en las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CE²⁸, cerrando los debates entonces existentes sobre la adecuación del Derecho español a dichas normas²⁹.

¿Eran insuficientes las categorías del despido improcedente y del despido nulo por discriminación o vulneración de derechos fundamentales para sancionar los despidos lesivos de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar? Para responder a esta cuestión hay que tener en cuenta:

a) Es clara la inconveniencia de reconducir los despidos motivados por el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar a la categoría de despidos improcedentes que, como es bien sabido, pueden acabar en la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del empresario y por tanto de modo radicalmente contrario a lo que se pretende con las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

b) La figura del despido nulo por discriminación o vulneración de derechos fundamentales resultaba adecuada para proteger a la trabajadora durante su embarazo y el ejercicio de derechos de conciliación vinculados a la maternidad pues el despido motivado por esos factores implicaría discriminación por razón de sexo. La LOI define como «discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad» (art. 8). Así lo ha declarado la jurisprudencia, por ejemplo la STC 2/2017, de 16 de enero (FJ 5) con amplia cita de precedentes de los que se pueden entresacar estas declaraciones: i) «la doctrina de este Tribunal, de modo reiterado, ha declarado que este tipo

gislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas.

²⁸ Véase *supra* el epígrafe 2.

²⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Relaciones Laborales*, núm. 24 (1999), pág. 22 (versión electrónica).

de discriminación comprende, no sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca» como sucede con el embarazo de la trabajadora; ii) «la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo»; y iii) «se deduce la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo cuando se produzcan decisiones empresariales contrarias al ejercicio de un derecho de maternidad en sentido estricto, así como también cuando se den otras que resulten contrarias al ejercicio por parte de la mujer de derechos asociados a su maternidad». En cuanto muchas de las medidas de conciliación entre familia y trabajo están conectadas con la maternidad y situaciones asociadas no habría problema para calificar como discriminatorio el despido de una trabajadora motivado por ejercer sus derechos de conciliación. No sólo en los casos de discriminación directa sino también indirecta pues es «clara la toma de postura del Tribunal Constitucional sobre el contenido constitucional de la conciliación, y sobre el carácter indirectamente discriminatorio por razón de sexo de toda medida que afecte negativamente a la posibilidad de conciliar la vida familiar y laboral, por ser las mujeres quienes se ven principalmente afectadas».³⁰

c) Sin embargo, a finales del siglo pasado, no se llegaba a igual conclusión si el despido era un varón que ejercía sus derechos de conciliación de la vida laboral y familiar al faltar la conexión biológica entre sexo y maternidad, por lo que no podría afirmarse que el trabajador despedido por ejercer sus derechos de

conciliación hubiera sido discriminado por ser varón. Así se explicó la creación de la nueva categoría de los despidos presuntamente nulos: la aplicación del despido discriminatorio operaba «sólo a favor de la mujer, dejando fuera la mayor parte de los supuestos de ejercicio del permiso parental»³¹. La nueva regla tenía la finalidad de «extender la protección que supone la calificación de nulidad de un despido también a los varones que opten por el ejercicio de los derechos de conciliación» pues la regla de la nulidad por discriminación o vulneración de derechos fundamentales «tropezaba con las dudas que suscita calificar en estos casos el despido como una discriminación por razón de sexo»³².

d) La evolución normativa y jurisprudencial posterior ha permitido extender la protección antidiscriminatoria a los varones. El art. 44.1 LOI dispone que «los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio». Queda así fijada una prohibición de discriminación que puede entenderse como «prohibición de discriminación por razón de cargas familiares, desconectada, entonces, de la singular y específica derivada del sexo»³³.

e) Por otra parte la STC 26/2011, de 14 de marzo³⁴ utilizó por primera vez la categoría de la discriminación por razón de las circunstan-

³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)», *Relaciones Laborales*, núm. 19 (1999), pág. 3 (versión electrónica).

³² CASTRO ARGÜELLES: *cit.*, pág. 5.

³³ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra: Igualdad efectiva de mujeres y hombres (2007), págs. 189 y 227.

³⁴ GARCÍA RUBIO, M.ª A.: «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada», *Relaciones Laborales*, núm. 13 (2011), versión electrónica.

³⁰ RODRÍGUEZ RUIZ: *cit.*, pág. 363.

cias familiares para tutelar la pretensión de un varón trabajador que reclamaba una adaptación de horario por razones familiares³⁵. La sentencia parte de la dificultad para determinar en este caso la existencia de discriminación por razón de sexo («el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres» [FJ 4]) y a partir de ahí avanza en dos grandes e innovadoras direcciones: i) De un lado afirma que en estos casos el factor de discriminación prohibido no sería el sexo sino las «circunstancias familiares» encuadrables en la referencia que el art. 14 CE efectúa a la prohibición de discriminación por cualquier «condición o circunstancia personal o social» (FJ 5). ii) Por otra parte, la afirmación de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: «la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional» (FJ 5). En definitiva la STC 26/2011 asume «tanto

³⁵ Con anterioridad ya había señalado CASTRO ARGÜELLES (*cit.*, pág. 6) que «aunque efectivamente las represalias a un trabajador varón por el ejercicio de sus derechos de conciliación no puedan calificarse como una discriminación por razón de sexo, no vemos ningún obstáculo para entender que constituyen una discriminación por razón personal o social». En las conocidas SSTs de 19 de julio de 2006 (rec. 387/2005 y 1452/2005) se habla del despido de la trabajadora embarazada como «despido nulo por lesión de derechos fundamentales, en el que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por razón de cargas familiares» (FJ 4).

que la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene como objetivo proteger a las mujeres, como que la denegación de la solicitud de conciliación de la vida familiar y laboral a varones tiene contenido discriminatorio que afecta a la construcción del género. Para hacer ambas consideraciones compatibles, construye la prohibición de discriminación por circunstancias familiares como destinada a proteger por igual a mujeres y a varones»³⁶.

A similares conclusiones llega recientemente la STS de 10 de enero de 2017 (rec. 283/2015) en la que se resuelve la reclamación de una trabajadora por discriminación derivada del disfrute de su permiso de maternidad. La sentencia, tras afirmar la vinculación entre la condición de mujer, las suspensiones por maternidad y riesgo durante el embarazo y la discriminación por razón de sexo, se plantea cuál sería el tratamiento si el permiso hubiera sido disfrutado por un varón. Reconoce que la prohibición de discriminación también se les aplicaría «por cuanto las medidas de protección del ejercicio de los deberes parentales se configuran como instrumentos de corresponsabilidad familiar que actúan de mecanismos activos de igualdad de mujeres y hombres [...]. [...] la consecución de la igualdad efectiva [...] pasa, no solo por el reconocimiento de derechos de maternidad en sentido estricto, sino por la eficaz implantación de instrumentos de equiparación en el ámbito de la vida familiar, como reequilibrio de la desigualdad histórica» (FJ 4).

Pese a que el origen de la figura estuviera condicionado por el entendimiento de la prohibición de discriminación los arts. 53.4 y 55.5 ET, como se explica en el siguiente apartado de este trabajo, se dotarían de vida propia como prohibición objetiva de despido durante las situaciones legalmente protegidas de conciliación de la vida familiar y laboral³⁷.

³⁶ RODRÍGUEZ RUIZ: *cit.*, pág. 373.

³⁷ Téngase en cuenta que varias medidas de conciliación se articulan a través de la técnica de la suspensión del contrato de trabajo. De acuerdo con el art. 55.6 ET-1980 el despido de

4. EL CONTENIDO DE LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO: LA NULIDAD OBJETIVA Y AUTOMÁTICA DE LOS DESPIDOS NO PROCEDENTES

Las nuevas reglas introducidas por la LC-VFL en los arts. 53.4 y 55.5 ET configuradoras del despido presuntamente nulo generaron dudas interpretativas sobre su alcance y contenido. Básicamente se trataba de determinar si era: a) mera especificación del despido discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, es decir, un despido motivado por la situación protegida (el embarazo o ejercicio de los derechos de conciliación) y que, por tanto, requería el conocimiento empresarial de la concurrencia de tal situación porque, obviamente, no se puede discriminar a alguien por un motivo cuya existencia se desconoce; o b) una prohibición de despedir al trabajador en determinadas situaciones o durante cierto tiempo, salvo que concurriera causa de despido, con independencia del carácter discrimi-

un trabajador que tuviera suspendido su contrato de trabajo se consideraba nulo salvo que la jurisdicción competente apreciara su procedencia. Véase al respecto BADIOLA SÁNCHEZ, A. M.ª: La nulidad de la extinción del contrato de trabajo, Lex Nova, Valladolid, 2003, págs. 241 a 250 y 356 a 358.

No puede equipararse la nulidad del art. 55.6 ET-1980 con la vigente del art. 55.5 ET pues aquélla podía acabar, en fase de ejecución, en la extinción indemnizada del contrato, igual que un despido improcedente (art. 211 LPL-1980). A partir de esta realidad normativa se construyó jurisprudencialmente la categoría de la nulidad radical del despido con inicio en la STC 38/1981, de 23 de noviembre. Una síntesis de esta evolución puede verse en PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «Régimen del despido. La nulidad radical», *Relaciones Laborales*, tomo I (1990).

La regla del art. 55.6 ET-1980 tuvo una relevante aplicación a los despidos efectuados durante la situación de incapacidad temporal del trabajador como, por ejemplo, puede apreciarse en la STS de 1 de junio de 1994 (rec. 1591/1992) y en las en ella citadas. El sentido de la norma, por otra parte, era claro: «este precepto establece que el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia, esto quiere decir que el despido puede ser llevado a cabo, pese a hallarse suspendido el contrato, puesto que la jurisdicción competente, caso de acudir a ella, puede apreciar su procedencia. La única particularidad de esa norma es que la alternativa a la procedencia no puede ser la improcedencia, sino, precisamente, la nulidad» (STS de 13 de junio de 1989 [RJ 1989, 4572], FD 3).

natorio del despido, por tanto «una protección objetiva en función de la propia situación de embarazo»³⁸ o conciliación. Despido *por* embarazo o ejercicio de derechos de conciliación frente a despido *durante* el embarazo o ejercicio de los derechos de conciliación eran los términos de la opción. O como también se ha formulado nulidad subjetiva por discriminación frente a nulidad objetiva y automática. El legislador no intervino en este debate que, generado por la LCVFL, pudo haber sido cerrado por la LOI, permitiendo que la regla tomara el contenido que el Tribunal Constitucional le atribuyó en sus sentencias 92/2008, de 21 de julio y 124/2009, de 18 de mayo. La consolidada solución del problema hace innecesario aquí su desarrollo y tratamiento extensos, bastando su esbozo³⁹.

El litigio tipo que planteó los problemas interpretativos fue el despido de trabajadoras embarazadas. Con anterioridad a la LCVLF resultaba evidente que un despido motivado por el embarazo de la trabajadora era un despido nulo por discriminatorio cuya aplicación debía realizarse «con arreglo a las técnicas habituales sobre indicios e inversión del *onus probandi*»⁴⁰ (SSTC 41/2002, de 25 de febrero; 17/2003, de 30 de enero; 17/2007, de 12 de febrero y 62/2007, de 27 de marzo). Para constatar el carácter discriminatorio de la decisión empresarial no bastaba con que el despido se produjera durante la situación de embarazo de la trabajadora sino que era necesario que «al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente del despido» se añadieran otros elementos que pusieran «indiciariamente en conexión lo uno (el factor

³⁸ DESDENTADO BONETE, A.: «El despido de la embarazada y los límites de la justicia constitucional», *Diario La Ley*, núm. 7039 (2008), pág. 1 (versión electrónica).

³⁹ El estudio detallado en GIL PLANA, J.: *El despido de la trabajadora embarazada*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011. Del mismo autor una precisa síntesis: «La nulidad del despido de la trabajadora embarazada», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 154 (2012).

⁴⁰ MONTROYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.ª; RÍOS SALMERÓN, B.; SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 944.

protegido –embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación –extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto» (STC 92/2008, FJ 4). Como afirmaron las SSTC 41/2002, de 25 de febrero (FJ 4) y 17/2003, de 30 de enero (FJ 4) para generar la inversión de la carga probatoria «no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio». En la acreditación del panorama indiciario de discriminación jugaba un importante papel el conocimiento empresarial del embarazo de la trabajadora pues no se puede discriminar por embarazo a quien se ignora que está embarazada (STC 92/2008, FJ 4).

Tras la promulgación de la LCVFL hubo pronunciamientos de suplicación enfrentados, mientras para unas resoluciones la calificación de nulidad requería el conocimiento empresarial de la situación de embarazo de la trabajadora, para otras la nulidad podía declararse con independencia de ese conocimiento. Las dos SSTS de 19 de julio de 2006 (rec. 387/2005 y 1452/2005)⁴¹ mantuvieron que la nulidad del despido de la trabajadora embarazada debía considerarse una especie del género del despido nulo por discriminación o lesión de derechos fundamentales⁴². El Tribunal Supremo construyó su argumentación sobre los siguientes elementos: a) La finalidad de la LCVFL al incorporar esta nueva regla fue especificar un supuesto particular de despido discriminato-

rio. El preámbulo de la ley se refería, en este sentido, al «despido motivado, entre otros, por el embarazo». De este modo, sistemáticamente, el art. 55.5 ET quedaba como un precepto dedicado en su integridad al despido nulo por lesión de derechos fundamentales. b) La interpretación sostenida proporcionaba seguridad jurídica, al no hacer depender la nulidad de un hecho azaroso como es el estado de gestación de la trabajadora, imposible de conocer durante determinado tiempo. c) Igualmente esta interpretación se mostraba coherente con el Derecho Comunitario por cuanto la Directiva 92/85/CEE define a la trabajadora embarazada como «cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario». Para las SSTS de 19 de julio de 2006 la aportación de las nuevas normas era el régimen de prueba más favorable para la trabajadora cuya aplicación requería el conocimiento por parte del empresario de la situación de embarazo. El trato más favorable consistía, según estas sentencias, en que «a diferencia del supuesto genérico de despido discriminatorio, en que el trabajador ha de acreditar un panorama discriminatorio respecto de un *tertium comparationis*, en esta modalidad específica de despido discriminatorio la trabajadora sólo tiene que probar que el empresario conocía su estado de gestación» (FJ 7).

Sin embargo las SSTC 92/2008, de 21 de julio y 124/2009, de 18 de mayo iban a llegar a otra conclusión: la ley había creado un nuevo supuesto de nulidad respecto del que no resultaba exigible el conocimiento empresarial del embarazo de la trabajadora. El nuevo precepto configuró «una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación» (STC 92/2008, FJ 8). La nulidad con la que se sancionan estos despidos tiene «un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos

⁴¹ Sobre los precedentes SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Protección objetiva de la embarazada frente a su despido», *Repositorio de Jurisprudencia*, núm. 14 (2008); versión electrónica (BIB 2008, 1745). Posteriormente SSTS de 24 de julio de 2007 (rec. 2520/2006), 29 de febrero y 12 de marzo de 2008 (rec. 657/2007 y 1695/2007).

⁴² Siete magistrados formularon voto particular disintiendo de la solución y argumentación dadas por la mayoría.

no relacionados con el mismo» (FJ 8), se trata de «una garantía objetiva y automática, que otorg[la] la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio» (FJ 8). Para la aplicación de esta nulidad, en fin, no se exige «requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario [...] ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo» (FJ 8). Las diferencias con el régimen común del despido discriminatorio son claras al dispensar al trabajador de la prueba del conocimiento empresarial de la situación protegida, sustituyéndola por la prueba de hechos objetivos. Se trata «una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido» (FJ 8) coherente con la protección de los derechos a la intimidad, salud y seguridad y protección de la familia del trabajador. En definitiva el ejercicio de los derechos de conciliación familiar queda recubierto por una «garantía de indemnidad reforzada» (FJ 8).

Las SSTC 92/2008 y 124/2009 fueron criticadas por entender que desbordando su ámbito competencial, la constitucionalidad, entraban en la mera interpretación de la ley⁴³, posible al examinar el caso a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)⁴⁴. Puesto que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo (art. 14 CE) queda garanti-

zado con la construcción de la nulidad subjetiva (STC 92/2008, FJ 4) se planteó la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la interpretación del art. 55.5 ET realizada por la jurisdicción social. El art. 24.1 CE exige que las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas en Derecho, resultando contrarias al mismo aquéllas aquellas que resulten arbitrarias, irracionales o incurran en error patente (STC 92/2008, FJ 6). Sin embargo en este caso el Tribunal Constitucional no se limitó a examinar la eventual arbitrariedad, irracionalidad o error patente de la interpretación cuestionada sino que, al estar en juego el art. 14.1 CE, aplicó un «canon reforzado» que exige que la resolución judicial sea coherente con el derecho fundamental en juego (STC 92/2008, FJ 6), lo que le permitió entrar en la interpretación del art. 55.5 ET. Pese a las fundadas críticas que se hicieron a estas sentencias constitucionales⁴⁵ la interpretación del art. 55.5 ET efectuada por las SSTC 92/2008 y 124/2009 se aceptó por la jurisdicción social a partir de la STS de 17 de octubre de 2008 (rec. 1957/2007). Muy claramente declara esta sentencia que «la cuestión había sido resuelta [...] en el sentido de que [...] no procedía la calificación de nulidad si no existía tal conocimiento [del embarazo por el empresario] [...]. Pero nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional» (FJ 2). La posición sería reiterada por la STS de 16 de enero de 2009 (rec. 1758/2008)⁴⁶.

⁴³ A «dos posibles interpretaciones de la nulidad del despido de una trabajadora embarazada, perfectamente defendibles» se refirió GIL PLANA, J.: «Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho: despido de una trabajadora embarazada», en ALONSO OLEA, M.; MONTÓYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XXVI, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 153.

⁴⁴ Es manifestación de un fenómeno general. Así puede verse en OLIVA SANTOS, A. de la; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J.: *Curso de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 159: el «control que, con base en las presuntas infracciones del art. 24.1 CE, realiza el TC sobre la posible arbitrariedad o irracionalidad de la motivación de las resoluciones judiciales ha permitido que el TC actúe, en ocasiones, como órgano revisor de la aplicación del Derecho efectuada por los tribunales ordinarios. Ello ha generado tensiones entre el TC y el TS, por entender este último –a veces no sin razón– que el TC ha invadido la esfera propia de la Jurisdicción ordinaria».

⁴⁵ DESDENTADO BONETE: *cit.*, pág. 2. Véase el voto particular del magistrado Conde Martín de Hijas a la STC 124/2009 que afirma de modo conclusivo: «no creo que pueda oponerse a ninguna garantía constitucional la interpretación de que el embarazo cuando el despido no se motivó por él (explícitamente o de modo oculto) pueda ser o no una causa legal de nulidad, aunque constitucionalmente deba serlo, si opera como motivo.»

⁴⁶ Contiene voto particular disidente para el que «el cambio de jurisprudencia motivado exclusivamente en una sentencia de amparo» supone «una abdicación de la propia competencia» de la Sala Cuarta pues la sentencia constitucional se dictó en un asunto en el que la concreta cuestión debatida era de «legalidad ordinaria y no se refiere a las garantías constitucionales concernidas en la regulación legal de los derechos fundamentales» por lo que debía ser el Tribunal Supremo el

Por tanto bastará para aplicar la nulidad objetiva y automática del despido que concurren estos factores: a) El despido. b) La situación especialmente protegida: el embarazo o el ejercicio de determinados derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. c) Que el empresario no acredite «la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados» (arts. 53.4 y 55.5 ET). Esta última referencia a los motivos ajenos a la situación protegida para acreditar la procedencia del despido significa que no basta que «la medida sea objetiva, razonable y proporcional, sino, además de que la causa no puede tener nada que ver con los trastornos» derivados para la prestación laboral por la situación protegida: «no basta la existencia de una concausa, sino que ha de excluirse que exista una concausa» relacionada con la situación protegida, por lo que el juez «ha de llegar a la convicción de que el despido o la extinción nada ha tenido que ver con el embarazo o el permiso parental»⁴⁷. Es situación similar a la que se produce en los llamados despidos pluricausales⁴⁸ en los que la acreditación de la causa legal de despido «no excluye por defecto o automáticamente la vulneración del derecho fundamental invocado cuando existen indicios de lesión» (STC 203/2015, de 5 de octubre; FJ 3). Se trata de casos en los que se duda sobre el verdadero motivo del despido, existiendo sospechas de que el despido se efectuara con la finalidad de desvincularse de un trabajador especialmente protegido que puede suponer una mayor «carga» para la empresa. Respec-

to a los despidos pluricausales se ha señalado que el panorama indiciario de lesión del derecho fundamental puede destruirse: a) «acreditando de manera plena la causa legal expresada en la carta de despido» siempre que se pruebe efectivamente «la desvinculación entre el acto empresarial y el derecho fundamental invocado»; y b) «cuando el empresario demandado demuestre que los hechos motivadores de su decisión se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de los derechos fundamentales» incluso si no llega a acreditar la causa legal de despido (STC 203/2015, FJ 3). En el caso del despido de la trabajadora embarazada y de trabajadores que ejerzan derechos de conciliación familiar esa doctrina deberá adaptarse pues: i) el empresario debe acreditar la procedencia del despido, no le basta probar su carácter razonable; y b) el lugar del indicio discriminatorio lo ocupa aquí el hecho objetivo (embarazo, conciliación) protegido. Es una cuestión que en los despidos disciplinarios no planteará normalmente graves problemas pues la acreditación de la procedencia del despido será habitualmente suficiente para deducir que se ha producido por «motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados» (art. 55.5 ET). Sin embargo su apreciación puede resultar mucho más difícil en los casos de despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas de parte de los trabajadores de una empresa o centro de trabajo en los que el empresario dispone de libertad de elección de los trabajadores que serán despedidos⁴⁹.

Interpretados los arts. 53.4 y 55.5 ET en clave de nulidad objetiva y automática procederá la declaración de nulidad salvo que, en los términos expresados, se declare la procedencia del despido con independencia del carácter discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales de la decisión extintiva. Sin embargo esto último no será irrelevante pues la discriminación o vulneración de derechos

encargado de fijar la interpretación del art. 55.5 ET y los hechos del caso eran «claramente distintos a los que determinaron nuestra anterior doctrina jurisprudencial» pues el embarazo de la trabajadora era perceptible.

Posteriormente: SSTs de 17 de marzo, 13 y 30 de abril y 6 de mayo de 2009 (rec. 2251/2008, 2351/2008, 2428/2008 y 2063/2008), 16 de octubre de 2012 (rec. 247/2011), 25 de enero y 31 de octubre de 2013 (rec. 1144/2012 y 3279/2012) y 20 de enero de 2015 (rec. 2415/2013).

⁴⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: *cit.*, págs. 4 y 5.

⁴⁸ SSTC 7/1993, de 18 de enero; 48/2002, de 25 de febrero; 41/2006, de 13 de febrero; 138/2006, de 8 de mayo y 125/2008, de 20 de octubre.

⁴⁹ Véase *infra* apartado 6.2.

fundamentales puede conllevar indemnización (art. 183 LJS), pero en este supuesto estaríamos ya en el terreno de la nulidad subjetiva que requerirá la acreditación del panorama indiciario de discriminación⁵⁰. Como dice la STSJ Asturias de 11 de diciembre de 2015 (rec. 1975/2015) la «protección reforzada coexiste con la protección ordinaria para los casos de violación de derechos fundamentales» fijada en el art. 55.5 ET por lo que es «posible que [...] la trabajadora gestante alegue que la decisión extintiva de la demandada constituyó una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo»; en este supuesto «la demandante ha de justificar los indicios de la discriminación alegada, es decir, [...] opera la regla general sobre carga de la prueba en casos de discriminación»⁵¹. En el caso de que la calificación de nulidad derive de incumplimientos formales que en situaciones ordinarias provocaría la de improcedencia cabría efectuar un nuevo despido de acuerdo con el art. 110.4 LJS (STSJ Madrid de 28 de septiembre de 2016 [rec. 583/2016]).

5. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NULIDAD OBJETIVA Y AUTOMÁTICA DEL DESPIDO: SITUACIONES PROTEGIDAS

La nulidad objetiva y automática es la consecuencia jurídica prevista para el supuesto de hecho constituido por el despido no procedente de trabajadores que se encuentren en determinadas situaciones legalmente tipificadas en los arts. 53.4 y 55.5 ET. La redacción inicial de la LCVFL fue perfeccionada por la

⁵⁰ Como señala GORELLI «es posible que el trabajador solicite la nulidad por haber sido despedido durante un período de protección, y obtenida esa declaración solicitar la declaración de discriminación –asumiendo la carga de probar los indicios de discriminación– a los efectos de acceder a la indemnización» por vulneración de derechos fundamentales. Véase GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, CARL, Sevilla, 2010, pág. 167.

⁵¹ En igual sentido STSJ Cataluña de 10 de noviembre de 2015 (rec. 3547/2015).

LOI dando solución a determinados problemas interpretativos generados por la indeterminación de la LCVFL que, superados hoy, no requieren mayor atención aquí⁵².

5.1. Inclusiones

Las situaciones típicamente protegidas frente al despido con la garantía reforzada se colocan tanto en momentos en los que el contrato de trabajo se encuentra desplegando plenos efectos como en otros en los que se encuentra en suspensión o interrupción. Las situaciones protegidas son las siguientes:

5.1.1. *El embarazo de la trabajadora*

De acuerdo con el art. 55.5.b) ET será nulo salvo que se declare procedente el despido de las trabajadoras embarazadas. El embarazo de la trabajadora puede superponerse tanto a períodos de cumplimiento de la prestación laboral como a otros de suspensión por maternidad antes del parto (art. 48.4 ET) o riesgo por embarazo (art. 48.8 ET) que se encuentran específicamente incluidos como situaciones suspensivas protegidas [art. 55.5.a) ET].

El ámbito temporal de protección de esta situación se extiende desde la fecha de inicio del embarazo «hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a)» del art. 55.5 ET, es decir, el inicio de la suspensión por maternidad o riesgo durante el embarazo que, como se ha dicho, son situaciones específicamente protegidas. La STJUE de 11 de octubre de 2007 (asunto C-460/06, Paquay) declaró que el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE debe interpretarse en el sentido de que prohíbe no solamente notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo, durante el período de protección al que se refiere el punto 1 de

⁵² Puede verse BADIOLA SÁNCHEZ: *cit.*, págs. 359 a 373.

dicho artículo, sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho período.

Titular de la protección es la mujer trabajadora embarazada. El despido del cónyuge de la trabajadora motivado por el embarazo de ésta podría ser discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, pero esta lesión debería hacerse valer a través de la nulidad subjetiva y no de la objetiva legalmente reservada a la trabajadora embarazada⁵³.

5.1.2. Suspensiones del contrato de trabajo por razones familiares

De acuerdo con el art. 55.5.a) ET será nulo salvo que se declare procedente el despido de los trabajadores durante los períodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad [arts. 45.1.d) y 48.4 ET]⁵⁴; adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento [arts. 45.1.d) y 48.5 ET]⁵⁵; paternidad [arts. 45.1.d) y 48.7 ET]⁵⁶; riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural [arts. 45.1.d) y 48.8 ET y 26 LPRL]⁵⁷; y ausencias derivadas

de enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural⁵⁸.

El ámbito temporal de la protección se extiende a los despidos producidos dentro de los períodos de suspensión por las causas indicadas y a los «notificados en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos períodos de suspensión». Con esta última mención se resuelven los problemas interpretativos que podrían surgir en los despidos por causas objetivas en los que se exige preaviso [art. 53.1.c) ET]: ¿habría que atender al momento de la notificación, que podría ser anterior a la suspensión, o al de la efectividad del despido? La ley lo resuelve incluyendo en el ámbito de protección los despidos «notificados en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos períodos de suspensión», es decir, los notificados antes de la suspensión pero efectivos durante ésta⁵⁹.

Si la protección se limitara a los despidos efectuados durante el período de suspensión sería fácilmente eludible por la vía de esperar a la reincorporación del trabajador para despedirlo. Por eso la ley extiende la protección a los despidos efectuados «después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, delegación de guarda, acogimiento, o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de

⁵³ La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 18 de enero de 2017 (sentencia C-005/17) extiende la prohibición de despido de la trabajadora embarazada «al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).» Entre otros argumentos se afirma que «la exclusión, no justificada, de los padres trabajadores o de la pareja de la gestante o lactante de la protección laboral reforzada, discrimina no solamente a estos miembros del núcleo familiar, sino también a la madre gestante cuya estabilidad depende de su pareja vinculada laboralmente, e incluso del infante como quiera que quedaría en riesgo, incluso la asistencia y atención en salud oportuna y continua del proceso de gestación y nacimiento.»

⁵⁴ Su delimitación en MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 37ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, pág. 444.

⁵⁵ Su delimitación en MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, pág. 445.

⁵⁶ Su delimitación en MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, pág. 444.

⁵⁷ Su delimitación en MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, pág. 445.

⁵⁸ La LCVLF no incluía este supuesto de ausencias de la trabajadora motivadas por enfermedades derivadas del embarazo o parto pero prolongadas o manifestadas más allá del permiso de maternidad. La LOI, al incluirlas expresamente, eliminó dudas interpretativas. Véase, para la situación anterior a la LOI y sobre estos problemas, BADIOLA SÁNCHEZ: *cit.*, pág. 354. Sería aquí subsumible el supuesto de despido motivado por las bajas derivadas de la interrupción involuntaria del embarazo resuelto en la STSJ Galicia de 9 de febrero de 2015 (AS 2015, 450; rec. 4485/2014) aplicando, innecesariamente ante la literalidad de la norma, la técnica del despido discriminatorio.

⁵⁹ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 25ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, pág. 808: lo que cuenta es que el despido sea efectivo durante el período de suspensión «aunque su notificación sea anterior».

nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor» [art. 55.5.c) ET]. El despido motivado por los criterios prohibidos efectuado pasado el plazo de los nueve meses podría encuadrarse en la figura del despido discriminatorio (STSJ País Vasco de 15 de diciembre de 2015 [rec. 2226/2015])⁶⁰.

A diferencia del art. 55.5.c) ET que incluye como situaciones protegidas la de los trabajadores que «estén disfrutando» o «hayan solicitado» los permisos de los arts. 37.4, 5 y 6 ET el art. 55.5.a) ET se refiere sólo a la situación de los trabajadores «durante los periodos de suspensión». El período posterior a la suspensión, al reintegrarse al trabajo, queda protegido por el art. 55.5.c) ET, pero ¿qué sucede con el anterior al disfrute del derecho? Sería el caso del despido efectuado una vez anunciada la suspensión pero antes de iniciar su disfrute a los que algunas decisiones judiciales aplican la figura del despido discriminatorio (STSJ Castilla-La Mancha de 18 de febrero de 2016 [rec. 1757/2015] y STSJ Madrid de 11 de julio de 2014 [rec. 342/2014])⁶¹, sin que resulte

clara la razón de la diferenciación normativa entre suspensiones e interrupciones por lo que el régimen de estas últimas también debería ser aplicable a aquéllas.

5.1.3 Interrupciones de la prestación laboral y reducciones de jornada

De acuerdo con el art. 55.5.b) ET será nulo salvo declaración de procedencia el despido de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando uno de los «permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6» ET. El art. 37.4 se refiere al permiso por lactancia⁶² y el art. 37.5 ET al permiso por nacimiento de hijos prematuros⁶³. El art. 37.6 ET no contempla un permiso sino varios supuestos de reducción de jornada por cuidado de menores y familiares⁶⁴.

La prohibición de despido se aplica tanto a los trabajadores que «estén disfrutando»

⁶⁰ En el supuesto resuelto «existe una cierta inmediatez temporal entre el final del periodo de nueve meses desde que tuvo lugar la maternidad [...] y la decisión de despedirle, diez días [...]. Resulta pues plausible presumir que estaban esperando la finalización de tal periodo para extinguir su contrato. Sería pues un indicio a los fines pretendidos. No obstante, no puede desplegar tales efectos ya que [...] el empresario] aportaron en la vista oral una justificación objetiva y razonable de que tal evento no ha sido el verdadero motivo de la extinción contractual [...]»

⁶¹ En el caso de la STSJ Castilla-La Mancha de 18 de febrero de 2016 (rec. 1757/2015) el trabajador había solicitado la suspensión por paternidad pero antes de iniciar su disfrute fue despedido, reconociendo el empresario durante el juicio la improcedencia del despido. Para la sentencia citada las decisiones empresariales «en apariencia ajustada a la legalidad, pero encaminadas a dificultar, evitar o adoptar represalias contra el trabajador por haber hecho uso, o se proponga hacerlo» resultarían amparables «en la cláusula general del primer párrafo del art. 55.5 del ET», es decir, en la figura del despido discriminatorio o con violación de derechos fundamentales. En el caso a partir de la sucesión de acontecimientos «cabe concluir que el trabajador ha ofrecido suficientes indicios para poner de manifiesto que la medida disciplinaria no obedecía a motivos legítimos, sino a la oculta intención de adoptar represalias por el ejercicio de un derecho reconocido en la ley, con vulneración del principio de igualdad y no discriminación del art. 14 de la

Constitución; mientras que la empresa no ha justificado en absoluto que la medida extintiva del contrato de trabajo obedeciera a causas ajenas a la violación de los derechos fundamentales antes mencionados, por lo que la calificación del despido como nulo es conforme a derecho.» Un caso límite se plantea en al STSJ Madrid de 11 de julio de 2014 (rec. 342/2014). El trabajador es despedido por motivos disciplinarios el mismo día de su reincorporación al trabajo tras una baja por incapacidad temporal por contingencias comunes (el despido fue reconocido como improcedente por el empresario). Dos días después del despido solicita al INSS la prestación por paternidad que le es reconocida con efectos desde el día siguiente al despido. La sentencia entiende que el supuesto no encaja en la nulidad objetiva pues el trabajador no tenía su contrato suspendido por paternidad en el momento del despido. Pero llega a la calificación de nulidad por discriminación al entender «que, a la luz de los indicios enumerados, se trata de un ejemplo ciertamente paradigmático de vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por las circunstancias familiares como forma de hacer realidad la conciliación de la vida familiar y laboral dentro del marco de igualdad efectiva de mujeres y hombres», la decisión empresarial fue «una decisión arbitraria tendente a impedir que el actor pudiera hacer uso, entre otros, de su derecho individual a acogerse al permiso por paternidad.»

⁶² Su delimitación en MONTROYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, pág. 450.

⁶³ Su delimitación en MONTROYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, págs. 450 y 451.

⁶⁴ Su delimitación en MONTROYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, pág. 350.

como a los que «hayan solicitado»⁶⁵ los beneficios citados. Así se protege al trabajador de despidos-represalia frente al ejercicio del derecho⁶⁶. La inclusión en el ámbito protegido de los trabajadores que hubieran solicitado el derecho correspondiente aunque todavía no lo estuvieran disfrutando podría generar situaciones en las que la solicitud tuviera por objeto reforzar la posición del trabajador en la empresa. La STSJ Aragón de 22 de mayo de 2015 (rec. 315/2015) declara la nulidad del despido consecuencia de un procedimiento de despido colectivo «independientemente de que el trabajador conociera, o no, con anterioridad a efectuar la solicitud de reducción de jornada por guarda legal, la intención de la empresa de despedirle; e independientemente de que la empresa hubiera planeado el despido con anterioridad a haber recibido tal solicitud del

⁶⁵ Si el despido «se produjo estando pendiente la solicitud [de reducción de jornada], lo único que queda por determinar es si la extinción por causas disciplinarias es procedente, y si no lo es, es nulo, *ope legis*» (STSJ Madrid de 13 de abril de 2015 [rec. 975/2014]). La «presunción de nulidad opera no sólo cuando se está disfrutando del permiso para el cuidado de hijos, sino cuando se ha solicitado, no distinguiendo la norma si dicha solicitud debe ser o no atendible por la empresa» (STSJ Cataluña de 5 de mayo de 2014 [rec. 1994/2014]). STSJ Baleares de 21 de enero de 2016 (rec. 350/2015) aplica la figura del despido discriminatorio a un supuesto en el que la trabajadora ni había solicitado formalmente una reducción de jornada para cuidado de hijos ni la estaba disfrutando, sino que «tenía intención de solicitar» hecho «que comentó en la redacción en presencia de sus compañeros de trabajo.» STSJ Cantabria de 3 de febrero de 2015 (rec. 997/2014) excluye del ámbito de la nulidad objetiva y automática el supuesto en que «lo único que consta probado en este caso es que el actor puso en conocimiento de la empresa la situación de embarazo en la que se encontraba su esposa [...]. En ella anunciaba que al tiempo del nacimiento de su segundo hijo, tenía la intención de solicitar la reducción de jornada. No estamos ante una solicitud de reducción de jornada para el cuidado de un hijo menor sino ante el mero anuncio de de una situación que puede dar lugar a dicha solicitud. Por ello no podemos entender que el actor se encontrase en alguna de las situaciones que protege el artículo 55.5 b) ET.» En STSJ Andalucía (Sevilla) de 10 de marzo de 2016 (rec. 927/2015) un supuesto de solicitud de reducción de jornada por cuidado de hijos efectuada desde una situación de baja por enfermedad común para cuando se produjera el alta.

⁶⁶ Un supuesto de despido por no llegar a un acuerdo sobre la reducción de jornada solicitada por el trabajador en STSJ Andalucía (Sevilla) de 22 de septiembre de 2016 (rec. 2645/2015).

trabajador, puesto que procedió a ejecutarlo tras recibir la solicitud, y el despido ha resultado no procedente.» Un caso extremo se resuelve en la STSJ Madrid de 30 de marzo de 2015 (rec. 886/2014) en cuyo supuesto de hecho coinciden en el mismo día la solicitud de reducción de jornada y el despido. Frente a la alegación empresarial de «resultar extemporánea y fraudulenta la solicitud del actor, efectuada [...] a continuación de conocer la inminente extinción de su contrato [...] como acción tendente a garantizar la indemnidad una vez conocido que su contrato finalizaría al cabo de unos días» se afirma que «si el trabajador había disfrutado de un permiso por paternidad, cabía dentro de lo posible que la reducción de jornada se solicitara y el hecho de coincidencia en la fecha de esta petición con la remisión de la carta de despido, en nada obsta a la calificación de nulidad [...] pues el despido se hubiera producido después del disfrute de permiso de paternidad, lo que aunado a la contratación de otro trabajador en el mismo puesto y categoría del actor, suponen indicios suficientes de vulneración de derechos fundamentales que hubiera arrojado idéntico resultado.»

5.1.4 Excedencia por razones familiares

El art. 55.5.b) ET declara nulo salvo que sea procedente el despido de los trabajadores que «hayan solicitado o estén disfrutando» las excedencias por motivos familiares (art. 46.3 ET)⁶⁷.

5.1.5 Disfrute de derechos laborales de las víctimas de violencia de género

En fin también será nulo salvo declaración de procedencia el despido de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de

⁶⁷ Su delimitación en MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, pág. 446.

su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos legalmente [art. 55.5.b) ET]. De acuerdo con la STSJ Cataluña de 9 de febrero de 2017 (rec. 6964/2016) «la sola situación de ser víctima de violencia de género sin que se cumplan los demás requisitos contemplados en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores no autoriza a declarar su despido nulo» de modo que «no basta que quien sea objeto de un despido sea víctima de violencia de género para que de modo inmediato este sin ningún otro requisito sea calificado como nulo sino que es preciso que además esta haya pretendido ejercitar» los derechos legalmente reconocidos.

5.2. Exclusiones

Fuera de las situaciones tipificadas en los arts. 53.4 y 55.5 ET no operará la protección de la nulidad objetiva y automática⁶⁸. De ahí la importancia de acreditar los supuestos y el período de protección de las correspondientes situaciones⁶⁹. Una muestra del carácter típico de las situaciones protegidas con la nulidad objetiva y automática del despido es el tratamiento dado al despido de trabajadoras sometidas a procesos de fecundación *in vitro* antes de que los óvulos fecundados se implanten en el útero. La STJUE de 26 de febrero de 2008 (asunto C-506/06, *Sabine Mayr*) declaró inapli-

cable la prohibición de despido de la Directiva 92/85/CEE a estas situaciones, sin perjuicio de la aplicación de la normativa antidiscriminatoria «en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento». Así lo hace la STS de 4 abril de 2017 (rec. 3466/2015) sobre el despido por causas económicas de una trabajadora mientras se encontraba sometida a un proceso de fecundación *in vitro* antes de la implantación de los embriones en el útero. El empresario conocía el tratamiento de la trabajadora y reconoció la improcedencia del despido. No se discute la inaplicación de la nulidad objetiva y automática en cuanto la trabajadora no estaba embarazada. Al resultar acreditados «indicios suficientes de que el despido de la trabajadora podría estar relacionado con su sometimiento a un tratamiento de fertilidad» correspondía al empresario «aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad», de modo que o trataba «de probar que su comportamiento no ha provocado la violación de ningún derecho fundamental del trabajador» o «de demostrar que concurre algún tipo de circunstancia de entidad suficiente para justificar el acto empresarial que excluya cualquier sospecha de trato discriminatorio» (FJ 3). Al no resultar acreditado «que las causas del cese fueron completamente extrañas a la vulneración alegada por la trabajadora» (FJ 4) declaró la nulidad del despido.

Quedan fuera de la garantía de la nulidad objetiva y automática situaciones en las que también hay conciliación de la vida laboral y familiar y no aparecen en los arts. 53.4 y 55.5 ET: a) la adaptación de la jornada de trabajo (art. 34.8 ET); b) el permiso por matrimonio [art. 37.3.a) ET], c) el permiso por nacimiento de hijos y fallecimiento, accidente y enfermedad de parientes [art. 37.3.b) ET]; d) el permiso por traslado de domicilio habitual [art. 37.3.c) ET]; e) el permiso para la realización de exámenes prenatales, técnicas de preparación al parto y preparación de la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

⁶⁸ STSJ Galicia de 16 de diciembre de 2014 (rec. 3096/2014): «no se inscribe entre estas causas de nulidad del despido el hecho de que el trabajador o trabajadora haya dado comienzo a los trámites propios de la adopción».

⁶⁹ Por ejemplo: que la reducción de jornada disfrutada deriva del art. 37.6 ET y no de otras causas (STSJ Canarias [Santa Cruz de Tenerife] de 7 de abril de 2015 [rec. 739/2014]). STSJ Madrid de 14 de octubre de 2013 (rec. 891/2013): alegado por la trabajadora en situación de reducción de jornada que el empresario debía efectuar «una justificación objetiva y razonable» de su elección ya que su puesto de trabajo no había desaparecido sino ocupado por trabajadores trasladados desde otros departamentos se rechaza por la sentencia afirmando que el inicio del procedimiento de despido colectivo era anterior a la solicitud de reducción de jornada (FJ 6).

[art. 37.3.f) ET]. Al no estar incluidas en los preceptos legales citados no podrán beneficiarse de la aplicación de la nulidad objetiva y automática⁷⁰, por lo que si el despido estuviera motivado por alguna de estas situaciones debería recurrirse a la aplicación de la nulidad subjetiva por discriminación⁷¹. La inclusión o exclusión de algunos supuestos produce complejidad como, por ejemplo, la inclusión de la suspensión por paternidad (art. 48.7 ET) pero no de la interrupción por nacimiento de hijos [art. 37.3.b) ET].

6. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NULIDAD OBJETIVA Y AUTOMÁTICA DEL DESPIDO: LAS DECISIONES EXTINTIVAS DEL EMPRESARIO

6.1. El despido y otras causas de extinción por decisión empresarial

A diferencia de las Directivas 92/85/CEE y 2010/18/UE que se refieren genéricamente al «despido», en el Derecho español la regla de nulidad objetiva y automática del despido⁷² de trabajadoras embarazadas y de trabajadores que ejerzan los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral forma parte de las regulaciones específicas del despido disciplinario [arts. 55.5 ET y 108.2 LJS] y del despido por causas objetivas [(arts. 53.4 ET y 122.c), d) y e) LJS]⁷³. Esta opción normativa es conse-

cuencia de la falta de reglas comunes en el ET para el «despido» genéricamente considerado. Como es bien sabido el ET ni siquiera utiliza el concepto de despido en sentido amplio como indicativo de «todo acto de extinción contractual decidido por el empresario»⁷⁴. La ley reserva la expresión «despido» [art. 49.1.k) ET] para el disciplinario que concurre como una más de las causas de extinción del contrato junto con la fuerza mayor [art. 49.1.h) ET], el «despido colectivo» por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [art. 49.1.i) ET] y las causas objetivas legalmente procedentes [art. 49.1.l) ET].

Que el ET contemple la nulidad objetiva y automática expresamente sólo para los despidos disciplinarios y objetivos plantea dos cuestiones de interés:

a) Si se aplica también a los despidos colectivos, duda que podría surgir de la falta de previsión normativa expresa en tal sentido y si, afirmada su aplicación, presenta problemas distintos a los que surgen en el despido disciplinario.

b) Si se aplica a supuestos de extinción de la relación laboral por decisión del empresario distintos del despido disciplinario, objetivo o colectivo. Es decir a extinciones de la relación laboral por desistimiento en alguna relación laboral especial, por desistimiento durante el período de prueba (art. 14.2 ET) y por denuncia de contratos de duración determinada [art. 49.1.c) ET]⁷⁵. En los dos últimos supuestos la extinción de la relación laboral se produce, en sentido amplio, por decisión unilateral del empresario aunque, como es bien sabido, el desistimiento del período de prueba puede explicarse como actuación de una «condición resolutoria potestativa *ex lege* tenida en cuenta

⁷⁰ Así, por ejemplo, en la STS de 18 de abril de 2017 (rec. 2771/2015) frente a la petición de nulidad del despido de trabajadora con reducción de jornada por cuidado de familiares la defensa del empresario alega que no se trataba de reducción de jornada sino de cambio de turno.

⁷¹ STSJ Madrid de 15 de abril de 2016 (rec. 154/2016). STSJ Comunidad Valenciana de 1 de julio de 2014 (rec. 1305/2014).

⁷² La falta de llamamiento de trabajadora fija discontinua embarazada es despido nulo (STSJ Madrid de 17 de marzo de 2016 [rec. 9/2016]).

⁷³ La regla de la nulidad objetiva y automática del «despido objetivo [...] es plenamente concordante con la establecida para el despido disciplinario [...] lo que no justifica jurídicamente una interpretación distinta según el tipo de despido»

(STS de 31 de marzo de 2015 [rec. 1505/2014], reiterada en STS de 11 de mayo de 2016 [rec. 3245/2014]).

⁷⁴ MONTOTO MELGAR: *Derecho del Trabajo*, pág. 473.

⁷⁵ MUNIN SÁNCHEZ, L. M.: «La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 18 (2014).

al tiempo de celebrar el contrato»⁷⁶ y la extinción por término resolutorio puede encuadrarse bajo las rúbricas de extinción «por voluntad concurrente de las partes»⁷⁷ o por «cumplimiento»⁷⁸. Lo relevante, a los efectos que aquí interesan, es que tanto en el desistimiento del período de prueba como en la denuncia de los contratos de duración determinada el término o condición resolutorios sólo cobran relevancia si hay una decisión empresarial de hacerlos valer. Por tanto la cuestión⁷⁹ a esclarecer es si la regla de nulidad objetiva y automática del despido se aplica a toda extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, en los términos amplios dichos, o sólo a los casos normados del despido disciplinario y por causas objetivas⁸⁰.

