



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La garantía de indemnidad del trabajador que reclama el reconocimiento de derechos legales de conciliación

Presentado por:

Laura Grande Altable

Tutelado por:

M^a Milagros Alonso Bravo

Valladolid, 28 de junio de 2019

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| RESUMEN | 5 |
| I. INTRODUCCIÓN | 7 |
| II. DESARROLLO | 11 |
| 1. Conciliación. | 11 |
| 1.1 Concepto de conciliación y corresponsabilidad. | 11 |
| 1.2 Marco legal. | 20 |
| 1.2.1 Legislación. | 20 |
| 1.2.2 Dimensión constitucional del derecho de conciliación. | 28 |
| 2. Garantía de indemnidad. Naturaleza jurídica. | 35 |
| 2.1 Concepto amplio y estricto. | 35 |
| 2.2 Origen. Marco normativo y doctrina constitucional. | 38 |
| 2.3 Extensión de la garantía de indemnidad del artículo 17.1 ET. | 45 |
| 3. Ejercicio de la garantía de indemnidad. | 49 |
| 3.1 Reclamación del trabajador: indicios. | 53 |
| 3.2 Inversión de la carga de la prueba y destrucción de indicios. | 55 |
| 4. Efectos del ejercicio de la garantía de indemnidad. | 57 |
| III. CONCLUSIONES | 63 |
| IV. BIBLIOGRAFÍA | 67 |
| V. JURISPRUDENCIA | 71 |

RESUMEN

La conciliación es esencial para sustentar el Estado del bienestar propio del Siglo XXI. Su consecución efectiva se erige como un gran reto que sería inalcanzable si no se tutela correctamente a los trabajadores que pretenden su ejercicio.

El objeto del presente trabajo es analizar las posibilidades de defensa que tiene un trabajador/a cuando tras la reclamación del reconocimiento de sus derechos legales de conciliación familiar, personal y laboral se ve represaliado por empresario, la garantía de indemnidad. Tutela judicial que se realiza considerando la dimensión constitucional de estos derechos legales de conciliación asentada en el derecho a la no discriminación, concretamente por circunstancias familiares y personales.

El estudio parte de una base teórica en la cual se conceptualiza la conciliación y se establece la evolución de su regulación legislativa, resumiendo los principales puntos de interés que se han ido suscitando y profundizando en su dimensión constitucional.

Por último, se analiza la garantía de indemnidad con sus acepciones y su especial configuración jurisprudencial y regulación. Relacionándola con los derechos de conciliación y estableciendo su extensión, metodología de ejercicio y efectos de este.

Palabras Clave: Conciliación; corresponsabilidad, medidas conciliatorias, garantía de indemnidad, derecho a la no discriminación por circunstancias familiares o personales.

ABSTRACT

Conciliation is essential for the attainment of the welfare state proper to the 21st century. Its effective accomplishment stands as a great challenge that would be unattainable if the workers who seek their exercise are not properly protected.

The purpose of this paper is to analyse the defence possibilities that a worker has when is retaliated by an entrepreneur after claiming the recognition of their legal rights of family, personal and professional reconciliation, Guarantee of Indemnity. Judicial protection that is carried out considering the constitutional dimension of these legal rights of conciliation based on the right to non-discrimination, specifically due to family and personal circumstances.

The study begins with a theoretical basis in which conciliation is conceptualized and the evolution of its legislative regulation is established, summarising the main points of interest that have been raised and deepening in its constitutional dimension.

Finally, the guarantee of indemnity is analysed with its meanings and its special case-law shaping and regulation settings. Linking it to the rights of conciliation and establishing its extension, exercise methodology and effects.

Keywords: conciliation, responsibility, conciliation measures, guarantee of indemnity, right to non-discrimination based on family or personal circumstances.

I. INTRODUCCIÓN

La conciliación es la capacidad que tienen los miembros de la sociedad para compatibilizar satisfactoriamente las diferentes responsabilidades que recaen sobre ellos, principalmente las familiares y laborales. Supone dedicar más tiempo a la actividad particular sin tener que abandonar o limitar su acceso al mercado laboral y sin que de ello se deriven perjuicios profesionales.

Su importancia se pone de relieve a partir de la incorporación de la mujer al mercado laboral a finales del siglo XX, cuando ello no supuso la simultánea entrada del hombre en el ámbito doméstico, sino que el papel tradicional de la mujer permaneció inalterable a la vez que a él se sumaba la vida laboral, desempeñando así una doble jornada de trabajo.

Es por este motivo, por lo que a menudo la conciliación se ha conectado con la discriminación por sexo, al ser las mujeres quienes en mayor medida hacen uso de ella. No obstante, en los últimos años, con el objetivo de promover la corresponsabilidad -es decir, el reparto equitativo de tareas entre las mujeres y hombres- se han desvinculado y equiparado las medidas conciliatorias. Las políticas han ido evolucionando, de modo que ya no se van a limitar al reconocimiento de permisos de ausencia, sino que van apareciendo progresivamente medidas de flexibilización y derechos de carácter individual e intransferible para cada trabajador/a, garantizándose a su vez específicamente para este ámbito que de su uso no se van a derivar perjuicios que suponga una discriminación respecto de los trabajadores que no las aplican. Los derechos legales de conciliación son, por tanto, el reflejo legislativo de las facultades de que disponen los individuos para organizar su vida.

La conciliación se plantea, según lo expuesto, como un reto actual de cuya consecución efectiva depende tanto la igualdad de mujeres y hombres, como de entre aquellos trabajadores sobre los que recaen responsabilidades familiares y aquellos que no las tienen. Siendo evidente que se constituye como el instrumento idóneo para frenar la preocupante disminución demográfica, así como para el sostenimiento de la Seguridad Social y la mejora del rendimiento económico de las organizaciones laborales a través del aumento de la productividad de sus trabajadores.

La garantía de indemnidad, entendida como la prohibición de represalias o menoscabos de quien acude a los tribunales, se encuadra por los órganos jurisdiccionales

estatales con carácter general en el derecho a la Tutela Judicial Efectiva del artículo 24 CE. Sin embargo, en este ámbito, se establece un desarrollo diferenciado por el artículo 17.1 ET, derivado del fundamento constitucional de los derechos legales de la conciliación en el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE.

El **objetivo principal** de este trabajo será analizar las posibilidades de defensa de las que disponen los trabajadores cuando se encuentran en esta situación de perjuicio posterior a la reclamación de sus derechos legales de conciliación. Vinculada inicialmente con el principio rector de protección de la familia y la infancia, posteriormente con la discriminación por razón de sexo y en la actualidad, como motivo autónomo, con la discriminación por circunstancias personales y familiares.

A su vez, podemos identificar como otros **objetivos secundarios** del mismo, la adquisición de conocimientos sobre el contenido de la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, considerando las dificultades con las que se encuentra y las medidas recientemente establecidas para su ejercicio. Así como, diferenciar la garantía de indemnidad establecida para otros Derechos Fundamentales de la establecida para estos derechos y analizar los efectos de su ejercicio.

La **justificación** de este trabajo responde al hecho de que la conciliación afecta diariamente a la calidad de vida de los trabajadores, a su salud y bienestar. Del mismo modo que les condiciona en decisiones tan trascendentes como la de formar una familia; especialmente a las mujeres, por ser estas quienes se ven en la mayoría de las ocasiones obligadas a elegir entre su vida profesional y la familiar. Siendo de gran importancia determinar qué protección se les garantiza a los trabajadores cuando por reclamar el ejercicio de estas medidas conciliatorias a las que tienen derecho son represaliados.

En cuanto a la **estructura** del estudio, tras esta breve introducción, se plantea el tema de la conciliación familiar, personal y laboral conceptualizándolo, describiendo la situación actual de las medidas y políticas conciliatorias y detallando su regulación. Para en una siguiente parte, detallar las características de la garantía de indemnidad, concretando su naturaleza jurídica, extensión, posibilidades de ejercicio y efectos. Por último, una vez expuesta la temática que nos ocupa, las conclusiones pretenden expresar los retos futuros, concretar una respuesta para los objetivos planteados y sintetizar las ideas más trascendentes expuestas; simultáneamente a la propuesta de una línea venidera de regulación.

La **metodología** seguida a lo largo de todo el trabajo consta de una presentación de los temas a tratar conceptualizándolos y exponiendo los principales problemas, para después recoger el tratamiento normativo establecido en todos los ámbitos; comunitario, estatal, autonómico y de la negociación colectiva, y sucesivamente realizar una revisión bibliográfica en la que se ha recopilado información de manuales facilitados por la biblioteca universitaria, de revistas especializadas y de documentos de Dialnet y Google Académico. Por último, se concluye con un análisis jurisprudencial de la materia tratada para ver el reflejo práctico de cómo se resuelve lo planteado.

II. DESARROLLO

1. Conciliación.

1.1 Concepto de conciliación y corresponsabilidad.

El concepto de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se refiere a la manera de hacer compatibles los diferentes aspectos, facetas o partes de un proyecto de vida¹, a cómo articular adecuadamente el desempeño laboral, la vida familiar y otro conjunto de dimensiones o actividades que podemos llamar personales².

Se deriva, por tanto, de una situación de “pluripresencia” que afronta cualquier persona a lo largo de su vida³, para la que se han reconocido específicamente derechos legales con el objetivo de simplificar la vida a los trabajadores sobre los que confluyen simultáneamente las responsabilidades.

En la actualidad, el objeto de protección de estos derechos legales de conciliación se ha visto ampliado, no limitándose solo al cuidado de los hijos recién nacidos y de corta edad, como se entendía en un principio; sino que se extiende al cuidado de los mayores, familiares con alguna discapacidad, e hijos menores gravemente enfermos. Incluso abarca la vida personal⁴, que se refiere a tener en cuenta otros intereses distintos que están relacionados con el libre desarrollo de la personalidad; tales como: la realización de estudios, el cumplimiento de un deber público de carácter personal, el ejercicio de un cargo público, el voluntariado social, el matrimonio o un cambio de domicilio⁵.

¹ FANTOVA, Fernando. “Servicios Sociales y conciliación de la vida familiar laboral y personal”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2006. Pp.121-134.

² PRIETO, H. “¿Conciliación de la vida laboral y la vida familiar o personal?”. *Revista de Políticas Sociales en Europa*, núm. 16., 2004. Pp. 41-50.

³ CRESPO GARRIDO, María y MORETÓN SANZ, Fernanda. *Conciliación de trabajo y familia. Las claves del éxito: eficiencia empresarial e implicación masculina*. Madrid: Colex, 2010. Pp.14 y ss.

⁴ La Exposición de Motivos LOI 3/2007 sitúa la vida personal en el mismo plano que la familiar, pero no concreta ni su concepto, ni los mecanismos a través de los cuales se facilitara la compatibilidad entre ambas.

⁵ VENTURA FRANCH, Asunción. GARCÍA CAMPÁ, Santiago. *El derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres una evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018. Pp.717-718.

El origen de estos derechos provoca que se hayan contemplado tradicionalmente desde una óptica femenina, conectándolos consecuentemente con la promoción de la igualdad efectiva. La atribución a la mujer en exclusiva de las responsabilidades domésticas y de cuidado, labor no remunerada ni reconocida, ha constituido desde siempre la causa última de discriminación de la mujer⁶. La ausencia de este reconocimiento económico y social de su labor, le sitúa en muchos casos en una situación radical de dependencia respecto al varón⁷, incluso en el supuesto de que desempeñe actividades laborales, puesto que supone, en la mayoría de los casos, que se vea obligada a cumplir con ambas responsabilidades compatibilizándolas, cuando no superponiéndolas, siendo frecuente la necesidad de optar entre priorizar la faceta profesional en detrimento de la familiar o viceversa⁸.

Es este el motivo por el que inicialmente el legislador interviene en ámbito familiar, para que, respetando la libertad individual, no se contribuya a la perpetuación de los roles preestablecidos socialmente⁹, intentando eliminar las discriminaciones. Precisando que lo que discrimina son los roles sociales que el sistema asigna al sexo femenino -es decir, el género- y no tanto el sexo¹⁰. Algunos autores llegan a proponer hablar de “derechos de conciliación de la vida personal y laboral” excluyendo el término “familiar”, para eliminar esa reducción a que es un asunto limitado al cuidado de menores y dependientes y a cargo de la mujer¹¹, por entender que el término “vida personal” es más adecuado para contener todo aquello ligado a la vida privada de las personas.

⁶ CABEZA PEREIRO, Jaime. *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. Pp.57-62.

⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai. *Tiempo de trabajo y vida privada*. Granada: Comares S.L., 2016. Pp.4-6.

⁸ ROMERO BURILLO, Ana María. *Trabajo, Género e igualdad un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Sizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018. Pp.242-243.

⁹ RECHE TELLO, Nuria. *La constitucionalización del Derecho Fundamental a conciliar la vida personal y laboral*. Granada: Comares S.L., 2018. Pp.1-6.

¹⁰ STJ Madrid, de 3 de abril 2002 la causa discriminatoria no es el sexo, sino los trabajos de cuidado tradicionalmente asignados al género femenino.

¹¹ RECHE TELLO, Nuria. *La constitucionalización del Derecho Fundamental a conciliar la vida personal y laboral*. Granada: Comares S.L., 2018. Pp.73-78.

Actualmente, deben suprimirse por completo los estereotipos de género que asignan la tarea productiva al hombre y las tareas de cuidados familiares a las mujeres, no debe plantearse la conciliación como una “cuestión de mujeres”¹², sino que hay que extender y afianzar la idea de que la conciliación involucra a todos los trabajadores. La titularidad de este derecho corresponde a la generalidad de los trabajadores/as y exclusivamente frente al empresario con el que se encuentran vinculados jurídicamente, ya que se trata de un derecho de origen contractual¹³. Asimismo, se caracteriza como un derecho subjetivo de carácter privado, pues surge de una relación jurídica entre sujetos particulares; sin perjuicio de la tutela pública dirigida a conseguir el cumplimiento efectivo de la conciliación.

El ejercicio de este derecho es voluntario, no obstante, predominan sus notas de indisponibilidad e irrenunciabilidad¹⁴; no es susceptible de cederse a cambio de una contraprestación económica.

Partiendo de esta situación inicial de descompensación en la asunción de responsabilidades, cabe incidir en la necesidad de fomentar una participación equilibrada entre mujeres y hombres en la vida familiar y en el mercado de trabajo, conseguida a través de la reestructuración y reorganización de los sistemas, laboral, educativo y de recursos sociales. Labor que se ha realizado a través de la **correponsabilidad**, criterio inspirador básico para el desarrollo y reconocimiento de todos los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral que supone reorientar las políticas de igualdad, y por tanto, las de conciliación. Alude directamente a “la necesidad de que hombres y mujeres, titulares de los mismos derechos, se erijan, al tiempo, en responsables de similares deberes en los escenarios público y privado, en el mercado laboral y en las responsabilidades familiares”¹⁵, que los costes laborales que exige la dedicación a las responsabilidades familiares no se asuman en exclusiva por uno de los individuos.

¹² ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa. *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Valencia: Edit. Tirant lo Blanch, 1998. Pp. 27-30. Trata la cuestión, subrayando la dificultad de establecer el límite de la unión familiar hasta el cual se entiende debe actuar el derecho a la conciliación.

¹³ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai *Tiempo de trabajo y vida privada*. Granada: Comares S.L., 2016. Pp.57-63.

¹⁴ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai *Tiempo de trabajo y vida privada*. Granada: Comares S.L., 2016. Pp.57-63.

¹⁵ I Plan estratégico para la igualdad de mujeres y hombres en Andalucía 2010-2013. <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2010/31/2>

Con este nuevo enfoque, se produjo la evolución de la antigua concepción de conciliación que corría el riesgo de perpetuar la asunción mayoritariamente femenina al apoyarse en los derechos de ausencia -permisos y excedencias- sin pretensiones adicionales de implicación de otros sujetos. A una regulación de derechos de presencia, adicionados a los anteriores, que implican una reconfiguración por parte del empresario del tiempo de trabajo y una legislación que incentiva a ello, acompañada de inversiones financieras en las políticas de cuidado¹⁶.

Es preciso matizar en este punto, que aunque el establecimiento de permisos y excedencias – permisos de ausencia- es necesario, es igual de importante el reconocimiento de medidas que permitan tener una jornada laboral respetuosa con la vida privada, como sería el priorizar en la elección de turnos a trabajadores con responsabilidades familiares o flexibilidad horaria en la hora de entrada y salida¹⁷.

No es suficiente con reconocer aquellos que implican el abandono del trabajo, pues se corren riesgos. Algunos de ellos son: la desprofesionalización de las personas que los utilizan, la producción de despidos a medio plazo por causas objetivas provocados por la disminución involuntaria de su rendimiento o la inadaptación a las innovaciones introducidas en sus puestos de trabajo tras su reincorporación¹⁸, o que nos encontremos ante la tesitura de que siempre se opte por renunciar a los ingresos de la mujer primando la continuidad de los hombres en el empleo¹⁹.

Las medidas y políticas conciliatorias deben continuar con el progresivo reconocimiento de derechos de carácter individual e intransferible a cada trabajador y trabajadora. De experiencias pasadas se desprende que la circunscripción de medidas de

¹⁶ BALLESTER PASTOR, María Amparo. “La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”. *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, núm.25, 2011, pp. 53-77.

¹⁷ *Informe Randstad. Calidad del trabajo en la Europa de los quince: las políticas de conciliación*. Instituto de Estudios Laborales de ESADE abril 2004. http://itemsweb.esade.edu/biblioteca/archivo/Informe_Randstad_politicas_conciliacion.pdf

¹⁸ CABEZA PEREIRO, Jaime. *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. Pp.62-69.

¹⁹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai. *Tiempo de trabajo y vida privada*. Granada: Comares S.L., 2016. Pp.6-7.

conciliación en exclusiva para las mujeres produce un efecto negativo tanto en su acceso al empleo, como en la permanencia en este y en su promoción profesional, incrementándose las diferencias entre los trabajadores. Idéntica situación se produce en el caso de su formulación neutral o indistinta puesto que estos, al limitarse a garantizar la compatibilidad de la vida laboral y familiar según el propio criterio de los beneficiarios produjeron el indeseado efecto de continuar relegando a la mujer a su tradicional rol de cuidadora²⁰. Por consiguiente, las medidas deben dirigirse a favorecer el acceso y permanencia de las mujeres en el trabajo y fomentar la participación de los hombres en la vida doméstica²¹.

Los derechos legales de conciliación pueden ser retribuidos o no retribuidos, los más representativos son:

- **Permiso por nacimiento y cuidado del menor** –artículo 48. 4, 5 y 6 ET- Hasta el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de Medidas Urgentes para Garantía de la Igualdad de Trato y de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en el Empleo y la Ocupación, existía un régimen jurídico diferenciado según el destinatario del permiso fuera una mujer trabajadora o un hombre (permiso de maternidad o permiso de paternidad).

Este Real Decreto-Ley añade una Disposición Transitoria Decimotercera al ET que prevé la aplicación paulatina del artículo 48 en una nueva redacción que unifica la duración del permiso de ambos progenitores en 16 semanas. El permiso de maternidad ya tenía esa duración, pero el de paternidad se va a ampliar de 1 mes²² a 16 semanas en 3 fases, concluyendo su equiparación en 2021²³. Se trata de un permiso de carácter retribuido.

²⁰ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai *Tiempo de trabajo y vida privada*. Granada: Comares S.L., 2016. Pp. 72-84.

²¹ *De la conciliación a la corresponsabilidad: buenas prácticas y recomendaciones*. Ministerio de Igualdad. Instituto de la mujer. Observatorio 10. <http://www.inmujer.gob.es/> Pp.109 y ss.

²² La Disposición adicional décimo primera. Diez. LOI 3/2007, establecía la modificación del artículo 48.4 y 5 ET ampliando el permiso a las 4 semanas. Su entrada en vigor se preveía en 2013, pero no se produjo hasta el 1 de enero de 2017.

²³ Desde el 1 de abril de 2019, se tendrá derecho a 8 semanas de paternidad. A partir de 1 de enero de 2020, contará con un periodo de suspensión total de doce semanas y a desde el 1 de enero de 2021, cada progenitor disfrutará de igual periodo de 16 semanas de suspensión del contrato de trabajo, sin que sea posible ya la cesión de semanas de uno a otro progenitor.

- **Permiso de lactancia.**-Artículo 37.4 ET- Es un permiso dirigido a los padres y madres trabajadores que por adopción o de manera natural han tenido descendencia familiar, disfrutándose hasta que el hijo sea mayor de 9 meses. Todos los trabajadores tendrán derecho al permiso de lactancia²⁴, de manera que ya no es posible transferir este derecho de uno a otro progenitor.

Consiste en el derecho de ausentarse 1 hora de sus puestos de empleo para la lactancia o la atención de necesidades alimenticias de sus hijos y es de carácter retribuido.

- **Reducción de jornada.** -Artículo 37.4, 5 y 6 ET- Se trata del derecho a reducir la jornada por el cuidado de niños menores de 12 años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida. Es de carácter no retribuido, ya que conlleva una reducción del salario proporcional a las horas que no se trabajen. La disminución puede ser entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

- **Adaptación de jornada.**- Artículo 34.8 ET- Hasta 2019 solo era una posibilidad a desarrollar a través de la negociación colectiva. Ahora, se recoge como un derecho para las personas con un hijo menor de 12 años a su cargo²⁵, aunque con la exigencia legal de que la petición sea razonable y proporcionada en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

Existen dudas acerca de si se realiza su reconocimiento pleno como derecho, puesto que el artículo establece, acto seguido, su ejercicio a través de la negociación colectiva y la posibilidad de negativa a la adaptación por el empresario en caso de que indique la existencia de razones objetivas²⁶.

²⁴ Modificación realizada por Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo que establece que tienen derecho a él los dos progenitores aunque trabajen.

²⁵ Artículo 34.8 ET. Se modifica por el artículo 2.8 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo. *“Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”.*

²⁶ Art.34.8 párrafo segundo. *“En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre*

- **Excedencias** -Artículo 46 ET- Las excedencias por maternidad, paternidad o cuidado de un familiar o dependiente, permiten que el trabajador tenga derecho a que le guarden su puesto al menos un año y son de carácter no retribuido.

Actualmente, podemos, sin lugar a dudas, afirmar que la desigualdad de género y entre trabajadores con responsabilidades familiares y sin ellas aún se mantiene. Estamos lejos de haber alcanzado una igualdad real y efectiva; que constituye uno de los objetivos esenciales del Estado Social. La corresponsabilidad se encuentra frente a una situación compleja, se ha visto perjudicada por la situación económica –crisis económica iniciada en 2008²⁷- y por una normativa que, a pesar de las recientes reformas, no acaba de incorporar garantías en beneficio de los sujetos con responsabilidades familiares, para que efectivamente compensen los perjuicios que la defectuosa puesta en práctica de las medidas de flexibilidad y las reformas en materia de Seguridad Social les han provocado.

El problema se ve acentuado por cuestiones culturales que deben ser afrontadas con urgencia a través de la educación de las próximas generaciones desde edades tempranas y mediante la sensibilización, una toma de conciencia por la integridad de la sociedad que provoque un radical cambio de actitud y comportamiento.

Reflejo de lo afirmado son las estadísticas en torno a la utilización de medidas conciliatorias. Según el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de enero a junio de 2017, el 98% de las mujeres que disfrutaron un permiso de maternidad no hicieron uso de la posibilidad que se establecía de compartir dicho permiso con otro progenitor²⁸. Por otra parte, en el primer trimestre de este año, las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística muestran que el número de mujeres ocupadas que reducen su actividad para

personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión”.

²⁷ La crisis económica produjo el estancamiento del proceso de implantación de medidas y la paralización de los planes de igualdad que se habían aprobado con anterioridad, así como retardó el establecimiento de derechos como la adaptación de jornada.

²⁸ *Perspectiva empresarial sobre la conciliación de la vida laboral y familiar.* Diario digital de las empresas el empresario (CEOE). Octubre 2017. <https://www.ceoe.es/es> Pp.7

atender a sus hijos supera en más del triple al número de hombres²⁹, tendencia que se produce de manera similar en el caso de las personas inactivas por cuidado de niños o de adultos enfermos, incapacitados o mayores³⁰. Revelando que la actividad legislativa cae en papel mojado cuando no se sigue de una consecuente y correcta interpretación y aplicación por las empresas, trabajadores, tribunales y la sociedad en su conjunto.

El problema es social, no individual, y para solventarlo se requiere del impulso en la misma dirección de un gran número de agentes, puesto que se siguen dando situaciones en las que trabajadores/as quieren adaptar su horario laboral para atender a sus compromisos sociales y familiares y no pueden. El 25% de los trabajadores señaló en 2015 que tiene problemas de adaptación, frecuencia que se mantiene constante desde 2005³¹. En 2018, continúa esta inclinación, de manera que las estadísticas exponen que de la generalidad de los asalariados de entre 18 y 64 años con responsabilidades de cuidado de otras personas, solo el 45,86% expresaba que podían modificar en general el inicio o el final de su jornada laboral para asumir responsabilidades de cuidado³².

A estas alturas, nadie duda del valor de la conciliación, que se ha visto configurado como un derecho prevalente frente a otros derechos constitucionales, en general, y frente al derecho a la libertad de empresa, en particular³³. No solo tiene impacto para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sino que posee otros muchos beneficios para muchos

²⁹ *Ocupados que han trabajado menos horas de las habituales por causa de la actividad reducida, sexo y rama de actividad.* <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4368&L=0> Fecha de consulta (14/06/2019). En el primer trimestre de 2019 el número de hombres que solicito un permiso por nacimiento de hijo/a fue de 20,6 miles de hombres, frente a los 82,2 miles de mujeres.

³⁰ *Ocupados que han trabajado menos horas de las habituales por causa de la actividad reducida, sexo y rama de actividad.* <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4163&L=0> Fecha de consulta (14/06/2019). En el primer trimestre de 2019 el número de hombres que permaneció inactivo por el desempeño de actividades de cuidado de niños o de adultos enfermos, incapacitados o mayores fue de 35,5 miles de hombres, frente a los 482,0 miles de mujeres.

³¹ *Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo. 6ª EWCS.* Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) España 2015. <http://encuestasnacionales.oect.es/>

³² *Nota de prensa* INE de 6 de junio 2019. https://www.ine.es/prensa/epa_2018_m.pdf Fecha de consulta 7-6-19. En el caso de las mujeres el porcentaje ascendía al 49,22%, mientras que para los hombres era del 42,67%.