6.2. Los despidos colectivos o individuales por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas

6.2.1. La aplicación de la nulidad objetiva y automática a los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas

La nulidad objetiva y automática resulta aplicable a todos los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o empresariales ya sean colectivos (art. 51 ET) o indi-

viduales [art. 52.c) ET]. El art. 53.4 lo afirma expresamente para los individuales. Para los colectivos el art. 51 ET no contiene referencia expresa al despido de trabajadoras embarazadas o de trabajadores que ejerzan los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. Sin embargo también a esta clase de despido debe aplicarse la garantía reforzada pues el art. 124.13.a) 3ª LJS al referirse a la impugnación individual del despido colectivo incluye entre los motivos de nulidad «los recogidos en el artículo 122.2» LJS que en sus letras c), d) y e) enumera los supuestos del art. 53.4 ET⁸¹. La solución, por otra parte, es sistemáticamente coherente pues el despido colectivo comparte causas con el despido objetivo [art. 52.c) ET], de modo que poco sentido tendría que en despidos por causas económicas operara la garantía reforzada de los trabajadores protegidos en función del número de despedidos⁸².

6.2.2. Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas de una parte de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo

Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, tanto individuales («objetivos») como colectivos, plantean una problemática especial sobre todo cuando la decisión extintiva del empresario no afecta a todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo sino sólo a algunos de ellos. Es sabido que corresponde al empresario, como facultad de su poder directivo y organizativo, la especi-

⁷⁶ ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.ª E.: *Derecho del Trabajo*, 25ª ed., Civitas, Madrid, 2008, pág. 549.

⁷⁷ ALONSO OLEA; CASAS BAAMONDE: *cit.*, pág. 631. MARTÍN VALVERDE; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ; GARCÍA MURCIA: *cit.*, pág. 787.

⁷⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, pág.456.

⁷⁹ El problema ya se planteó al promulgarse la LCVFL. Véase GARCÍA MURCIA: *cit.*, pág. 33, nota 65.

⁸⁰ Declaraciones genéricas, dentro de un caso de despido objetivo, no parece que vayan dirigidas a dar respuesta a esta cuestión. Así en la STS de 31 de marzo de 2015 (rec. 1505/2014), reiterada en STS de 11 de mayo de 2016 (rec. 3245/2014), puede leerse que el régimen de nulidad objetiva «es sustancialmente idéntico en todos los supuestos de extinción contractual por decisión unilateral empresarial, en especial tanto en el despido objetivo como en el disciplinario».

⁸¹ AGUSTÍ MARAGALL, J.: «La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo», en GODINO, M. (Dir.): *Tratado del despido colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 794.

⁸² La SAN de 28 de junio de 2013 (rec. 155/2012), reflexionando sobre el Derecho anterior a la reforma laboral de 2012, estimaba que la garantía de la nulidad objetiva y automática resultaba «perfectamente extensible al despido colectivo aunque sea cierto que el art. 51 ET no lo contempla, porque no es razonable pensar que el legislador desee establece o no estas cautelas según el número de trabajadores despedidos» (FJ 3).

ficación de los trabajadores que resultarán despedidos⁸³. La muy citada STS de 19 de enero de 1998 (rec. 1460/1997)⁸⁴ lo dice claramente: «la selección de los trabajadores afectados corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios». Concurriendo las causas para despedir el empresario, por tanto, determina quiénes serán los trabajadores despedidos⁸⁵, por lo que podría aprovechar la concurrencia de las causas empresariales de despido para prescindir de los trabajadores especialmente protegidos por el art. 53.4 ET⁸⁶. El problema es claro: «resulta posible que existan causas para un despido colectivo como tal y que, sin em-

bargo, la inclusión en él de alguna determinada persona pueda considerarse contraria a Derecho. La concurrencia de causas globales no garantiza la corrección de las inclusiones singulares. [...] cabe discutir la selección de los trabajadores afectados, sin por ello cuestionar la realidad de las causas justificativas del despido» (STS de 26 de noviembre de 2014 [rec. 294/2013], FJ 5). La diferencia con los despidos disciplinarios es evidente pues en éstos la causa de despido debe ser siempre imputable a un determinado trabajador, el responsable del incumplimiento contractual grave y culpable (art. 54.1 ET), de modo que hay conexión indisociable entre el trabajador despedido y la causa. No sucede igual en los despidos por causas económicas en los que al amparo de unas mismas razones tanto se puede despedir a un trabajador como a otro. Si este otro es una trabajadora embarazada o un trabajador que ejerce derechos de conciliación laboral podría sospecharse que ha sido elegido precisamente por estas circunstancias.

La regla de la nulidad objetiva y automática del despido tiene fácil aplicación en los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas cuando no resultan acreditadas las causas globales correspondientes⁸⁷ o hay incumplimientos formales: al no ser procedentes resultarán nulos (SSTS de 11 de mayo de 2016 [rec. 3245/2014] y de 31 de marzo de 2015 [rec. 1505/2014])⁸⁸. Los problemas se plantearán, por tanto, en los despidos en los que se cumplan los requisitos procedimentales y resulten probadas las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas del despido. Hay causa de despido y se han cumplido los requisitos formales y procedimentales pero persiste la duda sobre la selección del trabajador despedido: ¿podría convertirse lo que es título de protección (embarazo, maternidad, etc.) en motivo de despido cubierto por la causa global de despido?

⁸³ ROQUETA BUJ, R.: *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 25 y 69. También VIVERO SERRANO, J. B.: «La designación de los trabajadores objeto de despido colectivo», *Aranzadi Social*, núm. 7 (2013), pág. 1 (versión electrónica) y POQUET CATALÁ, R.: «Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012», *Aranzadi Social*, núm. 7 (2013), pág. 3 (versión electrónica).

⁸⁴ Reiterada por la STS de 15 de octubre de 2003 (rec. 1205/2003).

⁸⁵ Con toda claridad MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA: «la legislación le facilita al empresario el despido colectivo u objetivo de los trabajadores fijos. Lo hace dejándole manos libres para seleccionar qué trabajadores van a ser colectivamente u objetivamente despedidos, pues la única limitación legal existente [...] es la relativa a que "los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa"» (cit., págs. 154 y 155).

⁸⁶ Es el supuesto de la STSJ Madrid de 18 de julio de 2014 (rec. 347/2014): «el móvil de la decisión extintiva combatida en autos no fue otro que prescindir de la demandante debido a que su ejercicio del derecho individual a reducir la jornada laboral por guarda legal de un menor obstaculizaba, en opinión de su empleador, el propósito de reestructurar la plantilla existente y, al mismo tiempo, redistribuir sus cometidos en función de los días de apertura del centro comercial y turnos de trabajo [...]». Incluso cuando se produzca el cierre de un centro de trabajo como puede verse en la STSJ Galicia de 14 de febrero de 2014 (rec. 4160/2013): las trabajadoras que estaban disfrutando derechos de conciliación de la vida familiar y laboral fueron trasladadas a un centro de trabajo de la empresa cuyo cierre estaba previsto, de modo que «todo indica que la empresa destinó a las trabajadoras a la tienda [...] con el fin de que, conocedora de que iba a cerrarla, deshacerse de ellas» el despido es «nulo por discriminatorio y vulnerador de derechos fundamentales.»

⁸⁷ STSJ Madrid de 26 de mayo de 2014 (rec. 1655/2013).

⁸⁸ STSJ Galicia de 29 de enero de 2015 (rec. 3786/2014). SSTSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2014 (rec. 393/2014) y 23 de enero y 2 de noviembre de 2015 (rec. 681/2014 y 558/2015).

¿Cómo operaría en estos casos la nulidad objetiva y automática? El problema se diluiría si el empresario estuviera obligado a justificar específicamente las razones de la selección de un determinado trabajador frente a otro. En la cuestión que nos ocupa se trataría de explicar las razones particulares, más allá de las causas generales, por las que se despide a una trabajadora embarazada o a un trabajador que esté ejerciendo los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral⁸⁹.

Los despidos individuales por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas requieren, además del preaviso [art. 53.1.c) ET] y la puesta a disposición de la indemnización [art. 53.1.b) ET], la comunicación escrita al trabajador «expresando la causa» del despido [art. 53.1.a) ET], sin necesidad de incluir «razonamiento sobre la elección del concreto trabajador afectado»⁹⁰. La STS de 24 de noviembre de 2015 (rec. 1681/2014) ha decla-

rado que por causas del despido se entiende «la descripción de la situación de la empresa, su evolución y su influencia en la necesidad de amortizar puestos de trabajo mediante la adopción de la decisión extintiva que se comunica» es decir, las causas empresariales del despido o, si se quiere, la causa global de la extinción. Cuando la causa empresarial «pueda afectar a una pluralidad de trabajadores, una vez delimitadas las causas y sus ámbitos de afectación entre el personal, corresponde al empresario determinar qué contratos deben ser extinguidos para conseguir la mejor optimización de los recursos humanos en la empresa. En esa labor, situada en el terreno de la idoneidad u oportunidad, la decisión empresarial no debe ser sometida a censura judicial» (FJ 3). Una vez «acreditada la crisis, la elección de los trabajadores afectados por la medida en términos cualitativos y cuantitativos pertenece a la esfera de decisión empresarial y, como regla general, queda exenta de control por parte del órgano judicial. Por tanto, de una parte, las exigencias procedimentales del artículo 53.1.a) ET no requieren más que en la comunicación escrita al trabajador figuren las causas entendidas como la descripción de la situación de la empresa, su evolución y su influencia en la necesidad de amortizar puestos de trabajo mediante la adopción de la decisión extintiva que se comunica [...] y, de otro lado, queda normativamente reconocida la discrecionalidad –que no arbitrariedad– del empresario en la gestión de las medidas frente a la situación de crisis». El poder empresarial resulta limitado con carácter general por el control de razonabilidad del despido⁹¹ y particularmente por el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores y al principio de no discriminación, la buena fe contractual y la prohibición del abuso de Derecho y del

⁸⁹ Por ejemplo, a propósito de despidos individuales, STSJ Cataluña de 15 de febrero de 2016 (rec. 5849/2015). Para esta sentencia los criterios de selección de los trabajadores despedidos alcanzan relevancia a través de la conexión de funcionalidad que debe existir entre las causas del despido y los contratos a extinguir. Esto obligará a «demostrar que los contratos, cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva» y «en dicha conexión tienen un peso específico decisivo los criterios de selección de los trabajadores afectados», por lo que «la razonabilidad de la medida debe ser acreditada más si la misma ha sido cuestionada en el escrito de demanda, resultando en consecuencia necesario, la identificación o designación por parte de la empleadora de los criterios de selección del trabajador o trabajadores (en caso de despido plural) que han de verse afectados por la medida, como presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación del despido, puesto que está directamente relacionado con el fondo de la decisión extintiva como considera igualmente SAN 15.10.2012 que acaba concluyendo por ello, que la empresa no sólo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo que justifican su extinción, y aquí es donde cobran especial protagonismo, los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido, puesto que su identificación tiene que estar relacionada con la pérdida de utilidad de sus contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada.»

⁹⁰ BLASCO PELLICER BLASCO PELLICER, Á. en CAMPS RUIZ, L. M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (Coord.): *Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 553.

⁹¹ Con carácter general «no sólo cabe un control sobre la concurrencia de la causa alegada, es necesario, además, un control de razonabilidad pleno y efectivo sobre la medida extintiva comprobando si las causas alegadas y acreditadas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, también, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial» (FJ 3).

fraude de ley y el sometimiento de la decisión a criterios de proporcionalidad. Por tanto si el despido individual por causas empresariales cumple los requisitos procedimentales y causales en los términos dichos quedaría excluida la nulidad objetiva y automática del despido y sólo resultaría atacable, en su caso, alegando su carácter discriminatorio.

En los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, a diferencia de los individuales, la ley exige la formalización de los «criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido» (art. 51.2 ET) y junto a la individual, cabe la impugnación colectiva del despido generando situaciones en que un despido declarado ajustado a Derecho en el plano colectivo pueda ser declarado nulo en el plano individual. Esto ha permitido afirmar que «en los despidos individuales que traen causa en un despido colectivo parcial, la causa es doble»: las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción determinantes del acuerdo o de la decisión final de despido colectivo y la aplicación a los trabajadores despedidos de los criterios de designación fijados en el acuerdo o decisión de despido colectivo⁹². El problema, al igual que en el despido económico individual parcial, es si el empresario ha de justificar la conexión entre la causa genérica del despido colectivo y la concreta afectación de un determinado trabajador. En principio la recta aplicación de criterios de selección no discriminatorios debería ser suficiente⁹³ para acreditar que el despido se produce por «motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio» de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral.

Lo anterior debe ponerse en conexión con el contenido exigible a la carta de despido en

los casos de despidos individuales derivados de uno colectivo⁹⁴. Según el art. 51.4 ET una vez alcanzado el acuerdo o tomada la decisión de efectuar el despido colectivo «el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados» de acuerdo con lo establecido en el art. 53.1 ET que ordena dirigir «comunicación escrita al trabajador expresando la causa» del despido [art. 53.1.a) ET]. La STS de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014) ha clarificado esta cuestión en un caso de despido colectivo con acuerdo durante el período de consultas⁹⁵. La controvertida interpretación sobre el alcance del término «causa» en este contexto de extinciones individuales derivadas de un despido colectivo, si sólo se refiere a las causas genéricas o debe incluir también los criterios de selección del trabajador afectado, ha sido resuelta por esta sentencia⁹⁶ conforme a la cual «la expresión

⁹⁴ Señala FALGUERA BARÓ que «la mayor parte de la doctrina judicial que ha abordado el tema se ha decantado por considerar que la carta de despido no tiene porqué contener por mandato legal los criterios de afectación y los aplicables a la propia inclusión del trabajador» (cit., pág. 10).

⁹⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V.: ¿Cómo comunicar la extinción derivada del despido colectivo pactado?, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5 (2017), pág. 8 (versión electrónica).

⁹⁶ La misma sentencia ofrece la síntesis de su posición FJ 4): «En síntesis, nuestra posición en torno a la justificación del despido individual producido en el marco de un PDC es la que sigue:

a).- La comunicación individual al trabajador afectado tiene por obligada indicación –exclusivamente– la expresión de la concreta «causa motivadora» del despido [económica, técnica o productiva], en términos compatibles con el derecho de defensa del interesado a los que más arriba nos hemos referido [precedente apartado «1.a») de este mismo FJ], proporcionando –como indicamos– detalles que permitan al trabajador tener un conocimiento claro e inequívoco de los hechos generadores de su despido; y ello –además– en el marco de una posible contextualización de las previas negociaciones colectivas, que puedan proporcionar el acceso a elementos fácticos que complementen los términos de la comunicación escrita [vid. apartado 1.b) de este mismo FJ]. Y

b).- Los criterios de selección y su concreta aplicación al trabajador individualmente considerado, solamente han de pasar al primer plano de documentación para el supuesto de que se cuestionen en oportuna demanda –por los afectados– los propios criterios de selección y/o su específica aplicación a los singulares trabajadores; demanda que bien pudiera ser preparada o precedida de aquellas medidas –diligencias preliminares;

⁹² ROQUETA BUJ: *La selección...*, cit. Pág. 175.

⁹³ En FALGUERA BARÓ, M. («La apreciación de factores de discriminación en los despidos colectivos», *Jurisdicción Social*, núm. 179 [2017], pág. 6) un ejemplo de aplicación torcida de criterio no discriminatorio: productividad aplicado a trabajadores que estén disfrutando de derechos de conciliación de la vida familiar y laboral sin tener en cuenta esa circunstancia.

«causa» utilizada por el art. 53.1.a) ET debe interpretarse como alusiva a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción» (FJ 3). Para esta sentencia en la comunicación individual del despido colectivo no es necesario reproducir los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones ni expresar la concreta aplicación de los criterios de selección al personal afectado. Es innecesario que en la carta de despido se lleve a cabo «la justificación individualizada del cese [...] con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados» en el despido colectivo que se comunica. Con esta interpretación no se vería afectado el derecho de defensa del trabajador que, en caso de duda de la legalidad de los criterios de selección y de su correcta aplicación, podría reclamar al empresario los datos que considerara necesarios para presentar la demanda correspondiente (actos preparatorios y diligencias preliminares ex arts. 76 y 77 LJS y 256 LEC). De este modo puede llegarse a la misma conclusión alcanzada sobre el despido objetivo por causas empresariales.

Resulta dudoso que con esta interpretación se cumpla con la norma conforme a la cual el despido deberá calificarse como nulo salvo que «se declare la procedencia de la decisión extintiva *por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señaladas*» para conciliar la vida familiar y laboral (art. 122.2 LJS)⁹⁷ pues en muchos casos en la práctica supon-

actos preparatorios; solicitud de aportación de documental que autoriza la Ley y que permiten al trabajador la adecuada defensa de sus derechos e interés legítimos [nos remitimos a los ya citados arts. 76 y 77 LRJS; y art. 256 LECiv].

En el mismo sentido STS de 21 de diciembre de 2016 (rec. 3181/2015) y las en ella citadas.

⁹⁷ Así MUNIN SÁNCHEZ (*cit.*, págs. 265 y 267) sobre el despido objetivo («la elección de una trabajadora embarazada – frente a otros trabajadores– comportará su consideración de nulo, salvo que el empresario pruebe [...] que sus selección se ha producido por una circunstancia ajena a su estado de gestación») y el despido colectivo («si el empresario elige a una trabajadora embarazada, es evidente que deberá justificar por qué la selecciona frente a otras posibilidades, porque, en caso contrario, estaríamos ante un despido nulo»).

dría sustituir la nulidad objetiva y automática por la nulidad por discriminación. No parece que haya pronunciamientos jurisprudenciales terminantes sobre esta cuestión. La STS de 14 de enero de 2015 (rec. 104/2014), sobre despido colectivo anterior a la reforma laboral de 2012, resolvió la reclamación de una trabajadora embarazada incluida en la lista de trabajadores despedidos nominativamente identificados sin fijar los criterios de selección de los mismos. La sentencia declaró exigible al empresario la concreción de «los criterios tenidos en cuenta para la determinación de los trabajadores afectados por el despido, no siendo suficiente una mera relación nominal, ya que entre los mismos se encuentra la actora, que tenía reducida la jornada de trabajo por cuidado de un hijo y se encontraba embarazada en el momento del despido, por lo que ha de atenderse al derecho a la no discriminación por razón de sexo, proclamada en el artículo 14 de la Constitución para resolver la cuestión planteada» (FD 7). Aplicando la inversión de la carga de la prueba el empresario debía dar una explicación suficiente de su decisión: «debió acreditar que la decisión extintiva era idónea, razonable y proporcionada, debiendo justificar qué criterio había seguido para la extinción del contrato de la actora, cuál era el motivo de que se prescindiera de su puesto de trabajo, teniendo en cuenta la incidencia de las causas económicas en la supresión del mismo». Con posterioridad a la reforma laboral de 2012 la STS de 11 de mayo de 2016 (rec. 3245/2014) versa sobre el despido objetivo por causas económicas y empresariales de una trabajadora en situación de suspensión por maternidad, pero al tratarse de un despido con cierre total del centro de trabajo no se plantea el tema de la selección de la trabajadora. La STS de 7 de julio de 2016 (rec. 450/2015) enjuicia el despido individual, derivado del colectivo, de una trabajadora que se encontraba en situación de suspensión de la relación laboral por maternidad. La trabajadora pidió la nulidad del despido en aplicación de la garantía de nulidad objetiva y automática. La sala de suplicación declaró procedente el despido por considerar acreditada la causa

económica «sin mayor argumentación sobre el criterio de selección respecto de la trabajadora» (FJ 2 STS)⁹⁸. La sentencia de casación, reproduciendo la argumentación de la STS de 31 de marzo de 2015, concluyó que se trataba de «un despido que cumple los requisitos de forma y fondo de acuerdo con lo establecido en el art. 51 ET y 122 y 124 de la LRJS, que por ello ha de ser declarado procedente», concurriendo «la única excepción a la calificación de nulidad objetiva y automática, cual es, que se hubiera declarado la procedencia del despido por motivos no relacionados con el disfrute de dicha baja por maternidad» (FJ 3).

Una ojeada a las decisiones judiciales muestra que pueden distinguirse dos grandes grupos de casos:

a) Unos en los que se aplica la técnica de los despidos discriminatorios en los que se trata de determinar la suficiencia de los indicios de discriminación presentados por la trabajadora para dar lugar a la inversión de la carga de la prueba. Fundamentalmente si la mera situación objetiva protegida (embarazo, maternidad, reducción de jornada, etc.) puede ser el indicio de discriminación. Las soluciones oscilan entre unas que afirman que «el mero dato de haber sido afectados trabajadores con jornada reducida, sin otras especificaciones, no constituye un indicio suficiente de actuación discriminatoria» (STS de 5 de mayo de 2015 [rec. 47/2014]) y otras para las que «el embarazo de la trabajadora ya es un indicio automático de discriminación, que traslada la carga de la prueba a la empresa» y que por tanto «correspondía al empresario informar a la trabajadora del modo en que se aplicaron los criterios de selección y sobretodo probar que la decisión de elegir a la actora, respondía escrupulosamente a la aplicación de los criterios pactados» (STSJ Cataluña de

2 de noviembre de 2015 [rec. 5343/2015]). Se han considerado indicios de discriminación el conocimiento empresarial de a situación de reducción de jornada por razones familiares (STSJ Madrid de 21 de diciembre de 2015 [rec. 775/2015]); la sucesión de las bajas por maternidad, licencia por lactancia, bajas por riesgo del embarazo y petición de reducción de jornada por cuidado de hijos menores inmediatamente precedentes a la extinción del contrato de trabajo (STSJ Andalucía (Sevilla) de 3 de diciembre de 2015 [rec. 3047/2014]); la exclusión de una trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijos de la reubicación en otros departamentos de la empresa a diferencia de sus compañeros que sí lo fueron (STSJ Madrid de 17 de diciembre de 2015 [rec. 716/2015]). En el caso de la STSJ Madrid de 14 de febrero de 2014 (rec. 1891/2013) la trabajadora entendía que al disfrutar «de una reducción de jornada por guarda legal habría una presunción de nulidad salvo prueba en contrario» lo que «no puede tener favorable acogida al haberse acreditado por la empresa la concurrencia de las causas objetivas invocadas para la extinción» sin que existieran «indicios de discriminación ni de vulneración de la garantía de indemnidad»⁹⁹.

⁹⁹ STSJ Madrid de 13 de septiembre de 2013 (rec. 1186/2013): puesto que la trabajadora estaba embarazada «el siguiente punto del razonamiento lógico y deductivo pasa por analizar si existe o no una causa con fundamento en los artículos 51 y 52 del ET ajena al hecho del embarazo mismo que permita acoger la procedencia del despido» (FJ 8). Concorre causa productiva pero en este caso «se dan indicios o sospechas vehementes de discriminación sin que la empresa haya dado una explicación razonable y satisfactoria a la extinción del contrato de la trabajadora». Tales indicios son que al resto de trabajadores del centro cerrado se le haya reubicado en otros centros de la empresa. Concluye: «ello es tanto como concluir el despido de la trabajadora no lo es por una motivación extraña al hecho de estar embarazada» (FJ 10). STSJ Madrid de 2 de noviembre de 2015 (rec. 558/2015, FJ 5): para poder apreciar el planteamiento discriminatorio «sería necesario, al menos, que dicho estado hubiera sido conocido por el empresario con anterioridad a su decisión extintiva, aparte de que debería concurrir algún indicio o panorama discriminatorio». STSJ Andalucía (Málaga) de 16 de mayo de 2013 (rec. 458/2013): entre los trabajadores no despedidos hay diez con reducción de jornada por guarda legal «elemento fáctico del que se desprende que la condición de trabajadoras con jornada reducida por guarda legal no ha

⁹⁸ Los criterios de selección acordados para el despido de 4500 trabajadores eran «a los efectos de las afectaciones forzosas» los de «por provincias, de acuerdo a perfil profesional, adecuación a los puestos de trabajo y valoración del personal». La trabajadora despedida «fue valorada en sus funciones de directora con un 5 sobre 10» (AH 2 STS).

b) Otras decisiones judiciales exigen al empresario la acreditación de razones que excluyan que el despido obedece a motivos relacionados con la situación de embarazo o conciliación de la vida familiar y laboral protegidas, sin necesidad de alegar indicios de discriminación por el trabajador. Así sucede con la STSJ Galicia de 30 de junio de 2014 (AS 2014, 2156; rec. 1321/2014) a propósito de un despido colectivo cuyas causas económicas no se discutían. Sin embargo, afirma la resolución, «ello no es suficiente para concluir que no existe móvil o propósito discriminatorio» (FJ 6). Al producirse el despido de la trabajadora cuando ésta se encontraba en situación protegida «corresponde a la empresa, sin necesidad de que aquella alegue y pruebe la concurrencia de indicios de discriminación, acreditar que el despido efectuado no guarda relación alguna con el embarazo ni con la posterior situación de maternidad» (FJ 7). Como en el caso el empresario no explicó ni dio «razones en momento alguno de los concretos criterios aplicados» se declara la nulidad del despido al no resultar acreditado «que la causa del despido» de la trabajadora obedeciera «a motivo racional y ajeno a la situación y estado de la recurrente». También realiza un planteamiento similar la STSJ Cataluña de 6 de junio de 2014 (AS 2014, 2105; rec. 1639/2014) sobre el despido de una trabajadora embarazada: el «hecho de que la actora se encontrase embarazada la dota de una protección reforzada [...] que si bien no conduce al reconocimiento automático de una prioridad de permanencia [...] sí refuerza la necesidad de que la razonabilidad de la medida resulte justificada» (FJ 3), lo que se entiende cumplido al ser la trabajadora despedida la

sido la causa del despido» (FJ 4). STSJ Castilla y León (Burgos) de 29 de julio de 2014 (rec. 576/2014): «sólo podrá revisarse la decisión empresarial, en cuanto al trabajador elegido para el despido, cuando se acredite, para este supuesto, una causa de discriminación prohibida, siendo así que, en el caso de la actora, aún en su situación [reducción de jornada por razones familiares], la misma no se presume sin más, debiendo acreditarse aquélla, al menos indiciariamente». STSJ Aragón de 20 de enero de 2015 (rec. 778/2014). STSJ Cataluña de 24 de octubre de 2014 (rec. 4541/2014). STSJ Andalucía (Málaga) de 13 de junio de 2013 (rec. 570/2013).

más antigua e ir dirigido el despido por causas económicas a reducir costes. También la STSJ Asturias de 7 de marzo de 2014 (rec. 316/2014) para la que el empresario «fuera de la genérica apelación a la necesidad de reducir los costes de personal» no «explica ni da razones sobre los criterios [...] que hayan sido tenidos en cuenta y que puedan justificar la afectación de una trabajadora específicamente protegida contra todo tipo despido por razón de su condición» sin que haya acreditado que «sea indispensable el despido de la recurrente desde el punto de vista de la razonabilidad y objetividad respecto de los demás trabajadores que continúan en la empresa y que no gozan de un mejor derecho o preferencia».

6.2.3. *¿Prioridad de permanencia de la trabajadora embarazada y de los trabajadores que ejercen derechos de conciliación de la vida laboral y familiar?*

La ley no atribuye prioridad de permanencia en los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, ya sean individuales [art. 52.c) ET] o colectivos (art. 51.5 ET), ni a las trabajadoras embarazadas ni a los trabajadores que ejerciten derechos de conciliación de la vida laboral y familiar¹⁰⁰. Su situación es distinta a la de los representantes de los trabajadores¹⁰¹, los trabajadores designados por el empresario para ocuparse de las actividades de prevención de riesgos laborales y los integrantes del servicio de prevención¹⁰² que la tienen legalmente garantizada. La creación de prioridades de permanencia para otras clases de trabajadores queda en manos

¹⁰⁰ SAN de 28 de junio de 2013 (rec. 155/2012): «el único colectivo con prioridad de permanencia contemplada legalmente es el de los representantes legales de los trabajadores» (FJ 3).

¹⁰¹ Arts. 51.5 y 68.b) ET; 10.3 LOLS y 13 RD 1483/2012, de 29 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RPDC).

¹⁰² Art. 30.4 LPRL.

de la negociación colectiva: «mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad» (art. 51.5 ET). Dentro del grupo de «trabajadores con cargas familiares» podrían encontrar acomodo las trabajadoras embarazadas y los trabajadores que ejerzan derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. La configuración de una prioridad de permanencia para estos trabajadores incrementaría su protección: a) al excluirlos del despido y, en caso de necesaria inclusión, obligar a justificar su afectación (art. 13.3 RPDC); y b) al sancionar con la nulidad el incumplimiento empresarial de la prioridad de permanencia [art. 124.13.a)4ª LJS]. Sin embargo la prioridad de permanencia de unos trabajadores conlleva el sacrificio de otros, por lo que se entiende que, salvados los representantes de los trabajadores y prevenciónistas, el legislador remita a la autonomía colectiva la ordenación de estos conflictos de intereses.

Frente a este claro marco legal se ha afirmado que la prioridad de permanencia de las trabajadoras embarazadas sería una exigencia derivada de la Directiva 92/85/CEE. Se trata de una tesis sustentada en determinadas resoluciones judiciales¹⁰³ y formulada doctrinalmente¹⁰⁴ que ha dado lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante ATSJ Cataluña de 20 de enero de 2016 (rec. 3002/2015)¹⁰⁵. El objeto de la cuestión es «dis-

cernir si la normativa interna española implementa correctamente el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE, que contempla una prohibición de despido de mujeres embarazadas, por considerar el despido un riesgo para su salud, con la única excepción a tal prohibición de supuestos excepcionales no inherentes a su estado»¹⁰⁶. El auto entiende que el Derecho español no ha incorporado adecuadamente la Directiva 92/85/CEE y plantea cinco cuestiones al Tribunal de Justicia¹⁰⁷ basándose en los siguientes argumentos:

do colectivo: una nueva petición de decisión prejudicial. ATSJ Cataluña de 20 de enero de 2016», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192 (2016). El litigio que genera el planteamiento de la cuestión prejudicial se plantea al impugnarse por una trabajadora embarazada su despido derivado del despido colectivo efectuado en Bankia en el que la sentencia del juzgado de lo social lo declaró procedente fundándose en que la trabajadora «no tiene ninguna prioridad de permanencia en la empresa» y en que «la carta de despido contiene información suficiente sobre el despido, la causas y el criterio de selección de los afectados, basado en una puntuación derivada de una valoración válida y utilizada para todos los trabajadores/as afectados por el despido».

¹⁰⁶ § VI.

¹⁰⁷ «1) ¿Debe interpretarse el art.10.1 de la Directiva 92/85 en el sentido de que el supuesto de «casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales», en tanto que excepción a la prohibición de despido de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, es un supuesto no equiparable a «uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores» a que se refiere el art.1.1a) de la Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998, sino un supuesto más restringido?

2) ¿En caso de despido colectivo, para apreciar la existencia de casos excepcionales, que justifican el despido de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia conforme al art.10.1 de la Directiva 92/85, ha de exigirse que la trabajadora afectada no pueda ser recolocada en otro puesto de trabajo, o es suficiente con que se acrediten causas económicas, técnicas y productivas que afectan a su puesto de trabajo?

3) ¿Es conforme al art.10.1 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, que prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, una legislación, como la española, que traspone dicha prohibición estableciendo una garantía en virtud de la cual a falta de prueba de las causas que justifican su despido se declara la nulidad del mismo (tutela reparativa) sin establecer una prohibición de despido (tutela preventiva)?

4) ¿Es conforme al art.10.1 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992 (LCEur 1992, 3598) una legislación, como la española, que no contempla una prioridad de permanencia en

¹⁰³ SJS Barcelona (núm. 33) de 17 de diciembre de 2012 y STSJ Cataluña de 29 de noviembre de 2013 (rec. 2718/2013). Su comentario en BEL ANTIKI, J.: «¿Tiene prioridad de permanencia la trabajadora embarazada en un despido colectivo?», *Iuslabor*, núm. 1 (2014).

¹⁰⁴ AGUSTÍ MARAGALL, J.: «La prohibición de afectación de las trabajadoras embarazadas y en permisos de maternidad en los despidos colectivos («salvo caso excepcional»)», *Jurisdicción Social*, núm. 127 (2012).

¹⁰⁵ Asunto C-103/16 (DOUE de 10 de mayo de 2016 [C 165]). Para su estudio detallado GARCÍA PIÑEIRO, N.: «La prioridad de permanencia de las trabajadoras embarazadas en un despi-

- La prohibición de despedir establecida por la Directiva (art. 10) es una norma de salud y seguridad en el trabajo y no una norma relacionada con la prohibición de discriminación por razón de sexo¹⁰⁸. El despido se contempla como un riesgo laboral cuya actualización puede dañar la salud de la trabajadora, por tanto como un riesgo que debe ser evitado.
- La prohibición de despedir de la Directiva no ha sido correctamente transpuesta con la garantía de la nulidad objetiva y automática (arts. 53.4 y 55.5 ET) pues la norma comunitaria establece medidas preventivas (prohibición) y reparadoras (protección eficaz en caso de despido) mientras la norma española sólo fija medidas reparadoras (nulidad del despido)¹⁰⁹. Llega a decir el auto del TSJ de Cataluña que «la normativa española no prohíbe el despido de mujeres embarazadas salvo casos excepcionales no inherentes a su estado, como impone el art. 10.1 de la Direc-

tiva, ni en el caso de despidos colectivos [...] ni en el caso de los individuales (disciplinarios u objetivos)»¹¹⁰.

- La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas se excluye «en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo» (art. 10.1 de la Directiva). El auto que plantea la cuestión prejudicial duda de que dichos «casos excepcionales» puedan incluir la causas del despido colectivo. Para el auto «las salvedades a la prohibición del despido de la mujer embarazada se configuran como algo verdaderamente excepcional que [...] va mucho más allá que las meras circunstancias económicas, técnicas, o productivas que pueden justificar un despido colectivo». Según el auto «para inaplicar la prohibición de despido de mujeres embarazadas, no tiene cabida aquellos casos en que, concurriendo motivos para el despido colectivo, sin embargo existen posibilidades de recolocar a la trabajadora embarazada en otro puesto de trabajo». Para el auto «en la normativa interna española los casos excepcionales» del art. 10 de la Directiva «son identificables con aquéllos en que el despido afecta a alguna persona con prioridad de permanencia en la empresa»¹¹¹.

la empresa en caso de despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia ?

5) ¿A los efectos del apartado 2 del art.10 de la Directiva 92/85, es conforme una normativa nacional que considera suficiente una carta de despido como la de autos, que no hace referencia alguna a la concurrencia de un supuesto excepcional, además de los que motivan el despido colectivo, para afectar a la trabajadora en situación de embarazo por la decisión de extinción colectiva?»

¹⁰⁸ El «tratamiento que la Directiva 92/85 da al despido de la trabajadora embarazada es el propio de un riesgo para su salud física y psíquica y debe ser distinguido con nitidez de la tutela antidiscriminatoria» (§ IV.1). «Hay que enfatizar [...] que el art. 10.1 de la Directiva 92/85 prohíbe el despido de las mujeres embarazadas y no el despido de las mujeres a causa de su embarazo» (§ VI). El despido se entiende «como un riesgo en sí para la salud de la mujer embarazada (estrés, intranquilidad, inseguridad, angustia, derivados de la pérdida del trabajo por despido), el primer deber del empresario es evitar ese riesgo» (§ VI.1).

¹⁰⁹ La «tutela preventiva[...] no ha sido completamente traspuesta al ordenamiento español. La Ley 39/99 se limita a establecer tutela reparativa [...] que opera una vez producido el despido objetivo o disciplinario, con independencia del conocimiento del embarazo por el empresario» (§VI).

¹¹⁰ § VI.

¹¹¹ § VI.2.

- La insistencia en separar los aspectos prevencionistas y antidiscriminatorios de la prohibición de despido de la trabajadora embarazada puede resultar contradicha por el mismo preámbulo de la Directiva en el que puede leerse: «considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora [...] es conveniente establecer una prohibición de despido». No se refiere a despido «durante su estado», sino por «motivos relacionados con su estado», esto es, por estar embarazada y eso es discriminación por razón de sexo.
- No puede compartirse la afirmación de que el Derecho español no prohíbe el despido de la trabajadora embarazada y que sólo dispensa una tutela reparadora para los casos de despido. El Derecho español, obviamente, prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas por motivos inherentes a su estado. Tanto con carácter genérico, al configurar un sistema de despido por justa causa que prohíbe el despido por cualesquiera otras, como específicamente con la institución de la nulidad de los despidos que no sean declarados procedentes¹¹². En terminología clásica pertenece al género de las *leges perfectae* «las que declaran nulo el acto realizado contra ellas»¹¹³.
- Tampoco suscita adhesión la reluctancia a identificar las excepciones a la prohibición de despido con las causas del despido colectivo: «los casos excep-

cionales no inherentes a su estado». La formulación de la Directiva es clara: cualesquiera causas no inherentes a su estado de embarazo sirven para franquear la puerta del despido y las causas disciplinarias y objetivas, evidentemente, lo son.

6.3. El desistimiento y la protección de la conciliación de la vida laboral y familiar

La ley prevé expresamente la aplicación de la nulidad objetiva y automática a dos supuestos de extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del empresario (los despidos disciplinarios [arts 55.2 ET y 108.2 LJS] y por causas objetivas [arts. 53.4 ET y 122.c, d) y e) LJS]). Sin embargo nada dice sobre el empleo de esta garantía reforzada en los supuestos de extinción *ad nutum* del contrato de trabajo por voluntad empresarial: el desistimiento de la relación laboral durante el período de prueba (art. 14.2 ET) y la extinción por desistimiento de las relaciones laborales especiales de personal de alta dirección y servicio del hogar familiar (arts. 11.1 RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección y 11.3 RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar)¹¹⁴.

Es bien sabido que el desistimiento empresarial motivado por el embarazo de la trabajadora o por el ejercicio de los derechos de conciliación familiar resultaría discriminatorio por razón de sexo o circunstancias familiares y por tanto nulo¹¹⁵ (SSTC 94/1984, de 16 de octubre; 166/1988, de 26 de septiembre

¹¹² Ya lo señaló RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: «la técnica de la nulidad del despido cumple una función similar en nuestro ordenamiento a la que en otros en los que la libertad de despido es más amplia, cumple la prohibición temporal de despido en la época del embarazo, la maternidad y la lactancia» (cit., pág. 4).

¹¹³ CASTRO Y BRAVO, F. de: *Derecho Civil de España*, 2ª ed., tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 533.

¹¹⁴ CEINOS SUÁREZ, Á.: *El desistimiento como causa de extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2008, págs. 39 a 46 y 66 a 83.

¹¹⁵ QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «Extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164 (2014).

y 17/2007, de 12 de febrero sobre desistimiento durante el período de prueba¹¹⁶ y STS de 18 de junio de 2012 [rec. 2604/2011] sobre el desistimiento en la relación especial de alta dirección).

La cuestión que no está expresamente resuelta por la ley es si resulta extensible al desistimiento la nulidad objetiva y automática prevista para los despidos disciplinarios y por causas objetivas. Una primera aproximación muestra razones adversas y favorables para su extensión a los casos de extinción *ad nutum*. Por una parte podría afirmarse que su contenido, la declaración de nulidad salvo que se acredite la concurrencia de causa de despido, resulta incompatible con la figura del desistimiento en el que el empresario no debe acreditar causa alguna para extinguir la relación laboral. La nulidad objetiva y automática se inserta en un contexto en el que la regla es la prohibición del «despido libre» o, dicho de otro modo, la necesidad de que el empresario justifique su decisión extintiva, suponiendo un refuerzo de la causalidad y una sanción más intensa de su incumplimiento. Sin embargo su extensión al desistimiento implicaría la anulación de éste por conversión en un «despido causal», más o menos exigente, cuando de trabajadoras embarazadas y trabajadores que ejercitaran los derechos de conciliación se tratara. Por otra parte, en sentido contrario, podría afirmarse que es en los casos de desistimiento empresarial en los se hace necesaria una mayor protección de los trabajadores porque la falta de justificación empresarial permitiría velar decisiones discriminatorias bajo la figura de la extinción *ad nutum*, de modo que la aplicación de la nulidad objetiva y automática permitiría fácilmente «rasgar el velo». Este es el contexto en que aparecen los dos grupos de casos planteados ante los tribunales: los derivados de la extinción por desistimiento del contrato de trabajo especial de servicio del hogar familiar y del desistimiento durante el período de prueba. Partiendo de

que a estos casos siempre resultará aplicable la nulidad subjetiva o por discriminación se cuestiona si, además, lo es la nulidad objetiva y automática.

6.3.1. *El desistimiento durante el período de prueba*

Durante el período de prueba la resolución de la relación laboral podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes (art. 14.2 ET). Esta regla especial de extinción durante el período de prueba no incorpora la nulidad objetiva y automática prevista para las extinciones causales por los arts. 53.4 y 55.5 ET. ¿Debe prevalecer la regla especial del art. 14.2 ET o, por el contrario, lo ordenado por los arts. 53.4 y 55.5 ET es una norma de alcance general para todos los casos de extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario (causal o *ad nutum*)?¹¹⁷ Las discordancias mantenidas por los tribunales de suplicación¹¹⁸ fueron resueltas por la STS de 18 de abril de 2011 (rec. 2893/2010)¹¹⁹. El supuesto tratado es típico: una trabajadora embarazada, sin que conste conocimiento empresarial de tal situación, es contratada como agente comercial, pactando un período de prueba de dos meses dentro del cual el empresario extingue el contrato por no superación de la prueba a la vez que se extingue también el de otro trabajador varón en prueba por la misma razón. La trabajadora demandó por despido nulo, dando lugar a que en el proceso se examinara tanto

¹¹⁷ El desistimiento presupone la válida existencia de un período de prueba, en caso contrario habrá despido al que resultaría aplicable la nulidad objetiva y automática (STSJ Cataluña de 5 de noviembre de 2014 [rec. 4771/2014]).

¹¹⁸ GALLEGO MOYA, F.: *El período de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 395 y 396.

¹¹⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La resolución del contrato de trabajo de la trabajadora embarazada durante el período de prueba», en VV. AA.: *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al catedrático y magistrado don Antonio MARTÍN VALVERDE*, Tecnos, Madrid, 2015.

¹¹⁶ ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. II, Civitas, Madrid, 1985, pág. 199.

la aplicabilidad al caso de la nulidad «objetiva y automática» como de la nulidad causal por discriminación¹²⁰.

La sentencia del Tribunal Supremo tuvo que determinar, en primer lugar, si la nulidad objetiva y automática prevista para el despido de la trabajadora embarazada era extensible a los casos de desistimiento empresarial durante el período de prueba. El razonamiento de la sentencia es sencillo: puesto que la ley sólo recoge la nulidad objetiva para los casos de despido su extensión al desistimiento del período de prueba debería hacerse por analogía, previa constatación de la existencia de una laguna legal y de la identidad de razón entre las dos instituciones. Para la sentencia de casación no concurren ninguno de estos dos factores: las diferencias sustanciales entre ambas instituciones permiten sostener «que el legislador ha evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al período de prueba» (FJ 5). La sentencia no detiene aquí su razonamiento sino que indaga en el fundamento de la opción normativa: ¿por qué sí al despido y no al desistimiento del período de prueba? Porque los medios para proteger la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo no pueden ser los mismos durante la fase de prueba que durante la vida de la relación laboral plena. Durante la primera se trata «de evitar que sean excluidas del acceso al empleo», durante la segunda el objetivo es eludir «que las mujeres sean expulsadas del mercado de trabajo». La aplicación de la nulidad objetiva y automática al período de prueba tendría el efecto perverso de penalizar la contratación de mujeres embarazadas al dificultar al empresario la práctica del período de prueba. Mediante este razonamiento la sentencia llega a una clara conclusión: «durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato

por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implica que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese produjo por causas razonables y justificadas» (FJ 5)¹²¹.

La sentencia del Tribunal Supremo, una vez excluida la aplicación de la nulidad objetiva, pasa a determinar si hubo discriminación por embarazo, lo que exigiría la afirmación de unos indicios de discriminación. Para la sentencia de casación la falta de conocimiento empresarial «impedía partir del estado de gestación como circunstancia indiciaria contundente» (FJ 6). Además otros dos factores contribuyen a eliminar el panorama indiciario de discriminación: i) aunque la empresa hubiera conocido el embarazo debería ponderarse si lo sabía en el momento de la contratación pues en tal caso «el que la empresa hubiera suscrito el contrato a sabiendas de su situación podría contrarrestar de algún modo la fuerza del indicio» (FJ 6); y ii) aunque se hubiera afirmado la existencia de indicios «se ha acreditado que en la misma fecha se extinguió el contrato de trabajo de un trabajador varón, contratado en condiciones y fecha idénticas a las de la actora y que en ambos casos se daba la circunstancia de que no se habían alcanzado los objetivos mínimos fijados en la contratación inicial» (FJ 6). La sentencia deja irresuelta la cuestión de

¹²⁰ Sobre los avatares procesales MARTÍN VALVERDE, A.: «Nulidad objetiva del despido de mujer embarazada: alcance de la doctrina constitucional y bases para una revisión crítica (Análisis de la STC 173/2013)», *Actualidad Laboral*, núm. 4 (2014), págs. 1 y 2 (versión electrónica).

¹²¹ La sentencia contiene voto particular conforme al cual, la protección legal de la trabajadora debe ser idéntica en los supuestos de despido que en los de extinción contractual durante el periodo de prueba: «[...] una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas, conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, existe base jurídica suficiente para aplicar la doctrina contenida en las referidas SSTC 92/2008 y 124/2009 al cese o extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada aunque tal situación no conste que fuera conocida por el empresario [...]».

si el mero conocimiento empresarial del embarazo de la trabajadora sería, por sí solo, indicio de discriminación suficiente.

La STS de 18 de abril de 2011 fue recurrida en amparo alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14.1 CE) por haber rechazado la declaración de nulidad del desistimiento mediante una interpretación restrictiva del art. 55.5.b) ET y sin ponderar la dimensión constitucional del caso. La STC 173/2013, de 10 de octubre denegó el amparo solicitado. El planteamiento del asunto es el mismo que dió lugar a las SSTC 92/2008 y 124/2009 y por eso el Tribunal Constitucional declara que la regla de enjuiciamiento aplicable es el «canon de razonabilidad y motivación reforzada del derecho a la tutela judicial efectiva, por estar en juego también el derecho a la no discriminación por razón de sexo» (FJ 3). El Tribunal Constitucional, después de recordarla (FJ 3), descarta que la doctrina de las SSTC 92/2008 y 124/2009 haya sido desatendida por la sentencia recurrida en amparo pues trata de un caso «sustancialmente diferente» a los resueltos en 2008 y 2009: el Tribunal Supremo razonó que la nulidad objetiva y automática no resultaba aplicable al caso de desistimiento del período de prueba «dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato de trabajo en el período de prueba» (FJ 4) y ese razonamiento se expresa mediante «un argumentación axiológica no sólo motivada y fundada en Derecho, sino plenamente coherente y respetuosa con el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo» (FJ 5). En conclusión: «no cabe formular reproche alguno desde la perspectiva del canon reforzado de motivación a una interpretación judicial que sostiene que el sistema de tutela objetiva previsto por la Ley [...] para el despido de la trabajadora embarazada no resulta aplicable a la extinciones del contrato en período de prueba» al existir diferencias normativas entre ambas instituciones que justifican la diferencia de trato (FJ 5) sin

que esta interpretación resulte constitucionalmente reprochable al no privarse «de las necesarias garantías antidiscriminatorias» a las extinciones *ad nutum* del contrato de trabajo durante el período de prueba que operan a través de la nulidad por discriminación o vulneración de derechos fundamentales¹²².