³³ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai y GRAU PINEDA, Carmen. *Conciliación y Seguridad Social* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. Pp.12-19.

agentes –Empresas, Seguridad Social, Particulares, Estado-. La conciliación contribuye a la realización de los objetivos de productividad y competitividad empresarial, al atraer a personal más cualificado y retenerlo más tiempo³⁴, así como reduce los niveles de absentismo. Por otra parte, contribuye a la sostenibilidad del sistema de pensiones e incide fundamentalmente en la salud y calidad de vida de los trabajadores. A la par que se instituye como esencial para detener la exorbitante disminución demográfica, teniendo en cuenta que España es uno de los países con tasas de envejecimiento más altas y una de las menores tasas de fecundidad de Europa. Concretamente, la Encuesta de Fecundidad de 2018 elaborada por el Instituto Nacional de Estadística refleja que el 21% de las mujeres españolas de entre 18-55 años desearía tener más hijos³⁵.

Para paliar este desafío, del que no se aprecia notable mejora respecto a los años anteriores, se debe regular adecuadamente, acompañándose de una actuación conjunta de los agentes sociales: empresas, Administración Pública, trabajadores, familias, sistema educativo y la sociedad en su conjunto.

La labor de las Administraciones Públicas en esta materia consiste en impulsar y desarrollar acciones informativas y servicios como el programa “Conciliamos”³⁶, la iniciativa de financiación de centros infantiles en el medio rural³⁷ o el ‘Programa IO Empresas Castilla y León’³⁸, entre otras, así como corregir la falta de precisión en la

³⁴ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai. *Tiempo de trabajo y vida privada*. Granada: Comares S.L., 2016. Pp.62.

³⁵ Encuesta de fecundidad de la población de 18 a 55 años INE .Fecha de consulta: 20/04/2019. http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177006&menu=ultiDatos&idp=1254735573002.

³⁶ Impulsado por la Junta de Castilla y León, está dirigido a la atención lúdica de niños durante los periodos vacacionales del verano 2015, con el fin de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral.

³⁷ La Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades De Castilla y León ha puesto a disposición de las corporaciones locales de Ávila más de 200.000 euros para apoyarlas en la financiación de sus centros infantiles públicos para niños de 0 a 3 años en el medio rural a 8 de febrero de 2019. *Comunicación de la Junta de Castilla y León* <https://comunicacion.jcyl.es/>

³⁸ Desde su puesta en marcha a finales de 2015, la Consejería ha concedido a través del programa “IO Empresas Castilla y León” 380 ayudas económicas a empresas y entidades para fomentar la igualdad y ha asesorado en medidas y planes de igualdad a más de 800 empresas, atendiendo más de 14.000 consultas al respecto. Además, la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades destina

legislación. A destacar que la ley obliga al gobierno a aprobar periódicamente un Plan Estratégico de igualdad de oportunidades para planificar las políticas públicas³⁹.

Por otro lado, los empresarios deben cumplir rigurosamente con la normativa establecida y los sindicatos a través de la negociación colectiva deberán dar respuesta a las necesidades de los trabajadores para establecer las cláusulas y estrategias lo más beneficiosas posibles para los trabajadores. Y es que, “Hoy en día solo se puede entender la vida, como vida de calidad, y el trabajo, como trabajo decente”⁴⁰.

1.2 Marco legal.

1.2.1 Legislación.

El derecho de conciliación de la vida personal y laboral no ha sido enunciado tradicionalmente como un derecho subjetivo autónomo en los textos constitucionales, esto es, como un derecho constitucional de los trabajadores propiamente dicho, sin perjuicio de su consideración como derecho social; es decir, como aquellos que pretenden la cohesión social⁴¹.

Las políticas de conciliación suponen el desarrollo del artículo 9.2 CE y su alcance está intrínsecamente vinculado al derecho a la igualdad y no discriminación por razón de circunstancias personales⁴² (artículo 14 CE) y al derecho a la protección social, económica y

un presupuesto de 1,4 millones de euros hasta 2020, para responder a las necesidades de las mujeres en el ámbito laboral y avanzar en la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres que les permita incorporarse al mercado laboral, progresar en la carrera profesional o conciliar la vida personal, profesional y personal. *Comunicación de la Junta de Castilla y León* <https://comunicacion.jcyl.es/>

³⁹ Antecedente de ellos son los Planes de Igualdad que antes de la exigencia legal de 2007 elaboraba el Instituto de la Mujer. La exigencia fue establecida por la LOI 3/2007, artículo 17.

⁴⁰ VENTURA FRANCH, Asunción. GARCÍA CAMPÁ, Santiago. *El derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres una evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018. Pp.737.

⁴¹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai *Tiempo de trabajo y vida privada*. Granada: Comares S.L., 2016. Pp.25-26.

⁴² Evolución de la doctrina constitucional que posteriormente se desarrollará. Motivo de discriminación autónomo a partir de la STC 26/2011.

jurídica de la familia (artículo 39 CE)⁴³. No obstante, el ejercicio de estos derechos implica otros principios y derechos como la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE), la protección de la salud (artículo 43 CE), la formación profesional (artículo 40 CE) o la libertad ideológica y religiosa (artículo 16 CE), todos ellos inexorablemente vinculados con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE)⁴⁴.

La conciliación ha experimentado un desarrollo exponencial en los últimos decenios en los diferentes niveles; internacional, europeo, estatal y autonómico, reflejo de la relevancia social que ha adquirido. Esta regulación es la respuesta institucional a la necesidad creciente de la ciudadanía.

La trayectoria legal de los derechos legales de conciliación laboral en nuestro país ha venido marcada por el derecho internacional y europeo, la normativa estatal en materia de conciliación es efecto, casi por completo, de la transposición de directivas comunitarias. Se han ido articulando sucesivamente medidas cada vez más rigurosas que, tal y como se expuso anteriormente, amplían el ámbito de protección desde la perspectiva de la corresponsabilidad. Puesto que, tradicionalmente, estas medidas han sido entorpecidas por la ausencia de establecimiento de deberes empresariales en torno su ejercicio, lo que supuso la demora en la aceptación como derecho de la conciliación de la vida familiar y laboral⁴⁵.

En el **ámbito internacional** se observa una evolución gradual desde la exclusiva tutela de la maternidad hasta la adopción de medidas en el ámbito laboral para las personas con responsabilidades familiares. La primera regulación fue adoptada en 1919 por la OIT, con la aprobación del Convenio N°3 sobre la protección de la maternidad⁴⁶, en la que se establecía la obligatoriedad y remuneración del permiso de maternidad, así como la

⁴³ STC 3/2007, de 15 de enero, *“la dimensión constitucional de (...) todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (artículo 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”*

⁴⁴ RECHE TELLO, Nuria *La constitucionalización del Derecho Fundamental a conciliar la vida personal y laboral*. Granada: Comares S.L., 2018. Pp.117-124.

⁴⁵ RUIZ-RICO RUIZ, Catalina. “El derecho fundamental a no ser discriminado por circunstancias familiares en las empresas andaluzas” *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, núm. 20, 2015. Pp.115-132.

⁴⁶ Convenio, N°3 sobre la protección de maternidad, revisado por el N°103, de 1952.

prohibición del despido por hacer uso de él. Podemos destacar posteriormente, siguiendo un orden cronológico: “La Carta Social Europea” de Turín de 18 de octubre de 1961, la Recomendación N°123 de la OIT de 1965, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, La Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer (CEDAW 1979), el Convenio OIT N°156 y Recomendación N°165 de 1981, La IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la mujer (Pekín 1995) y la Carta social europea revisada de 1996⁴⁷.

Por su proximidad, cabe acabar la referencia a la regulación internacional, con la reunión de 2015 de los líderes mundiales en Naciones Unidas. Tras constatarse que muchos de los objetivos de Desarrollo del Milenio no se habían alcanzado, se aprueba una nueva Agenda 2030 para el desarrollo sostenible que recoge entre sus nuevas metas *“reconocer y valorar los cuidados no remunerados y el trabajo doméstico no remunerado mediante la prestación de servicios públicos” “así como mediante la promoción de la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país”*⁴⁸.

En el **ámbito comunitario**, desde principios de los setenta hay numerosas iniciativas que abordan la conciliación y el reparto de responsabilidades, pero no es hasta los años 90, al amparo del acuerdo sobre política social anexo al Tratado de Maastricht de 1992, cuando la conciliación se considera una finalidad relevante para la normativa comunitaria. Es entonces, cuando se producen dos disposiciones normativas vinculantes sobre conciliación: Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre y la Directiva 1996/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996; que califica de necesario el establecimiento de un permiso parental individual a todos los trabajadores por nacimiento o adopción.

A partir del Tratado de Ámsterdam de 1997, se dota de una mayor importancia a la conciliación, y progresivamente se va vinculando en mayor medida la conciliación con la igualdad de género, así se va a aprobar la Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del

⁴⁷ VENTURA FRANCH, Asunción. GARCÍA CAMPÁ, Santiago. *El derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres una evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018. Pp.705-712.

⁴⁸ *Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible*. Organización de Naciones Unidas. 2015. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/> Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.

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 u ocupación. De gran relevancia, al establecer en sus artículos 15 y 16 respectivamente la prohibición de perjuicios laborales por causa del permiso maternidad, la protección frente al despido por parte de quien ejerza el derecho al permiso por adopción o paternidad y el beneficio de los derechos a los que hubiera tenido acceso de no haberse encontrado disfrutando de dicho permiso.

Por otra parte, la Directiva 2010/18 del Consejo, de 8 de marzo de 2010 (deroga la Directiva 96/34/CE) por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, dándole la consideración de intransferible, incorpora como novedades la adopción de las medidas necesarias para proteger a los trabajadores/as no solo frente al despido, sino también frente a cualquier otro trato menos favorable motivado por la solicitud o ejercicio del permiso parental y por primera vez se establecen prerrogativas del trabajador/a para adaptar su jornada de trabajo; pero sometidas a la apreciación empresarial de su adecuación.

Posteriormente, se aprueba la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma. Por último, cabe referirse a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2017/0085, que pretende derogar la Directiva 2010/18/UE del Consejo y que establece, entre otras medidas, un permiso de paternidad para todos los países de la UE, nuevas fórmulas de trabajo flexible y la prohibición de discriminación por el ejercicio de todos los derechos que reconoce. Así como la protección frente al despido u otras represalias por su ejercicio, incluyendo la inversión de la carga de la prueba, reconociendo expresamente la prohibición de discriminación y la garantía de indemnidad en estos supuestos.

En cualquier caso, el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación se sigue manteniendo, puesto que los varones aparecen como meros "ayudantes" de las principales destinatarias que son las mujeres⁴⁹, las políticas parten de que son las mujeres las que voluntariamente asumen el cuidado y esta nueva Directiva sigue sin corregirlo. Por lo

⁴⁹ VENTURA FRANCH, Asunción. GARCÍA CAMPÁ, Santiago. *El derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres una evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018. Pp.705-712.

que en la Estrategia de 2020 para el crecimiento de la UE y en la Estrategia para la Igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019 se resalta la necesidad de promover y fomentar nuevas formas de equilibrio entre la vida personal y laboral y la corresponsabilidad.

En el **ámbito interno**, en un principio la protección se centraba en el embarazo y la mujer trabajadora, podemos destacar la Ley 8/1980, de 10 de marzo de Estatuto de los Trabajadores (modificado por el Real Decreto 2/2015), la Ley 3/1989 y la Ley 4/1995. En esta primera etapa se crea el Instituto de la Mujer por la Ley 16/1983, de 24 de octubre, cuyo objetivo es promover y fomentar la igualdad de ambos sexos, facilitando las condiciones para la participación efectiva de las mujeres en la vida política, cultural, económica y social, así como la de impulsar políticas activas para el empleo y el autoempleo de las mujeres y la de fomentar y desarrollar la aplicación transversal del principio de igualdad de trato y no discriminación⁵⁰.

La primera vez que se utiliza el término conciliar en las normas laborales y de Seguridad Social es en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, trasponiendo las Directivas 92/85/CEE de maternidad (antes CEE ahora UE) y la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, que supuso el inicio del abandono formal de la distinción sexista presente tradicionalmente al atribuir también al padre derechos que se reconocían exclusivamente a la mujeres. No obstante, no pretende alterar los roles tradicionales de género, sino más bien facilitar a la mujer trabajadora el acceso y el mantenimiento en su puesto de trabajo. Con su instauración se produce la reforma de un gran número de disposiciones legales⁵¹ y entre otras medidas se produce la modificación y ampliación de los plazos de permisos por motivos de maternidad, paternidad y cuidado de familia; y el aumento de permisión de excedencias por motivos de lactancia, adopción, enfermedad o accidente.

⁵⁰ *Instituto de la mujer y para la igualdad de oportunidades.*
<http://www.inmujer.gob.es/elInstituto/conocenos/home.htm>

⁵¹ Se produce la reforma de: Estatuto de los trabajadores; Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y Leyes reguladoras de la Función Pública.

Reflejo de la concienciación que supuso esta ley, se aprueba poco tiempo después 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, que establece bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores en periodo de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural o suspensión por paternidad.

Posteriormente, se aprueba la LO 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (señalada posteriormente como LOI), que entiende los derechos de conciliación como un componente fundamental de la calidad de vida de los ciudadanos y la igualdad efectiva de mujeres y hombres, configurándolos como verdaderos mecanismos antidiscriminatorios, se consolida la corresponsabilidad estableciéndose como criterio general de actuación en su Exposición de Motivos. Reflejo de esta última idea es el reconocimiento de un permiso de paternidad, con su correspondiente prestación de Seguridad Social independiente del materno para contribuir a *“un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares”* (artículo 44.3 LOI)⁵². Además, cabe destacar que impone a todas las empresas de más de 250 trabajadores la redacción e implantación de un Plan de Igualdad y que incluye el concepto de “vida personal” para “desfeminizar” la conciliación.

Con el artículo 44.1 LOI los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral adquieren una dimensión funcional, en tanto deben reconocerse *“en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”*. Si los derechos de conciliación no se reconocen de forma que fomenten la corresponsabilidad, son contrarios al derecho a la igualdad efectiva y, en consecuencia, ilegales.

Conviene señalar que existe problemática en torno a la naturaleza jurídica de la conciliación que se suscita de la falta de claridad en la formulación de este derecho en los textos legales, así, ni en esta ley ni en ninguna otra existe una enumeración de los derechos que deben ser considerados derechos de conciliación⁵³. Podemos concretarlos en todos los

⁵² VENTURA FRANCH, Asunción. GARCÍA CAMPÁ, Santiago. *El derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres una evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018. Pp.66-69.

⁵³ RECHE TELLO, Nuria. *La constitucionalización del Derecho Fundamental a conciliar la vida personal y laboral*. Granada, 2018. Editorial Comares S.L. Pp.40-56.

regulados en el ET que permiten compatibilizar aspectos de la vida personal, familiar y profesional de los trabajadores/as⁵⁴, señalando que sería preciso su reagrupación en futuras reformas del ET.

Se sucedieron algunas innovaciones con la Ley 9/2009⁵⁵, pero sin duda el cambio mayor se ha producido el Real Decreto-ley 6/2019⁵⁶, de 1 de marzo, de Medidas Urgentes para Garantía de la Igualdad de Trato y de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en el Empleo y la Ocupación que modifica el permiso de lactancia, reconoce el derecho a la adaptación de jornada y el extiende el permiso de paternidad en tres fases hasta equipararlo con el permiso de maternidad en 16 semanas.

En síntesis, podemos hablar de 4 fases en la evolución de las medidas conciliatorias. Un primer momento en el que se destinan exclusivamente a las mujeres que asumen una doble responsabilidad, una segunda fase en la que se reconoce la posibilidad de que los padres trabajadores utilicen parte del permiso de maternidad; posición subordinada del padre en atención y cuidado de los hijos, no titularidad directa. Una tercera, en la que la titularidad es indiferenciada; reconocimiento como derechos individuales de los trabajadores sean mujeres u hombres (avances de la ley 39/1999) y una última etapa, en la que la titularidad es individualizada para perseguir que el hombre disfrute en igualdad de estos derechos y de que las mujeres tengan la misma posición que el hombre en el mercado laboral (Ley 3/2007 y RDL 6/2019)⁵⁷.

⁵⁴ Algunos de ellos son: permiso por nacimiento o cuidado del menor, permiso de lactancia, prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia natural de un menor de 9 meses, permiso de ausencia o reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros y hospitalización del nacido, permisos retribuidos por nacimiento y fallecimiento de hijo, accidente o enfermedad graves derecho de adaptación y distribución de la jornada...

⁵⁵ Amplía el permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida de 13 días a 4 semanas, entró en vigor 2017, pero este permiso se ha reformado por el RDL 6/2019.

⁵⁶ Este Real Decreto Ley contiene la modificación de siete normas con rango de ley que inciden de forma directa en la igualdad entre mujeres y hombres: LOI 3/2007, TRLISOS de 5/2000, EBEP 5/2015, ley 20/007 ETA, Ley 2/2008 de PGE para 2009, LET 2/2015 y LGSS 8/2015.

⁵⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai. "Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes en su regulación y análisis de la directiva 2010/18/UE" *Revista de Anales de la facultad de derecho (Universidad de La Laguna)*, núm. 28, 2011, pp. 227-249.

La corresponsabilidad en el **ámbito autonómico** ha tenido más desarrollo, incluso antes de la LOI se proclamó en leyes de igualdad autonómicas. La conciliación aparece en la mayoría de los Estatutos de Autonomía como uno de los principios rectores que han de regir sus actuaciones junto a otros como la igualdad de género, la protección a la familia y el derecho de las personas a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad⁵⁸ y desarrollan un papel muy importante en el desarrollo de políticas públicas. No obstante, su labor está limitada puesto que tal y como reconoce el artículo 149.1.17 CE, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de los servicios de la Seguridad Social por las Comunidades Autónomas y de la actuación de la Administración autonómica como empleadora pública.

En Castilla y León, en sesión del Pleno de las Cortes de 27 de marzo de 2019 se aprobó un Proyecto de Ley por el que se promueve la adopción en el ámbito público y privado de medidas dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y a la eliminación de la brecha salarial de género de Castilla y León⁵⁹.

En cuanto al papel de la **negociación colectiva**, se constituye una herramienta imprescindible para adecuar la jornada de trabajo a las particularidades del sector productivo y las necesidades individuales de los trabajadores. La legislación puede promover y potenciar los cambios sociales y culturales, pero el acuerdo entre los sujetos afectados siempre va a ser fundamental, es por ello, por lo que el Estatuto de los Trabajadores se remite a menudo a esta técnica. Sin embargo, constituye objeto de crítica el limitado desarrollo que este realiza en muchos casos y la exigencia limitada a las grandes empresas de la redacción obligatoria de Planes de Igualdad⁶⁰, puesto que la presencia de estas se circunscribe a un 0,2% del total de las empresas de nuestro país⁶¹. Nos encontramos con ciertas dificultades que se ponen de relieve en la redacción de estos

⁵⁸ RECHE TELLO, Nuria. *La constitucionalización del Derecho Fundamental a conciliar la vida personal y laboral*. Granada: Editorial Comares S.L., 2018. Pp.58-61.

⁵⁹ Proyecto de Ley Cortes de Castilla y León: PL/000024-15.

⁶⁰ Artículo 46 LOI, por plan de igualdad hay que atender “*el conjunto ordenado de medidas adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo; los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados*”.

⁶¹ *Estadística PYME*. Ministerio de industria, comercio y turismo (Gobierno de España). Enero 2019. <http://www.ipyme.org/es-ES/>

convenios, como son la existencia de diferentes valoraciones de la conciliación en función del género, el desarrollo circunscrito únicamente a las labores de cuidado estrictamente familiares o la falta de control de su legalidad por parte de las autoridades. Además, existe falta de sensibilidad y formación sobre estas materias por los sujetos negociadores que contribuye a una preferencia por las contrapartidas laborales más convencionales y a una percepción empresarial de que este tipo de medidas suponen muchos costes y son difícilmente asumibles⁶².

1.2.2 Dimensión constitucional del derecho de conciliación.

Una de las mayores prerrogativas del derecho a la conciliación es que encuentra acomodo en la propia Constitución Española. La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral ha sido configurada progresivamente por la jurisprudencia.

Podemos señalar 3 enfoques distintos, que se corresponden a tres etapas sucesivas, desarrolladas jurisprudencialmente. En primer lugar, se pretende la protección del menor y la familia -principio rector de protección a la familia y la infancia artículo 39 CE-, en un segundo enfoque, la protección se extiende hacia la mujer sin cuestionar el reparto de responsabilidades -prohibición de discriminación por razón de sexo, artículo 14 CE- y en un tercer enfoque, la orientación viene marcada por la corresponsabilidad -se desarrolla el derecho a la conciliación como uno de los factores de diferenciación prohibidos por el artículo 14 CE⁶³ encuadrándose en la prohibición de la discriminación por razón de circunstancias familiares-.

Primera etapa: Los derechos legales de conciliación como instrumento de protección del menor y de la familia.

Su inicio se fija en 1999. El fundamento de las sentencias que se pronuncian sobre los objetivos de la conciliación señala al artículo 39 CE, protección a la familia y a la

⁶² RECHE TELLO, Nuria. *La constitucionalización del Derecho Fundamental a conciliar la vida personal y laboral*. Granada: Comares S.L., 2018. Pp. 108-115.

⁶³ RECHE TELLO, Nuria. "Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial" *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, 2014. Pp. 221-261.

infancia, así como se refieren a la garantía del instituto familiar y al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el artículo 154.1 CC, sin considerar el artículo 14 CE. El artículo 39 CE es un principio rector, luego no goza de la tutela constitucional que establece el artículo 53.2 CE para los Derechos Fundamentales.

Ya desde la mencionada Ley 39/1999 se reconoce la nulidad objetiva para las actuaciones que se enfrentaran al reconocimiento de estos derechos de conciliación al señalarse que será nula *“la decisión extintiva del empresario que tuviera por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de Derechos Fundamentales y libertades públicas del trabajador”*, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio. Luego constituye un gran avance puesto que no hay que probar indicios⁶⁴.

Este reconocimiento de nulidad de las decisiones del empresario infractoras, provoca que se critique la línea posterior seguida por los tribunales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000 relaciona la reducción de jornada (artículo 37.5 ET) con los mencionados 39 CE y 154.1 CC sin hacer mención a la relación entre el derecho a la conciliación con el principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres. Lo que no se entiende teniendo en cuenta que la Ley 39/1999 ya estaba publicada, el caso era anterior y en su exposición de motivos se hace referencia expresa al artículo 14 CE.

También el Tribunal Constitucional había establecido la misma conexión en su Sentencia 240/1999, de 20 diciembre, que relaciona la solicitud de una excedencia con el interés del menor y proteger a la familia. O la Sentencia del Tribunal Constitucional 203/2000, de 24 de julio, donde se habla de *“la garantía del instituto familiar”*⁶⁵. Al examinar las alegaciones de las partes en estas sentencias, se percibe que los demandantes sí que se refieren ya a una discriminación indirecta por razón de sexo.

Segunda etapa: Los derechos legales de conciliación en conexión con el artículo 14 CE. Sin cuestionarse el reparto de responsabilidades.

⁶⁴ Artículo 7.2 Ley 39/99 que modifica el artículo 53.2 ET y el artículo 7.3 Ley 39/1999 que modifica el artículo 55.5 ET.

⁶⁵ RECHE TELLO, Nuria. “Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial” *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, 2014. Pp. 221-261.

Abierta en 2007, coincidiendo con la aprobación de la LOI 3/2007, la línea argumentativa de los órganos de enjuiciamiento reconoce y afirma la dimensión constitucional de los derechos de conciliación personal y laboral desde la perspectiva del artículo 14 CE, concretamente, en la discriminación indirecta por razón de sexo; al ser las mujeres las que en mayor medida ejercitan estos derechos, sin cuestionar el reparto de responsabilidades. Relegándose la tutela del menor a un segundo plano, esta postura fue criticada porque asumía la posición subordinada de las mujeres.

La doctrina se sienta a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 y unos meses después, este mismo tribunal, va a reforzar aún más la tutela de estos derechos con la Sentencia 233/2007⁶⁶.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, es resultado de la admisión y estimación de un recurso de amparo presentado por una trabajadora contra la empresa (Alcampo S.A.) en la que desarrollaba un trabajo de dependienta. La asalariada vio rechazada su solicitud de reducción de jornada para cuidado de un hijo menor de seis años por la empresa y posteriormente desestimada su pretensión por el Juzgado de lo Social Núm. 1 de Madrid, al ratificarse la decisión de la empresa.

El Tribunal Constitucional falla amparando a la trabajadora, al reconocer su Derecho Fundamental a la no discriminación por razón de sexo, a la vez que anula la sentencia y ordena la retroacción de las actuaciones. No obstante, se vuelve a desestimar por el Juzgado de lo Social la pretensión de reducir la jornada de la actora, al resistirse el tribunal a considerar la discriminación, exigiendo prueba de ello y obligando a las partes la acreditación de sus respectivos intereses; algo que no era necesario. Ni el artículo 37.5 ET, donde se recoge este derecho, ni el cauce procesal lo exigen, solo se precisa la constatación de la patria potestad o tutela y la edad del menor, lo que pone de relieve las reticencias ideológicas que subyacen frente al ejercicio de estos derechos.

En 2009, el Tribunal Constitucional estima en Auto 1/2009, de 12 de enero, el incidente de ejecución planteado por la trabajadora y reafirma la dimensión constitucional

⁶⁶ RECHE TELLO, Nuria. “Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial” *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, 2014, pp. 221-261.

de los derechos legales de conciliación, recalcando que los juzgados no pueden limitarse a apreciar cuestiones de estricta legalidad.

La trabajadora, a pesar del reconocimiento, seguía sin poder ejercer su derecho legal de conciliación y sin recibir ningún tipo de indemnización, por lo que acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁷, que resuelve indemnizando a la trabajadora con 16.000 euros en concepto de daño moral por considerar vulnerado los artículos 6 CEDH y 14 CEDH.

En definitiva, a pesar del reconocimiento de la vulneración de su Derecho Fundamental a la no discriminación por razón de sexo por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la trabajadora no logró hacer efectivo su derecho constitucional debido a la superación de la edad máxima establecida para el menor fruto de la dilación del proceso. En cualquier caso, esta sentencia es un precedente importante por el reforzamiento constitucional de los derechos de conciliación. Aunque es de necesidad remarcar que esta interpretación no comprende a su ejercicio por varones.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2007, de 5 de noviembre de 2007, continúa el fortalecimiento constitucional de los derechos legales de conciliación al conectar la protección de la maternidad y la tutela antidiscriminatoria, aunque se evidencia el recelo a aplicarlo sin exigir prueba de la intención discriminatoria o del perjuicio efectivo adicional. Lo que no tiene sentido tras afirmar la discriminación.