El desistimiento empresarial durante el período de prueba, por tanto, estará limitado por la prohibición de discriminación del trabajador conforme al régimen de los arts. 96.1 y 181.2 LJS pero no deberá someterse al control especial de los arts. 53.4 y 55.5 ET. Así, por ejemplo, la STSJ Cataluña de 14 de marzo de 2016 (rec. 555/2016) calificó como despido nulo el desistimiento empresarial efectuado dos horas después de que la trabajadora comunicara su embarazo. Esta secuencia temporal constituye indicio de discriminación frente al cual el empresario no ofreció una explicación plausible: «hay indicios suficientes, no desvirtuados de contrario, para poder afirmar que el cese de la actora es reactivo a su baja médica por riesgo del embarazo, pues la empresa no tardó ni dos horas en cesarla después de enterarse de que estaba embarazada, lo que determina la declaración de nulidad de la rescisión contractual, por responder a una discriminación directa por razón de sexo.» En el mismo sentido la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 23 de julio de 2014 (rec. 816/2014) declara nulo el desistimiento efectuado al conocer que la trabajadora va a iniciar una situación de suspensión por riesgo durante el embarazo: el empresario no deshizo «el panorama razo-

¹²² También la STC 173/2013 validó la decisión del Tribunal Supremo en lo referente a la falta de aportación por la trabajadora de indicios de discriminación (FJ 6). La sentencia contiene un voto particular discrepante que proponía la «reconstrucción» de la doctrina constitucional sobre esta materia sustituyendo como canon utilizable en los supuestos de ceses contractuales de mujeres embarazadas «el del art. 24.1 reforzado con el art. 14 CE» por «el canon propio del derecho sustantivo» el art. 14 CE. Sin embargo, como acertadamente se ha indicado, el Tribunal Constitucional no puede llevar a cabo un control de carácter sustantivo porque no se trata de aplicar el contenido constitucional del derecho fundamental, sino una previsión que ha añadido la ley en relación el despido de la trabajadora embarazada» (Pérez de los Cobos: *cit.*, pág. 188).

nablemente indiciario de que la decisión extintiva del contrato de trabajo obedeció a la situación de riesgo durante el embarazo que estaba en trance de ser reconocida [...] panorama surgido del elocuente dato de que la medida empresarial se adopta casi al unísono de conocerse aquella situación, lo que conduce a la ratificación por la Sala de la sentencia de instancia.» La apreciación de la discriminación requerirá la acreditación del conocimiento empresarial de la situación protegida. Así para la STSJ Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 2014 (rec. 814/2014): «no se han acreditado indicios de discriminación por razón de sexo [...] ya que la empresa demandada desconocía el estado de embarazo de la demandante».

6.3.2. *La extinción por desistimiento del contrato de trabajo especial de servicio del hogar familiar*

En la relación laboral especial de empleados de hogar desistimiento y despido se presentan como formas alternativas de extinción de la relación laboral: el empresario puede extinguir causalmente el contrato de trabajo por incumplimiento grave y culpable del trabajador (despido disciplinario, art. 11.2 RD 1620/2011) o *ad nutum* por desistimiento (art. 11.3 RD 1620/2011). Siendo fórmulas extintivas entre sí excluyentes la ley prevé la conversión del desistimiento irregular por defecto de forma u omisión de indemnización en despido (art. 11.4 RD 1620/2011)¹²³. En casos en los que el desistimiento ha afectado a trabajadores incluidos en los supuestos del art. 55.5 ET se ha planteado la aplicabilidad de la regla de la nulidad objetiva y automática. Son casos de desistimiento que a diferencia de los analizados anteriormente operan no durante el período de prueba, fase excepcional y precaria, sino

dentro del contrato con «plenos efectos» (art. 14.3 ET).

Ya se ha visto que la STS de 18 de abril de 2011 (rec. 2893/2010) justificó la inaplicación de la regla del art. 55.5 ET al desistimiento empresarial durante el período de prueba por dos clases de razones. Por una parte, atendiendo a la naturaleza jurídica de las instituciones, por las diferencias sustanciales existentes entre el despido y el desistimiento. Por otra parte, atendiendo a la finalidad y función de las norma, porque su extensión a estos supuestos supondría una penalización en el acceso al empleo de los trabajadores protegidos. Recuérdese como la sentencia de casación se refería a la necesidad de «estar atento al momento en que la protección debe dispensarse, ajustando las medidas según se trate de evitar que las mujeres sean expulsadas del mercado de trabajo por razón de su sexo y por los roles de género asignados, o de evitar que sean excluidas del acceso al empleo». La sentencia entendía que durante el período de prueba, acceso al empleo, no hay «justificación para extender el blindaje propio del despido», sin embargo cuando se trata de expulsión del mercado de trabajo «el acento se ha de poner en la estabilidad a ultranza».

La STS de 18 de abril de 2011 no se pronunció con carácter general sobre la inclusión del desistimiento en el art. 55.5 ET sino, *ad casum*, sobre el *desistimiento durante el período de prueba* por lo que resultaría legítima la duda sobre su extensión a momentos en que el contrato ha desplegado «plenos efectos» (art. 14.3 ET). Si en éstos «el acento se ha de poner en la estabilidad a ultranza»: ¿estaría justificada la extensión de la nulidad objetiva y automática? La respuesta debe ser la misma que la formulada para los casos de desistimiento del período de prueba por una sencilla razón: la aplicación al desistimiento de la nulidad objetiva y automática supondría insertarlo en una forma que lo destrozaría. Recuérdese que la garantía dispensada por los arts. 53.4 y 55.5 ET consiste en la declaración de nulidad salvo que se acredite la procedencia, es decir,

¹²³ Tratándose de despido se aplicaría la garantía de la nulidad objetiva y automática (SSTSJ Cataluña de 7 de octubre de 2014 [rec. 2838/2014] y las en ella citadas de 8 de abril de 2013 [rec. 7553/2012] y de 15 de enero de 2013 [rec. 6810/2012]).

la causa objetiva o el incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador; pero si el empresario debe estar en condiciones de acreditar las causas objetivas o disciplinarias: ¿para qué va a recurrir al desistimiento? Podría entenderse, en una aplicación devaluada de la regla, que la aplicación de la nulidad objetiva y automática en los casos de desistimiento no exigiría la acreditación de un incumplimiento resolutorio o una causa objetiva de despido sino simplemente de razones que excluyeran el vínculo entre la situación protegida y la decisión extintiva pero aún así esta opción interpretativa chocaría con obstáculos: a) supondría la creación de una norma nueva por interpretación judicial pues ni se aplicarían los arts. 53.4 y 55.5 ET ni la facultad incondicionada de desistimiento legalmente reconocida sino una tercera regla mixta creada por el juez; b) el desistimiento es la facultad de poner fin al contrato por la «propia voluntad» de quien lo ejercita de modo que imponer en todo caso la necesidad de aportar elementos excluyentes de la conexión con la situación protegida (embarazo, conciliación familiar) puede convertirse en tarea imposible. Parece razonable, por tanto, mantener el mismo criterio aplicable al desistimiento durante el período de prueba de modo que la protección frente al desistimiento vendrá por la vía de la nulidad subjetiva por discriminación que exige la acreditación por el trabajador de unos indicios de discriminación (arts. 96.1 y 181.2 LJS) entre los que se encuentra el conocimiento empresarial de la situación¹²⁴.

La doctrina de suplicación ha rechazado la aplicación de la nulidad objetiva y automática a los supuestos de desistimiento en los contratos de servicio del hogar familiar. Así la STSJ Madrid de 14 de febrero de 2014 (rec. 1834/2013) traslada a estos supuestos la

construcción efectuada sobre el desistimiento del período de prueba¹²⁵. En igual sentido la STSJ Cataluña de 7 de octubre de 2014 (rec. 2838/2014)¹²⁶ tras recordar la doctrina jurisprudencial y constitucional sobre desistimiento durante el período de prueba afirma que «las diferencias sustanciales entre el despido y el desistimiento en la relación laboral de empleados al servicio del hogar familiar impiden aplicar la tutela automática u objetiva prevista en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de la debida ponderación de la concurrencia de indicios de que se desprenda la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo invocada». En relación con la aportación de indicios de discriminación frente a la alegación de la trabajadora que consideraba suficiente el hecho objetivo de encontrarse en situación de suspensión por maternidad en el momento del desistimiento unido al mantenimiento en su puesto de trabajo a otra trabajadora que no lo estaba, el tribunal afirma que «el mero hecho de que la empleadora operase el desistimiento cuando la actora se encontraba disfrutando de permiso por maternidad no resulta revelador de la existencia de indicios de discriminación» (FJ 3). También la STSJ

¹²⁵ Con remisión a esta sentencia resuelve la STSJ Madrid de 21 de abril de 2015 (rec. 962/2014; JUR 2015, 150382) el litigio generado por el desistimiento de contrato con trabajadora embarazada de ocho meses. Tanto la trabajadora como su esposo vivían en casa del empresario. El esposo de la trabajadora, que trabajaba para una sociedad de la que era cotitular el empresario de la trabajadora, fue despedido por razones disciplinarias el mismo día del desistimiento. Para la sentencia «el único elemento para invertir la carga de la prueba es el embarazo de la trabajadora, a lo que hemos de unir que el mismo fue conocido por la empleadora desde el inicio de la relación laboral y, en todo caso, durante los primeros meses, incluso dentro del período de prueba, no habiendo sido obstáculo para el mantenimiento del contrato, por lo que difícilmente podría apreciarse que el desistimiento entrañara una conducta discriminatoria» (FJ 2). Ello unido al deterioro de la relación con el esposo de la trabajadora y el hecho de que ambos vivieran en casa del empresario elimina la vinculación entre embarazo y desistimiento.

¹²⁶ Se trataba del desistimiento de contrato con empleada de hogar en situación de suspensión por maternidad el día inmediatamente anterior a su reincorporación tras la finalización de la baja.

¹²⁴ No resulta suficiente la mera alegación del estado del trabajador sin acreditar su conocimiento empresarial (STSJ Cataluña de 31 de enero de 2011 [rec. 5635/2010]). Tampoco la mera alegación de la secuencia temporal entre la reincorporación tras situación protegida y el desistimiento (STSJ Extremadura de 22 de febrero de 2012 [rec. 634/2011]).

Extremadura de 15 de septiembre de 2016 (rec. 338/2016)¹²⁷ ha declarado inaplicable «a los supuestos de desistimiento de la relación laboral de empleadas al servicio del hogar familiar» el «régimen de nulidad objetiva» sin perjuicio de la aplicación del «régimen ordinario de nulidad por infracción de derechos fundamentales». La sentencia citada afirma que en el caso la trabajadora sí aportó indicios de discriminación pues el desistimiento se comunicó «el mismo día que se incorpora a su puesto de trabajo, una vez concluida la baja maternal [...] teniendo en cuenta que había prestado servicios para la demandada durante más de tres años». Frente a ello el empresario no acreditó «la concurrencia de causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración».

En la STSJ Madrid de 26 de septiembre de 2016 (rec. 352/2016)¹²⁸ se ha apreciado la aplicación de la nulidad objetiva al desistimiento del contrato de servicio del hogar familiar. Sin embargo esta sentencia admite una lectura distinta. El litigio se generó al impugnarse por la empleada de hogar el desistimiento efectuado por el empresario a los cinco días de comunicarle que estaba embarazada. La trabajadora interpuso recurso de suplicación frente a la sentencia del Juzgado de lo Social que declaró válido el desistimiento. En las alegaciones de la empleada, además de invocar los arts. 14 CE, 55.5 y 55.5.b) ET y la doctrina de la nulidad objetiva, se dice que «habiéndose producido el despido nada más notificar [...] a su empleadora su estado de gestación, entiende que está acreditada que la causa real del despido no fue el aludido desistimiento de la empleadora, sino el embarazo de la trabajadora» (FD único). Luego si esa fue la causa no se trata de nulidad objetiva. El estilo y estructura de la sentencia tampoco permite obtener conclusio-

nes terminantes pues opta por reproducir los fundamentos de Derecho de la STSJ Madrid de 24 de noviembre de 2008 (rec. 4191/2008) dictada también sobre la extinción de un contrato de empleada de hogar embarazada declarada «despido nulo por lesivo del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo». Ni en la sentencia de 2016 ni en la de 2008 se plantea expresamente la cuestión de la nulidad objetiva y el desistimiento. Lo discutido en la sentencia de 2008 era: i) si cabe la declaración de nulidad de la extinción en la relación especial de empleados de hogar al no estar prevista en el reglamento regulador; ii) los efectos de la declaración de nulidad, readmisión, en esta relación especial al poder resultar contrarios al art. 18. 1 y 2 CE (intimidad, inviolabilidad del domicilio); y iii) la sustitución de la readmisión por la indemnización del despido improcedente, debiéndose determinar si resultaba aplicable la prevista en el ET o la inferior del reglamento regulador, optando la sentencia por la primera¹²⁹.

6.4. La extinción de los contratos de duración determinada

La regla de la nulidad objetiva y automática resulta aplicable a la extinción de los contratos de duración determinada por denuncia

¹²⁹ Sobre esta cuestión hay disparidad de criterios. STSJ Extremadura de 15 de septiembre de 2016 (rec. 338/2016): «En cuanto a lo que atañe a las consecuencias de tal declaración, no se discute la no aplicación de la readmisión en su puesto de trabajo, ni rebate la recurrente la cuantía [...] que fija la sentencia de instancia en concepto de indemnización de daños y perjuicios vinculada a la vulneración de sus derechos constitucionales, ex artículo 183 de la LRSJ, pero la disconforme sí considera que no es aplicable el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, sino el específico artículo 11.2 del Real Decreto 1602/2011, a saber, la equivalente al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades. Y a ello, por los propios razonamientos que hemos empleado, ha de accederse, pues no existe razón jurídica que avale la aplicación del previsto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, teniendo en cuenta el régimen especial de este tipo contractual.» El problema debería resolverse con la aplicación de los arts. 286.1 y 281.2 LJS que llevan al art. 56 ET.

¹²⁷ Desistimiento de contrato con empleada de hogar comunicado al reincorporarse tras la suspensión por maternidad.

¹²⁸ MIÑARRO YANINI, M.: «Aplicación de la "nulidad objetiva" al desistimiento del contrato de empleada del hogar embarazada: un rayo de luz entre las sombras», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 410 (2017), págs. 132 a 137.

del empresario¹³⁰. La lícita extinción de estos contratos requiere la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato [art. 49.1.c) ET] de acuerdo con el principio de causalidad que gobierna la contratación temporal (art. 15 ET). Son, por tanto, supuestos de extinción causal de modo que la no acreditación de la causa de extinción llevará a la declaración de nulidad cuando se trate de contrato temporal de trabajadora embarazada o de trabajadores que ejerciten los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. Así lo declara, por ejemplo, la STS de 20 de enero de 2015 (rec. 2415/2013): «una trabajadora que se encuentre en alguna de las circunstancias contempladas en el art. 55.5.b) del ET [...] podrá ver extinguido su contrato de trabajo por justa causa debidamente acreditada y comunicada: por ejemplo, por finalización del contrato temporal, o por haber cometido una infracción grave y culpable, lo que dará lugar a un despido procedente. Pero si tal causa no existe o no se acredita [...] el despido no puede ser declarado, obviamente, procedente; pero tampoco puede ser declarado improcedente sino que, necesariamente, debe ser declarado nulo». Como en el caso la sentencia recurrida lo había declarado improcedente añade: «si el Tribunal *a quo* consideró que no se trataba de un despido sino de una correcta finalización de un contrato temporal debería haber declarado procedente dicha extinción contractual. Si, por el contrario, la declaró improcedente es porque consideró que no había quedado acreditada tal causa de extinción [...]. [...] la declaración de improcedencia excluye la de procedencia y, por ende, en aplicación del art. 55.5.b) del ET [...] no hay más solución correcta que declarar el despido

¹³⁰ Recuérdese la STJUE de 4 de octubre de 2001 (asunto C-438/99, Jiménez Melgar) según la cual la prohibición de despido de la Directiva 92/85 se aplica tanto a los contratos de duración determinada como a los indefinidos y la falta de renovación de un contrato, cuando ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada despido prohibido por la Directiva 92/85, sin perjuicio de que si estuviera motivada por el embarazo sería discriminatoria por razón de sexo. Cuestión distinta es la que se analiza en el texto

nulo» (FD 4)¹³¹. Por otra parte la regularidad de la causa extintiva dependerá de la licitud de la contratación, presumiéndose en caso contrario su carácter indefinido (art. 15.3 ET) y su terminación no por denuncia sino por despido injustificado y aquí nulo: «manteniendo el carácter fraudulento de la contratación, el despido [...] durante su embarazo, necesariamente [...] ha de calificarse nulo» (STSJ Canarias [Las Palmas] de 30 de marzo de 2015 [rec. 35/2015]).

Un caso peculiar se presenta en la STSJ Madrid de 17 de mayo de 2016 (rec. 233/2016). El litigio se plantea en el contexto de de un contrato de servicios (art. 42 ET) entre la empresa de la trabajadora y un cliente, habiendo sido contratada la trabajadora con un contrato de duración determinada vinculado a la contrata correspondiente. Unas horas después de solicitar la trabajadora una reducción de jornada por cuidado de hijos la empresa cliente, que unos días antes había pactado unas nuevas condiciones horarias del servicio con la contratista, dio por terminada su relación con la empresa contratista y ésta extinguió su relación con la trabajadora «por finalización de contrato». La sentencia declara nula la extinción por entender que la conexión entre la solicitud de reducción de jornada de la trabajadora y la inmediata rescisión de la contrata por el cliente constituía indicio de discriminación frente al cual ni el cliente ni la contratista ofrecieron «ningún motivo serio y razonable» de su conducta. La argumentación de esta sentencia, que descansa sobre las

¹³¹ En STSJ Madrid de 7 de abril de 2016 (rec. 1034/2015) un supuesto de extinción *ante tempus* de contrato en prácticas con trabajadora en situación protegida ex art. 55.5 ET: las consecuencias de la nulidad, al haber transcurrido el término final del contrato, «no pueden ser la readmisión inmediata de la trabajadora en su puesto de trabajo, al ser evidente la voluntad de la empleadora de no prorrogar el contrato, sino exclusivamente el pago de los salarios de tramitación». STSJ Andalucía (Sevilla) de 11 de noviembre de 2015 (rec. 3101/2014). STSJ País Vasco de 14 de julio de 2015 (rec. 1219/2015). STSJ Galicia de 30 de diciembre de 2015 (rec. 3748/2014). STSJ Andalucía (Sevilla) de 12 de noviembre de 2014 (rec. 2535/2013). STSJ La Rioja de 19 de septiembre de 2014 (rec. 142/2014). STSJ Cataluña de 11 de marzo de 2014 (rec. 297/2014).

SSTC 75 y 76/2010, de 19 de octubre (huelga en empresa contratista y decisiones del cliente), no se mueve en el terreno de la nulidad objetiva sino subjetiva y no explica la desconexión entre la lesión del derecho por el cliente y la condena a la contratista. La solución, a la luz de la STC 17/2017, de 2 de febrero, podría replantearse.

6.5. La negativa al reingreso de trabajadores en excedencia por cuidado de hijos

El art. 46.3 ET establece el derecho de los trabajadores a la excedencia por cuidado de hijos y familiares. Durante el primer año de este período el trabajador tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo, transcurrido el cual la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional. Por otra parte los arts. 53.4.b) y 55.5.b) ET configuran como situación protegida con la nulidad objetiva y automática del despido de los trabajadores que «hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia» prevista en el art. 46.3 ET. La aplicación conjunta de estos preceptos plantea la necesidad de calificar la decisión empresarial que rechaza la reincorporación de los trabajadores al terminar su excedencia *ex art.* 46.3 ET. En los supuestos de excedencia voluntaria se distingue según la oposición empresarial al reingreso del trabajador sea una «negativa rotunda e incondicionada» a la solicitud de reingreso del trabajador o una mera alegación de razones, la falta de vacante por ejemplo, que no niegan la persistencia del vínculo contractual «sino discutiendo los términos del derecho al reingreso»¹³². En el primer caso se entiende que se está ante un despido y como tal debe impugnarse la decisión empresarial, mientras que en el segundo procede el ejercicio de la acción de reingreso, acción declarativa del reconoci-

miento del derecho a la ocupación efectiva¹³³. Dicho en los sintéticos términos de la STS de 23 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7658; rec. 2043/2012): «el trabajador excedente puede ejercitar la acción de despido [si el empresario se niega rotunda e incondicionadamente al reingreso] y en su caso la de reconocimiento del derecho a la ocupación efectiva [si el empresario pospone la reincorporación demorándola injustificadamente]» (FD 3).

¿Resulta trasladable el esquema anterior a la excedencia por cuidado de familiares? Entre excedencia voluntaria y excedencia por cuidado de familiares hay una gran diferencia: en la primera no hay reserva del puesto de trabajo (art. 46.5 ET) pero en la segunda sí (art. 46.3 V ET), de modo que en esta última no tendrían sentido la justificación empresarial de la falta de vacante. La cuestión se planteó al Tribunal Supremo que, en espacio de unos pocos meses, dio dos soluciones contrarias a supuestos en los que trabajadores que han disfrutado de la excedencia *ex art.* 46.3 ET solicitaban su reingreso en la empresa encontrándose con la negativa empresarial justificada en la falta de vacante.

a) La STS de 21 de febrero de 2013 (rec. 740/2012) calificó como despido nulo la decisión empresarial: «la excedencia por cuidado de hijo garantiza al trabajador el derecho a la reserva del puesto de trabajo en la empresa, no nos encontramos ante un derecho potencial o expectante que depende de la existencia de vacantes en la empresa, sino ante un derecho ejercitable en el momento en que el trabajador excedente solicita su reincorporación a la empresa, al tener ésta la obligación de reservarle (conservarle) su puesto de trabajo durante el primer año o un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente si la excedencia se prolonga transcurrido el año, de manera que la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante, lleva como

¹³² MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.ª; RÍOS SALMERÓN, B.; SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, pág. 724.

¹³³ CAMPS RUIZ, L. M. en CAMPS RUIZ, L. M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (Coord.): *Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 507.

consecuencia que la decisión empresarial sea calificada como un despido, sin necesidad de considerar si existe o no puesto vacante, ya que el puesto de trabajo del excedente, en los términos ya indicados ha de existir por imperativo legal; y como también a esta conclusión ha llegado la sentencia recurrida, declarando la nulidad del despido de la trabajadora demandante, en aplicación del artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores, hay que estimar que aquella y no la de contraste es la que contiene la doctrina correcta» (FD 2).

b) Nueve meses después la STS de 23 de septiembre de 2013 (rec. 2043/2012) cambió de criterio: «el derecho incuestionable al mismo puesto de trabajo o equivalente que le corresponde al excedente *ex art.* 46.3 ET supone la menos incuestionable nulidad de la negativa empresarial, pero no hay que olvidar que [...] el despido [...] siempre tiene como elemental presupuesto la voluntad extintiva unilateralmente decidida por el empresario, cualquiera que sea la forma en que la misma se manifieste [...]. Voluntad extintiva que no apreciamos en la frase «no es posible dicha reincorporación puesto que a la fecha no existe vacante de su categoría o grupo profesional»; antes al contrario, del texto de esta negativa empresarial a la reincorporación del excedente es deducible que no se niega la reincorporación en sí misma, sino su posibilidad actual; lo que no es extinguir el contrato de trabajo» (FD 3). De modo que en estos casos procede la tradicional acción de reingreso y no la de despido. A efectos prácticos puede señalarse que la misma sentencia reconoce que por esta vía se alcanza «una protección similar a la establecida para los supuestos despidos declarados nulos» al devengarse los salarios dejados de percibir y gozar su ejecución de la protección de apremios pecuniarios (art. 241 LJS)¹³⁴, «con la ventaja añadida de que para el ejercicio de la acción no opera el corto pla-

zo de caducidad de veinte días [arts. 59.3 ET y 103.1 LRJS], sino el tranquilizadamente más largo de prescripción al año [art. 59. 1 ET]». Junto al reconocimiento del derecho se obtendrá la condena a la inmediata reincorporación del trabajador pues «nos encontramos ante una excedencia que no otorga un derecho preferente a la reincorporación sino un derecho directo sin contradicción a reintegrarse en la empresa» (STSJ Castilla-La Mancha de 9 enero de 2017 [rec. 1561/2014]).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra: Igualdad efectiva de mujeres y hombres (2007).
- AGUSTÍ MARAGALL, J.: «La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo», en GODINO, M. (Dir.): *Tratado del despido colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

por la solución –acción de reingreso– tradicional de la Sala, siendo así que:

a).- El incumplimiento del deber de reincorporación supondría –en atinado resumen llevado a cabo por la STS 14/03/95 rcud 1300/94– que: «1) se presume que la reincorporación tardía del trabajador excedente da lugar a una indemnización de daños y perjuicios; 2) la cuantía de la indemnización se cifra en principio en los salarios dejados de percibir a causa de la conducta de incumplimiento...; 3) corresponde al trabajador la acreditación de daños y perjuicios superiores que considere se han producido; y 4) corresponde al empresario la acreditación de los hechos impositivos de las indemnizaciones reclamadas». Y en todo caso ha de tenerse en cuenta que la fecha inicial del cómputo de los salarios indemnizatorios, si se ha formulado tempestivamente la petición de reingreso, ha de situarse en la data de finalización del periodo de excedencia [...].

b).- Tampoco nos ofrece duda que la ejecución de la sentencia que declare el derecho –indiscutible– a la inmediata reincorporación habría de gozar de la protección –apremios– que es propia de la tutela ejecutiva [art. 241 LRJS] y que sería la correspondiente a los intereses constitucionales transgredidos por la decisión empresarial, alcanzándose así por esta vía una protección similar a la establecida para los supuestos despido declarados nulos; con la ventaja añadida de para el ejercicio de la acción no opera el corto plazo de caducidad de veinte días [arts. 59.3 ET y 103.1 LRJS], sino el tranquilizadamente más largo de prescripción al año [art. 59. 1 ET]» (FD 4º).

¹³⁴ Dice la sentencia: «La importancia de los valores constitucionales que están en juego tras la reincorporación al concluir la excedencia por cuidado de hijos [protección a la familia; y derecho a la no discriminación] no sufre compromiso alguno

- AGUSTÍ MARAGALL, J.: «La prohibición de afectación de las trabajadoras embarazadas y en permisos de maternidad en los despidos colectivos («salvo caso excepcional»)», *Jurisdicción Social*, núm. 127 (2012).
- ALONSO OLEA, M.: «El trabajo de la mujer en el Derecho español», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 72 (1995).
- ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. II, Civitas, Madrid, 1985.
- ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.^a E.: *Derecho del Trabajo*, 25^a ed., Civitas, Madrid, 2008.
- BADIOLA SÁNCHEZ, A. M.^a: *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- BEL ANTAKI, J.: «¿Tiene prioridad de permanencia la trabajadora embarazada en un despido colectivo?», *Iuslabor*, núm. 1 (2014).
- CAMPS RUIZ, L. M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (Coord.): *Derecho del Trabajo*, 5^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1 (2017).
- CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: «La nueva prohibición de despedir durante las situaciones de embarazo, maternidad y ejercicio de los derechos de conciliación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 12 (2006).
- CASTRO Y BRAVO, F. de: *Derecho Civil de España*, 2^a ed., tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.
- CEINOS SUÁREZ, Á.: *El desistimiento como causa de extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- CHINCHILLA ALBIOL, N.; LEÓN LLORENTE, C.: «Presente y futuro de la conciliación. Nuevos retos y buenas prácticas», en BELLÓN SÁNCHEZ DE LA BLANCA, T.; BUQUERAS Y BACH, I.: *Horarios y sociedad: una visión multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2011.
- DEL CAMPO, S.: «La familia simétrica y el trabajo de la mujer», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 67 (1990).
- DESDENTADO BONETE, A.: «El despido de la embarazada y los límites de la justicia constitucional», *Diario La Ley*, núm. 7039 (2008).
- FALGUERA BARÓ, M.: «La apreciación de factores de discriminación en los despidos colectivos», *Jurisdicción Social*, núm. 179 (2017).
- GALLEGO MOYA, F.: *El período de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- GARCÍA MURCIA, J.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 1 (2000).
- GARCÍA PIÑEIRO, N.: «La prioridad de permanencia de las trabajadoras embarazadas en un despido colectivo: una nueva petición de decisión prejudicial. ATSJ Cataluña de 20 de enero de 2016», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192 (2016).
- GARCÍA RUBIO, M.^a A.: «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada», *Relaciones Laborales*, núm. 13 (2011).
- GIL PLANA, J.: «La admisión de la circunstancia personal de cuidar a un hijo como factor discriminatorio», en ALONSO OLEA, M.; MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XXIX, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- GIL PLANA, J.: «La nulidad del despido de la trabajadora embarazada», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 154 (2012).
- GIL PLANA, J.: *El despido de la trabajadora embarazada*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- GIL PLANA, J.: «Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho: despido de una trabajadora embarazada», en ALONSO OLEA, M.; MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XXVI, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Relaciones Laborales*, núm. 24 (1999).
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, CARL, Sevilla, 2010.
- IGLESIAS DE USSEL, J.: *La dimensión social del tiempo*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2006.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «Nulidad objetiva del despido de mujer embarazada: alcance de la doctrina constitucional y bases para una revisión crítica (Análisis de la STC 173/2013)», *Actualidad Laboral*, núm. 4 (2014).
- MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 25^a ed., Tecnos, Madrid, 2016.

- MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VALERA, A.: *Derecho crítico del Trabajo*, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2014.
- MIÑARRO YANINI, M.: «Aplicación de la “nulidad objetiva” al desistimiento del contrato de empleada del hogar embarazada: un rayo de luz entre las sombras», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, núm. 410 (2017).
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 37ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.
- MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001.
- MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.ª; RÍOS SALMERÓN, B.; SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- MUNÍN SÁNCHEZ, L. M.: «La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 18 (2014).
- OLIVA SANTOS, A. de la; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J.: *Curso de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «Régimen del despido. La nulidad radical», *Relaciones Laborales*, tomo I (1990).
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La resolución del contrato de trabajo de la trabajadora embarazada durante el período de prueba», en VV. AA.: *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al catedrático y magistrado don Antonio MARTÍN VALVERDE*, Tecnos, Madrid, 2015.
- POQUET CATALÁ, R.: «Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012», *Aranzadi Social*, núm. 7 (2013).
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «Extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164 (2014).
- RODRÍGUEZ RUIZ, B.: «La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103 (2015).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)», *Relaciones Laborales*, núm. 19 (1999).
- ROQUETA BUJ, R.: «Las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores», en MELLA MIÉNDEZ, L. (Dir.): *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: Estudios desde el Derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones, Madrid, 2015.
- ROQUETA BUJ, R.: *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- RUIZ-RICO RUIZ, C.: *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, Tirant, Valencia, 2012.
- SAEZ LARA, C.: «La conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Políticas públicas y marco normativo», en MOYA AMADOR, R. (Dir.): *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Adaptación de la jornada laboral y derechos de conciliación: la familia como bien jurídico protegido», en ALONSO OLEA, M.; MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XXIX, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra: Igualdad efectiva de mujeres y hombres (2007).
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «¿Cómo comunicar la extinción derivada del despido colectivo pactado?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5 (2017).
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Protección objetiva de la embarazada frente a su despido», *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 14 (2008).
- VIVERO SERRANO, J. B.: «La designación de los trabajadores objeto de despido colectivo», *Aranzadi Social*, núm. 7 (2013).

RESUMEN

La conciliación de la vida laboral y familiar es cualidad de un Derecho justo del Trabajo. La masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, la formación de familias en las que los dos cónyuges trabajan profesionalmente fuera del hogar y el mayor número de familias monoparentales no encajan en un modelo laboral, surgido con la Revolución Industrial, pensado para trabajadores varones con horarios incompatibles con el cuidado de niños y mayores dependientes. En el modelo tradicional la conciliación entre familia y trabajo se resuelve por la vía de distribuir funciones dentro de la familia: el trabajo retribuido para el varón y el cuidado de la familia para la mujer. Así la familia, globalmente considerada, y el trabajo resultaban compatibles. La masiva incorporación de la mujer al trabajo retribuido hace que el trabajo y la familia dejen de ser mundos paralelos para convertirse en realidades en conflicto.

Este conflicto puede ser ignorado por el Derecho, haciendo irrelevantes para el cumplimiento de la prestación laboral las circunstancias familiares del trabajador o, por el contrario, ser integrado dentro de su sistema, elevando las circunstancias familiares del trabajador a causa justificante de la modificación y adaptación de la prestación laboral a su realidad familiar. Así sucede en nuestro Derecho en el que se fijan de modo asistemático medidas de conciliación de la vida laboral y familiar consistentes en interrupciones y suspensiones de la relación laboral y modificaciones del tiempo de trabajo. Globalmente consideradas podrían subsumirse bajo la rúbrica de la modificación de las condiciones y de la prestación de trabajo a iniciativa del trabajador por causas familiares, pues suponen el reconocimiento al trabajador de derechos de ausencia y de reducción y adaptación de la jornada de trabajo.

Despido y conciliación de la vida laboral y familiar aparecen, en principio, como instituciones que ninguna conexión mantienen entre sí, más bien como realidades mutuamente excluyentes. Sin embargo su relación es notoria: las medidas de conciliación suponen una alteración o modificación de la prestación laboral o de sus condiciones por interés del trabajador. Los nuevos términos de la prestación podrían resultar inconvenientes para el empresario hasta tal punto que decidiera extinguir el contrato de trabajo adaptado a las nuevas condiciones por razones familiares. Sin embargo el despido no puede ser una lícita alternativa empresarial a la conciliación porque supondría la negación del fin que se pretende alcanzar (el acceso y mantenimiento del empleo) y resultaría incompatible con los bienes constitucionalmente protegidos por los arts. 14, 35.1 y 39 CE. El despido motivado por una medida de conciliación de la vida familiar y laboral no sólo sería un despido sin causa sino un despido con causa ilícita.

Esta es la conclusión que se deduce de la normativa internacional y comunitaria europea sobre la materia. Los Convenios de la OIT núm. 156 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares (1981) y núm. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) expresamente prohíben que las responsabilidades familiares, el embarazo o la licencia de maternidad actúen como causas de despido.

Dentro de Derecho de la Unión Europea son varias las normas que específicamente excluyen que las situaciones de conciliación de la vida laboral y familiar puedan constituir causas de despido: art. 33.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) y Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado

sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE. Los arts. 15 y 16 de la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación insisten en la protección de los derechos de conciliación frente al despido.

El Derecho español ha organizado la protección específica de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar frente al despido configurando una «garantía de indemnidad» en los arts. 53.4 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y sus concordantes arts. 108.2 y 122.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, categorizó jurídicamente lo que hasta ese momento eran reglas aisladas e inconexas de nuestro ordenamiento jurídico. Posteriormente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres insistiría en la consecución de este objetivo.

Todo este conjunto normativo se analiza en este trabajo estructurado del modo siguiente. En primer lugar se estudia la razón de la protección específica frente al despido de los trabajadores que concilian su vida familiar y laboral, fundamentalmente de la regla del despido presuntamente nulo introducida por la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral. A continuación se revisa el contenido de la protección: la nulidad objetiva y automática de los despidos no procedentes tal como se ha configurado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

Parte fundamental de este artículo es el estudio del ámbito de aplicación de la nulidad objetiva y automática del despido. A tal efecto se ha prestado atención tanto a las situaciones protegidas incluidas (embarazo de la trabajadora, suspensiones del contrato de trabajo por razones familiares, interrupciones de la prestación laboral y reducciones de jornada, excedencia por razones familiares, disfrute de derechos laborales de las víctimas de violencia de género) y excluidas, como a las decisiones extintivas del empresario a las que podría resultar aplicable la garantía. Especial atención se ha prestado al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en los que la facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores despedidos podría plantear especiales dificultades para la efectividad de la garantía, llegándose a suscitar la compatibilidad del Derecho español con la normativa de la Unión Europea y la posible existencia de una prioridad de permanencia de la trabajadora embarazada y de los trabajadores que ejercen derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. Igualmente se ha prestado atención a la posible inclusión del desistimiento empresarial y de la extinción de los contratos de duración determinada.

Palabras clave: Despido, familia, embarazo, conciliación, discriminación.

ABSTRACT

Work-life balance is a quality of fair Labour Law. The massive integration of women into the labour market, the formation of families in which both spouses work professionally outside their home and the largest number of single-parent families do not fit into a labour model, emerged with the Industrial Revolution, designed for male workers with work timetables that were incompatible with the care of dependent children and elderly people. In the traditional model, work-life balance is solved by sharing functions within the family: paid work for men and family care for women. This way, family (globally considered) and work were compatible. The massive integration of women into paid work means that work and family are no longer parallel worlds and become realities in conflict. This conflict can be ignored by Law, making the family circumstances of workers irrelevant for the fulfilment of work activities or, on the contrary, it can be integrated into its system, making the family circumstances of workers a reason to justify the modification and adaptation of work activities to their family reality. This is the case in our Law system in which work-life balance measures consisting of interruptions and suspensions of the employment relationship and changes in working hours are established in an unsystematic manner. Globally considered, they could be subsumed under the rubric of modification of conditions and the provision of work at the initiative of workers for family reasons, as they involve the recognition of workers' rights of absence, reduction and adaptation of the working day.

Dismissal and work-life balance appear, in principle, as institutions that have no connection with each other, rather as mutually exclusive realities. However, their relationship is obvious: work-life balance measures involve an alteration or modification of labour benefits or their conditions by the own interest of workers. The new terms for the benefits could be inconvenient for employers to such an extent that they could make a decision to terminate the work contract adapted to the new conditions for family reasons. However, dismissal cannot be a legitimate business alternative to work-life balance because it would mean the denial of the purpose to be achieved (access and maintenance of employment) and would be incompatible with the constitutionally protected assets according to articles 14, 35.1 and 39 of the Spanish Constitution. The dismissal motivated by work-life balance measures would not only be a dismissal without cause but a dismissal with illicit cause.

This is the conclusion deduced from the international and European community regulations on the matter. The ILO Conventions no. 156 on equality of opportunity and treatment of male and female workers: workers with family responsibilities (1981) and no. 158 on the termination of the employment relationship (1982) expressly prohibit that family responsibilities, pregnancy or maternity leave could be the cause for dismissal.

Within the European Union Law there are several rules that specifically exclude that situations of work-life balance may constitute grounds for dismissal: art. 33.2 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Council Directive 92/85/EEC, of October 19, 1992, on the implementation of measures to promote the improvement of safety and health in the workplace of pregnant workers who have given birth or are breastfeeding (10th specific directive under Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC) and Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010, which applies the revised Framework Agreement on parental leave, concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC, and repeals Directive 96/34/EC. Articles 15 and 16 of Directive 2006/54/EC of 5 July, on the application of the principle of equal opportunities and equal treatment between men and women in matters of employment and occupation insist on the protection of work-life balance rights against dismissal.

Spanish law has organized the specific protection of work-life balance rights against dismissal by configuring a «guarantee of indemnity» in articles 53.4 and 55.5 of the Workers' Statute and their concordant articles 108.2 and 122.2 of the Law Regulating Social Jurisdiction. Law 39/1999, of November 5 on work-life balance, legally categorized

what until then were isolated and disconnected rules in our legal system. Subsequently, Organic Law 3/2007, of March 22 on effective equality between women and men would insist on the achievement of this objective.

All these regulations are analysed in this paper and are structured as follows. First, we deal with reasons for the specific protection against the dismissal of workers who reconcile their family and work life, fundamentally the rule of allegedly null dismissal introduced by the work-life balance Law. Next, the content of the protection is reviewed: the objective and automatic nullity of dismissals that are not appropriate, as it has been established by the jurisprudence of the Constitutional Court and the Supreme Court.

A fundamental part of this article is the study of the scope of application of the objective and automatic nullity of dismissals. To this end, attention has been given to the protected situations included (pregnancy of female workers, termination of the employment contract for family reasons, interruptions of work benefits and reductions in working hours, extended leave of absence for family reasons, enjoyment of labour rights for the victims of gender violence) and excluded, as to the extinctive decisions of employers to which guarantees might apply. Special attention has been paid to dismissals for economic, technical, organizational or productive reasons in which the business faculty to select dismissed workers could pose special difficulties for the effectiveness of the guarantee, questioning the compatibility of the Spanish law with the regulations of the European Union and the possible existence of a priority of permanence of pregnant workers and of workers who exercise the right to balance work and family life. Attention has also been paid to the possible inclusion of corporate withdrawal and the termination of fixed-term contracts.

Keywords: Dismissal, family, pregnancy, work-life balance, discrimination.

Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social

Work-life balance rights within the scope of Social Security

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO*

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo siempre «ha dedicado alguna atención a la conciliación de la vida laboral y las responsabilidades familiares, pero inicialmente desde la perspectiva de la protección de la mujer embarazada, e indirectamente del gestante y del lactante»¹. Así, por ejemplo, la tutela de los intereses familiares de trabajadores y trabajadoras ha estado en todo momento presente en distintos textos internacionales y puede citarse en este sentido el art. 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según el cual «la maternidad y la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales», o el art. 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que reconoce el deber de «conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después

del parto», o la Recomendación núm. 123, de 1965, sobre el empleo de mujeres con responsabilidades familiares, que enumera las medidas que deberían adoptarse para permitir que las mujeres (no los hombres) cumplan armoniosamente sus varias responsabilidades familiares y profesionales sin verse expuestas a discriminación. Este enfoque ha tratado de ir corrigiéndose posteriormente con la finalidad de dar paso a un modelo más objetivo y preocupado por la protección familiar igual para hombres y mujeres; un modelo en el que tratan de adoptarse medidas dirigidas, por un lado, a la consecución de una distribución más justa entre mujeres y hombres de sus responsabilidades familiares y, por otro, a hacer compatible el trabajo con el cuidado de la familia.

En nuestro país la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVFL), vino a configurar un nuevo marco de apoyo a las familias y por primera vez ofreció un enfoque global e integrado de la conciliación de la vida familiar y laboral. La LCVFL trató de configurar «un nuevo modelo de cooperación y compromiso entre mujeres y

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

¹ M. RODRÍGUEZ PINERO: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)», Relaciones Laborales, 1999-II, pág. 26.

hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada» (Exposición de Motivos).

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), constituyó un nuevo hito en esta materia y aglutinó las distintas medidas o figuras jurídicas que permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares en el término «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral». En efecto, tal y como establece el art. 44 LOI, «los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio». Sin embargo, la LOI no enumera cuáles son dichos derechos, y no existe ninguna norma que contenga un enumeración de los que se consideran «derechos de conciliación», de manera que habrá que entender que dichos derechos están integrados por todas aquellas figuras jurídicas que, desperdigadas a lo largo de una pluralidad de disposiciones, permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares. Estos derechos incluyen, a nuestro juicio, no sólo los relacionados estrictamente con el cuidado de los hijos, menores u otros familiares, sino también aquellos directamente vinculados con las situaciones de embarazo y parto, pues todos ellos tienen como finalidad la protección de la familia y de la mujer, tanto desde el punto de vista de la consecución de su igualdad real y efectiva con el hombre como desde el punto de vista de la necesidad de proteger su condición biológica.

Desde el punto de vista de la Seguridad Social, se ha tratado de fomentar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral mediante la concesión de determinadas prestaciones económicas de la Seguridad Social y mediante la previsión de diferentes medidas que tratan de evitar que el disfrute de dichos derechos cause el menor perjuicio posible a sus beneficiarios de cara al reconocimiento de futuras prestaciones de la Seguridad Social,

así como también, a través de medidas que indirectamente tratan de fomentar la natalidad. Como ha señalado la doctrina, en el Sistema de Seguridad Social «se ha venido articulando un haz de medidas de protección de la maternidad que, en cierto sentido, constituye todo un complejo normativo que sirve de cierre al conjunto protector establecido por el Derecho Social (Ordenamiento Laboral y Derecho de la Seguridad Social) respecto al proceso de maternidad (o vinculada a ella)»².

Así, las distintas medidas previstas en el ámbito de la Seguridad Social directamente relacionadas con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se pueden clasificar en los siguientes grupos:

a) *Medidas dirigidas al mantenimiento de la capacidad económica de los trabajadores*

El ordenamiento jurídico laboral prevé la suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, todo con ello con la finalidad de proteger a la mujer y al menor y conciliar la vida personal, familiar y laboral. Como durante dichos períodos de suspensión los trabajadores dejan de percibir su salario, los poderes públicos han tratado de mantener la capacidad económica de los trabajadores mediante el reconocimiento de un sistema de prestaciones otorgadas por la Seguridad Social. Se ha optado, así, en nuestro ordenamiento jurídico por un sistema prestacional público a través de la concesión de las correspondientes prestaciones o subsidios de:

- maternidad (arts. 177-182 TRLGSS);
- paternidad (arts. 183-185 TRLGSS);
- riesgo durante el embarazo (arts. 186 y 187 TRLGSS); y,

² J.L.MONEREO PÉREZ y B. LÓPEZ INSUA: «La renovada tutela social de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación», Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 43, 2016, pág. 11.

- riesgo durante la lactancia natural (arts. 188 y 189 TRLGSS).

Dentro de este grupo de medidas relacionadas con los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, previstas en materia de Seguridad Social con la finalidad de mantener la capacidad económica de los trabajadores, debemos incluir también la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (arts. 190 a 192 TRLGSS). La finalidad de esta prestación es también compensar la disminución de ingresos que sufren los trabajadores que reducen su jornada de trabajo para el cuidado directo, continuo y permanente de menor a su cargo afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave que requiera ingreso hospitalario de larga duración.

b) *Medidas dirigidas a facilitar al sujeto protegido el ejercicio de sus responsabilidades familiares y a fomentar la natalidad*

Se incluyen aquí las prestaciones familiares en su modalidad no contributiva (Capítulo I del Título VI del TRLGSS) que inciden en el cuidado de los hijos, especialmente a través de:

- la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo (reguladas en los arts. 351. a), 352 a 356 TRLGSS);
- la prestación no contributiva de pago único por parto o adopción múltiples [regulada en los arts. 352.c), 359 y 360 TRLGSS]; y,
- la prestación de pago único por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos [regulada en los arts. 352.b), 357 y 358 TRLGSS].

Estas prestaciones, a pesar de tener naturaleza económica, no tienen carácter de rentas de sustitución de la retribución dejada de percibir –por ello no se incluyen en el otro apartado–, sino de prestaciones complementarias encaminadas a afrontar las mayores dificultades económicas que supone para la familia el nacimiento de un hijo.

Junto a esta finalidad, las citadas prestaciones tienen como fin el fomento de la natalidad a través de la concesión de ayudas económicas por el nacimiento de hijos.