La ley 3/2007 LOI amplía el ámbito de aplicación de la nulidad, que se circunscribía al despido en la Ley 39/1999, y lo presenta como la consecuencia a los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo artículo 10 LOI). A su vez, se modifica el artículo 17 ET⁶⁸, que señalará a partir de entonces que *“Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.”*. Incluyéndose que será la parte demandada la que tendrá que probar la ausencia de discriminación artículo 13 LOI).

⁶⁷ STEDH núm. 38285/2009, de 19 de febrero de 2013.

⁶⁸ Disposición adicional décimo primera. Dos. LOI modifica el art.17 ET en sus apartados 1, 4 y 5.

Tercera etapa: La introducción de la corresponsabilidad por obra de la jurisprudencia europea y el establecimiento de un motivo de discriminación autónomo; la discriminación por las circunstancias personales y familiares.

Esta última etapa se inicia por la introducción de la corresponsabilidad por la jurisprudencia europea, fruto del análisis del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto “Roca Álvarez”⁶⁹, de 30 de septiembre de 2010, cuando se da el supuesto de que es un hombre el que pretende el ejercicio de estos derechos y por los razonamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Konstantin Markig”⁷⁰, de 22 de marzo de 2012.⁷¹

En el Asunto Roca Álvarez se produce la negativa de la empresa a la solicitud del trabajador de disfrutar el permiso de lactancia por el nacimiento de su hijo. Permiso que por entonces solo se podía ejercitar por uno de los dos padres, y que se deniega aludiéndose a la condición de inactiva laboralmente de la mujer.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea va a considerar contrario a las Directivas europeas⁷² y discriminatorio el trato que se estaba otorgando por la legislación española, al conceder en cualquier circunstancia el permiso de lactancia a las mujeres y condicionar a si desempeña o no una actividad laboral la mujer para el acceso a este de los varones. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2015, en el caso “Konstantinoos Ma istrellis”⁷³, contra la legislación griega.

⁶⁹ STJUE de 30 de septiembre de 2010, Asunto Roca Álvarez, C-104/09 (TJCE 2010,280)

⁷⁰ Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el caso “Konstantin Marking”, de 22 de marzo de 2012, *“cualquier argumento que se base en el rol primordial de las mujeres en la educación de los hijos debe ser rechazado dado que se refuerzan unos estereotipos sociales contra los que hoy se quiere luchar”*.

⁷¹ RECHE TELLO, Nuria. “Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial” *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, 2014, pp. 221-261.

⁷² Concretamente a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976. Derogada y sustituida por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo.

⁷³ STJUE nº C-222/14, de 16 de julio de 2015. Un funcionario griego solicita un permiso parental y se le deniega por entender la normativa nacional griega que no se accede a él cuando la esposa ejerce una actividad laboral o profesional.

Para amparar al varón que pretende el ejercicio de estos derechos legales de conciliación, se introduce por la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011 un nuevo motivo discriminatorio, las circunstancias personales y familiares. Que honda en la idea de que con independencia del sexo, los derechos de conciliación deben protegerse con la misma intensidad constitucional. Insistiéndose en su fundamentación en que la interpretación de estos derechos no debe hacerse de forma mecánica o formalista, sino que debe favorecerse la efectividad de los Derechos Fundamentales en juego (artículos 14 y 39 CE), siguiéndose el criterio inspirador de corresponsabilidad que ya había pautado en su exposición de motivos la LOI. No obstante, este motivo discriminatorio no se recoge expresamente en el artículo 17 ET, a pesar de que su inclusión se podría haber realizado mediante el RDL 6/2019.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011 utiliza por primera vez esta categoría discriminatoria, resolviendo a favor del trabajador recurrente la negativa empresarial de un cambio de turno a horario nocturno tras rechazar el argumento de la discriminación de sexo, tanto del trabajador como de su esposa. Se entiende que no cabe analizar la posible discriminación de la esposa por tratarse de un Derecho Fundamental ajeno al del recurrente, por otra parte, se señala en cuanto al trabajador, que la asunción del cuidado por los hombres nunca ha supuesto dificultades para este colectivo. No podía alegarse discriminación por razón de sexo del trabajador por que el colectivo masculino no se ha visto históricamente en una situación de inferioridad por la imposición social del desarrollo de los cuidados familiares⁷⁴.

El Tribunal Constitucional, una vez rechazados los óbices procesales planteados, entiende que lo anterior no es obstáculo para que su recurso pueda ser analizado desde otra perspectiva del mismo Derecho Fundamental a la no discriminación y resuelve contemplando este motivo de discriminación autónomo.

Tras su pronunciamiento, existió debate por la existencia de un voto particular, que cuestiona esta nueva causa discriminatoria. Formulado por Pablo Pérez Tremps, señala como fundamento la discriminación indirecta de la mujer del recurrente afirmando que *“la circunstancia de tener dos hijos de corta edad no parece que históricamente haya supuesto una diferenciación que haya colocado a un sector de la población, los hombres, en una situación contraria a la dignidad de la*

⁷⁴ RECHE TELLO, Nuria. “Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial” *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, 2014. Pp. 221-261.

persona que permita identificarla como una categoría discriminatoria en el sentido del artículo 14 CE". Debate que se avivó por una sentencia posterior, la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2011, que acaba dando respuestas diferentes según el sexo del recurrente en otro caso de negativa de la empresa a la adaptación de la jornada de trabajo, al dudarse si se trata o no un acto de discriminación⁷⁵.

En cualquier caso, tanto la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011 como esta última, estaban condicionadas por la visión que se tenía del artículo 34.8 ET. La adaptación de jornada no aparecía reconocida como un derecho directamente, cómo se establece en el Real Decreto Ley 6/2019, sino que se reflejaba cómo una posibilidad de conciliación según los términos de la negociación colectiva, provocando diferentes interpretaciones y dudas sobre su alcance. En función de si se consideraba un precepto de eficacia directa o si se condicionaba su ejercicio al establecimiento por la negociación colectiva.

En la actualidad, se han disipado estas incertidumbres y se acepta como motivo discriminatorio autónomo ante la negativa del ejercicio de los derechos de conciliación por un varón las circunstancias familiares y personales, no siendo necesario reconducir la discriminación sufrida por el trabajador a la discriminación indirecta por sexo sufrida por su mujer. Reflejo de ello, la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 324/2019, de 19 de febrero, que reconoce la vulneración del Derecho Fundamental a no ser discriminado por circunstancias personales o familiares a un padre trabajador al que se le había impedido el disfrute del permiso de lactancia⁷⁶ porque la madre del niño no trabajaba.

Se refuerza la conexión existente entre los derechos de conciliación y el Derecho Fundamental a la no discriminación del artículo 14 CE. Se produce la unificación del motivo discriminatorio en las circunstancias personales o familiares como circunstancia autónoma, que como había hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, supone otorgar el rango de Derecho Fundamental a la conciliación, independientemente del sexo del trabajador; y con la tutela reforzada que supone. Aunque, en la práctica, se sigue

⁷⁵ VENTURA FRANCH, Asunción. GARCÍA CAMPÁ, Santiago. *El derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres una evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018. Pp.720-723

⁷⁶ Ahora esta situación se tramitaría de forma diferente puesto que se ha reconocido la lactancia como un derecho individual tanto para mujeres como para hombres, reforma RDL 6/2019.

utilizando en algunas ocasiones la discriminación por razón de sexo cuando es una mujer quien reivindica, por facilidad en la alegación de indicios de la discriminación.

Se requería el reconocimiento jurisprudencial de este motivo discriminatorio, que debería seguirse del legislativo, ya que la conciliación está en relación con otros muchos Derechos Fundamentales⁷⁷ y de su efectiva protección depende el respeto de todos ellos. Concretamente, en el artículo 33 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE se recoge dentro de los derechos denominados de solidaridad.

Según lo expuesto en estas tres etapas de reconocimiento, se observa que la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 supuso un punto de inflexión en la consolidación del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral como un nuevo derecho social fundamental, que se manifiesta a través de un gran número de derechos subjetivos recogidos en el ordenamiento jurídico laboral. Con lo que ello implica (artículo 53 CE), su tutela reforzada con posibilidad de amparo ante el Tribunal Constitucional, la obligación de respetar su contenido esencial por la ley y la vinculación de todos los poderes públicos. Además, se ve condicionada la actuación de los empresarios al estar limitados sus poderes empresariales por el respeto a estos derechos⁷⁸.

2. Garantía de indemnidad. Naturaleza jurídica.

2.1 Concepto amplio y estricto.

La garantía de indemnidad es el medio por el que se asegura al trabajador que no se van a derivar consecuencias negativas de la reclamación del ejercicio de sus derechos legales de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Protección que se constituye tras la elevación de estos derechos a rango de Derecho Fundamental, por haberse identificado la

⁷⁷ Algunos de los Derechos Fundamentales relacionados con la conciliación son: 10.1CE, 15 CE, 23 CE, 24 CE, 27 CE, 35 CE, también está en relación con otros derechos sociales como los de los artículos 39 CE y 43CE.

⁷⁸ RECHE TELLO, Nuria. “Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial” *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, 2014, pp. 221-261.

negativa de su ejercicio con el derecho a la no discriminación por circunstancias familiares o personales (14 CE).

No tendría virtualidad práctica lo expuesto en materia de conciliación, si no se tutela a los trabajadores que soliciten el ejercicio de estos derechos de la utilización de los poderes empresariales para la adopción de represalias. Va a declararse la nulidad de estos actos o decisiones empresariales discriminatorias, se repondrá la situación al momento anterior a la materialización del comportamiento lesivo, e incluso, se reconocerá una indemnización.

El término “*indemnidad*” se define por la Real Academia Española de la lengua como “*El estado o situación del indemne*”⁷⁹, definiéndose a su vez el adjetivo “*indemne*” como “*Libre o exento de daño*”. Así, en el ámbito jurídico sería la exención del daño de aquel que ejerce los derechos amparados por la Constitución. Concretamente, el objeto de estudio de este trabajo es la garantía de indemnidad de aquel trabajador que reclama el reconocimiento de derechos legales de conciliación⁸⁰.

La CE en el Título I recoge los Derechos Fundamentales enunciando su contenido y condiciones de ejercicio, pero no enuncia la garantía de que el ejercicio de esos derechos no generará perjuicio a sus titulares.

La garantía de indemnidad no está expresamente reconocida en nuestro ordenamiento excepto en relación con la discriminación⁸¹ y la libertad sindical⁸². Se va a entender implícita en el reconocimiento del derecho, pero su omisión genera inseguridad interpretativa, que se manifiesta en las muchas sentencias que han debido afrontar el problema desde la perspectiva de la tutela de cada Derecho Fundamental⁸³. Existen en el Tribunal Constitucional varias acepciones de la garantía de indemnidad:

⁷⁹ Definición RAE: <https://dle.rae.es/>

⁸⁰ MORÁN ROA, Sonia. *La protección jurídica del trabajador reclamante: la garantía de indemnidad*, 2015. <http://www.forelab.com/> Pp.2.

⁸¹ Artículo 17.1 ET.

⁸² Artículos 2.1 y 12 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

⁸³FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. "La garantía de indemnidad" *Diario La ley* 4099/2010. Pp.3-4.

- La **acepción estricta** es el derecho del trabajador a obtener la tutela judicial, la garantía de indemnidad se plantea como una manifestación básica del Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva del artículo 24.1 CE y se pretende que el ejercicio de la acción judicial del trabajador contra el empresario lleve aparejada directa o encubiertamente una represalia que le perjudique en el ámbito de su relación laboral.

- La **acepción amplia** es la prohibición empresarial de represalia ante el ejercicio por parte del trabajador de cualquier otro Derecho Fundamental distinto al de la Tutela Judicial Efectiva. Podemos encuadrar en este concepto amplio la garantía de indemnidad a los derechos de conciliación, por ser expresión del derecho a la no discriminación contemplado en el artículo 14 CE, concretamente en la causa de no discriminación por circunstancias familiares y personales que especifica la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011.

La diferencia principal entre ambas acepciones radica en que en el primer caso la lesión se declara una vez que se prueba la conexión, la relación causal, entre la medida empresarial y la reclamación judicial previa, otorgándose automáticamente el amparo. Mientras que en el segundo caso, el amparo solo se concede si la conducta empresarial atentó efectivamente al contenido del Derecho Fundamental. Es decir, la indemnidad se asocia con la protección ordinaria del Derecho Fundamental que se trate⁸⁴.

De manera que en marco de la acepción estricta, artículo 24 CE, es preciso realizar un esfuerzo probatorio de la discriminación: proximidad temporal entre ejercicio de derecho y represalia, afectación a varios trabajadores que han ejercido acciones judiciales previamente o resistencia a obedecer los requerimientos judiciales por la empresa⁸⁵. Mientras que en la acepción amplia una vez presentados indicios de la discriminación se invierte la carga de la prueba.

En el ámbito específico de estudio que nos atañe, “*Garantía de indemnidad del trabajador que reclama el reconocimiento de derechos legales de conciliación*”, la garantía de indemnidad formaría

⁸⁴ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés, “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”. *Diario La Ley 1125/2005*. Pp.1-7.

⁸⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. “La garantía de indemnidad” *Diario La Ley 4099/2010*. Pp.3-4.

parte del Derecho Fundamental del artículo 14 CE⁸⁶. Desarrollada específicamente su tutela por la legislación laboral en el artículo 17.1 ET, aunque no se contemple expresamente como motivo de discriminación las circunstancias familiares o personales.

En algunas ocasiones, se ha llegado incluso a relacionar esta protección, en su acepción amplia, con el artículo 20 CE. En Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2006, de 19 de junio, una trabajadora realizó una reclamación interna (sin intención de ejercitar en el futuro acciones judiciales⁸⁷), vertiendo críticas o juicios de valor acerca de la situación en la que se encontraba laboralmente, lo que provocó un conflicto laboral. Se le amparó por el Tribunal Constitucional de las sanciones que se le pretendían imponer con fundamento en el artículo 20.1 a) CE, libertad de expresión⁸⁸. El artículo 17.1 ET no recoge nulidad de la reacción del empresario ante la reclamación destinada a exigir la libertad de expresión.

Un ejemplo de lo expuesto para la materia que nos ocupa sería la situación de que un empresario despidiera a un trabajador/a, por haberle reclamado previamente el ejercicio su derecho al permiso de lactancia. Sería innecesario aludir a la garantía de indemnidad en sentido estricto, puesto que, bastaría con alegar que existe una represalia tras haber reclamado el reconocimiento de estos derechos legales de conciliación, que es una vulneración del derecho de la igualdad y no discriminación por circunstancias personales.

2.2 Origen. Marco normativo y doctrina constitucional.

En este ámbito de la no discriminación, la garantía de indemnidad no es solo desarrollo doctrinal y jurisprudencial, sino que está expresamente reconocida por la ley de un modo muy amplio; abarca las acciones judiciales o administrativas e incluso las reclamaciones efectuadas en la empresa. Esto se debe a que existen diversas Directivas

⁸⁶ Artículo 14. *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

⁸⁷ Si tuviera esa intención futura se podría encuadrar dentro de la acepción estricta.

⁸⁸ PEÑACOBIA RIVAS, Eduardo y VIDAL LÓPEZ, Pere. "Garantía de indemnidad: necesaria conexión causal de una represalia empresarial con la conducta del trabajador de ejercicio del derecho a la tutela judicial, o preparativa o previo al mismo". *Diario La ley* 4038/2014. Pp.8.

comunitarias⁸⁹ vinculadas a la garantía de indemnidad que se basan en el principio de igualdad de trato, a diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento interno, en el que la protección del derecho al acceso a la justicia actúa independientemente del contenido material de la acción judicial emprendida.

Los derechos legales de conciliación tienen fundamento constitucional en el derecho a la no discriminación, tal y como se señaló previamente por las Sentencias del Tribunal Constitucional 3/2007 y 26/2011. Reconociéndose expresamente en el artículo 44 LOI que se evitará toda discriminación basada en su ejercicio. Asimismo, con motivo de dotar de mayor seguridad jurídica y protección al trabajador se reconoce expresamente por primera vez en la LOI una *“indemnidad frente a represalias”* (artículo 9 LOI).

Inicialmente en ausencia de una norma en nuestro ordenamiento que configurara legalmente la garantía de indemnidad, el Tribunal Constitucional realizó una construcción doctrinal, vinculándola directamente al ejercicio de la acción judicial en defensa de los derechos o intereses personales y particulares del afectado. El término se utiliza por primera vez en la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1993 y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1993 reconociéndose que *“represaliar a un trabajador con el despido por haber intentado el ejercicio de la acción judicial, representa una conducta vulneradora de la Tutela Judicial Efectiva, que habrá de ser sancionada por los Tribunales con la nulidad radical de tal medida”*.

Sitúan su fundamento en el artículo 24.1 CE, *“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión”*. Matizando que se configura la institución como una vertiente singular y con cierta autonomía de este derecho, puesto que, en sentido estricto, el artículo 24 solo podría ser infringido por quienes tienen atribuida la potestad jurisdiccional, mientras que el Tribunal Constitucional extendió la protección para los casos en los que es vulnerada por el empresario; en las relaciones por los particulares⁹⁰. Además, no solo se protege el acceso a los tribunales y la obtención de una resolución no obstaculizada respecto a las pretensiones planteadas, sino que también tiene efectos en un momento posterior; evitando una represalia futura.

⁸⁹ Directiva 76/207/CEE; Directiva 2000/43/CE del Consejo, Directiva 2000/78/CE del Consejo.

⁹⁰ MORÁN ROA, Sonia. *La protección jurídica del trabajador reclamante: la garantía de indemnidad*, 2015. <http://www.forelab.com/> Pp. 2-4.

Encontramos tres antecedentes de esta construcción actual de la garantía en sentido estricto. En primer lugar, en el ya derogado, artículo 32 c) del Real Decreto-Ley 17/1977 que señalaba que la presentación de quejas o la intervención en procedimientos seguidos frene al empresario no serían justa causa de despido. Así como en el artículo 5 c) del Convenio n°158 de la OIT ratificado por España⁹¹, que recoge entre los motivos que no son causa justificada de despido “*el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes*”. Y en el artículo 4.2 g) ET, que señala como derecho básico de los trabajadores “*el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo*” pero carece de virtualidad en la práctica puesto que no establece ningún tipo de garantía adicional o tipificación de las consecuencias que de su incumplimiento deriven.

Por tanto, se reforzó la protección del trabajador con la construcción doctrinal en torno al artículo 24.1 CE. Ya que en estas dos últimas disposiciones se limita la represalia al despido, sin abarcar otras medidas o reacciones empresariales y este se sanciona con la improcedencia, no con su nulidad.

El Tribunal Constitucional en pronunciamientos posteriores a 1993, Sentencias 5/2003, 87/2004 o 38/2005 entre otras, amplía el campo de actuación de la garantía provocando que se configure como un instrumento de protección tanto de ese derecho constitucional (artículo 24.1 CE), como una garantía frente a cualquier represalia por el ejercicio de cualquier derecho; esta es la acepción amplia a la que se hizo referencia anteriormente. Además, pese a lo que podría parecer de la normativa citada, de la Sentencia Tribunal Constitucional 198/2001 se desprende implícitamente que la garantía de indemnidad no se ciñe a las demandas de tipo laboral, opera con independencia del orden jurisdiccional y del tipo de tutela solicitada judicialmente por el trabajador, al ser el Derecho Fundamental del artículo 24.1 CE un derecho subjetivo público que trasciende del ámbito contractual.⁹²

Particularmente, en el ámbito que nos ocupa, fruto de la transposición de las Directivas Comunitarias sobre igualdad y no discriminación a través de la Ley 62/2003, de

⁹¹ BOE 29 de junio de 1985.

⁹² ÁLVAREZ ALONSO, Diego *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Bomarzo, 2005. Pp.27-35.

30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y de orden social, se va a modificar el artículo 17.1 ET señalando que serán nulas *“las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”*.

El derecho protegido es la igualdad de trato y no discriminación, no el derecho a la Tutela Judicial Efectiva. La garantía de indemnidad ya no tendría sustantividad propia y su concepción inicial, sino que se confunde con este Derecho Fundamental del artículo 14 CE⁹³. Se eleva a Derecho Fundamental, conectado a la prohibición de discriminación el ser víctima de una represalia o reacción por pretender el ejercicio de estos derechos, implicando que se apliquen las mismas garantías procesales que al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres y no discriminación⁹⁴.

La LOI 3/2007, que incorpora al ordenamiento español la Directiva 2002/73/CE de reforma de la Directiva 76/207/CEE y la Directiva 2004/113/CE⁹⁵, va a establecer *“medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad respecto de los hombres”* artículo 11 LOI) y va a referirse a la tutela y garantía de indemnidad del derecho a la igualdad y no discriminación en los siguientes preceptos:

- Artículo 9 LOI señala que *“también se considerara discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”*

- Artículo 10 LOI *“los estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para proteger a las personas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una denuncia o un procedimiento judicial destinado a hacer cumplir el principio de igualdad de trato”*

⁹³ Artículo 14 CE *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

⁹⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda *“Garantía Jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo” Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm.2, 2007. Pp.204-209.*

⁹⁵ Exposición de motivos LOI 3/2007.

- Artículo 12 LOI *“Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación”*.

Lo que el legislador denomina por primera vez en la LOI como *“indemnidad frente a represalias”* proviene de la calificación de las directivas comunitarias. Todas excepto la Directiva 2010/41 contemplan una cláusula de estilo a la que denominan *“victimización”* o *“represalias”*: Directiva 2000/78 artículo11), Directiva 200/43 artículo 9), Directiva 2004/113 artículo10), Directiva 2006/54 artículo24)⁹⁶. El artículo 24 Directiva 2006/54 señala que *“Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los que sean representantes de los trabajadores según las leyes y/o prácticas nacionales, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato”*.

Aunque, tal y como se ha señalado, la aprobación de la LOI en 2007 supone el reconocimiento expreso de la garantía de indemnidad en relación con la discriminación por razón de sexo (artículo 9 LOI). No debemos olvidar que el artículo 17.1 ET se refiere a *“acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”*, por tanto, la prohibición de discriminación abarca la discriminación por circunstancias personales que se reconoció por la Sentencia Tribunal Constitucional 26/2011 al trabajador varón que reclamó el reconocimiento de sus derechos legales de conciliación.

Fue la LOI la que en su disposición adicional décimo primera modificó este párrafo segundo del apartado primero del 17 ET, así como añadió dos nuevos apartados. Reconociéndose ahora expresamente en el segundo párrafo del primer apartado que *“Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.”*

⁹⁶ PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo. *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*. Albacete: Bomarzo, 2016. Pp.236-239.

El apartado 12 del artículo 8 LISOS, en los mismos términos que el artículo 17 ET, califica de infracciones muy graves *“las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”*. Algunos autores señalan que también se debería haber establecido expresamente como una de las causas de nulidad del despido de las recogidas en el artículo 55.5 del ET.

Según lo expuesto, podríamos preguntarnos si este reconocimiento implica la desaparición de la garantía de indemnidad en sentido estricto, vinculada a la satisfacción del derecho a la Tutela Judicial Efectiva tal y como la jurisprudencia constitucional inicialmente construyó. La conclusión es que no, es posible la convivencia de una garantía de indemnidad en sentido estricto como parte del derecho a la Tutela Judicial Efectiva en su construcción constitucional, como instrumento de garantía frente a las consecuencias perjudiciales o “represalias” frente al sujeto que ha ejercido ese derecho y de una “indemnidad frente a represalias” como garantía del derecho a la igualdad y no discriminación.

No obstante, lo más lógico sería que en un futuro se produjera el reconocimiento expreso en el Estatuto de los Trabajadores de una prohibición de represalias como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento de cualquier derecho del que los trabajadores se crean asistidos, abandonando su reducción al derecho de igualdad de trato y no discriminación.

Una vez conceptualizado y analizada su evolución, conviene recalcar la importancia de no confundir esta garantía de indemnidad frente a represalias por el ejercicio del derecho a la no discriminación, y por ende de los derechos de conciliación que se enmarcan como parte del contenido del artículo 14 CE, con la garantía de indemnidad por acciones judiciales que como hemos señalado el Tribunal Constitucional considera una vertiente del artículo 24 CE. Puesto que, como se señaló anteriormente, en el contexto del artículo 17.1 no se va a requerir un nexo causal objetivo como sucede en el artículo 24 CE, una relación de causalidad entre la medida empresarial y la previa reclamación que se exige aun cuando no exista un buscado propósito de represaliar⁹⁷.

⁹⁷ STC 6/2011 de 14 de febrero. Idea que se reafirma en la STSJ Madrid del 19 de enero 2015, 21/2015.

Además, la garantía del artículo 17.1 ET se extiende no solo a los titulares del derecho que lo reclaman, como ocurre en el artículo 24.1 CE, sino también a los testigos o terceros defensores del derecho⁹⁸. Cabría su aplicación en el caso de que la inicial reivindicación la llevara a cabo un tercero ajeno incluso a la empresa pero por cuenta del trabajador, matizando que *“la manifestación a la empleadora del marido de la demandante “de que la trabajadora iba a acudir a un abogado”, no constituye ni tan siquiera acto preparatorio, sino más bien una advertencia de su posible actuación, pero no una verdadera y real reclamación judicial ni acto preparatorio de la misma”*⁹⁹.

El resultado de elevar a categoría de Derecho Fundamental el ser víctima de una represalia o reacción por quejas discriminatorias; hace que haya que aplicar las garantías procesales que le corresponden al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres y no discriminación por razón de sexo y por circunstancias familiares y personales, generalizando una cobertura idéntica a lesiones objetivas o intencionales¹⁰⁰.

Aunque también existen similitudes entre estas dos protecciones. Los actos previos son alcanzados y protegidos tanto por la garantía de indemnidad en sentido estricto ¹⁰¹ (artículo 24 CE) como por la indemnidad ante represalias que recoge el artículo 17.1 ET, y en ambos casos se exige que estén destinadas a exigir el cumplimiento, a una futura reclamación. De igual modo, ambos protegen al trabajador incluso en el supuesto de que la represalia se efectúe una vez extinguida la relación laboral y cuando la queja no sea personal; cuando se trata de una demanda de carácter colectivo en materia de conflicto colectivo.