Esta finalidad de fomento de la natalidad puede apreciarse también en el reconocimiento de un período de cotización por parto (art. 235 LGSS) y en el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social regulado en el art. 60 TRLGSS, que reconoce un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados.

c) *Medidas dirigidas a evitar que el disfrute de los derechos de conciliación cause un perjuicio respecto de otras prestaciones de la Seguridad Social*

Se incluyen aquí las siguientes medidas:

- cómputo de períodos de cotización por cuidado de hijos o menores (art. 236 TRLGSS);
- la consideración del período de excedencia como situación asimilada al alta y como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social (arts. 166 y 237 TRLGSS);
- el incremento hasta el 100 por 100 de las cotizaciones ingresadas durante el período de reducción de jornada por cuidado de menores o familiares (art. 237.4 TRLGSS);
- la obligación de continuar con la cotización durante los períodos de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (art. 144.4 TRLGSS);
- la coordinación de la prestación por maternidad con la extinción de la relación laboral y la prestación por desempleo (arts. 165.6 y 284.2 TRLGSS); y,

- la posibilidad que tienen los trabajadores con reducción de jornada por cuidado de menores o familiares de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social a efectos del cobro de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia (Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre, art. 21).

2. MEDIDAS DIRIGIDAS AL MANTENIMIENTO DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DE LOS TRABAJADORES

2.1. La prestación por maternidad

2.1.1. Breve evolución histórica

La Ley de 13 de marzo de 1900 por la que se fijan las condiciones del trabajo de las mujeres y de los niños y el Reglamento de 13 de noviembre de 1900 para la aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900 ya reconocían a las mujeres el derecho al descanso durante un período de cuatro a seis semanas posteriores al alumbramiento. Así, el art. 9 reconocía expresamente que «en ningún caso será dicho plazo inferior a cuatro semanas; será de cinco o de seis si de una certificación facultativa resultase que la mujer no puede, sin perjuicio de su salud, reanudar el trabajo. El patrono reservará a la obrera durante ese tiempo su puesto en el mismo».

Ahora bien, durante ese período las mujeres se veían privadas de su salario pero no contaban con ningún tipo de ayuda económica para poder sobrevivir. Hubo que esperar a la aprobación del Decreto de 22 de marzo de 1929, por el que se establece el Seguro Obligatorio de Maternidad, que entró en vigor el 1 de octubre de 1931³, para que las trabaja-

doras contaran con una protección económica durante el período de descanso por maternidad. Las trabajadoras tendrían derecho a esta prestación siempre que estuvieran inscritas en el seguro dieciocho meses antes del parto, hubieran pagado las cuotas durante el período de trabajo, hubieran sido visitadas por el médico por lo menos dos meses antes del parto y justificaran el descanso durante el período de reposo legal.

Con la aprobación ya de la Ley General de Seguridad Social de 1966 la maternidad pasó a considerarse como una situación determinante de incapacidad laboral transitoria, distinguiéndose entre un período de descanso voluntario y otro obligatorio en caso de maternidad (art. 126). Por su parte, el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, reguló, por un lado, el período de descanso obligatorio por maternidad y, por otro, el período de descanso voluntario. Por lo que se refiere, en primer lugar, al período de descanso obligatorio por maternidad, señalaba en su art. 6.1 que, «en caso de maternidad, se entenderá por descanso obligatorio la cesación absoluta por parte de la beneficiaria de todo trabajo lucrativo, por cuenta propia o ajena, durante las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto, así como el que, en su caso, prescriba el médico que la preste la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y que podrá alcanzar, como máximo, hasta 6 semanas anteriores a la fecha prevista para el parto». El período de descanso obligatorio por maternidad podía tener, por tanto, como máximo 12 semanas (6 obligatoriamente después del parto y otras 6 que podía prescribir el médico si lo consideraba necesario antes del parto). La muerte del hijo no relevaba a la madre de la obligación de descansar los

³ Por Real Decreto de 21 de agosto de 1923 se estableció un subsidio provisional de maternidad mientras se fijaban por el Ministerio de Trabajo, las normas para la creación de un Seguro Obligatorio de Maternidad. Este subsidio consistía en 50 pesetas abonadas por el Estado.

Sobre este tema, ver, S. CABEZA SÁNCHEZ-ALBORNOZ: «Legislación protectora de la maternidad en la época de la Restauración española», Revista de la Facultad de Derecho, UCM.

días que faltaren para completar el período obligatorio (art. 6.2). Agotado el período de descanso obligatorio posterior al parto, «si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria y se encontrase incapacitada para el trabajo, se la considerará en situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad común, iniciándose a partir de ese momento, sin solución de continuidad, el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación, con absoluta independencia de los períodos de descanso disfrutados por maternidad».

Por su parte, el período de descanso voluntario por maternidad comprendía «aquel que, no prescrito como obligatorio por el médico que preste a la beneficiaria asistencia sanitaria de la Seguridad Social, disfrute la trabajadora por propia decisión, durante un período de tiempo inmediatamente anterior a la fecha prevista por el médico para el parto y con un límite de 6 semanas» (art. 7).

Una vez comenzado el descanso anterior al parto, tanto si tenía carácter voluntario como obligatorio, la beneficiaria no podía volver al trabajo hasta que hubieran transcurrido las 6 semanas de descanso obligatorio posterior al parto, independientemente de que el parto sobreviniera después de la fecha prevista por el médico (art. 8).

La prestación económica que recibían las trabajadoras en situación de maternidad era la correspondiente a la incapacidad laboral transitoria: un subsidio equivalente al 75% de la base de cotización en la fecha en que declare iniciada la incapacidad.

Para ser beneficiaria de este subsidio en los casos de maternidad, la LGSS de 1966 (art. 128) exigía que la trabajadora hubiera estado afiliada a la Seguridad Social al menos 9 meses antes de dar a luz y que hubiera cumplido durante el año inmediatamente anterior un período mínimo de cotización de 180 días.

La norma especificaba que, en caso de maternidad, las beneficiarias deberán abstenerse de todo trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia durante los períodos de descanso obligatorio y voluntario.

Por su parte, la Ley General de Seguridad Social de 1974 no introdujo modificaciones en esta materia y siguió considerando a los períodos de descanso, voluntario y obligatorio que procedan en caso de maternidad, como situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria.

La Ley de Relaciones Trabajo de 1976, Ley 16/1976, de 8 de abril, amplió el período de descanso por maternidad a 6 semanas antes del parto y 8 semanas después del parto (art. 25.4). El período posnatal se consideraba en todo caso obligatorio, y a él podía sumarse, a petición de la interesada, el tiempo no disfrutado antes del parto. De esta manera, el período de descanso por maternidad pasó a ser de 14 semanas. Durante este período la trabajadora podría cobrar el subsidio de incapacidad laboral transitoria, en los términos anteriormente señalados.

El Estatuto de los Trabajadores de 1980 estableció el mismo período de suspensión del contrato de trabajo en caso de parto: 14 semanas distribuidas a opción de la interesada (art. 48.4 ET). De este modo, ya no era necesaria que hubiera un descanso obligatorio después del parto, sino que la madre podía distribuir las 14 semanas como considerara oportuno. Este período de descanso por maternidad siguió considerándose incluido en la protección de la incapacidad laboral transitoria.

La Ley 3/1989, de 3 de marzo, amplió el permiso por maternidad a dieciséis semanas y estableció medidas para favorecer la igualdad de la mujer en el trabajo. Asimismo, se asimiló al supuesto de maternidad la adopción de menores de cinco años.

En efecto, entre las modificaciones que la Ley 3/1989 introdujo en materia de suspensión del contrato por maternidad destacan las siguientes:

- la duración pasa a ser de 16 semanas, de las cuales 6 son posteriores al parto y el resto se podrá distribuir a opción de la interesada;
- la duración se amplía a 18 semanas en los casos de parto múltiple;
- en caso de fallecimiento de la madre el padre podrá usar de las 16 semanas de suspensión;
- si el padre y la madre trabajan, la madre, al iniciarse el período de suspensión, podrá optar por ceder al padre cuatro semanas de suspensión;
- se prevé también el derecho a la suspensión del contrato en los supuestos de adopción de menores de cinco años; en estos casos la duración será de 8 semanas si el adoptado es menor de nueve meses, y de seis semanas en los demás casos.

La Ley 8/1992, de 30 de abril, modificó, por su parte, el régimen de permisos a los adoptantes de un menor de cinco años, para dar cabida a la figura del acogimiento, como forma de convivencia del menor con una nueva familia. De este modo, la citada Ley modifica nuevamente el contenido del art. 48.4 ET para dar a los interesados la posibilidad de optar entre disfrutar del permiso a partir del inicio del acogimiento o de la adopción. Así, en el supuesto de adopción, si el hijo adoptado es menor de nueve meses, la suspensión tendrá una duración máxima de ocho semanas contadas, a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Si el hijo adoptado es mayor de nueve meses y menor de cinco años, la suspensión tendrá una duración máxima de seis semanas.

Por lo que se refiere al tratamiento de la maternidad desde el punto de vista de la Seguridad Social, no hubo ninguna modificación hasta el año 1994. En efecto, hasta la reforma introducida por la Ley 42/1994, de 30 de di-

ciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, la maternidad en el ámbito de la protección dispensada por la Seguridad Social, se incardinaba, como hemos señalado, dentro de la incapacidad laboral transitoria. Tras dicha Ley, que incluye en la Ley General de la Seguridad Social de 1994 un nuevo Capítulo –el IV bis del Título II– se establece una nueva contingencia de la Seguridad Social, la de maternidad.

Para ser beneficiario del subsidio por maternidad la norma exigía un período de cotización de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

Así, frente a la prestación de incapacidad laboral transitoria a la que se tenía derecho en los supuestos de suspensión del contrato por maternidad, la prestación de maternidad supone una flexibilización de los requisitos de acceso a la misma –pues ya no se exige que la trabajadora hubiera estado afiliada a la Seguridad Social al menos 9 meses antes de dar a luz– y un incremento de la prestación económica que se va a percibir –que pasa del 75% de la base reguladora al 100%–.

El siguiente hito importante en esta materia lo constituye la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Como novedad importante, cabe destacar que la Ley facilita a los hombres el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia, al conceder a la mujer la opción de que sea el padre el que disfrute hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondien-

tes al permiso por maternidad, permitiendo además que lo disfrute simultáneamente con la madre.

Asimismo, se introducen importantes modificaciones en la regulación de los permisos por adopción y acogimiento permanente y pre-adoptivo. Frente a la legislación hasta entonces vigente en la que la duración del permiso dependía de la edad del menor, concediéndose distintos períodos de tiempo, según el niño o niña fuera menor de nueve meses o de cinco años, la Ley no hace distinción en la edad de los menores que generan este derecho, siempre que se trate de menores de seis años.

Tras la Ley de Conciliación de la vida familiar y laboral, ha sido la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la que ha introducido las modificaciones más significativas en relación con la prestación por maternidad.

Entre ellas podemos destacar las siguientes:

- La LOI con el fin de flexibilizar los requisitos de acceso a la prestación por maternidad y propiciar una mayor extensión subjetiva de la protección introdujo varias modificaciones en relación con el período mínimo de cotización exigido. Así, mantiene, como regla general, el número de días de cotización previa exigidos, 180 días, pero se amplía el tiempo de referencia para su cómputo. De este modo, a opción del trabajador, deberán acreditarse 180 días de cotización dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso (frente a los 5 años anteriores). Se considerará cumplido este requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días a lo largo de su vida laboral, con anterioridad al momento de inicio del descanso.

No se introduce, por tanto, la teoría del paréntesis en el tiempo de referencia, y se opta por compensar esta teoría con este período de cotización alternativo de 365 días a lo largo de la vida laboral. La extensión del período de referencia constituye, sin duda, un elemento de

flexibilización importante, en aras a propiciar una mayor extensión subjetiva de la protección.

- Con buen criterio, se prevé que los requisitos exigidos a los beneficiarios deberán acreditarse en el momento de inicio de la protección, y no como señalaba anteriormente el art. 133 ter LGSS, en el momento del parto, o de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Se trataba de una previsión reclamada por la doctrina, y que sólo se había admitido en los supuestos de adopción internacional con desplazamiento previo de los padres (art. 14 RD 1251/2001).

- Además de ampliar el período de referencia para el cómputo del período previo de cotización exigido, se establece una carencia reducida, como en los supuestos de incapacidad permanente, para los trabajadores menores de 26 años (art. 133 ter 2 LGSS). El establecimiento de un período previo de cotización reducido que facilita a los jóvenes el acceso a la protección es una medida positiva que tiene en cuenta que, en la actualidad, la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo se ha retrasado notablemente tanto por el mayor tiempo dedicado a la formación como por la precariedad en los contratos.

Junto a las modificaciones señaladas la LOI introdujo un nuevo supuesto especial en la prestación por maternidad. Se trata del subsidio por maternidad, que percibirán todas las trabajadoras incluidas en el Régimen General de la Seguridad o en cualquiera de los Regímenes especiales, o por cuenta propia, que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad salvo el período mínimo de cotización (arts. 181 y 182 TRLGSS). De este modo se garantiza que todas las trabajadoras tras el parto van a recibir una cobertura económica, de mayor o menor duración y cuantía, dependiendo de si reúnen o no los requisitos para acceder al subsidio por maternidad. El

único requisito que se exige para acceder a esta prestación es no tener cubierto el período mínimo de cotización legalmente exigido, independientemente de la situación económica del beneficiario.

La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto, el equivalente, por tanto, a las seis semanas de descanso obligatorio. Así, todas las trabajadoras tras el parto tendrán derecho a dieciséis semanas de suspensión del contrato de trabajo y aquéllas que no acrediten el período mínimo de cotización exigido por la TRLGSS para acceder al cobro del subsidio por maternidad, percibirán un subsidio no contributivo por maternidad durante las seis primeras semanas. La duración del subsidio se incrementará en 14 días naturales en los supuestos de nacimiento de hijo en una familia numerosa, nacimiento de hijo en una familia monoparental, parto múltiple o discapacidad de la madre o del hijo en un grado igual o superior al 65 %.

Con posterioridad a la LOI no se han introducido modificaciones legales en relación con la prestación por maternidad, si bien hay que tener en cuenta que es el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, el que regula la prestación económica del sistema de la Seguridad Social por maternidad.

2.1.2. *Nuevas realidades familiares y prestación por maternidad*

Como ha señalado la doctrina, diferentes fenómenos sociales vienen incidiendo desde hace años en el concepto de familia, «impulsando así una transformación bastante profunda de la familia tradicional, lo cual ha de afectar, necesariamente, a la configuración de la protección de Seguridad Social»⁴. La respuesta del ordenamiento jurídico a esos cambios frecuentemente ha sido tardía, «y por

ello se ha creado una imagen artificial de una supuesta estabilidad del modelo de regulación cuando lo cierto es que los cambios se han venido produciendo –por exigencias de adaptación y de política del Derecho– sea por vía normativa o por vía de doctrina judicial (a impulso también de la doctrina científica)»⁵. En este sentido, el derecho de la Seguridad Social se ha ido adaptando a los nuevos modelos de familia tratando de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Por lo que se refiere a la prestación por maternidad dos supuestos han dedicado la atención de la jurisprudencia en los últimos años: la maternidad subrogada y la adopción del hijo o hijos del otro miembro de la pareja o cónyuge.

A. *La maternidad subrogada*

Uno de los problemas que se vienen planteando en los últimos años en relación con la prestación por maternidad es el relativo a si la denominada «maternidad subrogada» es una situación protegida por nuestro sistema de Seguridad Social, en particular respecto de quien ha instado ese método de reproducción asistida y aparece como padre tanto biológico cuanto registral.

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley 14/2006, considera «nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero» (art. 10). Sin embargo, esta prohibición no ha impedido que se hayan inscrito en el Registro Civil español los menores nacidos en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución. Así, según la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 7 de octubre de 2010, podrán inscribirse los nacidos mediante mater-

⁴ J. GORELLI HERNÁNDEZ: «Seguridad Social y protección familiar», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 59, pág. 37.

⁵ J.L. MONEREO PÉREZ y B. LÓPEZ INSUA: «La renovada tutela social de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación», *op. cit.*, pág. 11.

nidad subrogada si existe resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

El acceso a las prestaciones por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada venía siendo objeto de diferentes interpretaciones por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, que en unas ocasiones las reconocían con el fin de potenciar las relaciones paterno-filiales en el marco de la conciliación de las responsabilidades laborales y familiares, mientras que en otras las denegaban al ser nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento el contrato de «gestación por sustitución».

Las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016 han puesto fin a esta disparidad de criterios al reconocer que la «maternidad subrogada» es una situación protegida por nuestro sistema de Seguridad Social respecto de quien ha instado ese método de reproducción asistida y aparece como madre o padre en el Registro Civil.

En efecto, la Sentencia de 25 de octubre reconoce el derecho del padre biológico de dos niñas, gestadas mediante subrogación en Nueva Delhi e inscritas en el Registro Civil del Consulado de España, al disfrute de las prestaciones asociadas a la maternidad. Para el Tribunal Supremo «pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre». Prevalece para el Tribunal Supremo el interés del menor, de manera que el hecho de que una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar. «Las menores nacidas por gestación con sustitución forman un núcleo familiar con su padre, que desea prestar los cuidados parentales apropiados, como cualquier otro progenitor». Por ello, existiendo una verdadera integración del menor

en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas.

Y, en el mismo sentido se pronuncia la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de noviembre, que reconoce la prestación por maternidad a favor de una trabajadora que, en virtud de un contrato de gestación por sustitución realizado en San Diego (California), aparece como madre en el Registro Civil Consular de Estados Unidos, del niño nacido de la madre biológica que ha renunciado a la filiación materna. Afirma la Sala que, «la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos». Hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato. El menor, nacido tras la gestación por sustitución, «forma un núcleo familiar con los padres comitentes, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares de facto, por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad».

Frente a estas sentencias se han formulado varios votos particulares. En síntesis, la discrepancia surge por entender que la prestación de maternidad no se puede reconocer a quien no ha sido padre con arreglo a la ley española, so pretexto de proteger al menor, «argumento recurrente que serviría para reconocer todo tipo de prestaciones que responden a la necesidad de proteger diferentes situaciones de necesidad: como la orfandad, la viudedad, la incapacidad, la jubilación etc. Con ello se quiere decir que proteger una situación de necesidad no justifica, sin más, el reconocimiento de una prestación».

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo ha sido asumida por la Seguridad Social y para ello ha sido necesario dictar los criterios que permiten adaptar las vigentes previsiones normativas a las particularidades de los hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero, al tratarse de una situación que no está recogida entre las situaciones protegidas por la prestación por maternidad⁶.

Para concluir, sólo apuntar que en el mes de junio de 2017 el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley para la regulación de la gestación subrogada en España. El debate está vivo y la jurisprudencia se ha adelantado al legislador al regular los efectos que desde el punto de vista de la Seguridad Social se producen en estos supuestos. Para el Tribunal Supremo, como acabamos de señalar, ante el vacío normativo existente ha de prevalecer el interés del menor, y este interés justifica el reconocimiento del derecho a acceder al cobro de la prestación por maternidad.

B. Adopción de los hijos biológicos del cónyuge

Otro problema que las nuevas realidades familiares han planteado en relación con la prestación por maternidad es el relativo a si procede el reconocimiento de la prestación en los supuestos de adopción de los hijos biológicos del otro miembro de la pareja.

En los supuestos de hijo biológico anterior de uno de los miembros de la pareja que es adoptado posteriormente por el otro cónyuge o pareja, nos encontrábamos en la doctrina judicial con sentencias contradictorias pues mientras en unos casos se concedía el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y la correspondiente prestación en otros se denegaba. Así, se ha afirmado que «el permiso de adopción solicitado por la actora tiene

como razón de ser, tal como interpreta toda la doctrina científica, en el hecho de que la persona adoptante y el niño/a adoptado tengan un contacto humano en los primeros momentos de la adopción que facilite su integración en la nueva familia y en su nueva situación» y en el presente caso queda probado una convivencia de 7 años con el menor, «pues el recurrente es el marido de la madre del menor y convivían todos en el mismo domicilio», lo que hace que la concesión del permiso por adopción no tenga sentido en este supuesto⁷.

El Tribunal Supremo⁸ ha puesto fin a estas diferencias y ha entendido que no impide el reconocimiento del derecho la circunstancia de que hubiera existido convivencia previa entre la adoptante y el adoptado y que la madre biológica hubiera disfrutado del permiso de maternidad. Así, afirma que «en la normativa reguladora de la prestación de maternidad no aparece como requisito que la menor adoptada no se encuentre incorporada e integrada a la unidad familiar con anterioridad al inicio del periodo de descanso por maternidad» y que, «entre los supuestos de denegación, anulación y suspensión del derecho no figura la circunstancia de que la menor hubiera convivido con la adoptante con anterioridad al inicio del descanso por maternidad y solicitud de la correspondiente prestación». Para el Tribunal Supremo de seguirse la tesis mantenida por el INSS, «en numerosos supuestos de adopción legalmente previstos, no habría derecho al descanso por maternidad ni a la prestación correspondiente, como pueden ser los regulados en el artículo 176, apartados 1, 2 y 3 del Código Civil –ser pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, ser hijo del consorte del adoptante, llevar más de un año acogido legalmente por el adoptan-

⁷ STSJ Cataluña, Sala de lo Social, 20 de septiembre de 2010 (AS 2010, 1930).

⁸ STS, Sala de lo Social, 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428). En el mismo sentido, ver, STSJ Madrid Sala de lo Social, 3 de octubre de 2014 (AS 2014, 2822); STSJ Canarias, Sala de lo Social, 27 de abril de 2015 (AS 2015, 1758); STSJ País Vasco, Sala de lo Social, 16 de junio de 2015 (JUR 2015/210299).

⁶ Consulta de la Subdirección General de Ordenación y asistencia jurídica 29/2016, de 29 de diciembre, y 4/2017, de 20 de febrero.

te o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo— en los que habitualmente ha habido convivencia previa de adoptante y adoptado». Asimismo, señala que «la finalidad de la integración del adoptado en su nueva familia y en su nueva situación no se produce por el mero hecho de la convivencia con el adoptante con anterioridad a la adopción, sino que es a partir del momento de la adopción cuando surge la nueva situación del adoptado, pues es a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo del adoptante, cuando pasa a integrarse en la nueva familia. No empece tal conclusión el hecho de que la madre biológica de la adoptante hubiera disfrutado del permiso de maternidad pues se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente, a saber, el parto —que generó el derecho en la madre biológica— y la adopción como madre de la hoy recurrente— que acarreo su derecho a descanso y prestación por maternidad— situaciones ambas previstas y reguladas en el artículo 48.4 ET, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción. Aunque el sujeto causante sea el mismo se han producido sucesivamente las dos situaciones protegidas legalmente establecidas, la maternidad y la adopción, y, en consecuencia, procede reconocer el derecho a la prestación a la adoptante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, 133 bis y ter de la LGSS».

2.2. La prestación por paternidad

Durante muchos años se vino planteando por la doctrina⁹, la jurisprudencia¹⁰ y distintos órganos comunitarios y nacionales la necesidad de crear un permiso de paternidad diferenciado del permiso de maternidad con la fi-

nalidad de lograr una mayor igualdad de trato entre madres y padres trabajadores, asumiendo éstos últimos un mayor grado de compromiso en las tareas del cuidado de los hijos.

En este sentido, la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar¹¹, alentaba a los Estados miembros a «evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad con motivo del nacimiento o adopción de un hijo, manteniendo sus derechos en materia laboral, permiso del que deberá disfrutarse simultáneamente al permiso de maternidad de la madre, independientemente de la duración respectiva de los permisos de maternidad y paternidad».

En la misma línea el Instituto de la Mujer elaboró en el año 2001 una «Guía de Buenas Prácticas para la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral», en la que se consideraba conveniente «el establecimiento de un permiso de paternidad exclusivo, diferenciado, no transferible, ligado al nacimiento del hijo/a, remunerado, aunque no a cargo del empresario, simultáneo al de la madre».

Se trataba, por tanto, de simples propuestas o sugerencias, sin que existiera ninguna norma comunitaria que exigiera la creación de un permiso de paternidad. En este sentido, hay que tener en cuenta que la propuesta de creación de un permiso de paternidad separado e individualizado del permiso de maternidad no está recogida como tal en la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, pues tal Directiva excluye de su contenido de manera expresa, en el apartado 9 de las Consideraciones Generales, al permiso de maternidad, y en ninguna ocasión se refiere al

⁹ Ver, J.L. TORTUERO PLAZA: 50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral, *op. cit.*, págs. 101-116.

¹⁰ Ver, STSJ Madrid 26 de febrero de 2003 (AS 2003/3015).

¹¹ DOCE Serie C, nº 218, de 31 de julio de 2000.

permiso de paternidad. Cosa distinta es que el Consejo de la Unión Europea considerase una buena práctica a seguir por los Estados, para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, la creación de un permiso de paternidad.

Con esa finalidad, y teniendo en cuenta las citadas propuestas, el art. 44.1 LOI reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social. Así, la LOI introduce en el ET una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, la paternidad, durante la cual se tendrá derecho al cobro de una prestación económica de la Seguridad Social si se reúnen los requisitos legalmente exigidos. Se trata, como señala la Exposición de Motivos de la Ley, de «la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral» que se introduce por esta norma.

La LOI introdujo las modificaciones oportunas en el ET y en la LGSS para regular esta nueva causa de suspensión del contrato de trabajo y esta nueva prestación de la Seguridad Social.

Así, la duración del período de suspensión del contrato por paternidad se fijó en 13 días con carácter general, que la Ley de Presupuestos del Estado para el año 2009, Ley 2/2008, de 23 de diciembre, amplió a 20 días cuando se trataba de una familia numerosa, cuando en la familia existía una persona con una discapacidad igual o superior al 33 por 100 o cuando el hijo nacido, adoptado o acogido tenía una discapacidad igual o superior al 33 por 100.

La Ley 9/2009, de 6 de octubre, sobre ampliación de la duración del permiso por paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, amplió la duración del período de suspensión a cuatro semanas, sin embargo, por razones económicas, se demoró su entrada en vigor¹². De este modo, no ha sido hasta el 1 de

enero de 2017 cuando la duración del permiso por paternidad ha pasado a ser de cuatro semanas en todos los casos.

La suspensión del contrato de trabajo por paternidad se configura como un derecho individual del padre o de uno de los progenitores y de carácter intransferible. En efecto, en los supuestos de parto el derecho de suspensión del contrato de trabajo por paternidad corresponde en exclusiva al padre o al otro progenitor cuando se trata de parejas del mismo sexo, mientras que en los supuestos de adopción o acogimiento este derecho corresponderá a uno de los progenitores, a elección de los interesados. El permiso por paternidad no es, por tanto, un permiso exclusivo del hombre trabajador.

Tanto en los supuestos de nacimiento de hijo, como de adopción o acogimiento, el período de suspensión no se puede transferir al otro progenitor, ni se puede optar porque una parte del mismo sea disfrutado por el otro. El titular del derecho a la suspensión del contrato por paternidad es el padre o el otro progenitor en el supuesto de nacimiento del hijo, y cualquiera de los progenitores, a elección suya, en los supuestos de adopción o acogimiento.

Por lo que se refiere a la prestación por paternidad, hay que tener en cuenta que el legislador ha pretendido otorgar a esta prestación el mismo régimen jurídico que a la prestación por maternidad, si bien existen algunas diferencias en relación con los requisitos exigidos para ser beneficiario de una u otra. Así, por ejemplo, en la prestación por paternidad no se establece un período de cotización reducido para los menores de 26 años, aunque dicho período reducido sí existe en los supuestos de maternidad. Asimismo, reglamentariamente se podrán establecer otras condiciones para tener derecho al cobro de la prestación por paternidad, al margen del período mínimo de cotización (art. 184 TRLGSS), lo que no sucede

¹² La entrada en vigor se fue aplazando sucesivamente, cada año, mediante la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Por su parte, la Ley 48/2015, de 29 de

octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016 modificó la disposición final 2ª de la Ley 9/2009, señalando que su entrada en vigor se produciría el día 1 de enero de 2017.

en los supuestos de maternidad donde basta con acreditar el período mínimo de cotización exigido. Y, por último, debemos destacar que la norma no crea un subsidio no contributivo por paternidad similar al subsidio no contributivo por maternidad. En consecuencia, los posibles beneficiarios de la prestación por paternidad se reducen frente a los beneficiarios de la prestación por maternidad.

En este sentido, resulta interesante poner de manifiesto que la Plataforma por los permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPINA) ha venido reclamando judicialmente el reconocimiento de la prestación por paternidad en términos equiparables a la maternidad, en particular en cuanto a su duración, alegando vulneración del principio de igualdad de trato¹³.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, «la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre» (STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 4). Y es que «la baja de maternidad está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora. Su principal fundamento no está en la protección a la familia, sino en la de las madres. Como dice el considerando decimocuarto de la Directiva 92/85/CEE, la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad» (STC 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 6). «No puede, pues, afirmarse genéricamente que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle participe de la misma (como podría al contrario serlo para la mujer la que le impusiera una privación solamente por razón del sexo). Y al contrario, la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compen-

sar; en este caso, porque ello tiene lugar frente a la relación de trabajo; y sin perjuicio de que el legislador pueda extender el beneficio al varón o incluso suprimirlo, sin que ello se oponga tampoco a los preceptos constitucionales invocados» (STC 109/1993, FJ 3).

La fijación de una distinta duración del período de maternidad y de paternidad no supone, a mi juicio, vulneración alguna del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), sin perjuicio de que el legislador, en el legítimo ejercicio de su amplia libertad de configuración del sistema de Seguridad Social, pueda incorporar al ordenamiento jurídico, si lo estima oportuno, una duración idéntica de ambos permisos.

2.3. La prestación por riesgo durante el embarazo

Una de las novedades más importantes que la LCVFL introdujo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) fue la creación, en su art. 26, de una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, el riesgo durante el embarazo, durante la cual la trabajadora va a recibir una prestación económica de la Seguridad Social de conformidad con lo previsto en los arts. 186 a 187 TRLGSS. El devengo prestacional de la situación protegida («Riesgo durante el embarazo») surge, cuando la trabajadora en estado de gravidez se halla incapacitada temporalmente y por razón del mismo para asumir las tareas propias de su categoría profesional, y ante la imposibilidad del traslado a puesto de trabajo compatible. Y es que aunque el hecho de trabajar durante el embarazo no suponga la asunción automática de un riesgo para la salud de la madre o del feto, y sin perjuicio de los predicables riesgos propios potenciales e intrínsecos, no es menos cierto que tal especial estado físico de embarazo permite hablar de cierta vulnerabilidad a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden ser ineludibles en el ámbito laboral.

En suma, el objetivo es que la mujer trabajadora embarazada no incremente su riesgo

¹³ Ver, STSJ Navarra 2 de febrero de 2017, JUR 2017/138829.

propio común o el del feto, por ocasión o consecuencia de la actividad laboral, donde no se requiere que se actualice un daño efectivo sino basta con que se objetive un riesgo específico relacionado con el embarazo.

También sobre esta prestación la LOI introdujo algunas modificaciones significativas. Así, tras dicha norma, la prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo pasa a tener la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales, y no de contingencias comunes como hasta esa fecha se había reconocido. Esta calificación tiene lógicamente importantes consecuencias en relación con los requisitos del hecho causante; en primer lugar, no se va a exigir a la trabajadora un período mínimo de carencia y, en segundo lugar, se le considerará en situación de alta de pleno derecho en aquellos supuestos en los que el empresario haya incumplido con sus obligaciones de afiliación y alta.

Además de vincular la contingencia de riesgo durante el embarazo con el riesgo de origen profesional que es el que verdaderamente desencadena dicha situación, la LOI trata también de acercar la prestación económica que se recibe en estos supuestos a la maternidad, como prueba de que el riesgo durante el embarazo es una especie de híbrido entre la incapacidad temporal y la maternidad. Así, de conformidad con el art. 187.3 TRLGSS, la prestación económica por riesgo durante el embarazo consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

2.4. La prestación por riesgo durante la lactancia natural

La creación de una nueva situación de necesidad por la LCVFL, el riesgo durante el embarazo, supuso la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en

período de lactancia¹⁴. Sin embargo, como reiteradamente puso de manifiesto la doctrina¹⁵, la LCVFL no supuso una trasposición total de la citada Directiva al orden laboral español, pues de conformidad con el art. 26 LPRL el período de lactancia no queda protegido por la suspensión del contrato de trabajo en contra de lo que exige la norma comunitaria.

La LOI puso fin a esta situación y traspuso plenamente la Directiva 92/85 a nuestro ordenamiento jurídico al introducir una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, el riesgo durante la lactancia natural.

Así, si las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo durante el período de lactancia natural y así lo certifican los Servicios Médicos del INSS o las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el Informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora o a su hijo, la trabajadora deberá ser trasladada a un puesto de trabajo o función diferente compatible con su estado.

Si el cambio no resulta técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de 9 meses (art. 26.4 LPRL). Durante este período de suspensión del contrato de trabajo la trabajadora recibirá una prestación económica de la Seguridad Social de conformidad con lo dispuesto en los arts. 188 y 189 TRLGSS.

¹⁴ DOCE Serie L núm. 348, de 28 de noviembre de 1992.

¹⁵ En este sentido, ver, C. MIÑAMBRES PUIG: «La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *op. cit.*, pág. 19; L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE: «La prestación de riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999», *op. cit.*, pág. 105; J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», RMTAS, número extraordinario, 1999, pág. 98; C. SÁNCHEZ TRIGUEROS: «Comentarios al Capítulo IV Ter LGSS. Riesgo durante el embarazo», *op. cit.*, pág. 695.

Durante el período de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora una prestación económica en los mismos términos previstos en el TRLGSS para la prestación económica por riesgo durante el embarazo (arts. 186 y 187 TRLGSS). La prestación correspondiente a esta situación tendrá, por tanto, la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales y consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

Como recuerda la STS de 22 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1467), «... para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en (...) la LGSS, han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados». La evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición. Es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento de la existencia del mismo (así lo ha señalado el TS en Sentencia de 21 de septiembre de 2011, RJ 2011/7060). En síntesis, no cabe el percibo de la prestación por riesgo durante la lactancia natural si no aparecen los riesgos debidamente descritos, valorados y acreditados, de manera específica en relación con la lactancia, en la forma que se desprende del artículo 26.1, en relación con el 16 LPRL¹⁶.

Por último, en relación con las prestaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural debe tenerse en cuenta que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, Ley 3/2017, de 27 de junio, prevé en su disposición adicional centésima octava, en los mismos términos previstos en ejercicios anteriores, una reducción en la cotización a la Seguridad Social en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural. Así, en los supuestos en que, por razón de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, la trabajadora, en virtud de lo previsto en el art. 26 LPRL, sea destinada a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, se aplicará, con respecto a las cuotas devengadas durante el período de permanencia en el nuevo puesto de trabajo o función, una reducción, soportada por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social, del 50 por ciento de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes.

Se trata, de este modo, de que estas medidas de conciliación causen el menor perjuicio económico al empresario.

2.5. La prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave

La disposición final vigésima primera de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, añadió un nuevo artículo a la LGSS, artículo 135 quáter (actual art. 190 TRLGSS), con la finalidad de ampliar la acción protectora de la Seguridad Social, incorporando una prestación económica destinada a los progenitores, adoptantes o acogedores que reducen su jornada de trabajo para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Dicha prestación, con naturaleza de subsidio, tiene por objeto compensar la pérdida de ingresos que sufren los trabajadores al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios,

¹⁶ STS 13 de mayo de 2015, RJ 2015/4275.

por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. El subsidio, por tanto, viene predeterminado por la reducción efectiva de la jornada laboral y por las circunstancias en que ésta se lleva a cabo por las personas trabajadoras, todo ello con el objetivo de conciliar la vida laboral y familiar.

Será requisito indispensable que el beneficiario reduzca su jornada de trabajo, al menos, en un 50 por 100 de su duración, a fin de que se dedique al cuidado directo, continuo y permanente, del menor.

Para el acceso al derecho a esta prestación se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad contributiva. La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

El Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, fija en anexo el listado de las enfermedades consideradas graves a efectos del reconocimiento de la prestación.

Se ha planteado en la jurisprudencia si se cumple el requisito de la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, afectado por enfermedad grave, cuando no se encuentra hospitalizado sino dado de alta y sometido a tratamiento continuado de la enfermedad. El Tribunal Supremo¹⁷ ha entendido que el hecho de que el menor esté escolarizado, recibiendo los correspondientes tratamientos, no impide que se aprecie que concurren las circunstancias exigidas para la concesión de la prestación solicitada. Para el Tribunal Supremo:

- el hecho de que la norma exija la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente al menor no supone la atención al mismo durante las 24 horas del día. Los preceptos requieren

que el cuidado sea directo, continuo y permanente pero, en modo alguno tal exigencia es equiparable a cuidado durante el día entero;

- el exigirse que la jornada se reduzca, al menos en un 50%, supone que el solicitante del subsidio no va a dedicar la totalidad de su tiempo al cuidado del menor, ya que una parte del mismo la dedica a la realización de su trabajo;
- el que el menor esté escolarizado no implica que durante el tiempo en el que permanece en su domicilio no tenga que ser objeto de intensos cuidados por parte de sus padres, de manera, directa, continua y permanente;
- no está prevista, como causa de extinción de la prestación, el que el menor esté escolarizado; y,
- resulta impensable, hoy en día, que ningún menor, por severas que sean las limitaciones que padece, no acuda a algún centro de escolarización, tratamiento, centro especial para, en la medida de lo posible, mejorar su situación e intentar que adquiera los conocimientos que su situación le permita.

De este modo, con esta interpretación flexible de la norma, y no apegada a su literalidad, el Tribunal Supremo favorece la conciliación de la vida familiar y laboral.

3. MEDIDAS DIRIGIDAS A FACILITAR AL SUJETO PROTEGIDO EL EJERCICIO DE SUS RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y A FOMENTAR LA NATALIDAD

3.1. Las prestaciones familiares en su modalidad no contributiva

La protección más directa a la familia se lleva a cabo a través de las «prestaciones familiares» reguladas actualmente en el Capítulo I del Título VI TRLGSS (arts. 351 a 362). En la LGSS de 1994 estaban reguladas

¹⁷ STS 28 de junio de 2016, RJ 2016/3599.

en el Capítulo IX (arts. 180 a 190), capítulo que fue reordenado por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, con un objetivo básico, según señalaba la Exposición de Motivos de dicha ley: clarificar la naturaleza de esta clase de prestaciones y, a su vez, sistematizar las normas legales aplicables incluyendo en un único cuerpo legal la regulación de todas las prestaciones familiares, evitando la dispersión existente hasta ese momento. En efecto, en la nueva ordenación se configuran como prestaciones de naturaleza no contributiva la totalidad de las prestaciones familiares de la Seguridad Social, excepto el periodo de cotización efectiva durante la excedencia por cuidado de hijos o familiares y durante el periodo de reducción de jornada por razones de guarda legal. Las prestaciones familiares, que antes de la reforma de 2003 se consideraban prestaciones contributivas, pasan a ser no contributivas a partir de esa fecha.

El desarrollo reglamentario de las prestaciones familiares de la Seguridad Social se llevó a cabo por el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social. Se recoge así en una sola norma el desarrollo reglamentario de las prestaciones familiares de la Seguridad Social que con anterioridad se regulaba en dos textos, el Real Decreto 356/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de prestaciones por hijo a cargo, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, y el Real Decreto 1368/2000, de 19 de julio, de Desarrollo de las Prestaciones Económicas de Pago Único por Nacimiento de Tercer o Sucesivos Hijos y por Parto Múltiple.

En las prestaciones familiares la carga familiar es el objeto central del aseguramiento. Tienen, por tanto, un claro carácter protector, pues, como señaló el RDL1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, que introdujo las dos prestaciones de pago único señaladas (por nacimiento de tercer o

posterior hijo y por parto múltiple), su finalidad es la de «compensar, en parte, los mayores gastos que se producen por nacimiento de hijos, en los casos de familias con menores recursos, o cuando, de forma simultánea, las familias han de cuidar de varios hijos por el hecho del parto múltiple».

Las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, actualmente existentes son:

- una asignación económica por cada hijo a cargo del beneficiario, menor de dieciocho años o mayor de dicha edad si está afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 65 por 100, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación de aquél, así como por los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo;
- una prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familia numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas; y,
- una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

Hasta el año 2011 también se reconocía una prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo (esta prestación fue introducida en el año 2007 por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social). Esta prestación fue suprimida, con efectos de 1 de enero de 2011, por el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

3.2. Periodos de cotización asimilados por parto

Con la finalidad de incentivar la natalidad y que la maternidad no suponga un perjuicio en la carrera de seguro de la madre, la LOI estableció una cotización adicional exclusi-

vamente para las mujeres en la disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS (actual art. 235 TRLGSS). De este modo, se computa como cotizados, a efectos de las prestaciones contributivas de jubilación e incapacidad permanente de cualquier Régimen de la Seguridad Social, un número determinado de días a favor de aquellas mujeres que en el momento del parto no fueran trabajadoras. En este supuesto sólo se protege la maternidad biológica y no la adopción, lo que es una prueba de que nos encontramos ante una medida que, indirectamente, tiene por objeto fomentar la natalidad. Es, por tanto, una medida compensatoria por el hecho físico de la maternidad, no por el cuidado de los hijos.

Se computan a favor de las trabajadoras solicitantes de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo (el equivalente a las dieciséis semanas de suspensión del contrato de trabajo) y 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadoras o funcionarias en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas, o si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda. El legislador, por tanto, para calcular el tiempo de cotización acreditado por las trabajadoras que soliciten el cobro de una pensión de jubilación o incapacidad permanente, va a computar a favor de aquellas que sean madres biológicas y que en el momento del parto no fueran trabajadoras, independientemente de cualquier otro dato, 112 días de cotización. Este abono de cotizaciones constituye un beneficio concedido a todos los efectos, de manera que servirá tanto para acreditar el período mínimo de cotización como para calcular el porcentaje de la pensión de jubilación.

La aplicación de este beneficio ha venido planteando desde su introducción por la LOI dos problemas básicamente. El primero, relativo al régimen de Seguridad Social de aplicación y, el segundo, relativo a si el beneficio es

de aplicación en los casos en que el parto se ha producido en el extranjero.

Respecto de la primera cuestión, ha surgido la duda de si el beneficio de cotización ficticia es de aplicación no solo a las pensiones del sistema de Seguridad Social, sino también en el caso de las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), teniendo en cuenta que la dicción literal de la citada disposición adicional 44ª LGSS (actual art. 235 TRLGSS) se refiere a la aplicación del beneficio a «cualquier régimen de Seguridad Social», lo que llevó a la Administración a considerar que del mismo quedaba excluido el SOVI. Sin embargo, para el Tribunal Supremo¹⁸ la expresión anterior no puede ser interpretada en una literalidad estricta y con el tecnicismo propio de la normativa de Seguridad Social (que preserva esta denominación para el sistema de protección nacido a partir de 1967), sino teniendo en cuenta la finalidad de la disposición, lo que lleva a declarar aplicable el beneficio a las pensiones SOVI, al no constar su exclusión expresa en la citada disposición adicional¹⁹.

Por lo que se refiere al segundo problema planteado respecto de los períodos de cotización asimilados por parto, también aquí el Tribunal Supremo ha mantenido una postura contraria a la Administración de la Seguridad Social y más favorable a la conciliación de la vida familiar y laboral. En efecto, mientras que la Administración venía entendiendo que sólo se tenían en cuenta para la aplicación de este beneficio los partos producidos en territorio español, el Tribunal Supremo²⁰ ha entendido que también se computan los partos que hayan tenido lugar fuera de España, siempre que en ese momento fuese residente habitual en España. Para el Tribunal Supremo la disposición adicional 44ª LGSS (actual art. 235

¹⁸ STS de 21 de diciembre de 2009, RJ 2010/447.

¹⁹ En el mismo sentido, SSTS de 7 de diciembre 2012 (RJ 2012/11332), 12 de diciembre de 2011 (RJ 2012/766), 14 de diciembre de 2011 (RJ 2012/767) o 18 de mayo de 2012 (RJ 2012/6681).

²⁰ STS de 14 de junio de 2016, RJ 2016/4722.

TRLGSS) «no condiciona el nacimiento del derecho al lugar en que se produzca el parto», de modo que el reconocimiento de los días asimilados a cotizados trae su origen en un hecho cierto –el parto–, sin que la ley delimite la clase de parto o el lugar en que se produce, regulación coherente con la finalidad de la Ley Orgánica 3/2007, al incorporar una serie de disposiciones encaminadas a flexibilizar la exigencia de cotización con el objetivo de facilitar a las mujeres el acceso a las prestaciones por maternidad y de otro tipo, incrementando –entre otras cuestiones– la carrera de cotización, cuando no ha habido esa protección».

3.3. Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social

La disposición final segunda de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016, Ley 48/2015, de 29 de octubre, introdujo un nuevo artículo en la LGSS (art. 50 bis, actual art. 60 TRLGSS), por el que se reconoce un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos naturales o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente. El complemento tiene como finalidad (según se recoge en la fundamentación de la propuesta) el reconocimiento, mediante una prestación social pública, de la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad, así como valorar la dimensión de género en materia de pensiones, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres.

Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje

determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala: dos hijos, el 5 por 100; tres hijos, el 10 por 100; cuatro o más hijos el 15 por 100.

El complemento se aplicará a las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente que se causen a partir de 1 de enero de 2016 y cuya titular sea una mujer. Es precisamente esta circunstancia la que ha sido criticada por la doctrina que considera que este complemento resulta contrario a la doctrina del TJUE por concederse solo a las madres que hubieran tenido al menos dos hijos y no a los padres, aunque fueran ellos los que se hubieran encargado de su cuidado²¹.

Los mayores problemas de constitucionalidad que el complemento por maternidad plantea derivan del hecho de que el mismo está configurado de tal manera que se concede a las madres por el mero hecho de serlo. El complemento no está destinado a la protección de la maternidad, ni a ayudar a las madres en el desarrollo de su carrera profesional, ni está vinculado al cuidado de los hijos. Más bien se articula como una compensación por el simple hecho de ser madres, lo que parece vulnerar el principio de igualdad por razón de sexo.

En efecto, el artículo 4.2 de la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social determina literalmente que «el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad», de manera que, dentro de este ámbito, los Estados miembros podrán adoptar disposiciones específicas en favor de la mujer con el fin de superar las desigualdades de hecho.

²¹ M. A. BALLESTER PASTOR: «El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea», *Lex Social*, núm. 1, 2016; I.A. RODRÍGUEZ CARDO: «El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social: puntos críticos», *Trabajo y Derecho*, núm. 17, 2016.

Asimismo, el art. 7 señala que la presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación: (...) «b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos».

Se admite, por tanto, la posibilidad de establecer diferencias en relación con la pensión de jubilación justificadas en el tiempo dedicado a la educación de los hijos.

Pues bien, partiendo de esta normativa, parece fácil llegar a la conclusión de que el complemento por maternidad regulado actualmente en el art. 60 TRLGSS no se adapta a la misma, pues no está vinculado ni a la protección de la maternidad ni al cuidado de los hijos, sino que se concede a todas las mujeres por el mero hecho de haber tenido un hijo o haberlo adoptado.