Se ha llegado a extender la protección de ambos a un supuesto en el que todavía no existía contrato porque se situaba el conflicto en las fases previas a la contratación. Esta situación se refiere a cuando un trabajador ha estado contratado por la propia empresa o por otra de su grupo o de su sector contra las que hubiera accionado judicialmente en reiteradas ocasiones, la Sentencia del Tribunal Supremo del 23 de junio de 1997 señala *“el*

⁹⁸ Directiva 2002/73/CEE.

⁹⁹ STSJ Galicia Rec. 2965/2016 de 28 de diciembre.

¹⁰⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. “Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales”. *Revista de Relaciones Laborales Lan harremanak*, núm. 25, 2011. Pp. 19-52.

¹⁰¹ La STC 14/1993 afirma que *“en lo tocante a la naturaleza administrativa de la reclamación ha de puntualizarse que las garantías vinculadas al Derecho Fundamental de tutela se extienden asimismo a los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de la acción judicial”*.

trabajador no queda, ni puede quedar, incapacitado para volver a ser contratado por el mismo empleador”. Lo que la doctrina científica afirma que “*en definitiva, de forma implícita establece el principio de indemnidad hacia quien no es todavía trabajador de una empresa, la cual no puede perjudicarlo en sus futuros derechos para con ella por el hecho de haber accionado judicialmente en defensa de sus intereses*”¹⁰².

Además, las consecuencias que se deriven de la estimación del amparo judicial van a ser las mismas para los dos: nulidad, reparación del daño e indemnización.

2.3 Extensión de la garantía de indemnidad del artículo 17.1 ET.

La protección que dispensa esta garantía específica va a abarcar las actuaciones previas a la interposición de una acción judicial, las represalias producidas una vez extinguido el contrato de trabajo o excepcionalmente previamente a la existencia de este y va a evitar la producción de cualquier tipo de represalia.

La garantía de indemnidad comprende según el artículo 17.1 ET la “*reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación*”. Luego se está protegiendo del ejercicio de los **actos previos judiciales** - escrito de solicitud o papeleta de conciliación de denuncia ante la inspección de trabajo y de Seguridad Social, denuncias o demandas ante cualquier jurisdicción¹⁰³ - o **extrajudiciales** - quejas o advertencias de acciones judiciales, las reclamaciones internas formales o informales, o las reclamaciones ante órganos de naturaleza mediadora o arbitral y recursos administrativos previos-, ya sean necesarios o no para el ejercicio de las acciones judiciales.

Esta interpretación se confirma por el artículo 9 LOI con la expresión “*de cualquier tipo*”¹⁰⁴, que tiene claramente la finalidad de abarcar cualquier actuación. Están, por tanto, incluidas las reclamaciones internas a la empresa formales o informales, e incluso se puede

¹⁰² VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario” *Diario La ley digital* 1125/2005. Pp.13.

¹⁰³ Ejemplo de represalia ante acciones judiciales: STS 3908/2017, de 5 de octubre y STSJ Cataluña Rec. 4759/2017 de 18 de octubre.

¹⁰⁴ Artículo 9 LOI “*como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinado a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres*”.

ampliar la reacción patronal reclamaciones verbales o a las derivadas del protagonismo del trabajador en reuniones reivindicativas y por testificar (Auto Tribunal Constitucional 197/2008).

En cualquier caso, la imprecisión de la expresión está motivada por la intención de abarcarlos todos ellos, con la única exigencia de que tienen que estar encaminados a obtener la tutela y la efectividad de sus derechos a la igualdad y a la no discriminación, a la tutela de sus derechos de conciliación. No existiendo exigencia de que la acción iniciada por la trabajadora haya tenido éxito y su demanda haya sido estimada¹⁰⁵, puesto que supondría condicionar la protección y poner obstáculos a la actitud reivindicativa de los trabajadores; que por miedo las consecuencias de reclamar los derechos de los que se creen asistidos y fracasar, podrían conformarse con situaciones que vulneran sus Derechos Fundamentales.

Se concreta por el artículo 17.1 que la **reclamación** debe estar “*destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación*”, **encaminadas a entablar acciones legales**¹⁰⁶, deben anunciar la interposición de acciones judiciales o que conste el proyecto o propósito de hacer valer en la jurisdicción los derechos supuestamente vulnerados¹⁰⁷. En esta línea, que como se señaló, es similar para el artículo 17.1 ET y 24 CE, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3357/2013 de 13 de mayo, no considera un correo enviado por el demandante al consejero delegado de la empresa como indicio de la vulneración a la Tutela Judicial Efectiva.

La garantía de indemnidad alcanza también la **situación de que la queja no sea personal**, cuando se trata de una **demanda de carácter colectivo** en materia de conflicto colectivo, se admite inicialmente en la Sentencia Tribunal Constitucional 16/2006 y en sentencia posterior 5214/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda "La garantía de indemnidad" *Diario La ley* 4099/2010. Pp.6.

¹⁰⁶ PEÑACOBIA RIVAS, Eduardo y VIDAL LÓPEZ, Pere. "Garantía de indemnidad: necesaria conexión causal de una represalia empresarial con la conducta del trabajador de ejercicio del derecho a la tutela judicial, o preparativa o previo al mismo". *Diario La ley* 4038/2014. Pp.2-4.

¹⁰⁷ En esta línea la STSJ Aragón 371/2012 señala que una trabajadora no se encontraba protegida puesto que sus reivindicaciones no estaban encaminadas a entablar acciones legales, la STS de 19 de abril de 2013 “*una actuación de reivindicación interna en la empresa puede ser objeto de la protección de la garantía de indemnidad del derecho a la Tutela Judicial Efectiva cuando resulta ser preparatoria o previa a la reclamación jurisdiccional pero no, como ocurre en la sentencia recurrida, cuando no consta este elemento del propósito o proyecto del trabajador de hacer valer en la jurisdicción derechos concretos supuesta o realmente lesionados*”.

Por último, en cuanto a las situaciones en las que ya no exista **contrato de trabajo** porque este **ya se ha extinguido**. El artículo 12 LOI recoge el derecho a recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 CE¹⁰⁸ *“incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación”* en conexión con el artículo 17.1 de la Directiva 2006/54¹⁰⁹ y con los principios que exige la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de septiembre de 1998¹¹⁰. Esta Sentencia, que resuelve el llamado “Caso Coote”, versa sobre la negativa de una empresa de dar referencias sobre una antigua empleada, que había reclamado previamente contra la empresa alegando que había sido víctima de una discriminación por razón de sexo al haber sido despedida por su embarazo. El Tribunal alude que no se debe limitar al despido la represalia y a que estas deben ser perseguidas incluso una vez finalizado el contrato de trabajo¹¹¹.

Las represalias objeto de protección por esta garantía no se limitan al despido, como hacía el artículo 5 c) del Convenio 158 OIT, sino que la expresión *“trato desfavorable”* del artículo 17.1 ET supone que se pueda decretar la nulidad de órdenes y decisiones que impliquen sanciones disciplinarias, traslados, desplazamientos, movilidad funcional o privación de complementos salariales entre otras.

¹⁰⁸ ROMERO BURILLO, Ana María. *Estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Sizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.Pp.511-512.

¹⁰⁹ Art.17.1 Directiva 2006/54 *“Los Estados miembros velarán por que, tras el posible recurso a otras autoridades competentes, incluidos, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, existan procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiera, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se haya producido la discriminación”*.

¹¹⁰ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario” *Diario La ley digital* 1125/2005 Pp.12-13.

¹¹¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda “La garantía de indemnidad” *Diario La ley* 4099/2010. Pp. 1-2.

Matizando que abarca tanto los despidos disciplinarios, como la extinción de contratos temporales¹¹² e incluso los supuestos de no renovación del “íter contractual”¹¹³. Lo cual se señala en la nueva redacción del artículo 53.4 ET, modificado por el RDL 6/2019, “*Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio*”. Resolviendo las dificultades que se presentaban anterioridad, puestos de manifiesto en sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo 2789/2011, de 12 de julio.

En la relación laboral, el trabajador ocupa una posición de subordinación que entraña un cierto riesgo para sus derechos e intereses. Para compensar la desigualdad entre partes se establecen límites al ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empresario por la legislación laboral y por los Derechos Fundamentales, al no poderse producir resultados inconstitucionales lesivos de estos, ni la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquellos¹¹⁴.

El reconocimiento de la dimensión de Derecho Fundamental de los derechos legales de conciliación ha supuesto el reforzamiento de su tutela, suponiendo el sopeso de los derechos que confluyan en los posibles conflictos que se generen entre el trabajador y el empresario. Para el empresario, la existencia de la garantía de indemnidad, en concreto la expresamente contemplada en el artículo 17.1 ET, supone una limitación a su poder de dirección; entendido este como el conjunto de facultades que definen la posición jurídica del empresario en el seno de la relación laboral, fundamentado constitucionalmente en el artículo 38 CE. Puesto que el respeto a los Derechos Fundamentales no solo implica a los poderes públicos, sino que los ciudadanos están sujetos a la Constitución artículo 9.1 CE).

En el caso de producirse la violación de un Derecho Fundamental por una actuación empresarial, del empresario o un tercero¹¹⁵, la medida adoptada debe ser declarada nula y se

¹¹² STC 16/2006, STS 1490/2013 de 4 de marzo, STS 4211/2013, de 5 de julio., STS 1516/2014, de 17 de febrero, STS 739/2016 de 27 de enero, y STS 2505/2016, de 27 de abril.

¹¹³ STS 1632/2008, de 18 de febrero.

¹¹⁴ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario” *Diario La ley digital* 1125/2005. Pp.6-13.

¹¹⁵ Las discriminaciones prohibidas son tanto las ejercidas por el empleador como las ejercidas por un sujeto distinto del empresario, la persona en la que aquel delegue, la que cumpla sus directrices y

debe reparar y reponer de la lesión al trabajador en sus anteriores condiciones e incluso reconocerle una indemnización por los daños y perjuicios que se le hayan podido ocasionar. La tutela antidiscriminatoria resultaría incompleta sin la previsión de garantías para los trabajadores que hacen uso de las prerrogativas que se les atribuyen¹¹⁶.

La limitación de los derechos de conciliación en medida que derivan de un Derecho Fundamental solo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho, bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el Derecho Fundamental del trabajador¹¹⁷. Ahora bien, no hay derechos absolutos, todo Derecho Fundamental puede ser legítimamente y justificadamente limitado, bien a través de los propios límites que la Constitución Española establezca por si misma de manera directa, como de manera indirecta a través del legislador en virtud de lo previsto en los arts.53.1 y 81.1 CE¹¹⁸. Lo que supone que en caso de conflictos entre derechos del mismo rango se deban ponderar los intereses en juego¹¹⁹.

3. Ejercicio de la garantía de indemnidad.

La previsión del artículo 17 .1 ET tiene el carácter de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo o contrato individual. Pretende junto al 4.2 c) ET proteger al trabajador de padecer discriminaciones en el ámbito de las relaciones laborales y su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 14 CE. Por tanto, la autonomía de

de las órdenes de discriminar, ya sea un directivo delegado por la empresa, entidades agencias como empresas contratistas o agencias de colocación.

¹¹⁶GOERLICH PESET, José María. *Comentarios al Estatuto de los trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. Pp.333-338.

¹¹⁷ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés, “la garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”. *Diario La ley digital, La ley 1125/2005*. Pp.3.

¹¹⁸ RECHE TELLO, Nuria. *La constitucionalización del Derecho Fundamental a conciliar la vida personal y laboral*. Granada: Comares S.L., 2018. Pp.312-314

¹¹⁹ SARAZÁ JIMENA, Rafael. *La protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. Pp. 9-11.

los poderes privados está limitada por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional (Sentencia Tribunal Constitucional 108/1989)¹²⁰.

Se diferencian dos vías procesales para el ejercicio efectivo de estos derechos, una primera en la que se reclama judicialmente el reconocimiento de estos derechos y una segunda en la que se protege al trabajador de las represalias, garantía de indemnidad. Matizando que esta última ópera independientemente de que la reclamación se haya realizado judicialmente o por otra vía.

Cuando se produce la reclamación judicial de un derecho de conciliación que está reconocido legal o convencionalmente, se seguirá el proceso del artículo 139 Ley de Régimen de la Jurisdicción Social (que se citará como LRJS). Sin embargo, de no existir este reconocimiento, se seguirá la vía del 177 LRJS, teniendo que alegar el trabajador la necesidad a conciliar en corresponsabilidad y mostrando las circunstancias que le provocan esa necesidad, como que trabajen los dos miembros de la pareja o que tengan hijos o personas dependientes a su cargo¹²¹.

En una segunda vía judicial, garantía de indemnidad, donde se pretende la protección ante las represalias tras la reclamación judicial señalada o de otro tipo, la vía procedente es la de los **artículos 177 a 184 LRJS** que regula el **proceso de amparo laboral**, sin perjuicio de la invocación de Derechos Fundamentales en cualquier otro proceso laboral. Es un proceso preferente y sumario para la tutela de los Derechos Fundamentales invocados por los trabajadores que se regula atendiendo al artículo 53.2 CE¹²².

En el amparo laboral, la ley distingue una dualidad de cauces procesales para la tutela de Derechos Fundamentales laborales. Uno ordinario regulado en los artículos 177-183

¹²⁰ GOERLICH PESET. , José María. *Comentarios al Estatuto de los trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. Pp.333-338.

¹²¹ ROMERO BURILLO, Ana María. *Trabajo, Género e igualdad un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Sizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018. Pp.504-505.

¹²² GIMENO SENDRA, Vicente. TORRES DEL MORAL, Antonio. MORENILLA ALLARD, Pablo. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Edisofer, 2018. Pp.731-751.