Sin embargo, se plantea la duda de «sí cabría valorar realmente la dimensión del complemento por maternidad desde la perspectiva de género, de forma que dicho complemento trataría de cubrir la diferencia entre las pensiones de hombres y mujeres derivada del mayor salario que perciben los hombres al no sufrir del mismo modo consecuencias laborales y profesionales negativas derivadas del cuidado de los hijos»²². Quizás, desde esta perspectiva, relativa a la diferencia salarial existente en la práctica entre hombres y mujeres puede justificarse esta medida. Ahora bien, aunque esta circunstancia podría justificar la medida son muchas las deficiencias del régimen jurídico de este complemento que hacen dudar que esa sea la razón que justifica su reconocimiento exclusivamente a las mujeres. Así, por ejemplo, es irrelevante si el hijo ha sobrevivido o no y, por otro lado, si lo que se pretende es lu-

char contra la brecha salarial existente entre hombres y mujeres el complemento no debería vincularse a la cuantía de la pensión pues de este modo serán las mujeres con pensiones más bajas, y por tanto, con salarios inferiores, las menos favorecidas.

Por otro lado, el complemento también discrimina a las mujeres que han tenido un solo hijo. Si la justificación de la medida la encontramos, además de en la aportación demográfica a la Seguridad Social, en la diferencia salarial entre hombres y mujeres, nada justifica el hecho de que las mujeres con un solo hijo queden excluidas del complemento pues dicha diferencia no depende en la práctica del número de hijos.

En conclusión, son muchas las dudas que el complemento de pensiones por maternidad plantea y, tal y como está actualmente regulado, parece difícil encontrar una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato que genera entre hombres y mujeres o entre las propias mujeres que sólo han tenido un hijo.

4. MEDIDAS DIRIGIDAS A EVITAR QUE EL DISFRUTE DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN CAUSE UN PERJUICIO RESPECTO DE OTRAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

4.1. Beneficios por cuidado de hijos o menores

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, añadió una nueva disposición adicional en la LGSS, disposición adicional 60 (actual art. 236 TRLGSS), en virtud de la cual se computará como período de cotización, a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, aquel en el que se haya interrumpido la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando

²² I.A. RODRÍGUEZ CARDO: «El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social: puntos críticos», *op. cit.*, pág. 12.

tales circunstancias se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La duración de este cómputo como período cotizado a dichos efectos será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. Dicho período se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta un máximo de 270 días por hijo, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la actividad laboral. Este beneficio sólo se reconocerá a uno de los progenitores y en caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre²³.

Los periodos computables por cuidado de hijos o menores acogidos son compatibles y acumulables con los periodos de cotización asimilados por parto y con los periodos de cotización efectiva derivados de las situaciones de excedencia que se disfruten en razón del cuidado de hijos o de menores acogidos.

Aunque el beneficio se concede por el cuidado de hijos, la norma no prevé prueba de esta circunstancia pues en realidad el beneficio se concede por la extinción de la relación laboral o de la prestación por desempleo en un período más o menos próximo al nacimiento del hijo (nueves meses antes del nacimiento y hasta 6 años después de ese momento). En realidad, a mi juicio, no se trata de compensar a los afectados por la dedicación al cuidado de los hijos sino por las dificultades para encontrar un empleo que permita conciliar la vida laboral y familiar. Si siempre es difícil conciliar la vida laboral con el cuidado de los hijos, mucho más lo es cuando los hijos tienen corta edad y el grado de dependencia es mayor, de manera que es

esta dificultad la que se trata de paliar con esta medida.

4.2. La consideración del período de excedencia como situación asimilada al alta y como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social

La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social, prestaciones no contributivas, equiparó el tiempo de excedencia con reserva de puesto de trabajo por cuidado de hijo a periodo de cotización efectiva a la Seguridad Social, de forma que los trabajadores, que hagan uso del derecho a la citada excedencia, no vean interrumpida su carrera de seguro, completándose así la protección dispensada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso de maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. El período computable como efectivamente cotizado en el Régimen General de la Seguridad Social era el correspondiente al primer año de excedencia para el cuidado de hijo.

La 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, estableció la aplicación de la reducción de la jornada o excedencia para atender al cuidado de familiares que por razón de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida, configurándose este derecho como individual de los trabajadores. Sin embargo, el período de excedencia por cuidado de familiares no se consideró período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia y maternidad hasta la aprobación de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre.

La LOI introdujo importantes modificaciones en la protección que reciben las situaciones de excedencia por cuidado de hijos y familiares desde el punto de vista de la Seguridad Social.

²³ El beneficio por cuidado de hijos ha sido desarrollado por los arts. 5 a 9 del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

Así, la LOI amplió el período de excedencia considerado como cotizado a la Seguridad Social pero exclusivamente en relación con la excedencia por cuidado de hijos, de manera que, al igual que sucede en los supuestos de reducción de jornada, cuando se trate de excedencia por cuidado de hijos tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, los dos primeros años del período de excedencia, mientras que cuando se trata de excedencia por cuidado de otros familiares únicamente se considerará efectivamente cotizado, a los efectos de las prestaciones señaladas, el primer año del período de excedencia disfrutado (art 180. 1 y 2 LGSS de 1994).

Asimismo, la LOI también modificó la base de cotización que se tiene en cuenta para el cálculo de las prestaciones cuando la excedencia va precedida de una reducción de jornada. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6 del RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, el período señalado como de cotización efectiva surtirá efectos tanto para la cobertura del período mínimo de cotización como para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable, en su caso para el cálculo de la cuantía de aquéllas. Por lo que se refiere a la base de cotización a tener en cuenta para el cálculo de las prestaciones, estará constituida por el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses anteriores al inicio del período de excedencia laboral para el cuidado del hijo, del menor acogido o de otros familiares (art. 7 RD 1335/2005). Ello implica que en el supuesto de que la excedencia forzosa estuviera precedida de una reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, las bases que se computarán serán las correspondientes a dicha jornada reducida. Para evitar el perjuicio que esta situación puede provocar en el cálculo de la cuantía de la prestación y teniendo en cuenta que el nuevo apartado tercero del art.180 LGSS incrementa hasta el 100

por 100 las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor y el primer año en el resto de los supuestos, se establece una regla similar para aquellos supuestos en los que la excedencia por cuidado de hijos o familiares va precedida por una reducción de jornada. Así, según establece el art. 180.4 LGSS (actual art. 237.3 TRLGSS), cuando las situaciones de excedencia por cuidado de hijos o familiares hubieran estado precedidas por una reducción de jornada, «a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo». De este modo, al calcularse el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia, las correspondientes a una situación de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares se incrementarán hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubieran alcanzado en el supuesto de no haberse solicitado la citada reducción de jornada.

Sin duda, la LOI introdujo una mejora sustancial en la regulación de los beneficios reconocidos en el ámbito de la Seguridad Social en los supuestos de excedencia por cuidado de hijos o familiares. Sin embargo, el apartado 3 de la disposición transitoria séptima previó que esa ampliación de beneficios sería de aplicación únicamente a las prestaciones que se causasen a partir de la entrada en vigor de la LOI, es decir, a partir del 24 de marzo de 2007.

Por su parte, la disposición transitoria segunda del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, condicionó la aplicación de dichos beneficios no solo a que las prestaciones correspondientes se causasen con posterioridad al 24 de marzo de 2007, sino a que los períodos de

excedencia o reducción de jornada se hubiesen iniciado a partir de la indicada fecha o que, al menos, se hubiesen disfrutado a partir de ese momento si se trataba de períodos iniciados con anterioridad.

Pues bien, el Tribunal Supremo²⁴ ha declarado el carácter *ultra vires* de la norma reglamentaria, de modo que la aplicación de los beneficios previstos en materia de Seguridad Social en los supuestos de excedencia y reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares se extienden respecto de las prestaciones que se generen a partir de la entrada en vigor de la LOI tal y como establece esta norma, independientemente de que los períodos de excedencia o reducción de jornada disfrutados lo fueran con anterioridad a su entrada en vigor, «pues la regulación reglamentaria *ultra vires* supone la conculcación del principio de jerarquía normativa, que exige que el mandato legal que recibe el reglamento de desarrollo tenga que ser ejercitado en sus propios términos, como manifestación concreta de la sujeción general del reglamento respecto de la ley».

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, amplió a los tres años el período de excedencia por cuidado de hijos que se considera cotizado a efectos de las prestaciones de Seguridad Social señaladas. Por lo que se refiere a la excedencia por cuidado de familiares sólo se considerará cotizado a efectos de las indicadas prestaciones el primer año del período de excedencia.

Por último, en relación con este beneficio, un problema que se ha planteado en la jurisprudencia es el relativo a si tiene derecho al reconocimiento de la prestación por maternidad la trabajadora que solicita la prestación estando en situación de excedencia por cuidado de un hijo y que, encontrándose en dicha situación, desarrolla una actividad profesional compatible con el cuidado del menor. Para el Tribu-

nal Supremo²⁵, al no haber ninguna referencia a la «exclusividad» en la LGSS, en la medida en que el nuevo trabajo resulte compatible con el cuidado del menor, «no se le deben anudar a la legítima aspiración de la madre trabajadora de obtener algunos ingresos –que ha dejado de obtener precisamente por la excedencia para el cuidado de hijos– unas consecuencias tan negativas» como las derivadas del no reconocimiento del derecho al cobro de la prestación por maternidad. Una vez probada la compatibilidad del trabajo con el cuidado del menor, la trabajadora en excedencia se considera en situación asimilada al alta con derecho al reconocimiento de la correspondiente prestación.

4.3. El incremento hasta el 100 por 100 de las cotizaciones ingresadas durante el período de reducción de jornada por cuidado de menores o familiares

Con la finalidad de que la reducción de jornada por cuidado de un menor o un familiar cause el menor perjuicio posible a sus beneficiarios desde el punto de vista de la Seguridad Social, la LOI introdujo una nueva prestación familiar en su modalidad contributiva.

De este modo, a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor de 12 años y de persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción de la jornada. Este incremento vendrá referido exclusivamente al primer año en los supuestos de reducción de jornada por cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo.

²⁴ STS 20 de julio de 2016 (RJ 2016/4095).

²⁵ STS 10 de febrero de 2015, RJ 2015/673,

Como puede fácilmente comprobarse, la norma establece una diferencia de trato entre los supuestos de reducción de jornada por cuidado de un menor y los supuestos de reducción de jornada por cuidado de familiares, así como entre los supuestos de reducción de jornada de persona con discapacidad y reducción de jornada por cuidado de familiares que no puedan valerse por sí mismos, diferencia que carece de justificación.

La Ley de Presupuestos del Estado para 2017, Ley 3/2017, de 27 de junio, ha puesto fin en parte a este diferente tratamiento. En efecto, el apartado cuatro de la disposición final trigésima primera da nueva redacción al primer párrafo del art.237.3 TRLGSS, de manera que, tanto en el supuesto de reducción de jornada por cuidado directo de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida como en el supuesto de familiares que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen actividad retribuida, se computarán incrementadas hasta el cien por cien las cotizaciones referidas al primer año.

A efectos de la prestación por desempleo, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial, en los supuestos, no sólo de reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares, sino también en los supuestos de reducción de jornada por hospitalización del hijo a continuación del parto o por ser la trabajadora víctima de violencia de género (art.270.6 TRLGSS).

4.4. La coordinación de la situación de maternidad con la extinción de la relación laboral y las prestaciones por desempleo

Con la finalidad de que «los intereses jurídicos tutelados por la maternidad no queden anulados o postergados cuando coincidan en el tiempo con otras contingencias»,²⁶ la LOI

introdujo una serie de modificaciones en la LGSS para coordinar las situaciones de maternidad con las de desempleo. En concreto son dos las modificaciones que la LOI introdujo en esta materia, que se mantienen en los mismos términos en la actualidad; a saber:

– En primer lugar, se añade un nuevo apartado 6 al art. 124 LGSS (actual art. 165.6 TRLGSS), en virtud del cual se pretende que la situación de maternidad cause el menor perjuicio posible en todos los sentidos a sus beneficiarios. En efecto, según ha venido manteniendo la jurisprudencia (STS de 28 de noviembre de 1991) la extinción del contrato de trabajo durante la maternidad produce el cese en la obligación de cotizar (STS 18-9-1991, 27-11-1991, 27-11-1992, entre otras), con el consiguiente perjuicio para el beneficiario. Se sigue percibiendo la prestación por maternidad hasta su finalización, sin que quede afectado el tiempo de desempleo que pudiera acreditar, pero con la extinción del contrato cesa la obligación de cotizar produciéndose un perjuicio adicional a la pérdida del empleo. Por ello, tras la LOI se pretende paliar este efecto negativo, de forma que el tiempo de prestación por maternidad una vez extinguido el contrato constituya tiempo cotizado a la Seguridad Social a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Así se evita la laguna de cotización y el efecto negativo que produce sobre otras contingencias que pudieran producirse en el futuro.

– En segundo lugar, la LOI modificó el art. 222.3 párrafo cuarto de la LGSS y añadió un nuevo párrafo quinto a dicho precepto (actual art. 284.2 TRLGSS), con la finalidad de ampliar el período de prestación por desempleo cuando estando cobrando la citada prestación el trabajador pase a la situación de maternidad o paternidad. Como es sabido, si la maternidad se produce durante la percepción de la prestación por desempleo, se pasa-

²⁶ J.L. TORTUERO PLAZA: 50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la coordinación de la vida familiar y la-

boral, Cuadernos Civitas, Madrid, 2006, pág. 162.

rá a percibir la prestación por maternidad en la cuantía que corresponda (y lo mismo sucede con la paternidad). Sin embargo, antes de la reforma de la LOI, el tiempo de descanso por maternidad no ampliaba el período de percepción de la prestación por desempleo. La LOI modifica esta situación de tal manera que la maternidad o paternidad suspende la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social por la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo pero, una vez extinguida la prestación por maternidad se reanuda la prestación por desempleo por la duración que restaba por percibir y en la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión. Dado que durante el tiempo de percepción de la prestación por maternidad o paternidad no se cotiza a la Seguridad Social, pues como señala el art. 284.4 TRLGSS se suspende la cotización a la Seguridad Social, el art. 124.6 LGSS (actual art. 165.6 TRLGSS), anteriormente citado, señala que dicho período por maternidad, que se inicia durante la percepción de la prestación de desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Se trata, por tanto, de que la situación de maternidad no cause a los trabajadores ningún perjuicio de cara al cobro de futuras prestaciones.

4.5. La cotización durante los períodos de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural

Para evitar que el disfrute del período de suspensión del contrato por maternidad cause un perjuicio en el resto de prestaciones de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó la LGSS y estableció por primera vez la obligación empresarial de continuar cotizando a la Seguridad Social durante dicho período.

La Ley 39/1999 incluyó el período de suspensión por riesgo durante el embarazo y la LOI los períodos de suspensión por paternidad y riesgo durante la lactancia natural.

De este modo, el actual art. 144.4 TRLGSS prevé la obligación de continuar con la cotización durante los períodos de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que durante dichos períodos de suspensión el empresario no está obligado al ingreso del cien por cien de la aportación del trabajador²⁷.

Por lo que se refiere a los efectos de dichas cotizaciones, hay que recordar que hasta el año 2003 sólo las cuotas correspondientes a la situación de incapacidad temporal eran computables a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones. Ahora bien, aunque no se reconocía expresamente en los supuestos de maternidad, como hasta el año 1994 la maternidad se consideraba incluida dentro de la entonces denominada incapacidad laboral transitoria, se venía entendiendo que también en los supuestos de maternidad las cotizaciones realizadas computaban a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó el art. 124.3 LGSS y reconoció expre-

²⁷ Art. 68.6 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social:

«Durante las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la entidad gestora o colaboradora competente, en el momento de hacer efectivo el subsidio que corresponda percibir a los trabajadores por cuenta ajena, procederá a deducir de su importe la cuantía a que ascienda la suma de las aportaciones del trabajador relativas a las cotizaciones a la Seguridad Social, desempleo y formación profesional, para su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, el empresario vendrá obligado a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo correspondientes a la cotización a la Seguridad Social y por los demás conceptos de recaudación conjunta que, en su caso, procedan».

samente como computables a dichos efectos las cuotas correspondientes a las situaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo.

4.6. El convenio especial con la Seguridad Social en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de menores o familiares

El art. 21 de la Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre, prevé la posibilidad de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de un menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, por nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, y por cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo. La suscripción de este convenio especial permitirá mantener las bases de cotización en las cuantías por las que venían cotizando con anterioridad a la reducción de la jornada con la finalidad de que esta reducción no afecte al cobro de futuras prestaciones.

La base mensual de cotización estará constituida por la diferencia entre las bases corres-

pondientes a la reducción de jornada y cualquiera de las bases elegida por el interesado.

Se podrá elegir entre las siguientes bases de cotización:

- La base máxima, siempre que haya cotizado por ella al menos durante 24 meses en los últimos 5 años, previos a la situación de jornada reducida.
- La base de cotización resultante de dividir por 12 las bases por contingencias comunes cotizadas durante los doce meses consecutivos inmediatamente anteriores a la situación de jornada reducida.
- La base mínima de cotización para trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.
- Una base de cotización intermedia.

La cotización a completar en esta modalidad de convenio especial será la correspondiente a las situaciones y contingencias de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común o accidente no laboral, en el régimen de la Seguridad Social en que se suscriba el convenio.

Los trabajadores o asimilados que suscriban el convenio especial serán considerados en situación de alta, a efectos del conjunto de la acción protectora del régimen de Seguridad Social correspondiente.

RESUMEN

En este estudio se analizan las distintas medidas que en materia de Seguridad Social están recogidas en nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de conciliar la vida personal, familiar y laboral. Las distintas medidas se agrupan en tres grandes bloques: las dirigidas al mantenimiento de la capacidad económica de los trabajadores, las dirigidas a facilitar al sujeto protegido el ejercicio de sus responsabilidades familiares y a fomentar la natalidad y las dirigidas a evitar que el disfrute de los derechos de conciliación cause un perjuicio respecto de otras prestaciones de la Seguridad Social.

El primer bloque, medidas dirigidas al mantenimiento de la capacidad económica de los trabajadores, comprende aquellas medidas previstas en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social que tienen por objeto compensar a los trabajadores por la disminución de ingresos que provoca el disfrute de determinados derechos relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Entre estas medidas se incluyen el permiso por maternidad, el permiso por paternidad, el riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia natural y la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Por lo que se refiere al segundo bloque, medidas dirigidas a facilitar al sujeto protegido el ejercicio de sus responsabilidades familiares y a fomentar la natalidad, se incluyen aquí las prestaciones familiares en su modalidad no contributiva que inciden en el cuidado de los hijos, especialmente a través de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, la prestación no contributiva de pago único por parto o adopción múltiples y la prestación de pago único por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos. Estas prestaciones no tienen el carácter de rentas de sustitución de la retribución dejada de percibir, sino de prestaciones complementarias encaminadas a afrontar las mayores dificultades económicas que supone para la familia el nacimiento de un hijo. Las medidas analizadas en este segundo bloque también tienen por finalidad, indirectamente, el fomento de la natalidad, por ello se incluye dentro del mismo el análisis del reconocimiento de un período de cotización por parto previsto en el art. 235 TRLGSS y el complemento de pensión que se reconoce, por su aportación demográfica, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados (art. 60 TRLGSS).

Por último, en el tercer bloque, medidas dirigidas a evitar que el disfrute de los derechos de conciliación cause un perjuicio respecto de otras prestaciones de la Seguridad Social, se analizan las siguientes medidas: el cómputo de períodos de cotización por cuidado de hijos o menores, la consideración del período de excedencia como situación asimilada al alta y como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social, el incremento hasta el 100 por 100 de las cotizaciones ingresadas durante el período de reducción de jornada por cuidado de menores o familiares; la obligación de continuar con la cotización durante los períodos de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la coordinación de la prestación por maternidad con la extinción de la relación laboral y la prestación por desempleo y la posibilidad que tienen los trabajadores con reducción de jornada por cuidado de menores o familiares de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social a efectos del cobro de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

En relación con cada uno de las medidas señaladas se analiza brevemente su origen y evolución y se trata de poner de manifiesto alguno de los problemas que actualmente plantean. De este modo, se puede comprobar como a partir de la entrada en vigor de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras y, especialmente, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo,

para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, las medidas en materia de conciliación en el ámbito de la Seguridad Social se han incrementado considerablemente.

Palabras clave: Seguridad Social, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, cuidado de menores, prestaciones familiares, períodos de cotización por parto, complemento de pensión, cotización, reducción de jornada, excedencia, desempleo.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT

In this study we analyse the different measures that in Social Security are included in our legal system in order to balance personal, family and work life. The different measures are grouped into three large categories: those aimed at maintaining the economic capacity of workers, those aimed at facilitating the protected subject to exercise their family responsibilities and to promote the birthrate and those aimed at preventing that the enjoyment of work-life balance rights damages other Social Security benefits.

The first group of measures aimed at maintaining the economic capacity of workers includes those measures established in the legal framework of the Social Security that are intended to compensate workers for the decrease in income caused by the enjoyment of certain rights related to work-life balance. These measures include maternity leave, paternity leave, risk during pregnancy, risk during breastfeeding and benefits for taking care of children suffering from cancer or other serious illness.

As for the second group of measures aimed at facilitating the protected subject to exercise their family responsibilities and promote birthrate, they include family benefits in their non-contributory form that affect the care of their children, especially through the economic allowance for a child or foster child, the non-contributory benefit of a single payment for multiple births or adoptions and the provision of a single payment for the birth or adoption of a third or subsequent children. These benefits are not considered as replacement income of the lost remuneration, but as complementary benefits aimed at facing the greater economic difficulties that the birth of a child entails for the family. The measures analysed in this second group are indirectly aimed at promoting the birthrate; that is why it also includes the analysis of recognition of a period of contribution for childbirth provided for in art. 235 TRLGSS (Refunded Text of the General Law of Social Security) and the pension supplement that is recognized, due to its demographic contribution, to women who have had biological or adopted children (art. 60 TRLGSS).

Finally, in the third group of measures aimed at preventing that the enjoyment of work-life balance rights damages other Social Security benefits, the following measures are analysed: the calculation of periods of contribution for the care of children or minors, the consideration of the period of extended leave of absence as a situation assimilated to the registration for the Social Security and as the effective contribution period for the purposes of the corresponding Social Security benefits, the increase up to 100% of the contributions paid during the period of reduction of working day for the care of minors or relatives; the obligation to continue with the contribution during periods of maternity, paternity, risk during pregnancy and risk during breastfeeding, coordination of the maternity benefit with the termination of the employment relationship and the unemployment benefit and the possibility that workers with reduced working hours have for taking care of minors or relatives to sign a special agreement with the Social Security in order to be entitled to retirement benefits, permanent disability and death, and survival.

In relation to each of the measures mentioned, their origin and evolution are briefly analysed and some of the problems that currently arise are also highlighted. This way, it can be verified as from the entry into force of Law 39/1999, of November 5, on work-life balance for workers and, especially, of Organic Law 3/2007, of March 22, on effective equality between women and men, measures on work-life balance in the field of Social Security have increased considerably.

Keywords: Social Security, work-life balance rights, maternity, paternity, risk during pregnancy, risk during breastfeeding, care for minors, family benefits, contribution period for birth, pension supplement, contribution, reduction of working day, extended leave of absence, unemployment.

Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Teleworking and work-life balance

RAQUEL YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO*

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, se constata el cambio en la realidad social debido a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's), lo cual ha originado un nuevo modo de crecimiento económico y estructura social basado en estas tecnologías¹. La organización del trabajo mediante el teletrabajo brinda a la empresa y al trabajador la posibilidad de trabajar desde cualquier parte del mundo, sirviéndose de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's)².

Según el Libro Blanco del Teletrabajo en España³, los niveles de teletrabajo observados en España son bajos en relación con la Unión

Europea y más aún respecto de los Estados Unidos⁴. España ha mejorado su posición, como consecuencia de que las TIC's resultan cada vez más utilizadas por parte de su población, que las percibe como más asequibles. Pero el progreso logrado no deja de situar a España por debajo de la mitad del ranking europeo, detrás de Irlanda y Portugal⁵.

se recogen las mejores prácticas del teletrabajo en España hasta el momento de su publicación.

⁴ Una de las conclusiones en el «Libro Blanco del Teletrabajo en España» mencionado, es la reticencia que manifiestan los empresarios españoles y las organizaciones sindicales respecto de esta posibilidad del teletrabajo, que implica que los empleados trabajen fuera de la empresa, con independencia de que la empresa pueda disponer de suficientes recursos estructurales para dotar de las infraestructuras adecuadas a fin de implantarlo. *Vid.* Libro Blanco del Teletrabajo en España, *op. cit.*, págs. 23-25.

⁵ Estos datos se extraen del Informe CES (Informe CES nº 04/2016, titulado «Nuevos hábitos de consumo, cambios sociales y tecnológicos». Ed. CES, Madrid, 2017, pág. 25), y se basan en uno de los indicadores sintéticos más completo a la hora de estudiar la transformación digital de los países: el Índice de Disposición a la Conectividad (Networked Readiness Index -NRI-) que se publica anualmente por el Foro Económico Mundial. Los elementos que maneja este índice son, por un lado, los factores que influyen ya sea directa ya sea indirectamente en la evolución tecnológica y el aprovechamiento económico y social de las TIC; y, por otro lado, muestra qué relevancia ad-

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

¹ Informe CES nº 04/2016, titulado «Nuevos hábitos de consumo, cambios sociales y tecnológicos», Ed. CES, Madrid, 2017, pág. 25.

² THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*. 2ª ed. CES Colección Estudios, Madrid, 2001, pág. 19.

³ Libro Blanco del Teletrabajo en España, junio de 2012, elaborado por GlobalPlace junto con la Fundación MasFamilia, y las empresas efr, Garrigues y Microsoft. En dicho Libro Blanco

Desde el origen del teletrabajo, en los años 70 en EEUU⁶ hasta la actualidad más reciente, asistimos a un proceso lento de delimitación del régimen jurídico del teletrabajo.

En el presente estudio nos centramos en confirmar los aspectos que favorecen y los que dificultan que el teletrabajo pueda servir como una estrategia útil para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Todo ello teniendo en cuenta que la conciliación se plantea como uno de los objetivos del teletrabajo, y que este último es elegido habitualmente como forma de trabajo por las mujeres⁷, que son las que, de forma mayoritaria, disfrutan y ejercitan los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Resulta frecuente y abundante la reflexión sobre las ventajas de este tipo de organización laboral, desde el punto de vista de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores. Esta valoración positiva se justifica en la mayor flexibilidad del tiempo de trabajo y en la reducción en los tiempos de desplazamientos. En este sentido, se valora muy positivamente por el trabajador no tener que moverse de su domicilio, para cumplir con su actividad laboral diaria. Gracias a las nuevas tecnologías el teletrabajador puede conciliar en el trabajo y desde el trabajo.

La doctrina ha argumentado también la excelencia del teletrabajo desde la perspectiva

quieren las acciones e interacciones de los individuos, las empresas y la Administración pública en todas las dimensiones del fenómeno.

⁶ El concepto de teletrabajo nació en el contexto de la crisis del petróleo de mediados de los años 70 cuando se constató que «si uno de cada siete trabajadores urbanos no tuviera que desplazarse a su lugar de trabajo, Estados Unidos no tendría la necesidad de importar petróleo»: NILLES, J. M. (1976), *The Telecommunications-Transportation Tradeoff. Options for Tomorrow*. New York: John Wiley & Sons, pág. 4.

⁷ La mayor parte del trabajo a domicilio y el teletrabajo, con tareas rutinarias y mal pagadas, está desempeñado por mujeres. En este sentido, la Comisión Europea se propuso en 1998 iniciar consultas con los interlocutores sociales sobre la posible necesidad de intervención comunitaria para la protección de los teletrabajadores, mujeres en su mayoría. Además, se proponía seguir estudiando las condiciones de trabajo de los teletrabajadores.

del empresario, primero, porque le supone un ahorro de costes (luz, electricidad, instalaciones y mobiliario, etc.); segundo, porque es mayor la productividad de los teletrabajadores en comparación con la de los trabajadores que se mueven hasta el centro de trabajo para realizar su prestación laboral.

No obstante las ventajas expuestas, no siempre pueden priorizarse respecto de los inconvenientes derivados del teletrabajo tanto para el trabajador como para el empresario. En este sentido, la doctrina destaca como desventajas del teletrabajo, las relativas a las medidas de seguridad y salud (incumplimiento de los requisitos espaciales y ergonómicos, etc.), a los derechos individuales del trabajador (horario, vacaciones, etc.), al fomento del individualismo que facilita el alejamiento de los teletrabajadores del diálogo social, a la dificultad para la negociación colectiva y para una política de formación adecuada⁸.

Estas contradicciones entre las ventajas y los inconvenientes ponen de manifiesto que el teletrabajo, al mismo tiempo, se concibe como una estrategia que «libera y esclaviza, es una trampa y una oportunidad, realiza personalmente y puede significar una renuncia»⁹.

En el presente trabajo se aborda el binomio «Teletrabajo-conciliación de la vida personal, familiar y laboral», desde dos perspectivas complementarias: en primer lugar, cómo el teletrabajo supone una fórmula de organización del trabajo en aras de facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En segundo lugar, cómo se protege a los teletrabajadores en sus derechos reconocidos en los textos legales con carácter general, para que todo trabajador pueda conciliar.

⁸ SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. CES Andalucía, Sevilla, 2011, pág. 48.

⁹ PÉREZ SÁNCHEZ, C. y GÁLVEZ MOZO, A. M.: «Teletrabajo y vida cotidiana: Ventajas y dificultades para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral». *Athenea Digital*, 15, 57-79. Disponible en <http://psicologiasocial.uab.es/athenea/index.php/athenea-Digital/article/view/597>.

2. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL TELETRABAJO

Resulta no poco problemático¹⁰ procurar una definición¹¹ de teletrabajo. De las definiciones ofrecidas por la doctrina, subrayamos los elementos comunes¹² a todas ellas, que sirven como elementos característicos del teletrabajo que lo identifican:

En primer lugar, destaca el elemento de la localización de un espacio físico fuera de la empresa desde el que se presta la actividad laboral. La distancia entre el trabajador y el empleador o el cliente a quien va dirigido el trabajo, es una característica que diferencia el teletrabajo respecto del trabajo a domicilio¹³, en la medida en que aquel puede desempeñarse en un lugar distinto del domicilio del trabajador, como por ejemplo, en un telecentro o en una oficina satélite¹⁴.

¹⁰ Como ha señalado ALEMÁN PÁEZ, «las condiciones de actuación de los actores cambian antes de que se consoliden las formas de actuar con un nivel elemental de institucionalización, provocando obviamente intensos hiatos entre la volatilidad de los comportamientos y estructuras sociales y la propia función reguladora del derecho positivo». ALEMÁN PÁEZ, F.: «Digitalización del trabajo, poder de control empresarial y derechos fundamentales de los trabajadores», en *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. I, Cambios tecnológicos y nuevos retos para el mundo del trabajo: (Portugal, España, Colombia, Italia, Francia)* / coord. por LAVINIA SERRANI; LOURDES MELLA MÉNDEZ (dir.), 2017, págs. 385-418.

¹¹ La primera definición de la doctrina laboralista se atribuye a GAETA (vid. GAETA, L.: «Telavoro: legge e contrattazione», en *Giornale di diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1995, nº 4, pág. 550), que considera el teletrabajo como «la prestación de quien trabaje, en un videoterminal, geográficamente fuera de la empresa a la que la prestación va dirigida».

¹² THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo...*, cit., pág. 25 y ss.

¹³ Detalladamente en LOUSADA AROCHENA, J. F., RON LATAS, R. P.: «Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español», en *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado* / coord. por VILLALBA SÁNCHEZ, A.; MELLA MÉNDEZ, L. (ed. lit.), 2015, págs. 31-46.

¹⁴ La condición laboral de la distancia en el teletrabajo es elegida, en unos casos, por el propio trabajador, y, en otros, por el empresario, bien unilateralmente bien como resultado de un acuerdo entre ambas partes contractuales. ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: «Teletrabajo», en AAW: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de

En segundo lugar, en la actividad laboral prestada mediante el teletrabajo se manejan las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación. Por eso quedan excluidos de los puestos de trabajo teletrabajables, por ejemplo, aquellos ocupados por «los empleados públicos que no utilicen ningún tipo de herramienta informática en el desarrollo de las tareas encomendadas»¹⁵.

En tercer y último lugar, el elemento del cambio en la organización y realización del trabajo¹⁶. El teletrabajo, como consecuencia de los dos primeros elementos señalados con anterioridad, debe producir un cambio en la organización del trabajo, puesto que la utilización de los medios tecnológicos y de telecomunicación ha de conllevar una descentralización que permita externalizar las actividades que habitualmente se desarrollan en el interior de la empresa¹⁷.

La definición institucional en España, aportada por la Orden ministerial APU/1981/2006, de 21 de junio, que promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos del Ministerio de Administraciones públicas, ha definido el teletrabajo como «modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial en virtud de la cual un empleado de la Administración General del Estado puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios telemáticos desde su propio domicilio, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en el marco de la política de conciliación de la vida personal y

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000, pág. 767. THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo...*, cit., pág. 27.

¹⁵ Art. 2.2.e) Decreto La Rioja.

¹⁶ Para MELLA MÉNDEZ (MELLA MÉNDEZ, L.: «Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo», AS nº 11, 1998, pág. 40), solo los dos primeros son los elementos irreductibles de la figura del teletrabajo, mientras que el tercero de los citados sería una simple derivación de los anteriores.

¹⁷ SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación...*, op. cit., pág. 41. GALLARDO MOYA, R.: *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: de la máquina de hilar al ordenador*, *Ibidem*, Madrid, 1998, op. cit., pág. 59.

familiar y laboral de los empleados públicos»¹⁸. Se trata de la primera definición del teletrabajo en una norma española y es conforme con el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo¹⁹ –que analizaremos a continuación–. Ya en la propia definición se vincula el teletrabajo con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. No es de extrañar, puesto que «los Programas de teletrabajo se enmarcan en los objetivos del Plan Concilia, por lo que el fin primordial de cada Programa es la conciliación de la vida personal y familiar a través de la flexibilidad para realizar el trabajo desde el domicilio y en el horario que se pacte con la empleada o con el empleado, todo ello sin disminución de la cantidad y calidad del servicio»²⁰.

3. EL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE TELETRABAJO²¹

Para lograr los objetivos de fomento del teletrabajo, aunque sin entrar en la regulación de su régimen jurídico, la Unión Europea ha creado numerosos programas, como el programa

ACTS (*Advanced Communications Technologies and Services*), para analizar los beneficios económicos y sociales del teletrabajo. Del mismo modo, el ETD (*European Telework Development*), pretende la expansión del teletrabajo a través de experiencias piloto tanto de ámbito estatal como supra-estatal.

En este sentido, el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (en adelante, AMET)²² se firma²³ con los objetivos de modernizar la organización del trabajo en el sector público y para permitir conciliar la vida personal, familiar y laboral, a través del teletrabajo. Se trata del primer acuerdo europeo establecido por los propios interlocutores sociales sobre este tema del teletrabajo.

En el AMET, se elabora un marco general a escala europea relativo a las condiciones laborales de los teletrabajadores, de modo que puedan convivir las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores. El acuerdo otorga a estos últimos la misma protección global que a los trabajadores que ejercen sus actividades en los locales de la empresa.

En el ordenamiento jurídico español, la regulación del teletrabajo carece de normativa legal de referencia, a salvo del art. 13 ET, de modo que se suele acudir al Acuerdo adoptado por los agentes sociales en el seno de la Unión Europea²⁴, para orientarse jurídicamente en la materia de teletrabajo.

¹⁸ Ministerio de Administraciones Públicas (2006): *Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado*. MAP, Madrid.

¹⁹ BELZUNEGUI ERASO, A.: «Teletrabajo en España, acuerdo marco y Administración Pública», *Revista RIO*, N° 1, 2008, pág. 132.

²⁰ MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: *Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado*. Madrid, 2006.

El Manual mencionado desarrolla los términos incluidos en la Orden APU/1981/2006, firmada el 21 de junio de 2006, por el Ministro de Administraciones Públicas, Jordi Sevilla, en la que se promueve la implantación del teletrabajo en los departamentos ministeriales.

²¹ Desde el punto de vista normativo internacional, el Convenio núm. 177 OIT y la Recomendación núm. 184 OIT correspondiente, sobre el trabajo a domicilio, ambos de 1996, pueden considerarse el punto de partida para la regulación del teletrabajo, complementadas con la Recomendación núm. 189 sobre la relación de trabajo, de 2006. En los textos normativos mencionados se toma como referencia la definición del trabajo a domicilio del art. 1 (a) del Convenio núm. 177. Este planteamiento internacional podría aplicarse en el ámbito nacional, si no fuese por los problemas doctrinales y prácticos que ocasiona. *Vid.* USHAKOVA, T.: *El teletrabajo en el derecho de la OIT*. Revista de información laboral, n° 9, 2015, págs. 55-75.

²² En España, el AMET se incorpora en un Anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (en adelante, AINC) de 30 de enero de 2003 (BOE 24 de febrero de 2003).

²³ El AMET está firmado por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE) / la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

²⁴ Así se hace de forma expresa o tácita en numerosos convenios colectivos aplicables en nuestro país, como, por ejemplo, III Convenio colectivo de prensa diaria. Disposición Transitoria séptima. Recomendaciones en materia de empleo e igualdad de oportunidades en el sector de prensa diaria apartado 2. g). BOE 18 diciembre 2008, núm. 304, [pág. 50905]. También art. 14 Convenio Colectivo de trabajo del sector de

El AMET es un acuerdo que se remite, a su vez, a la negociación colectiva de cada Estado miembro, por lo que solo los interlocutores sociales de cada país pueden decidir libremente si incorporan, en sus convenios colectivos, los principios y criterios fijados en el mismo. Las cláusulas previstas en el AMET sirven como referencia a los convenios colectivos y a los acuerdos de empresa para la implantación del teletrabajo.

4. LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESPAÑOLA²⁵

Al faltar en el ordenamiento jurídico español, una regulación legal específica del teletrabajo, y siguiendo la remisión del AMET, es preciso acudir a la negociación colectiva. Como ha señalado la doctrina, la negociación colectiva es, en un primer momento, un instrumento capaz de identificar las materias que necesitan de una regulación propia e incluso está preparado para proponer la mejor solución para cada caso concreto.

En nuestro ordenamiento jurídico interno, los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva (desde 2003 hasta 2008) y los sucesivos Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva (desde 2010 a 2014) coinciden en la relevancia de los convenios colectivos como elementos instrumentales que favorecerán el avance en la regulación del teletrabajo, en concreto, respecto a las modificaciones en la organización del trabajo derivadas de procesos de innovación y de cambios tecnológicos.

oficinas y despachos de la provincia de Valencia. BO. Valencia 18 febrero 2009, núm. 41, [pág. 11].

²⁵ De forma más extensa y detallada, *vid.* QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «Teletrabajo: Delimitación, negociación colectiva y conflictos», (págs. 329-417), publicado dentro de la obra colectiva titulada *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, dirigida por C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI (Ed. Eolas, León, 2014).

El III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2015, 2016 y 2017, aprobado por Resolución de 15 de junio de 2015 –AENC–, suscrito con fecha de 8 de junio de 2015 por las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME, y las organizaciones sindicales CCOO y UGT. Dicho acuerdo, en su capítulo IV «Instrumentos de flexibilidad negociada. Condiciones de trabajo», hace referencia al teletrabajo, y al reconocimiento por parte de los interlocutores sociales de esta modalidad como un medio para modernizar la organización del trabajo, y establecer algunos criterios que pueden utilizar tanto las empresas como los trabajadores y sus representantes, recordando el contenido del AMET, y recogiendo pautas relativas al desarrollo del teletrabajo.

En relación con lo anterior, no son muchos los convenios colectivos que se ocupan del teletrabajo y de la implantación del mismo en las empresas o sectores de la producción. Las razones que aporta la doctrina para justificar el escaso tratamiento del teletrabajo en la negociación colectiva son fundamentalmente dos: la primera, la lenta implantación del teletrabajo en nuestro país. La segunda, que se ha optado por la negociación individual en vez de la colectiva²⁶. Una de las causas de esta falta de regulación consiste en el hecho de que el teletrabajo se ha venido considerando como una parte sustantiva de la denominada «organización del trabajo» que, en los convenios colectivos, queda reservada a la parte empresarial y, en consecuencia, es escasamente negociable. Este hecho conlleva que «en lo relativo al teletrabajo haya una fuerte discrecionalidad de

²⁶ THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo...*, *cit.*, págs. 248-249. Dicho autor se muestra favorable a una regulación convencional específica para el teletrabajo, salvo en empresas en las que no esté muy desarrollado el teletrabajo, en cuyo caso bastaría simplemente con incorporar, al convenio colectivo general, las cláusulas relativas al teletrabajo. Para una reflexión sobre la unidad negocial más idónea para regular las condiciones de trabajo de los teletrabajadores, indicando las ventajas e inconvenientes de la negociación colectiva sectorial estatal, la de empresa, la de franja y la negociación colectiva internacional, *vid.* THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo...*, *cit.*, págs. 248- 252.

la parte empresarial en la delimitación de las prácticas asociadas a las diversas formas de teletrabajo»²⁷.

Podríamos añadir, como tercera razón, que el Libro Blanco del Teletrabajo en España desincentiva la regulación del teletrabajo, en la medida en que se afirma que la mejor regulación del teletrabajo es la más flexible, la menos protocolizada y menos regularizada, considerada como una opción y un complemento voluntario, y no la que desarrolla el teletrabajo como una alternativa²⁸.

No obstante lo anterior, son varios los convenios colectivos en los que se regula el régimen de teletrabajo y se relaciona como una medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, medida de implantación progresiva que, además supone un ahorro de costes para el teletrabajador²⁹. En este sentido, por ejemplo, el V Acuerdo Marco del Grupo Repsol YPF³⁰ prevé el siguiente contenido: «Las partes firmantes de este Acuerdo Marco pretenden seguir avanzando de modo progresivo y desde el seno de esta Comisión, en esta nueva medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por enten-

der que contribuye además a la mejora del clima laboral de la compañía y de la motivación de las personas que trabajan en el Grupo Repsol. Por otro lado, las partes firmantes entienden que el teletrabajo ha de posibilitar ahorro de tiempos, costes y desplazamientos a la persona que teletrabaja, todo ello sin merma de productividad en el desarrollo de su puesto de trabajo»³¹.

El ejemplo de Repsol en la apuesta clara por la implantación de un programa de teletrabajo, se ha completado con la elaboración del Libro Blanco del Teletrabajo 2012 de dicha empresa³², y con el ya VIII Acuerdo Marco del Grupo Repsol³³.

5. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO PARA FACILITAR LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

La Constitución Española no hace una mención expresa a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Sin embargo, el texto constitucional proporciona herramientas suficientes para proteger los derechos de conciliación, hasta el punto de que, en ocasiones, esos derechos consiguen la tutela especial de los derechos fundamentales. La conciliación de la vida personal, familiar y laboral tiene una relación inseparable con los principios de igualdad y no discriminación, reconocidos en el art. 14, además de contar con la relevan-

²⁷ BELZUNEGUI ERASO, A.: «Teletrabajo...», *op. cit.*, pág. 140.

²⁸ Libro Blanco del Teletrabajo en España, junio 2012, pág. 69.

²⁹ Han recogido la regulación del teletrabajo entre sus preceptos, entre otros, los siguientes acuerdos y convenios colectivos: el XXVI Convenio Colectivo de Repsol Butano (BOE 22 diciembre 2016); el Convenio Colectivo del Sector de Industria y Comercio de Aceite y Derivados y Aderezo, Rellenado y Exportación de Aceitunas de la Comunidad de Madrid (BOCAM 12 mayo 2015); el Convenio Colectivo estatal de perfumería y afines (BOE 19 enero 2016); el XVIII Convenio Colectivo general de la industria química (BOE 19 agosto 2015); el Convenio Colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo (BOE 16 julio 2013); y el Convenio Colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid (BOCAM 2 mayo 2016). Más detalladamente, en VÁZQUEZ PEDRE, N.: *La regulación autonómica del empleo público de régimen laboral*, Tesis doctoral inédita, UCM, Madrid, 2017, pág. 206-207.

³⁰ Arts. 13 y 17 V Acuerdo Marco del Grupo Repsol YPF. Resolución de 17 de junio de 2009, de la Dirección General de Trabajo. BOE Núm. 157 Martes 30 de junio de 2009 Sec. III (Pág. 54870).

³¹ En sentido similar, destacan los Acuerdos siguientes: Acuerdo Marco sobre los principios de las políticas de función pública para la profundización en la modernización y mejora de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. B. O. Castilla y León 15 julio 2009, núm. 133, pág. 22027. Acuerdo de la mesa general de negociación de 19-1-2011, que aprueba el Plan de Igualdad de Oportunidades para empleadas y empleados públicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. D. O. Castilla-La Mancha 2 marzo 2011, núm. 42, pág. 8387.

³² REPSOL: *El Libro blanco del Teletrabajo en Repsol*. Repsol, 2012.

³³ B.O.E. Núm. 194, de 12 de agosto de 2016.

cia pertinente en las políticas de apoyo a la familia (art. 39.1 CE)³⁴.

Como manifestación práctica de la protección que hemos señalado, en relación con los derechos de adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, el Tribunal Constitucional, en su STC 26/2011, de 14 de marzo, ha declarado que las medidas cuya finalidad sea facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, no solo desde la óptica del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales, sino también desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (tal y como está previsto en los arts. 14 y 39 CE, respectivamente) deben tener prioridad y orientar la solución de las dudas interpretativas relativas a la aplicación de toda disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Por tanto, en esos casos, se debe tener muy en cuenta cuáles son las circunstancias personales y familiares concretas de la persona trabajadora y la organización del régimen de trabajo³⁵.

Descendiendo desde la Constitución hasta las normas legales, cabe mencionar la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, cuyo fin fue transponer la Directiva 92/85/CEE, Ley que abrió el camino para otras posteriores que, aunque no tienen como objeto exclusivo la conciliación de la vida familiar y laboral, sí la mencionan en sus preceptos, o la cuentan entre sus objetivos, al abordar políticas activas para garantizar el ejercicio del principio de igualdad³⁶.

³⁴ Vid. LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M.: *La conciliación de la vida familiar y laboral en serio: apuntes constitucionales para una conciliación acorde con la igualdad y el principio de no discriminación por razón de sexo*, Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XXXVII, San Lorenzo del Escorial, 2004, pp. 78-83.

³⁵ Con más detalle, *vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V., KAHALE CARRILLO, D.: *Teletrabajo*, *op. cit.*, pág. 104-108.

³⁶ VÁZQUEZ PEDRE, N.: *La regulación ...*, *op. cit.*, pág. 134, pág. 134.

La Ley 39/1999 modificó el ET/1995, introduciendo novedades que actualmente están plenamente integradas en la dinámica de funcionamiento de la legislación laboral, como la sanción de nulidad de las decisiones empresariales extintivas motivadas por el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (por ejemplo, en caso de embarazo o por disfrute del permiso por maternidad), o el reconocimiento del derecho de los trabajadores a algunos permisos, reducciones de jornada, excedencias y suspensiones de contrato dirigidas a evitar que las responsabilidades familiares fueren al trabajador o a la trabajadora a abandonar su trabajo.

Por otra parte, entre las normas que inciden significativamente en materia de conciliación se encuentra también la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (en adelante, LOI), la cual surgió con el objetivo de dotar de un tratamiento jurídico global a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

La LOI incorpora importantes modificaciones en el ordenamiento jurídico laboral al respecto, para permitir que el marco regulador de las relaciones laborales no perjudique los derechos de conciliación que, al ser ejercidos principalmente por mujeres, supongan un obstáculo a la igualdad por razón de sexo.

Para la consecución de los objetivos que contempla la LOI, su art. 46.2 enuncia una relación de materias que podrán ser abordadas en el Plan de Igualdad de cada empresa, entre las cuales se menciona concretamente la ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación personal, familiar y laboral.

Resulta relevante la regulación del tiempo de trabajo a los efectos indicados, ya que, desde una perspectiva estrictamente jurídico-laboral, los problemas de conciliación de trabajo y familia derivan con carácter general del tiempo en que el trabajador, por estar en su puesto de trabajo, no puede atender a las

necesidades derivadas de sus circunstancias familiares.

Por su parte, el EBEP³⁷ reconoce en su articulado el derecho individual de los empleados públicos –entendiendo como tales tanto al personal laboral como a los funcionarios– a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 14.j).

Asimismo, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, afirma, en su preámbulo, que el legislador quiere mejorar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar a través del teletrabajo, lo cual se refleja, por ejemplo, en su Disp. Final 1ª, reconocedora del derecho a una hora de ausencia al trabajo en caso de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento para la lactancia del menor hasta que cumpla nueve meses.

Partiendo de la evolución normativa señalada anteriormente, en la actualidad se permite la reducción del tiempo de trabajo por motivos de conciliación en supuestos como los siguientes:

A. Por nacimiento de hijos: art. 37.4 ET:

- Supuesto: nacimiento de hijo, adopción o acogimiento.
- Objetivo: lactancia del menor hasta que éste cumpla 9 meses.
- Contenido: derecho a una hora de ausencia del trabajo, o a la reducción de su jornada en media hora.
- Solo ejercitable por uno de los progenitores, si ambos trabajan.

B. Por nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto: art. 37.5 ET:

- Derecho a ausentarse del trabajo durante una hora.
- Cabe sustituirlo por reducción de jornada hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

C. Por los motivos previstos en el art. 37.6 ET:

- Para el cuidado directo de un menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida.
- Para el cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.
- Para el cuidado durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente.
- Derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional de su salario.

6. LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO POR LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y POR LAS ADMINISTRACIONES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

En el contexto de la Administración General del Estado se han ido implantando sucesivamente varios planes para fomentar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que se erigen en instrumentos a través de los cuales el Gobierno define, en el ámbito de las competencias estatales, los

³⁷ Sobre las Leyes autonómicas de desarrollo del EBEP, *vid.* VÁZQUEZ PEDRE, N.: *La regulación ...*, *op. cit.*, pág. 211 y ss.

objetivos y medidas prioritarios en ciertas materias.

En España ha habido iniciativas estatales en el ámbito del empleo público para contribuir a la implantación del teletrabajo en las Administraciones Públicas. Ha sido este el caso del Plan Concilia³⁸, entre cuyos objetivos se encontraba hacer efectiva la conciliación de las responsabilidades profesionales con la vida personal y familiar en el ámbito del empleo público. Con esta finalidad, el Ministerio de Administraciones públicas desarrolló un Plan Piloto para la Aplicación de Técnicas de Teletrabajo dirigidas a los empleados públicos (octubre 2005-marzo 2006), para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los empleados públicos.

De esta experiencia piloto, se extrajeron como conclusiones los resultados muy positivos tanto para el propio Ministerio como para los empleados públicos participantes. De ahí que se considerase conveniente ampliar esta experiencia piloto a otros departamentos ministeriales³⁹. Cabe citar, en este sentido, la OM APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos del Ministerio de Administraciones públicas. En este contexto, también se publicó el Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado.

Con posterioridad, la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se regula el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) abre una puerta a la realización de ciertos tipos de trabajo en la modalidad de teletrabajo con el objetivo central de conciliar mejor la vida laboral y la familiar y personal. Sin embargo, la mención al teletrabajo en el EBEP resulta vaga, sin pautas claras ni objetivos es-

pecíficos que supongan un determinado grado de alcance de su aplicación⁴⁰.

En este sentido, el art. 14 EBEP consagra dentro de los derechos de carácter individual de los empleados públicos en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio: el derecho a «la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral». También el artículo 37 EBEP acompaña ese contenido, estableciendo como materias negociables «m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos».

Del mismo modo que se implanta el teletrabajo en la Administración General del Estado, también las Administraciones autonómicas están avanzando por el camino de la prestación del servicio mediante dicha fórmula no presencial. La implantación de planes o experiencias piloto con el fin de comprobar la viabilidad del teletrabajo en las Comunidades Autónomas suele venir acompañada de una regulación específica autonómica sobre teletrabajo en sus Administraciones. Sin embargo, no todas las Comunidades Autónomas que han llevado a cabo experiencias piloto de teletrabajo en el empleo público han desarrollado una regulación propia en la materia, de modo que mientras algunas ya cuentan con su regulación específica, otras todavía se hallan en proceso de regular el teletrabajo⁴¹.

De entre las que cuentan con una regulación propia se encuentra Castilla y León, que ha sido la primera Comunidad Autónoma en regular el teletrabajo en su Administración. Podemos destacar las siguientes normas autonómicas reguladoras:

³⁸ Aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros el 4 de marzo de 2005.

³⁹ Más en detalle, VÁZQUEZ PEDRE, N.: *La regulación...*, op. cit., pág. 207 y ss.

⁴⁰ BELZUNEGUI ERASO, A.: «Teletrabajo...», op. cit., pág. 144.

⁴¹ Con más detalle, VÁZQUEZ PEDRE, N.: *La regulación...*, op. cit., pág. 215-219.

– Decreto Castilla y León 9/2011, de 17 de marzo (en adelante, Decreto CyL), por el que se regula la jornada de trabajo no presencial mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León⁴².

– Decreto 127/2012, de 6 de julio (en adelante, Decreto Extremadura), por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura⁴³.

– Decreto 57/2013, de 12 de agosto (en adelante, Decreto C-LM), por el que se regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha⁴⁴.

– Decreto País Vasco 92/2012, de 29 de mayo (en adelante Decreto País Vasco), por el que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euzkadi y sus Organismos Autónomos⁴⁵.

– Decreto 36/2013 de 28 de junio (en adelante, Decreto Islas Baleares), por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears⁴⁶.

– Decreto 45/2013, de 5 de diciembre (en adelante, Decreto La Rioja), por el que se re-

gula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos⁴⁷.

– Instrucción de 6 de agosto de 2014 (en adelante, Instrucción Aragón), del Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, para la implantación del programa piloto de la modalidad de teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón⁴⁸.

– Decreto 82/2016, de 8 de julio, del Consell (en adelante, Decreto Valencia), por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo del personal empleado público de la Administración de la Generalitat Valenciana⁴⁹.

– Orden de 20 de diciembre de 2013 (en adelante, Orden Galicia), por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia⁵⁰.

– Orden de 3 de octubre de 2016, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (Orden Murcia), por la que se convoca un proyecto piloto experimental de teletrabajo en la Administración Pública Regional de Murcia⁵¹.

Respecto de las demás Comunidades Autónomas, se encuentran en una fase previa a la de la regulación en este tema⁵². No cuen-

⁴² BOCYL de 23 marzo 2011.

⁴³ DOE de 13 julio 2012. Aún no se ha aprobado el nuevo Decreto sobre teletrabajo, se ha publicado la Resolución de 28 de noviembre de 2016, de la Secretaría General, por la que se acuerda la apertura del periodo de información pública en relación con el proyecto de Decreto por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE na 233, de 5 de diciembre de 2016).

⁴⁴ DOC-LM de 16 de agosto 2013.

⁴⁵ BOPV de 7 junio 2012.

⁴⁶ BOIB de 29 de junio de 2013.

⁴⁷ BOR de 13 de diciembre de 2013.

⁴⁸ BOA de 18 de agosto 2014.

⁴⁹ DOGV de 14 de julio de 2016.

⁵⁰ DOG de 16 septiembre 2016.

⁵¹ BORM de 10 de octubre 2016.

⁵² La Comunidad Autónoma Canaria, por ejemplo, prevé un Disposición Adicional 3ª sobre Teletrabajo, en el Decreto 68/2015, de 30 de abril, por el que se establece el marco general para la innovación y mejora de los servicios públicos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Ca-

tan con una regulación expresa en materia de teletrabajo, pero sí han llevado a cabo la implantación de planes piloto de teletrabajo en sus respectivos ámbitos, como por ejemplo, Cataluña, que fue precursora en ejecutar un plan piloto de teletrabajo en el año 2008; o Andalucía, que ha contemplado el teletrabajo en una propuesta que realizó en el año 2012 para un «Plan de conciliación de la vida personal, familiar y laboral para el personal funcionario de la Administración General de la Junta de Andalucía»⁵³.

7. LA RELACIÓN ENTRE TELETRABAJO Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL EN LAS NORMAS AUTONÓMICAS SOBRE TELETRABAJO

La mayoría de las previsiones de los Estatutos de Autonomía en materia de conciliación se centran en el deber de dichas Administraciones de adoptar medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar. Pero solo se incorporan previsiones de carácter general, no aplicables ni exigibles en el ámbito del empleo público (y menos del privado), dada la competencia normativa exclusiva del Estado en materia laboral.

Con la escasa negociación colectiva que aborda el tema del teletrabajo, y teniendo en cuenta las normas autonómicas que sí lo regulan, podemos destacar los contenidos comunes a todas ellas, de cara a lograr cierta uniformidad en cuanto a los aspectos que deberían conformar la necesaria regulación legal del teletrabajo en el futuro.

narias. En esa Disposición Adicional 3ª destaca lo siguiente: «El departamento competente en materia de recursos humanos, inspección y calidad de los servicios públicos y tecnologías de la información y la comunicación adoptará las medidas oportunas para el desarrollo de un programa experimental de teletrabajo con la finalidad de contrastar la viabilidad de la aplicación de este sistema de prestación de servicios en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias».

⁵³ VÁZQUEZ PEDRE, N.: *La regulación ...*, op. cit., pág. 215 y ss.

7.1. Características

– Se concibe como una modalidad de jornada de trabajo⁵⁴.

– El teletrabajo tiene carácter voluntario⁵⁵. Conforme a la Sentencia TS de 11 de abril de 2005⁵⁶, una implantación no voluntaria del teletrabajo excedería del *ius variandi* normal del empresario. De ahí que se requiera la presentación de una solicitud al respecto por parte del trabajador. A veces se exige cumplimentar un formulario específico de alguno de los Programas de Teletrabajo⁵⁷.

– Esa implantación es reversible en cualquier momento a petición del empleado teletrabajador, que puede renunciar a la misma. Asimismo, la Administración de forma motivada puede revisar la autorización, tanto por necesidades del servicio como por incumplimiento de los objetivos establecidos⁵⁸.

– Se ofrece para todo empleado público, cualquiera que sea su régimen jurídico⁵⁹, personal funcionario, estatutario, laboral y docente que preste servicios en la Administración General de la Comunidad Autónoma correspondiente⁶⁰.

– El teletrabajador tendrá los mismos derechos y deberes que el resto del personal

⁵⁴ Art. 2.3 Decreto CyL. Art. 2.a) Decreto Extremadura.

⁵⁵ Art. 2 Decreto CyL. Art. 2.2 Decreto País Vasco. Art. 2 Decreto Islas Baleares.

⁵⁶ Rec. Nº 143/2004.

⁵⁷ Art. 7 Decreto Extremadura.

⁵⁸ Art. 4 Decreto La Rioja.

⁵⁹ Art. 3 Decreto Valencia.

⁶⁰ Art. 2 Decreto CyL. Art. 2.1 Decreto C-LM. Art. 2.2 Decreto País Vasco. Art. 3 Instrucción Aragón.

Sin embargo, el art. 3 Decreto Islas Baleares lo restringe, de modo que no incluye en su ámbito de aplicación de la posibilidad de utilizar esta modalidad de prestación de servicios «ni al personal docente ni al personal estatutario al servicio de la sanidad pública autonómica, ni al personal laboral de las entidades públicas empresariales, fundaciones, consorcios o sociedades mercantiles públicas del sector público de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears». En este sentido más restrictivo, también el art. 2.3 Orden Galicia.

que realice su jornada de trabajo íntegramente mediante servicios presenciales⁶¹.

– Se garantizan a los teletrabajadores, las condiciones exigidas en materia de prevención de riesgos laborales, de Seguridad Social, de privacidad, de protección y confidencialidad de los datos⁶².

– Se destaca la doble finalidad del teletrabajo, para conseguir una mejor y más moderna organización del trabajo a través del fomento del uso de nuevas tecnologías y la gestión por objetivos, así como para contribuir a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral alcanzando con ello un mayor grado de satisfacción laboral⁶³.

– No siempre, pero es frecuente, que aparezca el requisito de que el lugar desde el que se vaya a realizar el teletrabajo cumpla con la normativa vigente en materia de seguridad y salud laboral⁶⁴.

7.2. Requisitos

Los requisitos mínimos exigidos deberán poseerse durante todo el periodo de tiempo en el que el empleado público preste su servicio en jornada no presencial mediante teletrabajo⁶⁵. Con carácter general, los requisitos que se detallan a continuación se plasman en la práctica totalidad de las normas autonómicas reguladoras del teletrabajo, con alguna excepción o matiz que haremos constar cuando resulte oportuno.

Son los siguientes:

– Se exige la ocupación de un puesto de trabajo susceptible de ser desempeñado en la modalidad de teletrabajo, de conformidad con lo establecido en la propia norma autonómi-

ca⁶⁶. A estos efectos, se consideran puestos de trabajo susceptibles de ser desempeñados en la modalidad de teletrabajo los relacionados con las siguientes funciones⁶⁷:

- Estudio y análisis de proyectos.
- Elaboración de informes.
- Asesoría.
- Redacción, corrección y tratamiento de documentos.
- Inspección.
- Gestión de sistemas de información y comunicaciones.
- Análisis, diseño y programación de sistemas de información y comunicaciones.

Por tanto, quedan excluidos del ámbito subjetivo de aplicación de la norma sobre teletrabajo, aquellos empleados públicos que ocupen puestos de trabajo en oficinas de registro, atención e información al ciudadano, así como todos aquellos cuyas funciones conlleven necesariamente la prestación de servicios presenciales⁶⁸. Igualmente quedan excluidos los empleados públicos que ocupen puestos de trabajo que lleven aparejadas funciones de dirección, coordinación o supervisión, iguales o superiores a Jefes de Servicio, y las Secretarías de Altos Cargos⁶⁹.

⁶⁶ Art. 3 Decreto Extremadura.

⁶⁷ Art. 5.1 Decreto CyL. Art. 6 Decreto Extremadura. Art. 2.2 Decreto C-LM.

⁶⁸ El art. 3 Decreto CyL define los servicios presenciales como aquellos cuya prestación efectiva solamente queda plenamente garantizada con la presencia física del empleado. *Idem* en art. 3.2 Decreto Extremadura.

Idem en el art. 3.2 Decreto Islas Baleares, que añade como orientación la de que son teletrabajables los puestos de trabajo «cuyas funciones se puedan ejercer de forma telemática y que no impliquen en ningún caso el transporte de documentación en papel que contenga datos confidenciales o protegidas por la normativa de protección de datos de carácter personal, como por ejemplo la elaboración de informes, de normativa, de estudios, la asesoría o la corrección y traducción de documentos» (art. 3.3).

⁶⁹ Art. 5.1 Decreto CyL. Art. 4. 2.b) y c) Orden Murcia.

⁶¹ Art. 4.1 Decreto C-LM. Art. 4.6 Instrucción Aragón.

⁶² Art. 2 y 9 Decreto CyL. Art. 2.a) Decreto Extremadura. Art. 2.3 Decreto País Vasco. Art. 2 Decreto Islas Baleares.

⁶³ Art. 2 Decreto CyL. Art. 2.2. Decreto País Vasco. Art. 1 Decreto Islas Baleares.

⁶⁴ Art. 5.d) Decreto C-LM.

⁶⁵ Art. 5.2 Decreto CyL.

– Estar en situación de servicio activo⁷⁰ y acreditar una antigüedad mínima de dos años en cualquiera de las Administraciones Públicas⁷¹.

No obstante, la solicitud de acceso a la prestación del servicio en jornada no presencial podrá presentarse desde la situación de excedencia concedida por la Administración competente⁷².

– Tener los conocimientos suficientes, informáticos y telemáticos teóricos y prácticos, que requiere el ejercicio de las funciones objeto de teletrabajo⁷³. En ocasiones, se exige superar los cursos de formación específicos organizados por el órgano competente en materia de formación del personal empleado público de la Administración autonómica correspondiente, relativos a la prestación del servicio en la modalidad de teletrabajo⁷⁴.

– Disponer o adquirir el compromiso de disponer, en la fecha en que comience el régimen de teletrabajo, del equipo informático y sistemas de comunicación con las características que defina la Administración, en función

de la disponibilidad tecnológica y la seguridad de los sistemas⁷⁵. En otros casos, es la Administración la que se compromete a dotar de esos medios técnicos al teletrabajador⁷⁶.

Como hemos señalado anteriormente, los requisitos mínimos exigidos deberán poseerse durante todo el periodo de tiempo en el que el empleado público preste su servicio en jornada no presencial mediante teletrabajo. De ahí que las solicitudes para el cumplimiento de jornada en su modalidad de no presencial podrán ser denegadas por alguna/s de las siguientes causas debidamente justificadas⁷⁷:

- a) Por no reunir el empleado los requisitos establecidos en la norma autonómica concreta.
- b) Por cambio de puesto de trabajo.
- c) Por necesidades del servicio.
- d) Por limitaciones tecnológicas de las infraestructuras tecnológicas.
- e) Por cualquier otra causa debidamente justificada.

7.3. Criterios preferentes de autorización

Quando haya varios empleados públicos que deseen prestar el servicio mediante jornada no presencial y pertenezcan a la misma

⁷⁰ Art. 5.2 Decreto CyL. Art. 13 Decreto Extremadura. Art. 4.1. Decreto Islas Baleares. Art. 5.e) Instrucción Aragón.

Art. 12.2 Orden Murcia, que establece lo siguiente: «El equipamiento básico para realizar sus tareas a través de la modalidad de teletrabajo deberá ser aportado por el personal al servicio de la Administración».

Por su parte, el art. 14 Orden Galicia prevé lo siguiente: «El personal empleado público deberá disponer, en la fecha en que comience el régimen de teletrabajo, de un equipo informático básico con acceso a internet y de un lector de tarjeta, así como de teléfono móvil. Estos elementos no serán facilitados, en ningún caso, por la Administración de la Xunta de Galicia. Asimismo, corresponderá al/a empleado/a el mantenimiento, la reparación y la solución de incidencias imputables a su equipo informático».

⁷⁶ Art. 8.2 Decreto Valencia.

⁷⁷ Art. 7 Decreto CyL. En términos similares, art. 10.3 Decreto Extremadura.

⁷⁰ Art. 5.2 Decreto CyL.

⁷¹ Art. 5.2 Decreto CyL. Art. 14 Orden Galicia. En el art. 5.b) Decreto C-LM se precisa más este requisito: «Haber desempeñado el puesto de trabajo desde el que se accede al teletrabajo durante el año inmediatamente anterior al de presentación de la solicitud o, en el caso de que se solicite el acceso al teletrabajo desde una situación administrativa distinta a la de servicio activo que conlleve reserva del puesto de trabajo, durante el año inmediatamente anterior al pase a esa situación administrativa».

⁷² Art. 5.2 Decreto CyL. Art. 4.1 Decreto Islas Baleares, que señala expresamente lo siguiente: «También se podrá presentar la solicitud de acceso a la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo desde cualquier situación administrativa que comporte reserva del puesto de trabajo, siempre que se acredite la ocupación mínima prevista en el apartado b una vez solicitado el reingreso al servicio activo».

Sin embargo, el art. 5.3 Decreto Extremadura señala una regla más restrictiva: «Los empleados públicos solicitantes deben encontrarse en situación de servicio activo y no tener previsto el cambio de esa situación durante el tiempo que dure la autorización».

⁷³ Art. 5.2 Decreto CyL. Art. 5.4 Decreto Extremadura. Art. 4.1. Decreto Islas Baleares.

⁷⁴ Art. 5.1.f) Decreto Valencia. Art. 6.1.h) Orden Murcia.

unidad de trabajo, y por cuestiones de organización administrativa no fuera viable otorgar dicha modalidad de trabajo a todos, agotadas en su caso las posibilidades de rotación o de acuerdo entre los empleados públicos y la Administración, se valoran preferentemente, distintas circunstancias debidamente acreditadas, entre las que se suele situar en primer lugar⁷⁸, la de la conciliación de la vida familiar y personal con la laboral⁷⁹; que tengan a su cargo personas mayores de 65 años que precisen cuidados continuados, hijos menores de 12 años⁸⁰, familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con discapacidad, familiares con enfermedad grave hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad⁸¹.

Con carácter general, las referencias que se hacen a hijos e hijas se entienden hechas también a las personas que se encuentren en régimen de tutela o acogimiento permanente o preadoptivo, o simple si se prevé que dure durante todo el tiempo del teletrabajo.

Asimismo, las referencias relativas al parientes en grado de afinidad incluyen también la relación entre la persona solicitante y los parientes por consanguinidad de la pareja

⁷⁸ Sin embargo, en el art. Decreto País Vaco el criterio de la conciliación se encuentra ubicado en el tercer lugar, por detrás de:

a) Aspectos relacionados con la salud laboral de la empleada o empleado público: discapacidades permanentes o temporales.

a.1.- Tener reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento, o que tengan tal consideración en los términos que establece el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
a.2.- Alteración de la salud, que afecta a la movilidad, en la que una disminución de los desplazamientos contribuirá de manera relevante a una mejora de la salud, acreditada por el Servicio Médico.

b) Empleadas públicas víctimas de violencia de género (art. 6.1 Decreto mencionado).

Así también en el Art. 6 Decreto C-LM. En sentido similar, el art. 7 Decreto La Rioja. En segundo lugar se sitúa el criterio de la conciliación en el art. 7, que se remite al Anexo II de la Orden Murcia.

⁷⁹ Art. 15.4.a) Orden Galicia.

⁸⁰ A menores de 18 años se refiere el art. 7 Decreto Islas Baleares.

⁸¹ Art. 6.1.a) Decreto CyL. Art. 8 Decreto Extremadura.

de hecho inscrita en el Registro de Parejas Estables correspondiente⁸².

En ocasiones, se prevé la preferencia respecto de las trabajadoras embarazadas, mientras dure su situación de embarazo: «Las interesadas que cumplan los requisitos previstos en el presente decreto y acrediten encontrarse en gestación podrán solicitar y obtener preferentemente autorización para prestar el servicio durante la totalidad de la jornada laboral bajo la modalidad no presencial. La prestación del servicio en régimen de teletrabajo finalizará una vez que cesen las causas que la motivaron»⁸³.

7.4. Procedimiento de autorización o acceso al teletrabajo

– Se establece un procedimiento de tramitación, que se inicia mediante solicitud del empleado público interesado en teletrabajar⁸⁴.

– A continuación se evacúa el informe por parte del Jefe de servicio de la unidad administrativa de la que depende funcionalmente el empleado público, fijando si se cumplen los requisitos exigidos para poder teletrabajar en el puesto ocupado y que queden cubiertas adecuadamente las necesidades del servicio⁸⁵.

– En el plazo de tres meses⁸⁶, el titular de la Secretaría General de la Consejería o el titular del órgano correspondiente del Organismo Autónomo deberá dictar resolución motivada sobre la aceptación o denegación de la solicitud formulada. Esta Resolución pone fin a la vía administrativa⁸⁷.

– La resolución favorable a la prestación de la jornada en la modalidad no presencial podrá quedar sin efecto tanto a petición del

⁸² Art. 7 Decreto Islas Baleares.

⁸³ Disp. Adic. 1ª Decreto Extremadura.

⁸⁴ Art. 4 Decreto CyL.

⁸⁵ Art. 4 Decreto CyL.

⁸⁶ Por ejemplo, el art. 11 Decreto La Rioja fija el plazo de tres meses para resolver, a contar desde la solicitud. Art. 16.4 Orden Murcia. Dos meses prevé el art. 6.3 Decreto Islas Baleares.

⁸⁷ Art. 4 Decreto CyL.

empleado público como a instancia de la Consejería u Organismo Autónomo al que se encuentre adscrito, ya sea por necesidades del servicio, incumplimiento de los objetivos establecidos, así como por causas sobrevenidas que alteren sustancialmente las condiciones y requisitos que motivaron la resolución favorable. En todo caso, la resolución que deje sin efecto el teletrabajo, previa audiencia del empleado público, deberá ser motivada⁸⁸. A veces se distingue entre la suspensión de la resolución y la finalización de efectos de la misma⁸⁹.

7.5. Jornada y su distribución

7.5.1. Jornada

– Con carácter general, la jornada que se presta en régimen de teletrabajo y la jornada presencial será fijada de común acuerdo entre la unidad administrativa correspondiente y el trabajador afectado: La jornada de trabajo se desarrolla mediante teletrabajo y servicios presenciales, sin que en ningún caso la jornada diaria de trabajo pueda fraccionarse para su realización en ambas modalidades⁹⁰.

– El cumplimiento de la jornada de trabajo bajo la modalidad no presencial será fijado por acuerdo entre la Administración y el empleado público, según aconseje la mejor prestación del servicio⁹¹. En algunos casos, se prevén los límites temporales siguientes⁹²:

- La duración máxima del periodo continuado del teletrabajo será en todo caso de un año.
- El tiempo mínimo entre períodos de teletrabajo será de seis meses⁹³.

– Los períodos o días concretos de prestación de servicios mediante teletrabajo y de forma presencial se fijarán, como hemos avanzado, por el responsable de la unidad administrativa, de acuerdo con el empleado público, en función de las necesidades del servicio⁹⁴ y de la programación de las tareas.

7.5.2. Distribución de la jornada

– El porcentaje de jornada mensual en que deban prestarse servicios a través de teletrabajo se fija en la resolución de autorización, sin perjuicio de que por circunstancias sobrevenidas que afecten a la persona empleada o a las necesidades del servicio, se pueda modificar dicho porcentaje por acuerdo entre la persona empleada y el órgano competente para dictar la autorización.

– Con carácter general, la jornada de trabajo se distribuye de manera que al menos tres días a la semana se presten de forma no presencial mediante la fórmula de teletrabajo y el tiempo restante en jornada presencial⁹⁵.

– Se suele acudir a porcentajes para delimitar el horario susceptible de realización en la modalidad de teletrabajo, indicando que no podrá superar el 50% de la jornada total en cómputo semanal⁹⁶. La distribución concreta de ese horario se acuerda entre el teletrabajador y su supervisor directo, pudiendo ser por días completos, en cuyo caso se limita a un máximo de dos días por semana, o en una parte de la jornada diaria⁹⁷.

– Más se especifica⁹⁸, cuando se fija un baremo como el siguiente: El tiempo de traba-

⁸⁸ Art. 8 Decreto CyL. En sentido similar, el art. 7 Decreto C-LM.

⁸⁹ Art. 12 Decreto País Vasco. Art. 9 Decreto La Rioja.

⁹⁰ Art. 8 Decreto CyL.

⁹¹ Art. 8 Decreto CyL. Art. 4.3 Decreto Extremadura.

⁹² Art. 4.1 Decreto Extremadura.

⁹³ A tres meses se refiere el art. 8.1 Decreto Islas Baleares.

⁹⁴ Art. 8 Decreto CyL. Art. 4.3 Decreto Extremadura.

⁹⁵ Art. 8 Decreto CyL. Art. 4.2 Decreto Extremadura.

⁹⁶ Art. 4.4 Instrucción Aragón. A otro porcentaje hace referencia el art. 3 Decreto C-LM, cuando dispone lo siguiente: «En todo caso, el porcentaje de jornada de teletrabajo nunca podrá ser superior al cuarenta por ciento de la jornada de trabajo en cómputo mensual, siendo obligada la asistencia presencial al puesto de trabajo el tiempo restante».

⁹⁷ Art. 4.4 Instrucción Aragón.

⁹⁸ Art. 14 Decreto La Rioja.

jo que el empleado público teletrabajador puede realizar desde su domicilio particular será entre un 20% y un 40% de la jornada laboral que tenga reconocida y asignada en su puesto de trabajo, conforme a la normativa vigente aplicable.

Como la jornada ordinaria máxima está establecida en 37 horas y media semanales de trabajo efectivo, el 20% de la jornada laboral semanal supone un total de 7 horas y media y el 40% un total de 15 horas.

Entre las 7 horas y media y las 15 horas semanales, se puede establecer la acumulación en uno o dos días completos semanales, o su distribución irregular a lo largo de la semana que podrán disfrutarse bien al inicio, bien al final de la jornada; de 8 a 10:30 horas de la mañana y de 13 a 15:30 horas de la tarde para empleados que realicen jornada continuada.

– En el caso de que el empleado público realice una jornada flexible o jornada partida se aplicará este cómputo a la franja horaria que corresponda; en todo caso, la decisión que se adopte deberá ser consensuada entre los responsables de cada unidad administrativa y los teletrabajadores⁹⁹.

– Se establecen algunas reglas complementarias:

- Por circunstancias sobrevenidas que afecten a la persona empleada o a las necesidades del servicio, mediante resolución de la Secretaría General u órgano competente de los organismos públicos, previa audiencia del interesado, se podrá modificar la distribución de la jornada de trabajo entre la modalidad presencial y no presencial, así como reducir el número de días semanales de teletrabajo¹⁰⁰.
- No faltan las normas autonómicas que prevén que uno de los días de

jornada presencial, determinado por la persona responsable de la unidad administrativa, se dedicará a reuniones de coordinación, formación, participación en proyectos comunes, u otras cuestiones que determine dicha persona responsable¹⁰¹.

- Al finalizar el tiempo por el que autoriza la prestación en régimen no presencial, el empleado volverá a prestar servicios de acuerdo con la jornada presencial que tenía asignada previamente¹⁰².
- A veces, se prevé un régimen de prórroga del tiempo de teletrabajo máximo inicialmente fijado, de modo que «después de un año, se podrá prorrogar la autorización como máximo hasta dieciocho meses en total, previa solicitud de la persona interesada, siempre que se mantengan los requisitos y previa nueva evaluación de los criterios preferentes de autorización. No obstante, la persona interesada podrá solicitar la nueva autorización al menos dos meses antes de finalizar los dieciocho meses, para evitar que, si finalmente el nuevo procedimiento acaba con una autorización, se tenga que producir la interrupción de la prestación con esta modalidad»¹⁰³.

– Las personas que tengan concedida una reducción de jornada y obtengan una autorización para prestar servicios en la modalidad de teletrabajo tendrán que aplicar proporcionalmente la reducción a la jornada presencial y a la jornada no presencial¹⁰⁴.

– A efectos del régimen de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración autonómica, será de consideración la

¹⁰¹ Art. 8.2 Decreto País Vasco. Anexo I Solicitud Instrucción Aragón.

¹⁰² Art. 4.5 Decreto Extremadura.

¹⁰³ Art. 8.2 Decreto Islas Baleares.

¹⁰⁴ Art. 9.4 Decreto islas Baleares.

⁹⁹ Art. 14 Decreto La Rioja.

¹⁰⁰ Art. 4.4 Decreto Extremadura.

jornada y horario de trabajo correspondiente al puesto de trabajo asignado al empleado público sujeto al régimen de teletrabajo¹⁰⁵.

7.6. Control de las tareas y del horario de trabajo

Con carácter general, se prevé que el control del trabajo se realice atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados¹⁰⁶. Los criterios de control de las tareas desarrolladas mediante teletrabajo serán fijados por las personas responsables de las unidades administrativas¹⁰⁷.

De modo preferente, para ese control o evaluación del rendimiento se pueden utilizar los medios tecnológicos como instrumento de control adicional para verificar el trabajo realizado¹⁰⁸. La Directiva 90/270 dispone, en este sentido, que «no deberá utilizarse ningún dispositivo mínimo de control cuantitativo o cualitativo sin que los trabajadores hayan sido informados y previa consulta con sus representantes».

Por otro lado, no son muchos los textos autonómicos que hagan referencia a la interconexión. Cuando encontramos su previsión, es para establecer lo siguiente: «El teletrabajo, por su naturaleza, no comporta de manera inherente una especial dedicación ni horaria ni de jornada, sino una flexibilidad en la jornada y en los horarios ordinarios. No obstante, se podrán fijar periodos mínimos de interconexión para la realización del trabajo o, incluso que estos periodos de interconexión se hagan coincidir con unas franjas horarias determinadas, en las que las necesidades del servicio hacen necesaria la intercomunicación entre la Administración y la persona teletrabajadora»¹⁰⁹.

Por otro lado, durante la jornada dedicada al teletrabajo, el teletrabajador debe estar disponible en todo momento, en los términos establecidos en la correspondiente resolución de concesión, por lo que deberá tener activado el correo corporativo y el teléfono móvil indicado al efecto, y la Administración podrá requerir su presencia en las dependencias administrativas si así fuera preciso por las necesidades del servicio¹¹⁰.

7.7. Formación

A veces se prevé de forma específica y detallada el derecho a la formación del teletrabajador, cuando se señala que el órgano competente de la Administración Pública concreta organizará acciones formativas para el personal al que se le ha autorizado la prestación del servicio en la modalidad no presencial. Dichas acciones formativas suelen versar sobre el desempeño de esta jornada de trabajo no presencial, sobre protección de la salud y prevención de riesgos laborales en el puesto de trabajo y sobre protección de datos de carácter personal¹¹¹.

Asimismo, tanto las personas que asuman la supervisión de teletrabajadores como el personal teletrabajador recibirán formación acerca de la redacción, gestión y evaluación de objetivos y sobre elaboración de indicadores y resultados esperados. En los periodos de teletrabajo posteriores se tendrá en cuenta la formación recibida con anterioridad»¹¹².

7.8. Seguridad y salud laboral

El empresario es responsable de la protección de la salud y de la seguridad profesionales del teletrabajador conforme a la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la sa-

¹⁰⁵ Art. 8 Decreto CyL. Así también la Disp. Adic. 1º Decreto C-LM.

¹⁰⁶ Art. 7.2 Decreto Valencia.

¹⁰⁷ Art. 8 Decreto C-LM.

¹⁰⁸ Art. 8 Decreto C-LM.

¹⁰⁹ Art. 8.5 Decreto País Vasco. Art. 7.2 Decreto Valencia. Art. 9.5 Orden Murcia.

¹¹⁰ Art. 15.3 Orden Galicia.

¹¹¹ Art. 17 Decreto País Vasco. Art. 10 Decreto Valencia.

¹¹² Art. 17 Decreto País Vasco. Art. 10 Decreto Valencia.

lud de los trabajadores en el trabajo, así como a las directivas particulares, legislaciones nacionales y convenios colectivos pertinentes.

El empresario debe informar al teletrabajador sobre la política de la empresa en materia de salud y seguridad en el trabajo, en especial sobre las exigencias relativas a las pantallas de datos. Por su parte, el teletrabajador debe responder poniendo en práctica correctamente estas políticas de seguridad.

Para verificar la correcta aplicación de las normas en materia de seguridad y salud laboral, el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tienen acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites de la legislación y de los convenios colectivos nacionales.

Si el teletrabajador trabaja en el domicilio, este acceso estará sometido a previa notificación y consentimiento previo. El teletrabajador está autorizado a pedir una visita de inspección.

Asimismo, el teletrabajador podrá solicitar al Servicio de Prevención de Riesgos Labores el examen del puesto de trabajo en su domicilio particular. Se accederá a esa petición cuando el Servicio considere que es necesaria esa presencia domiciliaria.

En caso de que el Servicio de Prevención recomiende adoptar medidas correctoras en el puesto de trabajo, suele indicarse que será responsabilidad del personal teletrabajador su implantación¹¹³.

La doble faceta de los instrumentos tecnológicos no solo como herramientas para la ejecución del trabajo sino también para la fiscalización del mismo¹¹⁴, hace que transiten «por «zonas liminares» imbricadas en los derechos

¹¹³ Art. 18.4 y 5 Decreto la Rioja.

¹¹⁴ ALEMÁN PÁEZ, F.: «Digitalización del trabajo...», *op. cit.*, pág. Añade dicho autor que «La informática, la robótica y la automatización masiva de los procesos de producción, por un lado, y la cibervigilancia y los sistemas multifacéticos de control digital, de otro, representan sendos contrapuntos de una problematización compartida». El autor citado finaliza afirmando que si cada día la digitalización del trabajo gana en sofisticación exponencialmente, «mutatis mutandis» podemos

de privacidad e intimidad»¹¹⁵. De ahí que se exija la notificación y el consentimiento previos al acceso a su domicilio, para comprobar la correcta aplicación de las normas en materia de seguridad y salud laboral.

Por otro lado, con la intención de corregir los desequilibrios del trabajo a distancia y los riesgos sociolaborales producidos por la hiper-conectividad derivada de la digitalización, es necesario reflexionar sobre el derecho de desconexión digital. Se trata de una categoría instituida recientemente por el ordenamiento francés («droit á la déconnexion») para hacer frente a las demandas planteadas por la revolución digital¹¹⁶. Ni en las normas autonómicas españolas ni en la negociación colectiva se prevé ningún contenido al respecto, pero sería conveniente incluirlo con la finalidad protectora de la salud de los teletrabajadores.

8. EL TELETRABAJO COMO MEDIDA FAVORECEDORA DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

La flexibilidad horaria es una de las principales ventajas del teletrabajo, de cara a lograr un equilibrio entre la vida personal, familiar y laboral. Gracias a esa flexibilidad, los empleados públicos pueden armonizar el trabajo con sus responsabilidades familiares y con los horarios fijos del resto de miembros de la familia, como la hora de entrada o de salida del colegio de sus hijos.

Para la Administración el teletrabajo se traduce en una reducción del absentismo provocado por determinados acontecimientos familiares imprevisibles de los que el trabajador tiene que ocuparse. Asimismo, se facilita la contratación de personal cualificado con in-

aseverar respecto del desarrollo de las herramientas de control laboral mediante utensilios informáticos. *Ibidem*.

¹¹⁵ ALEMÁN PÁEZ, F.: «Digitalización del trabajo...», *op. cit.*, pág.

¹¹⁶ ALEMÁN PÁEZ, F.: «Digitalización del trabajo...», *op. cit.*, pág.

dependencia de su residencia, lo que favorece la implantación de esta forma de trabajar¹¹⁷.

Se supone que, a mayor flexibilidad, mayor posibilidad de conciliar la vida personal o familiar con la profesional, y por tanto de tener una mayor calidad de vida. Sin embargo, hay una serie de factores que influyen sobre este supuesto idílico, como son las características de la persona que teletrabaja, de su familia y del entorno laboral¹¹⁸.

8.1. Respeto de las características del teletrabajador

La autodisciplina, así como la capacidad de organización y gestión del teletrabajador son determinantes a la hora de, o bien priorizar las necesidades de la familia, o bien ejecutar las tareas de su trabajo. Cuando el teletrabajador muestra esas virtudes, no cae ni en el error de aumentar el tiempo dedicado al trabajo en detrimento de la familia, ni en el otro no menos arriesgado de aumentar las responsabilidades domésticas haciendo dejación de sus funciones en el trabajo.

Para evitar esos posibles peligros que acabamos de mencionar, se suelen desarrollar estrategias de gestión de los límites en el teletrabajo, pudiendo distinguirse fundamentalmente aquellas que se orientan a la integración de la familia y el trabajo, y que requieren de una mayor flexibilidad. Junto a aquellas, están las que se orientan a la segmentación, que precisan de un esfuerzo emocional adicional para separar la vida personal y familiar, respecto de la laboral¹¹⁹.

8.2. Respeto de la propia familia del teletrabajador

Es imprescindible valorar algunos elementos relevantes, derivados de las particularida-

¹¹⁷ APARICIO GARCÍA-RISCO, G.: *La igualdad entre hombres y mujeres en el empleo público laboral*, tesis doctoral, inédita, 2014, págs. 437-438.

¹¹⁸ Seguimos la exposición de APARICIO GARCÍA-RISCO, G.: *La igualdad...*, op. cit., pág. 431.

¹¹⁹ APARICIO GARCÍA-RISCO, G.: *La igualdad*, op. cit., pág. 433.

des de cada familia, el sexo de la persona que teletrabaja, el número de hijos que viven en el hogar familiar y sus edades, así como la presencia de otra persona que cuide de los mismos. También la corresponsabilidad de la pareja hacia la familia es un ingrediente clave para una mayor conciliación de la vida laboral y familiar a través del teletrabajo.

Por lo que respecta a la influencia del sexo, hemos señalado al inicio del presente trabajo, que el teletrabajo es utilizado mayoritariamente por mujeres. No obstante lo anterior, en ocasiones, las mujeres no se muestran favorables a adoptar el teletrabajo porque consideran que contribuye a reafirmar su responsabilidad sobre las tareas domésticas al estar más tiempo en el hogar, lo que no sucede cuando trabajan fuera de su domicilio. De ser cierto esto último, esto es, que el teletrabajo puede llegar a empeorar la injusta división de tareas domésticas para las mujeres, habría que incentivar el teletrabajo masculino en la Administración, de modo que así los hombres llegasen a dedicar más tiempo al hogar y se consiguiese mayor equilibrio en este sentido¹²⁰.

8.3. Respeto del entorno laboral

El lugar en el que se lleva a cabo la prestación puede condicionar dicha autonomía para organizar y desarrollar el trabajo. La modalidad más flexible sería aquella en la que la prestación se realiza en el propio domicilio, al poderse ejecutar en cualquier momento del día. Por el contrario, cuando se trabaja en un telecentro o de forma itinerante, la flexibilidad es menor y los condicionantes provienen de los horarios de apertura y cierre del telecentro, o de las demandas de los propios clientes. Sin embargo, a mayor flexibilidad, más se desvanece la distinción entre tiempo de trabajo y tiempo libre, por lo que sí que es conveniente establecer ciertos límites temporales a la jornada de teletrabajo¹²¹.

¹²⁰ APARICIO GARCÍA-RISCO, G.: *La igualdad*, op. cit., pág. 433.

¹²¹ APARICIO GARCÍA-RISCO, G.: *La igualdad*, op. cit., pág. 423-424.

Por otro lado, nos encontramos con la autonomía de organización del trabajo condicionada por el tipo de conexión con la Administración. De este modo, si se teletrabaja online, el control ejercido por el empresario implica respetar los horarios de trabajo de la empresa, mientras que si se desarrolla desconectado, permite una distribución más libre de la jornada y descansos¹²².

En relación con el entorno laboral y cuando el lugar elegido para trabajar a distancia sea el domicilio de la persona, es destacable la repercusión que puede tener la disponibilidad de una zona de trabajo en el hogar. Cuando se teletrabaja se produce una intrusión del trabajo en el espacio familiar, de manera que o bien se lleva a cabo una reorganización de la vivienda o bien se van utilizando de modo alternativo los espacios comunes de la familia, lo que puede difuminar los límites entre familia y trabajo. El número de horas de trabajo o la frecuencia de interrupciones en casa podrán controlarse mejor si se dispone de un espacio apropiado para trabajar en el domicilio¹²³.

9. CONCLUSIONES

La regulación normativa del teletrabajo es escasa y difusa, en la medida en que ni disponemos de normas comunitarias europeas al respecto salvo el AMET, ni tampoco de una generalizada regulación en nuestra negociación colectiva, ni menos aún de una norma legal que prevea su régimen jurídico general.

Partiendo de que el teletrabajo es un instrumento útil para alcanzar, o al menos, favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, las Administraciones Públicas Autonómicas han procedido a implantar programas de teletrabajo, con una regulación bastante similar entre ellas y también en relación con el AMET, en cuanto a las características,

requisitos, procedimiento de autorización o acceso al teletrabajo, etc.

En dicha regulación se observan deficiencias, como la no previsión del derecho de desconexión. A mayor flexibilidad en la jornada de trabajo, más difícil resulta diferenciar entre tiempo de trabajo y tiempo de ocio, por lo que sería conveniente establecer ciertos límites temporales a la jornada de teletrabajador, y la previsión del derecho de desconexión resulta necesaria.

También se hacen patentes evidencias como que no se consideran teletrabajables los puestos de dirección y de libre designación, lo que conlleva que los trabajadores vean perjudicada su carrera profesional si optan por el teletrabajo. Si añadimos a lo anterior el hecho de que es el sexo femenino el que de forma predominante se ayuda del teletrabajo, para conciliar mejor sus responsabilidades familiares y laborales, el resultado final puede ser el de que el teletrabajo incremente las dificultades de las mujeres teletrabajadoras para promocionar profesionalmente.

Por otro lado, sería conveniente que tanto el legislador comunitario europeo como el español procediesen a regular el teletrabajo mediante una norma jurídica de carácter general, que uniformase los regímenes jurídicos previstos por las Administraciones Públicas Autonómicas, al mismo tiempo que sirviese de base para su desarrollo posterior por la negociación colectiva, estableciendo unas garantías mínimas para los teletrabajadores. Recordemos que una de las razones de que se favorezca la implantación del teletrabajo es la posibilidad de contratar sin tener en cuenta la residencia del trabajador. La falta de una regulación general produce inseguridad jurídica, y desprotección a los trabajadores, por mucha flexibilidad que se aporte a la organización del trabajo mediante la modalidad del teletrabajo. Por tanto, la aprobación de una regulación normativa de mínimos permitiría prevenir situaciones de desprotección de los teletrabajadores.

¹²² APARICIO GARCÍA-RISCO, G.: *La igualdad, op. cit.*, pág. 427.

¹²³ APARICIO GARCÍA-RISCO, G.: *La igualdad, op. cit.*, pág. 435.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV: *Perspectiva internacional del teletrabajo. Nuevas formas de trabajo en la Sociedad de la Información*. CIDEAC, Informes y Estudios, Serie Empleo nº 16, MTAS, Madrid, 2001.
- AGUILAR GONZÁLEZ, M^a. C.: «EL teletrabajo como medida conciliadora de la vida aboral, personal y familiar», en MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.): *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*, Publ. Delta, Madrid, 2015, págs. 539-562.
- ALARCÓN CARACUEL, M.: «Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales», en PLAZA PENADÉS, J. (Coord.): *Cuestiones Actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICS)*, Monografía nº 4, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- ALARCÓN CARACUEL, M., ESTEBAN LEGARRETA, R. (Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bormarzo, Alicante, 2004.
- ALEMÁN PÁEZ, F.: «Digitalización del trabajo, poder de control empresarial y derechos fundamentales de los trabajadores», en *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. I, Cambios tecnológicos y nuevos retos para el mundo del trabajo: (Portugal, España, Colombia, Italia, Francia)* / coord. por SERRANI, L., MELLA MÉNDEZ, L. (dir.), 2017, págs. 385-418.
- BELZUNEGUI ERASO, A.: *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*. Ed. CES, Madrid, 2002.
- BELZUNEGUI ERASO, A.: *Teletrabajo en España, acuerdo marco y Administración Pública*, Revista RIO, Nº 1, 2008.
- BELZUNEGUI ERASO, A.: «Marcos jurídicos y experiencias prácticas de teletrabajo».
- BENITO-BUITRÓN OCHOA, J. C.: «Teletrabajo y Seguridad Social», en AAVV: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Madrid, MTAS, 2000.
- CAAMAÑO ROJO, E.: «El teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares». *Revista de derecho (Valparaíso)*, (35), 2010, págs. 79-105. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000200003>
- CAVAS MARTÍNEZ, F., FERNÁNDEZ-ORRICO, F. J.: «La cobertura de las contingencias profesionales en el Sistema español de Seguridad Social», Cuadernos de Aranzadi Social nº 24/2005, BIB 2005/2652.
- DE LAS HERAS GARCÍA, A.: *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, Ed. CEF, Madrid, 2016.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: «Teletrabajo», Ponencia Temática III, en AAVV: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Teletrabajo y Derecho colectivo del trabajo. Algunas reflexiones», en AAVV: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ VILLARINO, R.: «Dependencia y voluntariedad en el teletrabajo: elementos a debate a propósito de recientes materiales normativos y jurisprudenciales», en <http://www.comfia.net>.
- GAETA, L.: «Telelavoro: legge e contrattazione», en *Giornale di diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1995, nº 4.
- GALA DURÁN, C.: «Teletrabajo y sistema de Seguridad Social», *RL* nº 15-16, 2001.
- GALLARDO MOYA, R.: *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: de la máquina de hilar al ordenador*, *Ibidem*, Madrid, 1998.
- GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2005.
- GARCÍA-PERROTE, I.: «El control empresarial del uso por el trabajador del ordenador», *IL*, jurisprudencia, nº 11, 2008, págs. LN 2 a LN 9.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «El teletrabajo (Acuerdo marco de 16 de julio de 2002)», en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2005.
- HERNANDO DE LARRAMENDI, A.: «Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo», *RL* nº 21, 2003.
- HIERRO HIERRO, F. J.: «Las nuevas perspectivas laborales en la sociedad de la información: el teletrabajo (un ejemplo a tener en cuenta)», *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, Vol. VI, nº 119 (73), 2002. (<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn119-73.htm>).

- IGARTUA MIRÓ, M^a. T.: «La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales», *AL* n° 22, 2007.
- INFORME CES n° 04/2016, titulado «Nuevos hábitos de consumo, cambios sociales y tecnológicos», Ed. CES, Madrid, 2017.
- JEFFERY, M.: «Derecho del Trabajo en la sociedad de la información», en PEGUERA POCH, M. (Coord.): *Derecho y nuevas tecnologías*, UOC, Barcelona, 2005.
- JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- LEONÉS SALIDO, J. M.: «Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España», *AJA* n° 431, 2000.
- Libro Blanco del Teletrabajo en España*, junio 2012.
- Libro Blanco del Teletrabajo en Repsol YPF*, 2012.
- LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M.: *La conciliación de la vida familiar y laboral en serio: apuntes constitucionales para una conciliación acorde con la igualdad y el principio de no discriminación por razón de sexo*, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XXXVII, San Lorenzo del Escorial, 2004, pp. 78-83.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., RON LATAS, R. P.: «Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español», en *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado* / coord. por VILLALBA SÁNCHEZ, A.; MELLA MÉNDEZ, L. (ed. lit.), 2015, págs. 31-46.
- MELLA MÉNDEZ, L. (Edit.), VILLALBA SÁNCHEZ, A. (Coord.): *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*. Colección Monografías, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- MELLA MÉNDEZ, L.: «Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo», *AS* n° 11, 1998.
- MELLA MÉNDEZ, L.: «Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo», *RL* n° 1, 2003.
- MERCADER UGUINA, J.: *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996.
- NILLES, J. M.: *The Telecommunications-Transportation Tradeoff. Options for Tomorrow*. New York: John Wiley & Sons, 1976.
- ORTIZ CHAPARRO, F.: *El teletrabajo. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant monografías, Valencia, 1990.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «El trabajo subordinado como tipo contractual», *DL* n° 39, 1993.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., THIBAUT ARANDA, J.: «El uso del ordenador y la buena fe (A propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, Rec. 966/2006)», *RL* n° 6/ 2008).
- PÉREZ SÁNCHEZ, C. y GÁLVEZ MOZO, A. M.: «Teletrabajo y vida cotidiana: ventajas y dificultades para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral», en *Athenea Digital* n° 15, págs... 57-79.
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «Teletrabajo: Delimitación, negociación colectiva y conflictos», (págs. 329-417), publicado dentro de la obra colectiva titulada *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, dirigida por C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI (Ed. Eolas, León, 2014).
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura», Ponencia invitada en la Conferencia de la Comisión española sobre el Futuro del Trabajo, de la OIT, celebrada el día 28 de marzo de 2017; publicada en la página web de la OIT, pendiente de publicación en papel en la obra colectiva correspondiente editada por el Servicio de Publicaciones del MEYSS.
- RIVERO LAMAS, J.: «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo», en AAVV: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Madrid, MTAS, 2000.
- RODRÍGUEZ SANUDO, F.: «La integración en el ámbito de la relación laboral», en AAVV: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.
- SAGARDOY DE SIMON, I.: «Teletrabajo ¿esperanza o realidad?», *RMTAS* n° 11, 1998.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Teletrabajo y poder de dirección: el control a distancia», en AAVV: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Madrid, MTAS, 2000.

- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., SEMPERE NAVARRO, A. V.: *TIC's en el ámbito laboral*. Claves Prácticas Francis Lefebvre, Madrid, 2015.
- SANTOS FERNÁNDEZ, D.: «El poder disciplinario en el trabajo», en AAVV: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Madrid, MTAS, 2000.
- SELLAS I BENVINGUT, R.: *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- SELLAS I BENVINGUT, R.: «Teletrabajo: naturaleza jurídica y relaciones laborales», *TS* n° 92-93, 1998.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., KAHALE CARRILLO, D. T.: *Teletrabajo*. Colección Claves Prácticas Francis Lefebvre, Madrid, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- SERRANO GARCÍA, J. M^a.: «Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco Europeo de 16 de julio de 2002», *RL* n° 20, 2002.
- SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. CES Junta de Andalucía, Sevilla, 2011.
- USHAKOVA, T.: «El teletrabajo en el derecho de la OIT». *Revista de información laboral*, N°. 9, 2015, págs. 55-75.
- THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*. 2ª ed. CES Colección Estudios, Madrid, 2001.
- THIBAUT ARANDA, J.: «Teletrabajo y teledisponibilidad», en AAVV.: *La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000.

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza el teletrabajo y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral desde dos perspectivas. La primera lo aborda teniendo en cuenta que, en la sociedad de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación, el teletrabajo es un instrumento que posibilita no solo la modernización en la organización y gestión del trabajo, sino también la conciliación mencionada.

Para esta parte de la investigación realizada, ha resultado metodológicamente imprescindible, comprobar si existe regulación normativa sobre el tema en el ámbito europeo y comunitario. Asimismo, se ha considerado necesario revisar si nuestro ordenamiento jurídico-laboral cuenta con alguna referencia normativa al teletrabajo, y si la misma se relaciona con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Como resultado de dicha investigación, se ha confirmado la ausencia de normas jurídicas sobre teletrabajo en el ámbito europeo, a excepción del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo.

En relación con nuestro ordenamiento jurídico-laboral interno, la regulación del teletrabajo carece de normativa legal de referencia, salvo el art. 13 ET, de modo que se suele acudir al Acuerdo adoptado por los agentes sociales en el seno de la Unión Europea, para orientarse jurídicamente en la materia de teletrabajo.

Siguiendo la metodología de agotar las fuentes normativas, y partiendo de la pauta marcada por el Acuerdo Marco Europeo, se ha realizado un análisis de la negociación colectiva interna, en la cual se observan escasas referencias al teletrabajo.

Además de estudiar la Orden ministerial APU/1981/2006, de 21 de junio, que promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos del Ministerio de Administraciones públicas, en el presente trabajo se profundiza en el contenido de los instrumentos autonómicos que, en forma de Decreto o de Instrucción u Orden, regulan el teletrabajo en las Administraciones de determinadas Comunidades Autónomas, en concreto, en 10 de las 17 que componen el mapa autonómico de nuestro país.

Las normas autonómicas españolas sobre teletrabajo establecen su régimen jurídico, regulando aspectos como la jornada y su distribución, los criterios preferentes de autorización o acceso al teletrabajo por motivos de conciliación, y demás previsiones sobre las que se profundiza a lo largo de nuestro estudio. Por eso, se ha realizado una comparación entre los distintos regímenes jurídicos autonómicos previstos al respecto.

De entre las distintas condiciones, destaca la relativa a la jornada y a la distribución de la misma. En este sentido, se suele establecer una jornada a tiempo parcial prestada bajo la forma de teletrabajo, y que se combina con el resto de la jornada que tendrá carácter presencial.

La segunda perspectiva desde la que se analiza el teletrabajo y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, pone el foco de atención en que el teletrabajo que permite conciliar, incorpora elementos que pueden distorsionar el loable objetivo previsto de conciliación entre las responsabilidades familiares y laborales. Así sucede cuando aspectos como, por ejemplo, el control de realización de las tareas, el derecho de desconexión o el deber de interconexión carecen de una regulación adecuada, protectora de la salud y seguridad laboral de los teletrabajadores, y de sus derechos fundamentales a la dignidad y a la intimidad.

De este modo, la mayor flexibilidad que procura el teletrabajo se ve condicionada por factores que guardan relación con la persona del teletrabajador, con su familia y con el propio entorno laboral. Esos elementos pueden conllevar efectos negativos sobre la flexibilidad pretendida, como cuando falta la capacidad de autoorganización del tiempo, o si

no se dispone de un lugar adecuado para trabajar, o si las circunstancias familiares no son atendidas de manera equilibrada respecto de los requerimientos laborales.

Por todo lo anterior, concluimos que resulta más que necesaria una regulación normativa del teletrabajo desde el ámbito estatal y europeo, que termine con la escasez de normas, con la inseguridad y deficiencias de las existentes, y con la desprotección de los teletrabajadores.

Palabras clave: Teletrabajo, conciliación, acuerdo marco europeo, acceso al teletrabajo, criterios preferentes, jornada, control de tareas y horario, formación, seguridad y salud.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT

In this paper, teleworking and work-life balance are analysed from two perspectives. The first addresses it taking into account that, in the society of Information Technology and Communication, teleworking is an instrument that enables not only modernization in the organization and management of work, but also the aforementioned work-life balance.

For this part of the research, it has been methodologically essential to check whether there is some regulation on the subject at European and Community level. Likewise, it has been considered necessary to review whether our legal-labour code has any regulation referred to teleworking, and whether it relates to the work-life balance issue.

As a result of this research, we have confirmed the lack of regulations on teleworking at European level, with the exception of the European Framework Agreement on Teleworking.

In relation to our internal legal-labour law, the regulation of teleworking lacks reference laws, except article 13 ET (Workers' Statute), so the Agreement adopted by social agents within the European Union is usually taken into account to provide legal guidance on teleworking.

Following the methodology of exhausting all regulation sources, and starting from the guideline of the European Framework Agreement, an analysis of the internal collective negotiation has been carried out, in which scarce references to teleworking are observed.

In addition to studying the Ministerial Order APU/1981/2006, of June 21st, which promotes the implementation of pilot teleworking programs in the departments of the Ministry of Public Administrations, in this paper we analyse the contents of instruments from autonomous regions that, in the form of Decree, Instruction or Order, regulate teleworking in the Administrations of certain Autonomous Communities, specifically, in 10 out of the 17 that make up the regional map of our country.

The Spanish autonomous regulations on teleworking establish their legal regime, regulating aspects such as working days and their distribution, preferential criteria for authorization or access to teleworking for work-life balance reasons, and other benefits being analysed in depth throughout our study. For this reason, a comparison has been made between different autonomous legal regimes foreseen in this regard.

Among different conditions, we can highlight the one related to working days and their distribution. In this sense, a part-time workday is usually established that is provided in the form of teleworking and is combined with the rest of a face-to-face workday.

The second perspective from which teleworking and work-life balance are analysed focuses on the fact that teleworking which allows to balance work and family life incorporates elements that can distort the laudable objective of work-life balance. This is the case when aspects such as, for example, the control of completion of tasks, the right to disconnect or the duty of interconnection lack an adequate regulation, protective of health and safety of teleworkers, and their fundamental rights to dignity and intimacy.

This way, the greater flexibility offered by teleworking is conditioned by factors that are related to teleworkers as individuals, their families and their own work environment. These elements can have negative effects on the intended flexibility, such as when there is a lack of capacity for time management, or if an adequate place to work is not available, or if family circumstances are not addressed in a balanced manner with respect to work requirements.

For all the above, we conclude that it is more than necessary a regulation of teleworking from national and European level, which ends with the shortage of standards, with insecurity and deficiencies of existing ones, and with the lack of protection of teleworkers.

Keywords: Teleworking, work-life balance, European Framework Agreement, access to teleworking, preferential criteria, workday, control of tasks and timetables, training, safety and health.

El mercado laboral español y la conciliación de la vida profesional, familiar y personal: necesidad de un cambio de modelo económico, social y cultural

The Spanish labour market and work-life balance: the need for a change in the economic, social and cultural model

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ-CREHUET SANTOS*

INTRODUCCIÓN

Ser capaz de integrar la vida laboral, familiar y personal es una faceta fundamental de las personas. Independientemente del tipo de ocupación que se tenga, la etapa laboral en la que uno se encuentre, el estatus que se posea o el nivel salarial obtenido, el reto de poder conciliar nos afecta a todos¹.

Los cambios que se han producido en los últimos decenios (la incorporación de la mujer al mercado laboral, el incremento de una economía globalizada, el mantenimiento de unos horarios que han sido heredados de épocas anteriores donde existían trabajos de mañana o de tarde y la tendencia hacia la extensión real de la jornada laboral) están ejerciendo una presión en la interdependencia, siempre existente, entre la esfera familiar, laboral y personal, agudizando dicha

problemática presente en nuestra vida cotidiana.

Para poder armonizar la vida personal, familiar y profesional no hay que solventar una cuestión, sino varias. Ello no depende solamente del fomento y aplicación de políticas y modelos para conciliar familia-trabajo. De hecho, la dimensión de este problema parece multiplicarse, pues lo que comenzó como algo específico del ámbito laboral, incluye hoy aspectos culturales, educativos, económicos, etc². Su planteamiento más bien depende del punto de vista desde el que se observe, de las estrategias que se pongan en marcha para solucionarlo y de los objetivos que tales estrategias promuevan³.

² FERNÁNDEZ-CREHUET, J.M., GIMENEZ-NADAL, J.I. Et Reyes Recio, L.E. Social Indicator Research (2016b) «The National Work-Life Balance Index®: The European Case» 128: 341. <https://doi.org/10.1007/s11205-015-1034-2>

³ Cfr. CORRÓ, Ángela, GARCÍA, Pablo (2013). «Problemas y contradicciones de las políticas de conciliación trabajo-familia: análisis y propuestas desde la sociología relacional» Revista Internacional de Organizaciones, nº 10, junio 2013, 109-129 ISSN: 2013-570X; EISSN: 1886-4171.

* Universidad Politécnica de Madrid.

¹ FERNÁNDEZ-CREHUET, J.M. (2016a). «La Conciliación de la Vida Profesional, Familiar y Personal: España en el contexto europeo». Madrid, España: Ediciones Pirámide.

LA SITUACIÓN ECONÓMICA Y EL MERCADO LABORAL DE ESPAÑA REPERCUTEN DIRECTAMENTE SOBRE LA CONCILIACIÓN LABORAL

Diversos informes sobre el estado del mercado laboral español indican que a pesar de que la economía se está recuperando y de que el PIB en 2017 se sitúa en niveles anteriores a la crisis, no ocurre lo mismo con el empleo. La reducción en la cifra de desempleados y el aumento en la ocupación, no han sido suficientes para alcanzar los 20 millones de ocupados existentes en 2008⁴.

Además, el empleo creado, ha empeorado la calidad de las condiciones laborales. Abundan los nuevos contratos a tiempo parcial, temporales y con salarios congelados o a la baja.

Según el ministro de Economía, Industria y Competitividad, Luis de Guindos, la economía española crecerá este año claramente por encima del 3% y se crearán medio millón de puestos de trabajo, de forma que la tasa de paro se situará próxima al 16%, lo que supone diez puntos menos que la alcanzada en el peor momento de la crisis. A pesar de las previsiones del gobierno de alcanzar en 2020 unos datos de empleo similares a 2008, otras predicciones más cautas como el informe *Spain: Skill Supply Demand up to 2025* del Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (CEDEFOP) lo sitúan en 2025 por una menor previsión en las tasas de crecimiento y por el índice de elasticidad PIB/empleo aplicado⁵.

Tomar como referencia el año 2008 donde la tasa de desempleo se situaba en torno al

13% (seguramente algo más baja por la economía sumergida) sigue siendo una cifra elevada. Además, hemos de tener en cuenta que según el informe anual del Instituto Nacional de Estadística (INE) publicado como avance provisional a principios de enero de 2017⁶, la población española sigue descendiendo por quinto año consecutivo. El padrón disminuyó en 17.982 personas, por lo que son 46,5 millones de habitantes los que tiene España en dicha fecha. Dicha reducción es debida al éxodo de extranjeros, que incluso disminuyen un 1,5% con respecto al año anterior. El padrón español había incrementado su población anualmente desde la publicación de sus datos en 1998. Desde 2012 comenzó el declive acentuado en 2013 donde casi medio millón de extranjeros dejaron España. A lo largo de 2016, continúa con menor fuerza la tendencia a la baja, con una pérdida de 68.723 personas. Hoy en día contamos con un 90,2% del total de la población de nacionalidad española y un 9,8% con otras nacionalidades.

La conciliación laboral y familiar sigue siendo clave para el aumento de la natalidad⁷. El Círculo de Empresarios en un documento titulado *Estado de Bienestar: Consolidar la incorporación de la mujer al trabajo y aumentar la natalidad*⁸ se propone, entre otras propuestas que nos parecen acertadas, facilitar la conciliación laboral y familiar mediante la mejora de las infraestructuras y servicios para el cuidado de niños en edad pre-escolar, especialmente de 0 a 3 años, mediante el desarrollo de una red más amplia de guarderías; adaptar

⁶ *Estadística del Padrón Continuo. Datos provisionales a 1 de enero de 2017*. Instituto Nacional de Estadística. <http://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/t20/e245/p04/provi&file=pcaxis>

⁷ FERNANDEZ-CREHUET, J.M., GIMENEZ-NADAL, J.I. & DANVILA DEL VALLE, I. Social Indicator Research (2017a) «*The International Multidimensional Fertility Index: The European Case*» 132: 1331. <https://doi.org/10.1007/s11205-016-1341-2>

⁸ Cfr. *Estado de Bienestar: Consolidar la incorporación de la mujer al trabajo y aumentar la natalidad*. Círculo de Empresarios, 2016 <http://circulodeempresarios.org/app/uploads/2016/07/Estado-de-Bienestar-consolidar-la-incorporacion-de-la-mujer-al-trabajo-y-aumentar-la-natalidad.pdf>

⁴ Cfr. *Informe sobre el Estado del Mercado Laboral Español 2016*, Infojobs-ESADE.

<https://nosotros.infojobs.net/prensa/informes/informe-el-estado-del-mercado-laboral-espanol-2016>

⁵ Cfr. *Skills forecasts country report Spain*. European Centre for the Development of Vocational Training, 2015.

<http://www.cedefop.europa.eu/printpdf/publications-and-resources/country-reports/spain-skills-forecasts-2025>

el calendario y los horarios escolares a los laborales; y favorecer una mayor incorporación de la mujer al mercado laboral, mediante un nuevo esquema de permisos parentales compartidos, fomentando también el teletrabajo.

Entre las nuevas medidas anunciadas para los Presupuestos de 2018 se destaca la ampliación del permiso por paternidad en una semana, hasta un total de 5 semanas. Los padres sumarían así cinco semanas en total de baja por el nacimiento de un nuevo hijo y, entre ambos progenitores, sumarían un total de 21 semanas de permiso. Se trata de una de las exigencias que Ciudadanos trasladó al Partido Popular como condición para apoyarles en la tramitación de los presupuestos generales del estado. Entre sus peticiones también han incluido un cheque guardería para reducir el coste de la educación infantil para niños de 0 a 3 años. Por su parte, el Partido Socialista quiere que se equipare el permiso de paternidad con el de maternidad de forma progresiva, de forma que en 2018 los padres disfruten de seis semanas de permiso, en lugar de las cuatro actuales, y plantean que sean obligatorias y no voluntarias.

La armonización de horarios, tratando de acercar el escolar de los hijos y el laboral de los padres, al igual que los días de vacaciones de ambos, es clave para la educación de los hijos⁹. En ese aspecto, se ha avanzado muy poco.

Es conocido también el efecto negativo que sobre la financiación del estado del bienestar tendrá el envejecimiento demográfico en España. Actualmente la población con más de 65 años es ahora el 18% del total, y en 2031 alcanzarán el 25%. Eso significa que uno de cada cuatro dependerá de las rentas de los trabajadores activos, que a su vez disminuirán notablemente en los próximos años, a juzgar por las previsiones de población y actividad realizadas por el Instituto Nacional de

Estadística. Cada vez menos gente trabajando deberá financiar las prestaciones dinerarias y sanitarias de cada vez más gente jubilada¹⁰.

Por otra parte, la moderación salarial por la que abogaba el Banco de España durante los últimos años parece que ha favorecido una generación de empleo significativa¹¹. Los salarios aún no han recuperado los niveles previos al estallido de la crisis. Según los datos de la Encuesta anual de coste laboral, los sueldos en términos reales, descontando el incremento del IPC en 2016, todavía se sitúan un 2,5% por debajo del nivel de 2008¹². Frente a la postura de que es la hora de que suban los sueldos, el Banco de España continúa insistiendo en la necesidad de que las subidas salariales se adecuen a las condiciones específicas de las empresas, evitando subidas generalizadas.

Con respecto a los funcionarios, la posible subida salarial de un 8% en tres años para los funcionarios (2018-2020), parece que debería tener en cuenta entre otras cosas los objetivos de déficit público que tanto marcan las políticas del gobierno ante la vigilancia de la Unión Europea para que los gobiernos nacionales cumplan con los compromisos adquiridos. Recordemos que la propuesta actual pasa por establecer unos incrementos crecientes que irían desde el 1,5% en 2018, el 1,75% en 2019 y alcanzarían un 2% en 2020. A estas subidas anuales habría que añadir una parte variable que se calcularía en función del crecimiento económico.

¹⁰ *Población y fenómenos demográficos proyectados*. Instituto Nacional de Estadística. http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176953&menu=ultiDatos&tidp=1254735572981

¹¹ *Proyecciones Macroeconómicas de la Economía Española (2017-2019)*. Banco de España. https://www.bde.es/bde/es/areas/analisis-economi/analisis-economi/proyecciones-mac/Proyecciones_macroeconomicas.html

¹² *Coste laboral anual por trabajador Año 2016*. Instituto Nacional de Estadística. http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736060920&menu=ultiDatos&tidp=1254735976596

⁹ Cfr. FERNÁNDEZ-CREHUET, J.M. (2017b) *Innovación social: Conciliación, horarios y tareas escolares*. Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, 2017.

Hemos de tener en cuenta que la deuda del conjunto de las administraciones públicas, clave en la política económica actual, batió un nuevo récord en el segundo trimestre del año 2017, con un aumento de 8.890 millones de euros frente al trimestre anterior, hasta situarse en 1,13 billones de euros, representando el 100% del PIB, según datos del BANCO DE ESPAÑA¹³. En tasa interanual de 2017, la deuda de las administraciones públicas se elevó un 2,8%. Con estas cifras, la deuda pública de España marcó un nuevo máximo histórico en millones, pero no en porcentaje del PIB, ya que el producto interior bruto creció más que la deuda en ese trimestre. En porcentaje de PIB el máximo se alcanzó en el segundo trimestre del año 2016, cuando llegó a situarse en el 100,7% del PIB, por lo que ha disminuido en siete décimas a nivel interanual. La deuda crece en valores absolutos pero se modera en su relación con el PIB dado que el crecimiento que experimenta éste es mayor. Actualmente, el objetivo del Gobierno es que la deuda cierre el año 2017 en el 98,8% del PIB.

Según el Observatorio de Deuda de cierre de 2016 elaborado por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AI-ReF), España tardará 20 años (hasta 2037) en alcanzar el objetivo de deuda pública del 60% del PIB marcado para 2020¹⁴. Déficit y deuda son dos variables fundamentales que influyen sobre las políticas económicas y de empleo.

¿El objetivo es alcanzar la situación anterior a la crisis o seremos capaces de elevar la cantidad y calidad del empleo con incrementos de la población activa y mejoras en las condiciones laborales? ¿Ha vivido España

por encima de sus posibilidades y debe corregir el estilo de vida anterior a la crisis? ¿Qué posición económica y de calidad de vida nos corresponde?

CONCILIAR GANANDO PRODUCTIVIDAD

Las mejoras en las condiciones de las jornadas laborales de los empleados para facilitar la conciliación, no deben realizarse a costa de pérdidas de productividad o competitividad que recaigan sobre las empresas y empresarios. De hecho, para conseguir mejores productividades no es necesario un mayor número de horas de trabajo. Según datos de Eurostat y la OCDE, España tiene una menor productividad laboral que otros países europeos, a pesar de trabajar más horas que ellos.

Por otro lado, el rendimiento de una hora de trabajo también va a depender de múltiples factores¹⁵ como la experiencia, el nivel de formación, la adecuación de las capacidades del trabajador a los requerimientos de su puesto de trabajo, el esfuerzo y la motivación que el trabajador ponga al desempeñar sus funciones, la manera en que el empleador organiza la empresa, etc. Algunas de estas variables pueden ser cuantificadas y medidas en modelos económicos, otras en cambio son menos sencillas de medir, como la motivación de los trabajadores y el interés que ponen en aprovechar cada hora de trabajo. No es fácil descubrir en la literatura económica estudios que analicen la productividad del trabajo en función de todos los factores que de forma simultánea inciden en ella¹⁶, pues sería una labor muy extensa y no completa, ya que cada actividad económica tiene sus singularidades. Por ejemplo, el factor salud, no incide

¹³ *Deuda Trimestral de las Administraciones Públicas según la metodología del Protocolo de Déficit Excesivo del segundo trimestre de 2017*. Banco de España. https://www.bde.es/ff/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/17/observ2017_53.pdf

¹⁴ *Observatorio de Deuda Pública*. Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF). <http://www.airef.es/web/airef/observatorio-de-deuda>

¹⁵ JORGENSON, D., & GRILICHES, Z. (1967). *The Explanation of Productivity Change*. *The Review of Economic Studies*, 34(3), 249-283.

¹⁶ GIMENO, P. (2008). *La productividad del trabajo*. En J. MERCADER, & L. PAREJO, *Productividad y conciliación en la vida laboral y personal* (págs. 13-31). Madrid: Colección Fundación Telefónica.

de la misma manera en un trabajador manual que en un intelectual. Según el tipo de trabajo, los incentivos, la experiencia o el cansancio influyen de una forma u otra. La tecnología es una variable cuya importancia varía dependiendo del sector. En los estudios sobre productividad¹⁷, los economistas solemos limitarnos a analizar el impacto agregado de determinados aspectos que, como los anteriormente señalados, pueden incidir en ella.

Existen modelos económicos para analizar la productividad¹⁸ en los que, mediante una sim

plificación, se intenta estimar el efecto de cualquier variación de los factores o las condiciones en que dichos factores se ven condicionados en el mercado influyendo sobre el producto final. En general, hacen la suposición de que toda hora de trabajo es igualmente productiva, lo cual facilita mucho los cálculos, pero puede introducir grandes distorsiones. Para evitarlas, se puede afinar más no aceptando dicha hipótesis y contando con las peculiaridades de las distintas clases de trabajadores, pero esto dificulta el cálculo total de la productividad¹⁹.

FACTORES QUE INFLUYEN EN LA PRODUCTIVIDAD SEGÚN
MODELO DE SIGMUND P. ZOBEL

Factores Objetivos	Factores Subjetivos
Situación geográfica	Organización del trabajo
Flujo de bienes	Experiencia acumulada
Calidad de los productos	Formación asimilada
Centro de trabajo y equipamiento que se dispone	Número de horas de trabajo realizadas en relación al óptimo
Energía consumida	Nivel de especialización
Métodos de producción	Modo de organizar la administración
Fase del ciclo económico	Gestión empresarial
Edad u obsolescencia	Peculiaridades individuales del trabajador
Producción total	Nivel de ingresos percibidos
Grado en que se utiliza la capacidad de la fábrica	Ambiente de trabajo observado por cada trabajador
Métodos de control	Duración de la jornada semanal e impacto
Importancia de cada producto	Trabajo en equipo

Fuente: Elaboración propia a partir de (GIMENO, 2008)

Según las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística analizadas por Randstad sobre la evolución de jornada laboral efectiva de los trabajadores en España en los primeros trimestres de 2008 a 2017, los ocupados españoles realizaron, de media, 406,5 horas laborales durante el primer trimestre de

2017, lo que supone un aumento del 4,5% con respecto al mismo periodo del año pasado. Es decir, los empleados aumentaron su jornada laboral efectiva en 17,4 horas durante el primer trimestre de este año. Si se analiza la serie histórica, se observa que la cifra registrada antes de la crisis era de 412,5 horas, un 1,5% más que el dato alcanzado en 2017. Al año siguiente, en 2009, se registró la cifra más alta de todo el periodo analizado, 414,6

¹⁷ BURRIEL-LLOMBART, P., & JONES, J. (2003). *A Quality-Adjusted Labour Input Series for the UK (1975-2002)*. London: Bank of England.

¹⁸ O'MAHONY, M., & De BOER, W. (2002). *Britain's Relative Productivity Performance: Updates to 1999*. National Institute Economic Review, 179(1), 38-43.

¹⁹ GIMENO, P. (2008). *Op. Cit.*

horas. Tras mantenerse estable durante los tres años siguientes, en 2013 el número de horas efectivas descendió hasta las 398,4, para después superar las 400 durante los dos ejercicios siguientes. En 2016 se registró el menor número de horas laborales (389,1). A partir de aquí se produjo un crecimiento del 4,5% hasta alcanzar las 406,5 en 2017.

El estudio analiza la jornada realizada por los profesionales a nivel nacional, según la comunidad autónoma en la que resida el trabajador y por sector de actividad. Si se analiza la variación respecto a 2016, todas las regiones han aumentado el tiempo de su jornada, aunque en diferente medida. Navarra es la comunidad que mayor crecimiento registra, aumentando las horas laborales un 8,4% respecto a 2008. Le siguen Comunitat Valenciana (7,3%), La Rioja (7,2%) y Canarias (6,4%). En el lado opuesto y por debajo de la media nacional (4,5%), se sitúan Aragón, Madrid (2,8%) y Castilla y León (2%). En el último puesto, 3,6 puntos porcentuales menos que la media nacional, se encuentra Extremadura, con un crecimiento del 0,9% con respecto al primer trimestre de 2016, siendo la región que menos aumenta su tiempo de jornada laboral²⁰.

Ante el reto de elevar nuestra productividad por hora trabajada, es un error pensar que la solución es trabajar más horas. Uno de los enemigos de la conciliación en España es el elevado número de horas que los ciudadanos han de permanecer en sus puestos de trabajo.

Según datos de la OCDE de 2016, la jornada laboral media de España es de 1.691 horas al año. El país europeo con mayor jornada laboral es Grecia con 2.042 horas y la menor se da en Alemania con 1.371 horas y Países Bajos con 1.419, es decir, en los países que están económicamente más desarrollados²¹. El

curioso mercado de trabajo griego se caracteriza por unas jornadas laborales muy extensas unido a una baja productividad y un alto paro. Además, al contar solamente con un 11% de su población trabajando con un contrato a tiempo parcial, provoca que el número medio de horas anuales por trabajador sea muy elevado. Por otra parte, más de dos tercios de los trabajadores que lo hacen a tiempo parcial les gustaría tener un contrato a tiempo completo, siendo ésta la mayor proporción que se da en los países que componen la OCDE.

Con estos datos, podemos indicar que nuestro país ha obtenido una ganancia en productividad por empleado y competitividad motivada en parte por tener que ampliar la jornada laboral (muchas veces con horas extras no contabilizadas) y bajar los salarios. Manteniendo constante el resto de factores, cuando existe una mayor jornada laboral, se da una mayor producción por cada empleado, es decir, hay más productividad por empleado pero no una mayor productividad por hora trabajada. Pensemos que dicha ganancia por cada empleado es frágil y temporal.

Hemos de indicar, que el número de horas de trabajo está también relacionado con el nivel de prosperidad y productividad de cada economía, y/o con las dificultades a las que se enfrenta cada país. Un aumento de horas de trabajo, produce también una repercusión negativa en el número de puestos de trabajo a cubrir. Alemania, al disminuir la media de horas de trabajo por empleado, ha conseguido que no disminuya el número de empleos. Una jornada laboral más extensa, puede en efecto impulsar el desempleo haciendo de barrera para que se incorporen más trabajadores a nuevos puestos de trabajo.

Parece desprenderse también de las estadísticas disponibles, que existe una relación directa entre la tasa de empleo de contratos a tiempo parcial con el contar con un número menor de horas en la jornada laboral. De hecho, los países que tienen menos horas de

²⁰ *Análisis Randstad - Jornada Laboral Efectiva*, 2017.

<https://www-randstad-es.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2017/08/la-jornada-laboral-crece-un-4-con-5-en-el-primer-trimestre-de-2017-1.pdf>

²¹ *Average annual hours actually worked per worker OCDE*, 2016. <http://stats.oecd.org/Index.aspx?DatasetCode=ANHRS>

trabajo al año, disponen también de una tasa más elevada de trabajo a tiempo parcial.

Existe una cierta relación inversa entre el total de número de horas trabajadas y la productividad por hora. Una jornada laboral más amplia, lleva muchas veces a productividades más bajas, al no aprovechar el tiempo todo lo que se podría. Nuestra hipótesis de trabajo de que una jornada laboral excesiva no permite conciliar y provoca que los trabajadores, por ejemplo, tengan que realizar tareas personales en el lugar de trabajo, o estén menos motivados para realizar un trabajo intensivo, y por lo tanto menos productivo, se ve refrendado por los datos.

No debemos relacionar el alargamiento de la jornada laboral con la productividad, sino con el mito de pensar que más horas en el trabajo aseguran más el propio empleo. Permanecer más tiempo en el trabajo no es rentable para la empresa, pues este hecho, disminuye la calidad de vida de los empleados, quienes pierden motivación y se traduce en una disminución de la productividad por hora trabajada.

Muchos estudios muestran que el equilibrio apropiado en el tiempo, forma o condiciones que el trabajador tiene que dedicar a sus necesidades personales y a la empresa tiene un efecto que, a la vez de beneficiar a éste, hace crecer su productividad. Son los modelos «win-win» en el que todos ganan. La flexibilidad de los horarios laborales es una de las formas más efectivas de mejorar la conciliación y la corresponsabilidad. La desconexión remota también facilita y respeta el tiempo de descanso, vacaciones así como la vida personal y familiar.

La calidad del puesto de trabajo entendida como la perspectiva del trabajador sobre sus condiciones laborales ha sido fuente de diversos estudios²² donde se hace ver que la mejora en las condiciones de vida del trabajador, tiene

una repercusión clara en la manera en que estos pueden desarrollar su prestación de servicios. No sólo un mínimo de calidad tiene efecto en la capacidad de optimizar el rendimiento del factor trabajo, sino que ante mejoras en las condiciones laborales para poder conciliar la vida profesional, personal y laboral, la productividad del trabajador se ve muy influenciada al alza, al ser muy sensible a dichas mejoras.

La cultura del presentismo laboral y el miedo a perder el puesto de trabajo en una sociedad (la española) con el doble de paro que la media comunitaria hace que muchos se vean obligados a estar *presentes* en el puesto de trabajo muchas más horas de las realmente contabilizadas y pagadas, disminuyendo nuestra productividad por hora trabajada, con un sacrificio personal que sufre la conciliación con la vida personal y familiar. Tengamos en cuenta que el desempleo sigue estando para el 71,2% de los españoles, en el primer lugar de las preocupaciones de los encuestados por el CIS en el último barómetro de mayo 2017²³.

Además, y es una causa importante de que nuestro huso horario actual impida que podamos conciliar más, cuando más tarde anochece, más se alarga la jornada laboral (no en la hora fijada como finalización de la jornada laboral en los contratos sino en las horas extras que se realizan no pagadas y realizadas por estar mal visto ausentarse antes que lo haga el mando superior, por ejemplo). El fomento de un sistema de objetivos y pluses de eficiencia fomentan la realización del trabajo en las menos horas posibles consiguiendo una mayor productividad en la empresa y un mejor aprovechamiento del tiempo de trabajo lo que se traduce en una mayor eficiencia.

²² BRÚ, E. (2002). *Empresa humanizada: trabajo decente y productividad*. En Formación profesional, productividad y trabajo decente (págs. 145-152). Montevideo: OIT/Cinterfor.

²³ Barómetro del CIS. *Indicadores de la situación económica*. Julio 2017.

http://www.cis.es/cis/opencvms/ES/11_barometros/Indicadores_PI/economica.html

EL HORARIO COMO INSTRUMENTO PARA MEJORAR LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PROFESIONAL, FAMILIAR Y PERSONAL

La encuesta de empleo del tiempo²⁴, es una investigación estadística no periódica realizada por el Instituto Nacional de Estadística que facilita información sobre el porcentaje de personas que realizan una actividad en el transcurso del día, el promedio de tiempo diario (en horas y minutos) dedicado a una actividad por las personas que la realizan, la distribución de actividades en un día promedio por tipo de día (laborable o de fin de semana) y el porcentaje de personas que realizan la misma actividad en el mismo momento del día, denominado ritmos de actividad diaria.

Con dicha encuesta, podemos obtener información primaria para saber en detalle aspectos como la dimensión del trabajo no remunerado realizado por los hogares, cómo y cuánto tiempo dedican los ciudadanos a la cultura, al ocio, a las responsabilidades familiares, etc., llegando a poder concretar el uso del empleo del tiempo de grupos sociales especiales como el de los ancianos, los que se encuentran desempleados o los jóvenes, para así concretar mejor políticas familiares, de conciliación e igualdad entre mujeres y hombres a la vez que estimar las cuentas satélites de la Contabilidad Nacional del sector hogares (considerado actualmente como trabajo no productivo al no estar incluido en el PIB).

La metodología de la última Encuesta de Empleo del Tiempo realizada en España (2009-2010) parte de la anterior encuesta efectuada entre los años 2002-2003, y de las nuevas reglas de Encuestas Armonizadas Europeas de Empleo del Tiempo, de la Oficina Estadística de la Unión Europea, preparadas por expertos durante los años 2007 y 2008 para poder hacer más sencilla la normativa de

este tipo de encuestas que se hizo en el año 2000.

Uno de los objetivos conseguidos en el proyecto de esta encuesta de Eurostat, es la posibilidad de comparar los resultados obtenidos entre los diferentes países, ya que de esta manera, se puede obtener más valor de las informaciones que se desprenden de los resultados. Es la conclusión más destacable a la que se llegó, tras la equiparación pormenorizada de las encuestas que se utilizaron para los países de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA).

Tal y como he comentado, durante los años 2002-2003, el Instituto Nacional de Estadística llevó a cabo la primera edición de la «Encuesta de Empleo del Tiempo» siguiendo las recomendaciones de EUROSTAT, bajo las cuales 15 países de la Unión Europea han realizado operaciones similares en los últimos años. La encuesta entrevista a todos los individuos del hogar de 10 años o más, los cuales deben de rellenar un cuestionario de datos sociodemográficos y un diario de actividades donde se recogen todas las actividades realizadas durante 24 horas en intervalos de 10 minutos. En la primera edición de la encuesta se entrevistaron a 46.774 personas de 10 años o más pertenecientes a 20.603 hogares. La segunda edición de la encuesta se llevó a cabo en 2009-2010 y, por falta de presupuesto, en ella completaron el diario de actividades 19.295 personas (menos de la mitad que la anterior oleada) residentes en 9.541 hogares (nuevamente menos de la mitad). En la página web del Instituto Nacional de Estadística se puede acceder a los datos completos de ambas encuestas.

He solicitado formalmente al Instituto Nacional de Estadística lo conveniente que sería realizar otra encuesta actualizada y con un número representativo de hogares, puesto que los nuevos datos, nos ayudarían a que este debate pudiera estar más fundamentado empíricamente. Pensemos que otros países realizan esta encuesta anualmente y no pocos investigadores me han comentado que los datos es-

²⁴ La última Encuesta de Empleo del Tiempo se contempla en el Plan Estadístico Nacional 2009-2012 recogido en el Real Decreto 1663/2008, de 17 de octubre. (BOE 15 noviembre 2008).

pañoles son escasos y anticuados por lo que se pierden fiabilidad. También debemos pensar que se trata de una encuesta (en este sentido podemos hablar de una estimación) y no una comprobación verificada real de hechos.

Una recopilación de datos de diferentes países europeos sobre el uso del tiempo de los ciudadanos, ha sido elaborada por Eurostat a través del «Harmonised European Time Survey» en un proyecto denominado «Time use survey-collection round²⁵». El Instituto Estadístico de Suecia y la Universidad de Oxford²⁶, realizaron un estudio complementario con dichos datos.

Muchos países europeos más desarrollados que España, tienen un horario distribuido de diferente manera que permite integrar mejor la vida familiar, profesional y personal. ¿Cómo lo consiguen? ¿Sería posible modificar poco a poco el horario español para acercarnos a su horario? ¿Influye el huso horario? Nos serviremos de las gráficas de los ritmos de tiempo, es decir, el porcentaje de personas que realizan la misma actividad principal en el mismo momento del día, al ser éste, el mejor de los indicadores obtenidos en las encuestas normalizadas para toda Europa en el uso del tiempo, si el fin es hacer una comparativa. Para entender bien los gráficos que exponemos a continuación, hay que partir de que en el eje de ordenadas, aparece el tanto por ciento de personas que realizan una acción y en el eje de abscisas las horas del día en las que la realiza. La intersección de ambas coordenadas en los diferentes puntos, forma un área no regular pintada de diversos colores, que nos indica los periodos en los que se destina ese tiempo para dicha actividad. Por otra parte, hay que tener en cuenta que siempre habrá ciudadanos que tienen unos horarios distintos al resto, pero para poder hacer el estudio, va-

mos a fijarnos en lo que realiza la mayoría de personas configurando un horario estándar.

Los países europeos analizados son:

- Alemania
- Bélgica
- Finlandia (cuyo horario oficial tiene una hora más que Alemania)
- Francia
- Noruega (escogido a pesar de no sea miembro de la UE como botón de muestra de país con facilidades para conciliar)
- Reino Unido (cuyo horario oficial tiene una hora menos que Alemania)
- Suecia
- Italia

No contamos con datos de la «Harmonised European Time Survey» para otros países como Austria, Holanda, Luxemburgo, etc., así que no podemos incluirlos en nuestro estudio.

Los claves que definen las diferentes áreas (intersección del tanto por ciento de personas que realizan una acción y las horas del día en las que la realiza) son:

- (1): Trabajo y estudio
- (2): Dormir y cuidados personales
- (3): Televisión, video, internet
- (4): Desplazamientos
- (5): Comidas
- (6): Tiempo no especificado (apenas existente)
- (7): Trabajos del hogar
- (8): Tiempo libre

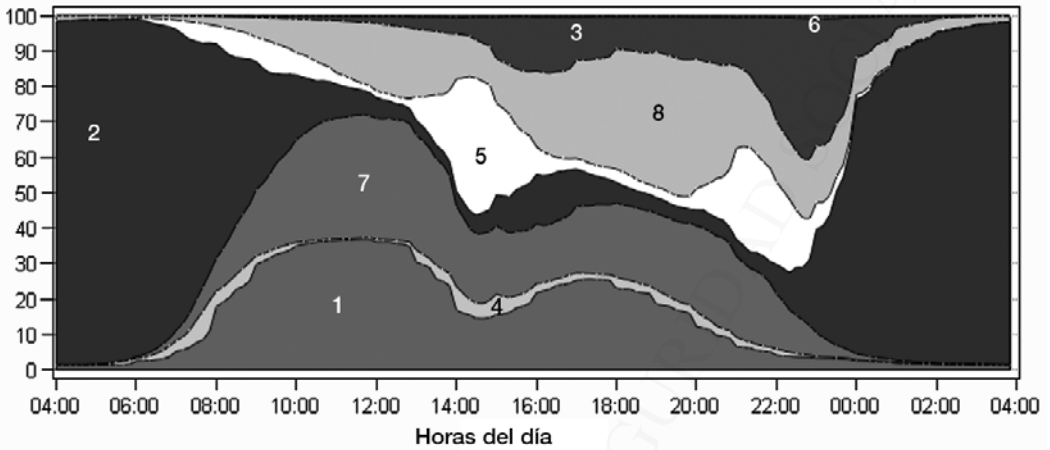
España es un país muy peculiar en sus horarios, muy distintos a los del resto de Europa tal y como podemos observar en los siguientes gráficos.

²⁵ Harmonised European Time Use Survey [online database versión 2.0]. Creada en el 2005-2007 por el Instituto Sueco y Finés de Estadística [reference date 2007-10-01]. <http://www.tus.scb.se>

²⁶ La Universidad de Oxford cuenta con un Centro de Investigación Internacional sobre el Uso del Tiempo en el que he realizado estancias invitado como investigador académico.

ESPAÑA

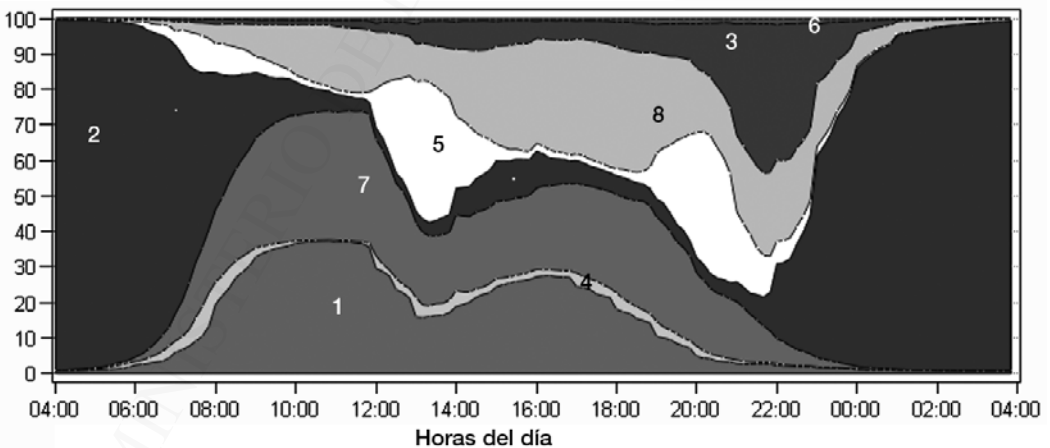
Porcentaje



- | | | |
|--------------------------------|---|----------------------|
| 1 Trabajo y estudio | 4 Desplazamiento | 7 Trabajos del hogar |
| 2 Dormir y cuidados personales | 5 Comidas | 8 Tiempo libre |
| 3 Televisión, video, internet | 6 Tiempo no especificado (apenas existente) | |

ITALIA

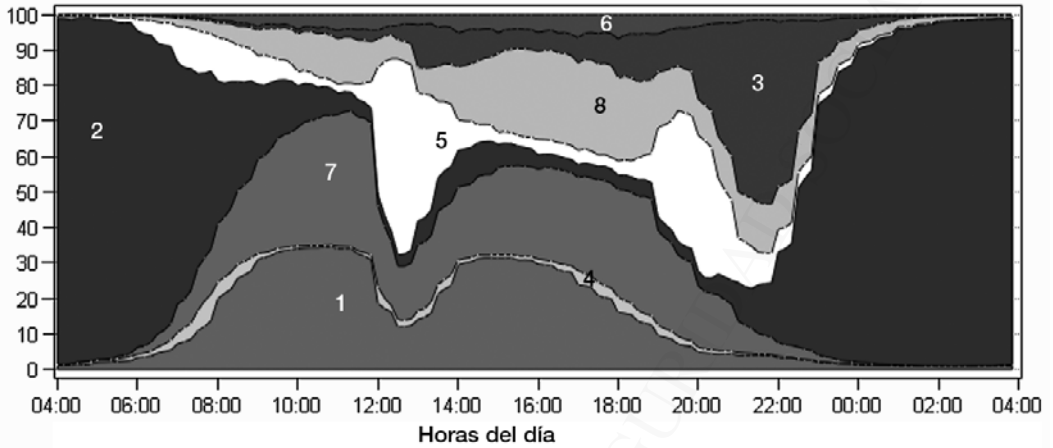
Porcentaje



- | | | |
|--------------------------------|---|----------------------|
| 1 Trabajo y estudio | 4 Desplazamiento | 7 Trabajos del hogar |
| 2 Dormir y cuidados personales | 5 Comidas | 8 Tiempo libre |
| 3 Televisión, video, internet | 6 Tiempo no especificado (apenas existente) | |

FRANCIA

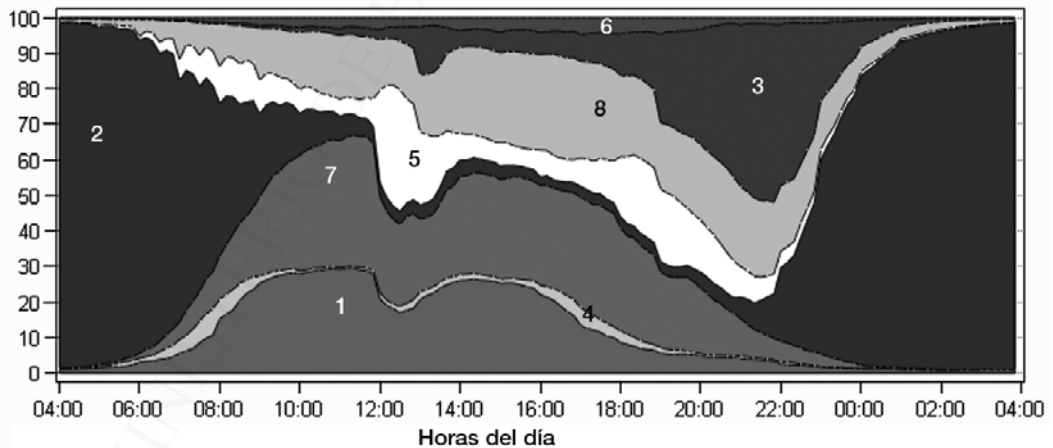
Porcentaje



1 Trabajo y estudio	4 Desplazamiento	7 Trabajos del hogar
2 Dormir y cuidados personales	5 Comidas	8 Tiempo libre
3 Televisión, vídeo, internet	6 Tiempo no especificado (apenas existente)	

BÉLGICA

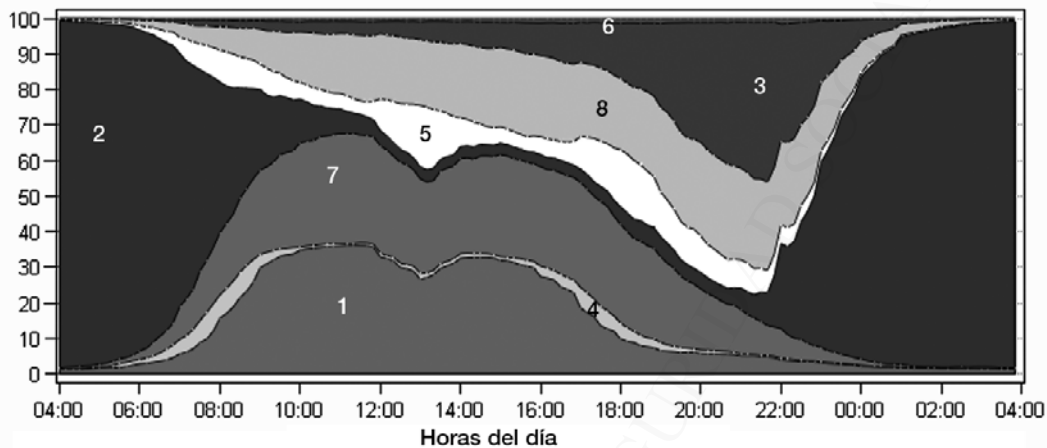
Porcentaje



1 Trabajo y estudio	4 Desplazamiento	7 Trabajos del hogar
2 Dormir y cuidados personales	5 Comidas	8 Tiempo libre
3 Televisión, vídeo, internet	6 Tiempo no especificado (apenas existente)	

REINO UNIDO

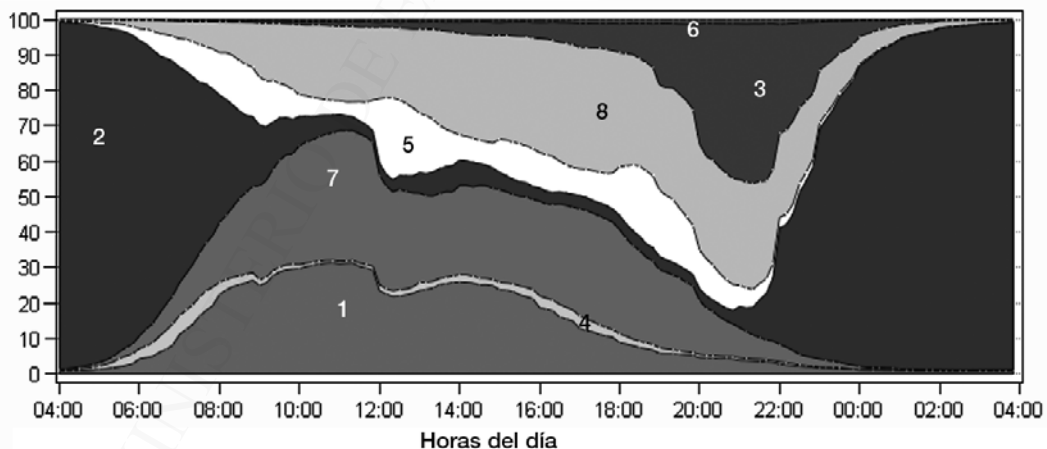
Porcentaje



1 Trabajo y estudio	4 Desplazamiento	7 Trabajos del hogar
2 Dormir y cuidados personales	5 Comidas	8 Tiempo libre
3 Televisión, video, internet	6 Tiempo no especificado (apenas existente)	

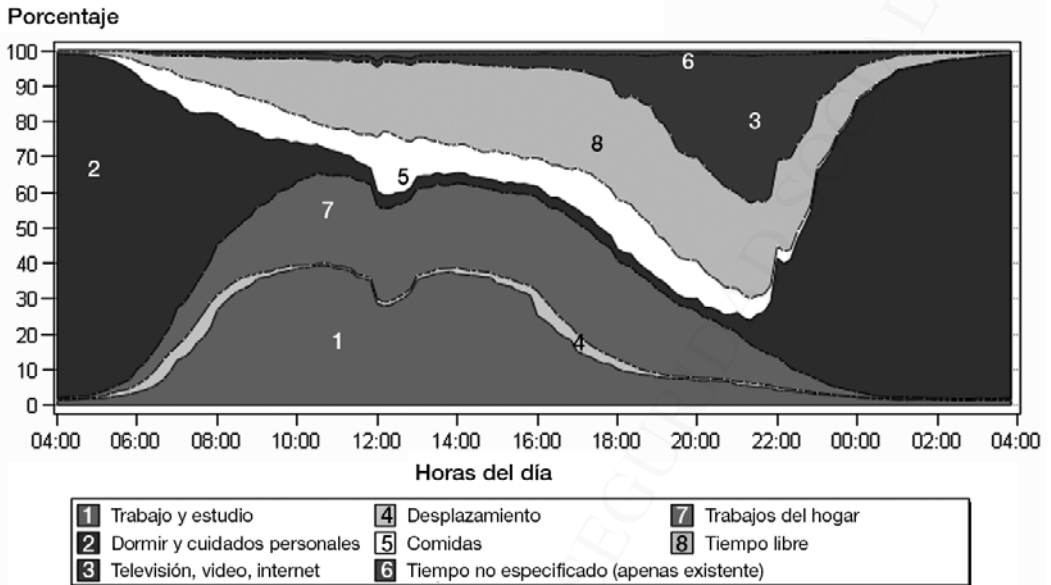
ALEMANIA

Porcentaje

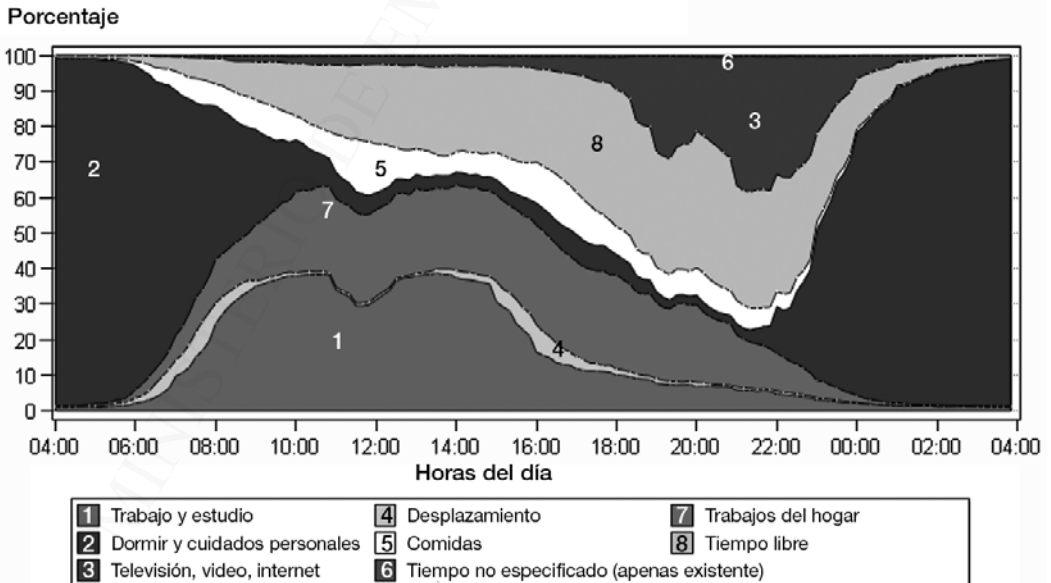


1 Trabajo y estudio	4 Desplazamiento	7 Trabajos del hogar
2 Dormir y cuidados personales	5 Comidas	8 Tiempo libre
3 Televisión, video, internet	6 Tiempo no especificado (apenas existente)	

SUECIA

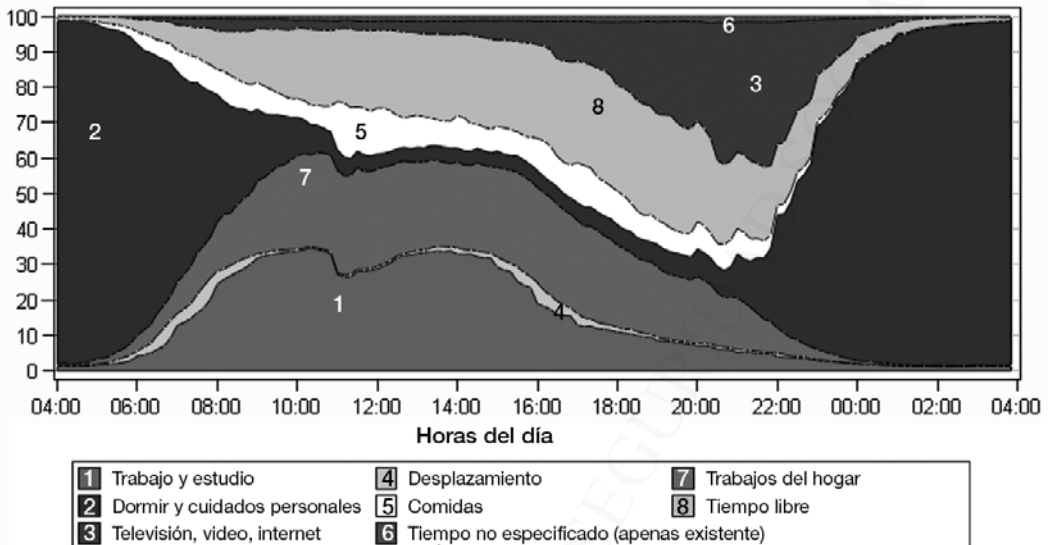


NORUEGA



FINLANDIA

Porcentaje



Homogeneizar los horarios en España permite conciliar mejor. La organización del tiempo nos afecta a todos. Aunque el huso horario en el que se encuentre nuestro país condiciona nuestro diario uso del tiempo, urge contar con un horario que en la medida de lo posible sea lo más homogéneo posible para la mayoría de los trabajadores del sector privado, público, escuelas, guarderías, etc. El objetivo no es que todos tengamos el mismo horario (lo cual es imposible y generaría, por ejemplo, cantidad de problemas de tráfico y «cuellos de botella» en bares y restaurantes) sino acomodar nuestras vidas para poder integrar la vida personal, profesional y familiar. Pensemos que el uso del tiempo y la forma de conciliar, tienen una influencia grande en muchos y diversos aspectos: la calidad de vida, la salud, el rendimiento escolar, la productividad, el sueño, la siniestralidad, los accidentes de tráfico, la igualdad, etc.

No se trata de imponer un único horario mediante una ley. Hay que respetar la libertad de las personas y debe haber múltiples opciones de horarios según la actividad laboral de cada uno. Habrá servicios con un horario

continuado de 24 horas (urgencias de los hospitales, bomberos, policía, etc.) y otros con un horario menor pero también más extenso del habitual para prestar otros servicios (redacción de un periódico, radio, etc.), pero deberíamos ser educados en la valoración y gestión de nuestro tiempo a la vez que hacemos uso de nuestra libertad y prioridades en la vida.

La incompatibilidad del horario laboral del sector privado, escolar, comercio, hostelería, restauración y de la administración pública, es uno de los obstáculos más grandes a la hora de conciliar la vida profesional, personal y laboral. Habría que intentar seguir un horario más europeo y, en la medida de lo posible, homogeneizar los horarios de diferentes ámbitos respetando ciertas peculiaridades. Apuntamos, a modo de ejemplo, una propuesta (podría haber muchas otras) en la siguiente infografía.

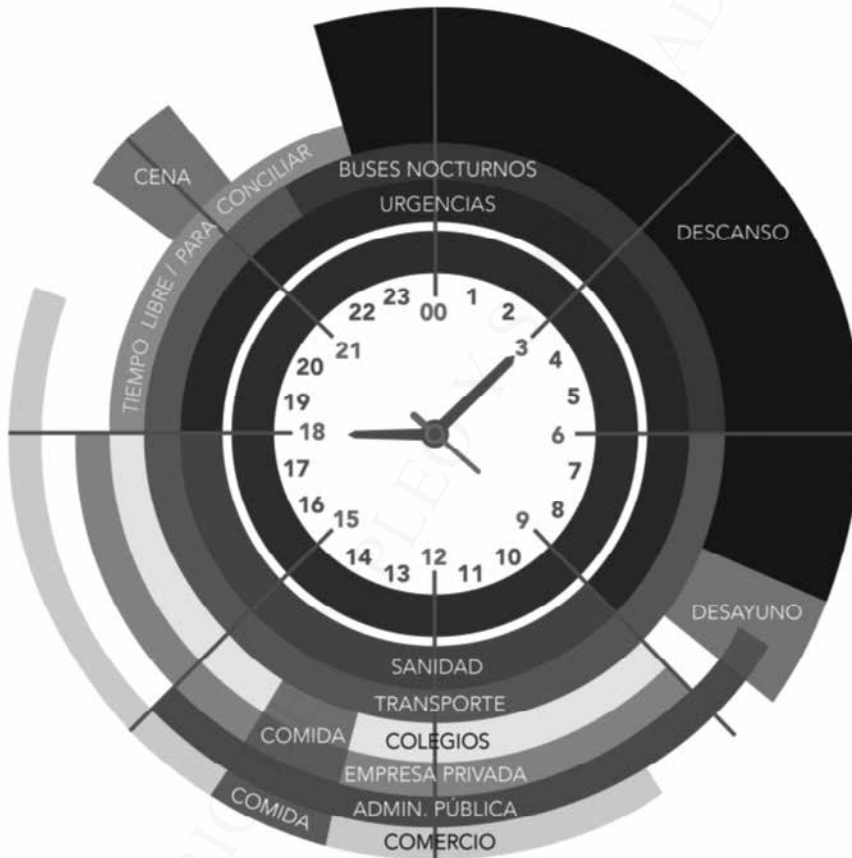
El día del horario europeo, parecido al día sin coche, día sin tabaco, etc. sería útil para empezar a concienciarnos de la necesidad del cambio, realizando una campaña de difusión y sensibilización, junto con un estudio de ex-

periciencia piloto que podría ser pionero a nivel español.

En la infografía presentamos una propuesta de posible relación de horarios más o menos

homogeneizados en la que se ven diferentes colores según sectores y se puede realizar una comparativa entre ellos. Los horarios que proponemos no son «cerrados». Se trata de llegar a acuerdos y ver distintas posibilidades.

PROPUESTA DE CONCILIACIÓN DE LOS HORARIOS EN ESPAÑA



Fuente:
 Elaboración propia: José María Fernández-Crehuet Santos.
 Infografía: Mariano Ángel Zamora Santa Brígida.

Por otra parte, el prime time televisivo –que ha sufrido un retraso de 72 minutos en los últimos 25 años²⁷ –cada vez más tardío desde la aparición de las cadenas de televisión

privadas– afecta al rendimiento y cansancio vital con el que nos levantamos por las mañanas y que arrastramos durante el día. Pese a que TVE se comprometió a avanzar el prime time

²⁷ CONTRERAS, JOSÉ MIGUEL (2016); *El porqué del retraso de los horarios de televisión en España*. Universidad Rey Juan Carlos-GECA

<http://www.elmundo.es/television/2016/06/07/5755c5c0ca4741d-8738b465a.html>

de la cadena pública y a que sus contenidos finalizasen antes de la media noche, la realidad es que sus espacios estrella se programan siguiendo la pauta de las cadenas privadas.

España cuenta con el prime time más tardío de Europa. A día de hoy la programación más destacada de las televisiones comienza en torno a las 22:30 horas finalizando más allá de la media noche. Si lo comparamos con la hora de otros países europeos se ve reflejada dicha disparidad: Alemania fija su prime time desde las 20:00 hasta las 23:00, Francia de 19:00 a 22:00. Portugal e Italia lo comienzan a las 20:30 hasta antes de las 23:00. En el Reino Unido desde las 18:00 hasta las 22:30.

¿VOLVEMOS AL HUSO HORARIO QUE NOS CORRESPONDE? LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PROFESIONAL, FAMILIAR Y PERSONAL SE BENEFICIARÍA DE ESTE HECHO

La ministra de Empleo, Fátima Báñez, planteó en diciembre de 2016 ante la Comisión de Empleo del Congreso un pacto político y social para que la jornada laboral acabe a las seis de la tarde (medida ya contemplaba el programa electoral del PP para las elecciones del pasado junio de 2016) proponiendo «un pacto nacional por la conciliación y la racionalización de los horarios». En la propuesta también se incluía la posibilidad de estudiar el cambio del huso horario en España, ya anunciada en abril de 2016 en un mitin electoral por el entonces presidente en funciones Mariano Rajoy quien afirmaba que había que «impulsar el cambio del huso horario» para adecuarlo a las «necesidades» del país y facilitar la conclusión de la jornada laboral a las 18.00 horas. Dicha medida estaba también contemplada en el pacto firmado por el PSOE y Ciudadanos para la consecución del fallido gobierno en el mes de febrero de 2016. Los firmantes del mismo, Pedro Sánchez y Albert Rivera, apostaban en su página 39 por la «recuperación del huso horario de Greenwich (GMT) que sirva de catalizador para el resto de medidas propuestas»

para favorecer «una campaña de concienciación sobre las ventajas económicas y sociales de racionalizar los horarios y flexibilizar la jornada laboral».

El huso horario equivocado actual no debería ser un problema si fuéramos coherentes en nuestro horario. Si en España buena parte de la población come entre las 14:00-15:00h y cena a las 21:00-22:00, lo lógico es que se empezara a trabajar a las 10:00-11:00 de la mañana y no a las 9:00 como ocurre actualmente. Este hecho provoca que madrugemos demasiado, alargando la jornada laboral por la mañana durante cinco horas seguidas hasta el parón a medio día, lo que no sucede en ningún país europeo.

El hecho de que en España tengamos más horas de luz en el invierno que los países nórdicos no justifica que necesitemos una pausa de dos horas para comer y volvamos a nuestro puesto de trabajo para permanecer en él hasta que sea de noche. Tener más horas de luz, no significa que las estemos disfrutando. La costumbre española de cenar cuando ya es de noche, no se da en nuestros socios europeos que lo hacen de día durante todos los meses estivales, beneficiándose de un tiempo libre que nosotros no disponemos.

La hora oficial GTM +1 (en invierno), con cambio a la hora actual GTM +2 (en verano) que es el que hacemos, supone una hora de adelanto en horario de invierno y dos en horario de verano con respecto a la hora del meridiano de Greenwich que pasa por nuestro país.

En España, el sol suele brillar alrededor de nueve horas en invierno y dieciséis en verano. El alargamiento de las horas de luz solar por la tarde entre una y dos horas es perjudicial en la época estival, ya que debido a las altas temperaturas que sufre gran parte de la Península y Baleares durante los meses de verano, al tener un mayor número de horas de calor en la franja central del día, se retrasan las actividades de ocio y tiempo libre en el exterior hasta el inicio del atardecer y la pues-

ta del sol, coincidiendo con la bajada de las temperaturas. Esto provoca un retraso en los horarios de alimentación y sueño, además de consumos máximos históricos de electricidad por el uso de aires acondicionados.

Aunque en otros países europeos nórdicos dicha puesta del sol sea posterior en estos meses, al no soportar las altas temperaturas de nuestro entorno pueden disfrutar de más horas de luz en el exterior realizando cualquier actividad sin peligro para la salud.

Además de volver a la hora oficial de Greenwich (GTM), otra posible solución sería mantener el horario (GTM +1) todo el año, negociando la aplicación de la directiva europea para que el cambio de hora sólo se aplique en los países a los que beneficie. Este escenario supondría suprimir el cambio de hora estacional, lo que permitiría mantener siempre una diferencia de una hora con respecto a la que nos corresponde por nuestro meridiano durante los siete meses del año en los que tenemos más horas de luz.

Con esta iniciativa, el sol saldría una hora antes (desde final de marzo hasta final de octubre) facilitando un despertar más natural y acercándonos a nuestra hora solar natural, adelantando nuestros horarios de alimentación y sueño y permitiendo dormir más tiempo.

Además, la pérdida de una hora de sol por la tarde sólo se daría en los meses de mayor número de horas de luz (desde final de marzo hasta final de octubre), obteniendo unos hábitos de vida más saludables.

Por otra parte, con el correcto huso horario, se facilitaría una mayor apertura de las exportaciones españolas a los mercados europeos (actualmente el 51,7% a la zona euro y el 66,5% a la Unión Europea), puesto que al coordinar los horarios de nuestras jornadas laborales con el resto de Europa, se mejorarían nuestras relaciones comerciales facilitando el contacto entre países.

Los turistas, que en España contribuyen al 11% del PIB y generan el 13% del empleo, agradecerían dicha modificación sintiéndose

menos sorprendidos de nuestro desordenado estilo de vida al que no acaban de adaptarse los días que disfrutan de nuestro país.

Es acertada la propuesta de la ministra Báñez de adelantar la hora de la salida del trabajo a una hora razonable, realizando también un estudio sobre el posible cambio de huso horario en España en el que estén representada la sociedad española en su conjunto y analizar el resultado. El pasado mes de marzo, el Grupo Parlamentario Popular presentó una proposición no de ley²⁸ que señalaba: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a la realización de los estudios socioeconómicos necesarios para conocer en detalle cuál sería la incidencia económica global, así como la afectación a la productividad, la competitividad y la conciliación de la vida profesional, personal y familiar, de volver al huso horario GMT.»

En economía, denominamos a la Teoría de Juegos como una Teoría de Estrategias en la que las acciones de cada jugador son interdependientes y eso es lo que ocurre con nuestros horarios puesto que están interrelacionados. Se trataría de llegar a la estrategia óptima maximizando la ganancia esperada por cada jugador y eso es lo que plantean hoy en día mayoritariamente las fuerzas políticas antes citadas. Seamos valientes para afrontar el artículo 5^a de la famosa Orden de 7 de marzo de 1940, de Presidencia del Gobierno, que abandonó el huso horario de Greenwich, que indica: «se señalará la fecha en que haya de restablecerse la hora normal». No podemos seguir aplicando más vale lo malo conocido que lo bueno por conocer.

¿Solucionaría solamente el cambio de huso horario el problema de poder conciliar la vida profesional con la familiar y personal? En mi opinión, sería una ayuda, una palanca para poner en marcha otro tipo de medidas²⁹.

²⁸ Boletín General de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Serie D: General. 10 de marzo de 2017.

²⁹ FERNÁNDEZ-CREHUET, J.M., (2017c); *Innovación social: Análisis de los beneficios de la recuperación del huso horario*

CONCLUSIONES

Todos tenemos necesidades vitales que satisfacer, para lo cual precisamos de un bien limitado como es el tiempo. El trabajo ocupa un puesto importante, tanto por el recurso económico que proporciona, medio para alcanzar el bienestar material, como para alcanzar otros objetivos de realización personal. Se requiere también tiempo para otras esferas de la vida distintas del ámbito laboral que forman parte de la vida. Por eso es clave poder conciliar la vida profesional, familiar y personal³⁰.

En este artículo hemos expuesto como la recuperación de la economía española no se ha trasladado del todo al mercado laboral. A pesar de contar actualmente con una menor tasa de población activa, tanto las cifras de paro registrado en las oficinas del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) como los de la Encuesta de Población Activa (EPA) continúan situando la tasa de paro en España como una de las más altas de la Unión Europea tan solo superada por Grecia. Los contratos temporales, la parcialidad en el empleo y los salarios ajustados a la baja han favorecido cierto ajuste para promover la creación de empleo a costa de un empeoramiento de las condiciones laborales que inciden directamente en la conciliación.

Un cambio de modelo económico que mejore dichas condiciones unida a transformaciones sociales, culturales en nuestros patrones de conducta en el uso del tiempo, horarios laborales más racionales y una organización del trabajo centrada por objetivos para ser más productivos son una pieza fundamental para lograr este reto.

Es responsabilidad y labor de las Administraciones Públicas, promover, apoyar, asesorar

que corresponde a España, Consello Da Cultura Galega

³⁰ «Es tiempo para conciliar: es tiempo para compartir». ARHOE, 2016

http://horariosenespana.com/images/Doc_Conclusiones_CONCILIACI%C3%93N.pdf

y facilitar la conciliación y la corresponsabilidad de los ciudadanos fomentando políticas, estrategias y compromisos laborales para que se alcance una organización social que permita conciliar con un uso innovador del tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

Autores

- BRÚ, E. (2002). *Empresa humanizada: trabajo decente y productividad*. En Formación profesional, productividad y trabajo decente (págs. 145-152). Montevideo: OIT/Cinterfor.
- BURRIEL-LLOMBART, P., & JONES, J. (2003). *A Quality-Adjusted Labour Input Series for the UK (1975-2002)*. London: Bank of England.
- CONTRERAS, JOSÉ MIGUEL (2016); *El porqué del retraso de los horarios de televisión en España*. Universidad Rey Juan Carlos-GECA
<http://www.elmundo.es/television/2016/06/07/5755c5c0ca4741d8738b465a.html>
- CORRÓ, ÁNGELA, GARCÍA, PABLO (2013). «Problemas y contradicciones de las políticas de conciliación trabajo-familia: análisis y propuestas desde la sociología relacional» Revista Internacional de Organizaciones, nº 10, junio 2013, 109–129 ISSN: 2013-570X; EISSN: 1886-4171.
- FERNANDEZ-CREHUET, J.M., GIMENEZ-NADAL, J.I. & Danvila del Valle, I. Social Indicator Research (2017a) «The International Multi-dimensional Fertility Index: The European Case» 132: 1331. <https://doi.org/10.1007/s11205-016-1341-2>
- FERNÁNDEZ-CREHUET, J.M. (2017b) *Innovación social: Conciliación, horarios y tareas escolares*. Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, 2017.
- FERNÁNDEZ-CREHUET, J.M., (2017c); *Innovación social: Análisis de los beneficios de la recuperación del huso horario que corresponde a España*, Consello Da Cultura Galega
- FERNÁNDEZ-CREHUET, J.M. (2016a). «La Conciliación de la Vida Profesional, Familiar y Personal: España en el contexto europeo». Madrid, España: Ediciones Pirámide.
- FERNANDEZ-CREHUET, J.M., GIMENEZ-NADAL, J.I. & Reyes Recio, L.E. Social Indicator Research (2016b) «The National Work-Life Balance Index: The European Case» 128: 341. <https://doi.org/10.1007/s11205-015-1034-2>

- GIMENO, P. (2008). *La productividad del trabajo*. En J. Mercader, & L. (Parejo, Productividad y conciliación en la vida laboral y personal (págs. 13-31). Madrid: Colección Fundación Telefónica.
- JORGENSEN, D., & GRILICHES, Z. (1967). *The Explanation of Productivity Change*. The Review of Economic Studies, 34(3), 249-283.
- O'MAHONY, M., & De BOER, W. (2002). *Britain's Relative Productivity Performance: Updates to 1999*. National Institute Economic Review, 179(1), 38-43.

Varios Autores

ASOCIACIÓN PARA LA RACIONALIZACIÓN DE LOS HORARIOS ESPAÑOLES (ARHOE)

- «Es tiempo para conciliar: es tiempo para compartir». ARHOE, 2016
- http://horariosenespana.com/images/Doc_Conclusiones_CONCILIACION%20C3%93N.pdf

AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL (AIREF)

- *Observatorio de Deuda Pública*. Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF)
- <http://www.airef.es/web/airef/observatorio-de-deuda>

BANCO DE ESPAÑA

- *Proyecciones Macroeconómicas de la Economía Española (2017-2019)*. BANCO DE ESPAÑA.
- https://www.bde.es/bde/es/areas/analisis-economia/analisis-economia/proyecciones-mac/Proyecciones_macroeconomicas.html
- *Deuda Trimestral de las Administraciones Públicas según la metodología del Protocolo de Déficit Excesivo del segundo trimestre de 2017*. BANCO DE ESPAÑA. https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/17/presbe2017_53.pdf

CIS

- *Barómetro del CIS. Indicadores de la situación económica*. Julio 2017.
- http://www.cis.es/cis/opencms/ES/11_barometros/Indicadores_PI/economica.html

CÍRCULO DE EMPRESARIOS

- *Estado de Bienestar: Consolidar la incorporación de la mujer al trabajo y aumentar la natalidad*. CÍRCULO DE EMPRESARIOS, 2016 <http://circulodeempresarios.org/app/uploads/2016/07/Estado-de-Bienestar-consolidar-la-incorporacion%20de-la-mujer-al-trabajo-y-aumentar-la-natalidad.pdf>

CORTES GENERALES

- BOLETÍN GENERAL DE LAS CORTES GENERALES. Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Serie D: General. 10 de marzo de 2017.
- EUROPEAN CENTRE FOR THE DEVELOPMENT OF VOCATIONAL TRAINING (ECDV)
- *Skills forecasts country report Spain*. European Centre for the Development of Vocational Training, 2015.
- <http://www.cedefop.europa.eu/printpdf/publications-and-resources/country-reports/spain-skills-forecasts-2025>

INE

- *Estadística del Padrón Continuo. Datos provisionales a 1 de enero de 2017*. Instituto Nacional de Estadística. <http://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/t20/e245/p04/provi&file=pcaxis>
- *Población y fenómenos demográficos proyectados*. Instituto Nacional de Estadística. 2017 http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176953&menu=ultiDatos&idp=1254735572981
- *Coste laboral anual por trabajador Año 2016*. Instituto Nacional de Estadística. http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736060920&menu=ultiDatos&idp=1254735976596

INFOJOBS-ESADE

- *Informe sobre el Estado del Mercado Laboral Español 2016*, Infojobs-ESADE.
- <https://nosotros.infojobs.net/prensa/informes/informe-el-estado-del-mercado-laboral-espanol-2016>

OCDE

- *Average annual hours actually worked per worker OCDE*, 2016.
- <http://stats.oecd.org/Index.aspx?DatasetCode=ANHRS>

Randstad

- *Análisis Randstad – Jornada Laboral Efectiva*, 2017.
- <https://www-randstad-es.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2017/08/1a-jornada-laboral-crece-un-4-con-5-en-el-primer-trimestre-de-2017-1.pdf>

RESUMEN

La recuperación de la economía española con tasas de crecimiento del PIB por encima del 3% en los dos últimos años junto a las previsiones realizadas por el gobierno y el Banco de España que mantienen esta tendencia, han conseguido ya que el PIB español haya recuperado el nivel del año 2008 anterior a la crisis. Dicha mejoría, no se ha trasladado del todo al mercado laboral. A pesar de contar actualmente con una menor tasa de población activa, tanto las cifras de paro registrado en las oficinas del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) como los de la Encuesta de Población Activa (EPA) continúan situando la tasa de paro en España como una de las más altas de la Unión Europea (17,2% en el segundo trimestre de 2017 frente al 8,5% del cuarto trimestre de 2007), tan solo superada por Grecia. Los contratos temporales, la parcialidad en el empleo y los salarios ajustados a la baja han favorecido cierto ajuste para promover la creación de empleo a costa de un empeoramiento de las condiciones laborales que inciden directamente en la conciliación de la vida profesional, familiar y personal.

¿El objetivo es alcanzar la situación anterior a la crisis o seremos capaces de elevar la cantidad y calidad del empleo con incrementos de la población activa y mejoras en las condiciones laborales? ¿Ha vivido España por encima de sus posibilidades y debe corregir el estilo de vida anterior a la crisis? ¿Qué posición económica y de calidad de vida nos corresponde?

Parece conveniente que las mejoras en las condiciones de las jornadas laborales de los empleados para facilitar la conciliación, no deben realizarse a costa de pérdidas de productividad o competitividad que recaigan sobre las empresas y empresarios.

Para poder armonizar la vida personal, familiar y profesional no hay que solventar una cuestión, sino varias. Ello no depende solamente del fomento y aplicación de políticas y modelos para conciliar familia-trabajo. De hecho, la dimensión de este problema parece multiplicarse, pues lo que comenzó como algo específico del ámbito laboral, incluye hoy aspectos culturales, educativos, económicos, etc. Su planteamiento más bien depende del punto de vista desde el que se observe, de las estrategias que se pongan en marcha para solucionarlo y de los objetivos que tales estrategias promuevan.

Muchos estudios muestran que el equilibrio apropiado en el tiempo, forma o condiciones que el trabajador tiene que dedicar a sus necesidades personales y a la empresa tiene un efecto que, a la vez de beneficiar a éste, hace crecer su productividad. Son los modelos «win-win» en el que todos ganan. La flexibilidad de los horarios laborales es una de las formas más efectivas de mejorar la conciliación y la corresponsabilidad. La desconexión remota también facilita y respeta el tiempo de descanso, vacaciones así como la vida personal y familiar.

La cultura del presentismo laboral y el miedo a perder el puesto de trabajo en una sociedad (la española) con el doble de paro que la media comunitaria hace que muchos se vean obligados a estar *presentes* en el puesto de trabajo muchas horas, disminuyendo nuestra productividad por hora trabajada, con un sacrificio personal que sufre la conciliación con la vida personal y familiar.

Además, y es una causa importante de que nuestro huso horario actual impida que podamos conciliar más, cuando más tarde anochece, más se alarga la jornada laboral (no en la hora fijada como finalización de la jornada laboral en los contratos sino en las horas extras que se realizan no pagadas y realizadas por estar mal visto ausentarse antes que lo haga el mando superior, por ejemplo). El fomento de un sistema de objetivos y pluses de eficiencia fomentan la realización del trabajo en las menos horas posibles consiguiendo una mayor productividad en la empresa y un mejor aprovechamiento del tiempo de trabajo lo que se traduce en una mayor eficiencia.

Un análisis detallado de las Encuestas del Uso del Tiempo es clave para identificar fortalezas y debilidades en la organización de nuestro tiempo laboral y personal.

El objetivo no es que todos tengamos el mismo horario (lo cual es imposible y generaría, por ejemplo, cantidad de problemas de tráfico y «cuellos de botella» en bares y restaurantes) sino acomodar nuestras vidas para poder integrar la vida personal, profesional y familiar. Pensemos que el uso del tiempo y la forma de conciliar, tienen una influencia grande en muchos y diversos aspectos: la calidad de vida, la salud, el rendimiento escolar, la productividad, el sueño, la siniestralidad, los accidentes de tráfico, la igualdad, etc.

No se trata de imponer un único horario mediante una ley. Hay que respetar la libertad de las personas y debe haber múltiples opciones de horarios según la actividad laboral de cada uno. Habrá servicios con un horario continuado de 24 horas (urgencias de los hospitales, bomberos, policía, etc.) y otros con un horario menor pero también más extenso del habitual para prestar otros servicios (redacción de un periódico, radio, etc.), pero deberíamos ser educados en la valoración y gestión de nuestro tiempo a la vez que hacemos uso de nuestra libertad y prioridades en la vida.

La incompatibilidad del horario laboral del sector privado, escolar, comercio, hostelería, restauración y de la administración pública, es uno de los obstáculos más grandes a la hora de conciliar la vida profesional, personal y laboral. Habría que intentar seguir un horario más europeo y, en la medida de lo posible, homogeneizar los horarios de diferentes ámbitos respetando ciertas peculiaridades.

Un cambio de modelo económico que mejore dichas condiciones unida a transformaciones sociales, culturales en nuestros patrones de conducta en el uso del tiempo, horarios laborales más innovadores y una organización del trabajo centrada por objetivos para ser más productivos son una pieza fundamental para lograr este reto.

Es responsabilidad y labor de las Administraciones Públicas, promover, apoyar, asesorar y facilitar la conciliación y la corresponsabilidad de los ciudadanos fomentando políticas, estrategias y compromisos laborales para que se alcance una organización social que permita conciliar con un uso innovador del tiempo.

Palabras clave: Conciliación laboral, horarios, empleo, sociedad, cultura, productividad.

ABSTRACT

The recovery of the Spanish economy with GDP growth rates above 3% in the last two years, together with the forecasts made by the government and the Bank of Spain that maintain this trend, have already made possible that the Spanish GDP has recovered the 2008 level prior to the crisis. This improvement has not been fully transferred to the labour market. Despite the current lower rate of active population, both the unemployment figures registered in the offices of the State Public Employment Service (SEPE) and the Active Population Survey (EPA) continue to consider the unemployment rate in Spain as one of the highest in the European Union (17.2% in the second quarter of 2017 against 8.5% in the fourth quarter of 2007), second only to Greece. Temporary contracts, part-time jobs and the downward trend of salaries have favoured some adjustments to promote the creation of employment at the expense of worsening the working conditions that affect work-life balance policies directly.

Is the objective to achieve a similar situation prior to the crisis or will we be able to increase the quantity and quality of employment with increases in the active population and improvements in working conditions? Has Spain lived beyond its means and must correct its lifestyle prior to the crisis? What economic position and quality of life are we entitled to?

It seems convenient that improvements in the conditions of working days of employees to facilitate work-life balance should not be carried out at the expense of loss of productivity or competitiveness that fall on companies and entrepreneurs.

To promote work-life balance not only one question must be solved, but several. This does not only depend on the promotion and implementation of policies and models to balance work and family. In fact, the dimension of this problem seems to multiply, since what began as something specific to the workplace, today includes cultural, educational, economic and other aspects. Its approach rather depends on the point of view from which it is observed, the strategies that are implemented to solve it and the objectives that such strategies promote.

Many studies show that the appropriate balance in time, form or conditions that workers have to devote to their personal needs and to the company has a mutual benefit for both parties and increases its productivity. They are the «win-win» models in which everyone wins. Flexitime is one of the most effective ways to improve work-life balance and co-responsibility. Remote disconnection also facilitates and respects leisure time and holidays as well as personal and family life.

The culture of presenteeism and the fear of losing a job in a society (the Spanish) which doubles the unemployment rate of the EU average makes that many employees are forced to be *present* in their workplaces for many hours, decreasing our productivity per hour worked, with a personal sacrifice that affects work-life balance.

Likewise, it is an important cause that our current time zone prevents us from being able to better balance work and family life; the later it gets dark, the longer hours the working day (not the time set as the end of the workday according to contracts but overtime that is worked and not paid because leaving work before senior managers is not considered acceptable, for example). The promotion of a system of objectives and efficiency bonuses promotes finishing work in the least possible hours achieving greater productivity in the company and making a better use of working time, which is related to greater efficiency.

A detailed analysis of Time Management surveys is the key to identify strengths and weaknesses in managing our working and personal time.

The goal is not for every worker to have the same work timetable (which is impossible and would create a great deal of traffic problems and «bottlenecks» in bars and restaurants) but to accommodate our lives in order to integrate personal, professional and social life. We must consider that the use of time and the way to balance work and family life have a

big influence on many and diverse aspects: quality of life, health, academic achievement, productivity, sleep, accidents, traffic accidents, equality, etc.

It is not about imposing a single timetable according to a law. The freedom of people must be respected and there must be multiple options of timetables according to each one's job. There will be services with a continuous work shift of 24 hours (emergencies of hospitals, firemen, police, etc.) and others with a shorter timetable but also longer than usual to provide other services (newspaper offices, radio stations, etc.), but we should be educated in the value and management of our time while making use of our freedom and priorities in life.

The incompatibility of working hours in the private sector, schools, retailers, hospitality, catering and public administration is one of the biggest obstacles when it comes to balance work and family life. It would be necessary to try to follow a more European timetable and, as far as possible, to make timetables of different areas uniform but taking into account certain peculiarities.

A change of an economic model that improves these conditions together with social and cultural transformations in our patterns of behaviour in time management, more innovative work timetables and a work organization focused on objectives to be more productive are a fundamental piece to achieve this challenge.

Public Administrations are responsible and must work to promote, support, advise and facilitate work-life balance and co-responsibility of citizens, encouraging policies, strategies and work commitments so that a social organization that allows to balance work and life is achieved with innovative time management.

Keywords: Work-life balance, work timetables, employment, society, culture, productivity.

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MEYSS

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEYSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MEYSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DINA4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportará las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un resumen, en castellano y en inglés, de al menos mil palabras, que describa en detalle la metodología, resultados y conclusiones del mismo; así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicado y tiene como referencia el Código de conducta y buenas prácticas para editores de revistas científicas que define el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics). El plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: proproeditorial@meyss.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
Tf: 913632305 Fax: 913632349 Internet: <http://www.meyss.es>

Guidelines for submitting collaborations to the MEYSS magazine

The magazine of the Ministry of Employment and Social Security (MEYSS) is published every two months and aims to present original and unpublished works in the areas of the functions assigned to the Department. In addition, it publishes special editions for emerging issues that are considered important and urgent so as to be widely known.

The opinions expressed in this magazine are the sole responsibility of the authors.

The authors grant MEYSS the operating right of the published works, which entails the rights of editing, reproduction, distribution, translation and public communication of their works, by any means or format.

- **Title.** It must be clear and concise in Spanish and English. If necessary, it may be accompanied by a subtitle.
- **Name and surname of the authors.** These must appear next to the activity, entity or company where the author develops his/her labour activity.
- **Text.** The maximum recommended length is 40 pages size DIN A4, in Word format, with a font size of 12. This length includes graphics, tables and other graphic elements.
- **Bibliography.** The corresponding references will be provided and will be placed at the end of the article.
- **Abstract.** The text of the article or collaboration will include a summary, in Spanish and English of, at least, a thousand words, describing in detail the methodology, results and conclusions thereof, as well as a list of keywords in both languages.
- **Assessment.** The articles will be evaluated by two external experts to the Department, through an open procedure. Once this evaluation is done, the result will be communicated to the author of the submitted article.
- **Ethical standards of publication.** The magazine of the Ministry of Employment and Social Security is committed to the respect and integrity of the published works and has as reference the Code of Conduct and Good Practices for editors of scientific journals that are defined by the Committee of Publication Ethics (COPE: Committee on Publication Ethics). Plagiarism is strictly prohibited and texts in which plagiarism is detected will be rejected. Authors must make sure that the submitted papers are completely original. When authors use the work and /or words of other authors, they should be duly quoted.
- **How to send the articles and contact.** The article or collaboration will be sent to the following email address: proproeditorial@meyss.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Phone number: 913632305

Fax number: 913632349

Internet: <http://www.meyss.es>

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

10 números
configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población.....

Provincia..... Teléfono..... Fax.....

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º ...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17

Fax: 91 363 23 49

Correo electrónico: sgpublic@meyss.es

Librería Virtual

<https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

EDITORIAL: *Joaquín García Murcia* • ESTUDIOS: La conciliación de la vida laboral, personal y familiar como estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *María Antonia Castro Argüelles* • Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa. *Ana Isabel Pérez Campos* • La conciliación de la vida laboral y familiar en el Derecho de la Unión Europea. *Nuria de Nieves Nieto* • Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. *Rosario Cristóbal Roncero* • Los permisos por razones familiares en el artículo 37.3 ET. *Carmen Sánchez Trigueros* • Derechos de conciliación de la vida familiar y laboral y movilidad geográfica. *Lourdes Meléndez Morillo-Velarde* • La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos críticos. *Juan Gil Plana* • El despido y la conciliación de la vida familiar y laboral. *Alberto Cámara Botía* • Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social. *Raquel Aguilera Izquierdo* • Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral. *Raquel Yolanda Quintanilla Navarro* • El mercado laboral español y la conciliación de la vida profesional, familiar y personal: necesidad de un cambio de modelo económico, social y cultural. *José María Fernández-Crehuet Santos*