LRJS, y un procedimiento especial cuando la vulneración se produce en las materias que dispone el artículo 184 LRSJ¹²³.

Este procedimiento especial dispone que la demanda ha de tramitarse con arreglo a la modalidad procesal correspondiente, acumulando en su tramitación las vulneraciones de Derechos Fundamentales que eventualmente se produzcan para las demandas por despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, así como para las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o las de movilidad geográfica entre otras¹²⁴. Luego, según reclamemos únicamente la nulidad del trato desfavorable como reacción ante la reclamación o impugnemos el despido, o cualquier circunstancia recogida en el artículo 184 LRJS, y acumulemos la vulneración del Derecho Fundamental a la no discriminación, se va a seguir una u otra vía. Recalcando que en estos procesos especiales rigen también las garantías del amparo laboral con la ventaja de que la petición no se ciñe solo a la invocación de Derechos Fundamentales¹²⁵.

A continuación, se procederá a exponer el objeto, legitimación, competencia y procedimiento del amparo laboral ordinario al que se refieren los artículos 177-182 LRJS.

En cuanto al **objeto**, puede invocarse la vulneración de cualesquiera derechos fundamentales y libertades públicas, con la necesidad de que la pretensión de amparo este

¹²³ Artículo 184 LRJS *“No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 178, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva”*.

¹²⁴ VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña. *Protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales* Madrid: Tecnos, 2015. Pp. 46-63.

¹²⁵ GIMENO SENDRA, Vicente. TORRES DEL MORAL, Antonio. MORENILLA ALLARD, Pablo. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Edisofer, 2018. Pp.731-751.

limitada a solicitar la preservación o el restablecimiento de los Derechos Fundamentales, sin posibilidad de acumulación de acciones de otra naturaleza (artículo 179 LRJS). En caso de que no se cumpla, se inadmite la demanda o se desestima mediante sentencia¹²⁶.

Las personas **legitimadas activamente** son los trabajadores y cualquier otra persona que, sin ostentar dicha condición, alegue ser titular del Derecho Fundamental que invoca como violado (artículo 177.1 LRJS). Los sindicatos pueden comparecer como partes principales en el amparo laboral de tutela de la libertad sindical, en el resto de amparos relativos a otros derechos fundamentales comparecen en calidad de “coadyuvantes” siempre que tengan un interés legítimo respecto del Derecho Fundamental por el actor invocado.

La **legitimación pasiva** corresponde al empresario o cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del vínculo que le una al empresario (artículo 177.4 LRJS). Es la persona causante de la lesión del Derecho Fundamental, que puede ser una persona física o jurídica, privada o pública, o ente sin personalidad jurídica, es decir, un empresario, una administración pública, o incluso un sindicato o el comité de empresa.

El **órgano competente** va a ser el Juzgado de lo Social del lugar donde se produjo la lesión. En caso de que los efectos de la cuestión se extiendan sobre un territorio superior al del Juzgado de lo Social e inferior al de la Comunidad Autónoma será competente la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, y si se extienden sobre el territorio de más de una Comunidad Autónoma el competente es la sala de lo social de la Audiencia Nacional¹²⁷. El Ministerio Fiscal va a ser siempre parte, de modo que su inasistencia provoca la nulidad de lo actuado (artículo 238.3 LOPJ).

La **tramitación del proceso** la podemos sintetizar en la presentación de la demanda (artículo 179.3 LRJS) dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previstos para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del Derecho Fundamental o libertad pública, incluyendo los requisitos generales del artículo 80 LRJS y expresando los hechos constitutivos y la cuantía de la indemnización pretendida, así como la eventual solicitud de medidas cautelares (artículo 180 LRJS). Una segunda fase, que se

¹²⁶ GIMENO SENDRA, Vicente. TORRES DEL MORAL, Antonio. MORENILLA, ALLARD, Pablo. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Edisofer, 2018. Pp.731-751

¹²⁷ Artículos 6, 7 y 8 de LRJS.

corresponde con la conciliación¹²⁸, y por último, el juicio, que se deberá celebrar 5 días después de la admisión de la demanda y mínimo 2 días después de la citación. La sentencia se tendrá que dictar en los tres días siguientes a la celebración del juicio (artículo 182 LRJS).

Independientemente del artículo fundamental al que se vincule la garantía de indemnidad, la doctrina constitucional¹²⁹ se ha negado a declarar automáticamente la infracción constitucional por el solo hecho de que el perjuicio sufrido por el trabajador sea siguiente a una acción judicial o de otra clase¹³⁰.

En el ejercicio de la garantía de indemnidad por el trabajador perjudicado tras reclamar el reconocimiento de sus derechos de conciliación, se va a exigir la aportación por este de indicios razonables que provocarán, en caso de crear una sospecha real, la inversión de la carga de la prueba, que implica que es el empresario el que debe aportar la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (artículo 181.2 LRJS) y por tanto la inexistencia de represalia.

3.1 Reclamación del trabajador: indicios.

Se pide al demandante que aporte indicios razonables de que la lesión se ha producido para que se produzca la inversión de la carga de la prueba. Por tanto, no se exonera absolutamente de la prueba al actor, sino que es una atenuación.

Los indicios deben permitir deducir la posibilidad de que la vulneración constitucional se haya producido. Entendiendo la jurisprudencia que *“los indicios son señales o acciones que manifiestan de forma irregular, algo oculto, lo que es muy distinto de sospechar, que es imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en la apariencia”*¹³¹. Además, la Sentencia Tribunal Constitucional 120/2006 señala que *“tendrán altitud probatoria tanto los hechos que sean*

¹²⁸ Según el artículo 181.1 LRJS para la vía ordinaria se requiere conciliación tras la admisión de la demanda, sin perjuicio de que el artículo 64 LRJS va a exceptuar de conciliación previa las demandas que versan sobre el artículo 184 LRJS.

¹²⁹ STC 120/2006 para que opere el desplazamiento acreditar existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción.

¹³⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda “La garantía de indemnidad” *Diario La ley digital* 4099/2010. Pp.5-6.

¹³¹ STS 3269/2015 de 16 de junio. que se remite a las TS 9 de febrero, 15 de abril y 23 de septiembre de 1996.

claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para suscitar razonablemente la sospecha o presunción de la vulneración del Derecho Fundamental”.

Se trata, por tanto, de infundir en el juez una sospecha a través de la demostración de aquellos elementos de los que se desprenda la lesión¹³².

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 7/2017, de 14 de febrero, en torno a una cuestión de discriminación afirma que *“es necesario que por parte del actor se aporte una “prueba verosímil” o “principio de prueba” revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera discriminación (...) y presente la prueba indiciaria”.* En Sentencia Tribunal Constitucional 49/2003, de 17 de marzo, se matiza la necesidad de que la aportación de prueba supere un *“umbral mínimo”*, que se acrediten los elementos cardinales y no se fundamente en alegaciones meramente retóricas.

Tal y como se señaló previamente, nos hallamos ante la principal diferencia con la garantía de indemnidad artículo 24 CE, puesto que en su caso se requiere conexión de causalidad entre la actuación del trabajador y la represalia empresarial. No opera como en este ámbito en el que se reconoce automáticamente tras contrastarse la vulneración del Derecho Fundamental al que acompaña.

En el ámbito de la garantía del 24 CE se requiere la valoración en el caso concreto de indicios que actúen de nexo causal¹³³, algunos de los más habituales son¹³⁴: La existencia de actuaciones previas o preparatorias a la acción judicial, la ruptura de una relación laboral estable, contrato indefinido o de gran antigüedad¹³⁵, la contratación de nuevos trabajadores para el mismo trabajo que tenía el trabajador antes de su despido¹³⁶, el hecho de que la

¹³² RECHE TELLO, Nuria. *La constitucionalización del Derecho Fundamental a conciliar la vida personal y laboral*. Granada: Comares S.L., 2018. Pp. 333-338.

¹³³ ÁLVAREZ ALONSO, Diego. *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Bomarzo, 2005. Pp.123-125.

¹³⁴ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario” *Diario La ley digital 1125/2005*. Pp. 15-17.

¹³⁵ STC 171/2005.

¹³⁶ MORÁN ROA, Sonia. *La protección jurídica del trabajador reclamante: la garantía de indemnidad*, 2015. <http://www.forelab.com/> Pp.25-26.

empresa haya sido sancionada anteriormente por la Inspección del trabajo por el mismo motivo¹³⁷, que se alegue que es una medida de ámbito general pero afecte únicamente al trabajador represaliado y no se demuestre porque a él y no a otros,¹³⁸ o la circunstancia de que otros trabajadores que hubieran planteado litigios semejantes también hubieran sido sancionados o despedidos.

Aunque en muchas ocasiones la vinculación directa e inmediata entre la acción del trabajador y la represalia, el nexo causal, se reduce a la proximidad temporal¹³⁹ entre ambas conductas pero no es absolutamente determinante del sentido del fallo^{140 141}. El Tribunal Constitucional ha mantenido diferentes posturas en torno a la cuestión de si es suficiente prueba que la decisión empresarial haya sido precedida de acción judicial del trabajador, aunque del poco éxito de la línea restrictiva parece derivarse que sí¹⁴². Por tanto, observamos cómo se han ido asimilando las vías del 17 ET y del 24 CE al simplificarse para el artículo 24 CE la exigencia de presentar el nexo causal objetivo.

3.2 Inversión de la carga de la prueba y destrucción de indicios.

Esta **inversión** se prevé en vista a que lo más frecuente es que encubra la vulneración de Derechos Fundamentales bajo de la alegación de motivos que pueden parecer ajenos, que haya motivos ocultos camuflados, por lo que resultaría casi imposible demostrar al

¹³⁷ STSJ Asturias 26 de febrero de 1999 (2731/1998).

¹³⁸ STSJ Cataluña 18 de abril de 2002 (5313/2001).

¹³⁹ A modo de ejemplo la sentencia de 4 de Abril de 2007 de la Sala de lo Social de Granada del TSJ de Andalucía, caso de una denuncia de un trabajador ante la Inspección de Trabajo el día 3 de febrero de 2006 y un despido en fecha 13 de marzo de ese mismo año. La resolución establece que “*la conexión temporal (...) no reviste duda*” por la cercanía temporal. O la STSJ 2481/2013, de 8 de abril.

¹⁴⁰ IGARTUA MIRÓ, María Teresa. *La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional*. Madrid: Consejo económico y social, 2008. Pp.115-122.

¹⁴¹ PEÑACOBIA RIVAS, Eduardo y VIDAL LÓPEZ, Pere. "Garantía de indemnidad: necesaria conexión causal de una represalia empresarial con la conducta del trabajador de ejercicio del derecho a la tutela judicial, o preparativa o previo al mismo". *Diario La ley digital* 4038/2014. Pp. 4-5.

¹⁴² En STC 171/2005 se considera indicio suficiente, pero en 3/2006 no. Ahora prevalece la primera interpretación.

trabajador demandante la vulneración, así se garantiza la mayor efectividad de la tutela de sus Derechos Fundamentales.

El origen de la alteración de la carga de la prueba lo situamos en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, concretamente en la Sentencia Tribunal Constitucional 38/1981, de 23 de noviembre, que se refiere a despidos discriminatorios, pero se ha extendido la inversión de la regla general¹⁴³ según la cual “*quien alega debe probar*” para todos aquellos supuestos en los que se le impute al empresario la lesión de cualquier Derecho Fundamental.

En el derecho comunitario se inicia la andadura de su doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba en el Caso Johnston; STJCE de 15 de mayo de 1986, al exigirse un recurso jurisdiccional efectivo frente a la discriminación. La recepción normativa de esta doctrina judicial tendrá lugar a través de la Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre (artículo 4.1), que se configura como una directiva de mínimos, mejorable por los estados miembros. Actualmente derogada y sustituida por la Directiva 2006/54, que regula esta materia en su artículo 19¹⁴⁴.

Conviene precisar que no nos hallamos ante una auténtica inversión sino que es más bien una facilitación o debilitamiento de la carga probatoria debido a la exigencia señalada de indicios fundados. La Sentencia Tribunal Constitucional 21/1992, de 14 de febrero, lo denomina “desviación de la carga de la prueba”.

El fundamento legal de la **destrucción de los indicios** lo encontramos en el artículo 96 LRJS, al que dio una nueva redacción la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, así como en el artículo 181.2 LRJS. En similares términos se va a pronunciar la jurisprudencia¹⁴⁵ y en materia de discriminación el artículo 13 LOI.

El empresario debe probar que su decisión es objetiva, razonada y proporcional, para destruir la prueba indiciaria debe demostrar que la medida está justificada. Evidentemente, no puede exigirse al demandado acreditar totalmente el buen comportamiento puesto que es prácticamente imposible, siempre existirá algo de duda. Pero, si al final del proceso no

¹⁴³ Artículos 217.2 y .3 LEC 1/2000.

¹⁴⁴ PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo. *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*. Albacete: Bomarzo, 2016. Pp.181-192.

¹⁴⁵ STSJ Galicia 2965/2016 de 28 de diciembre.

hay prueba, entra en juego la regla de la carga de la prueba en virtud de la cual quien no ha probado debe sufrir las consecuencias.

En el caso de que la medida de represalia sea un despido y que el empresario alegue que es por causas objetivas, para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida¹⁴⁶.

Tras la finalización del juicio oral, el Juzgador dicta sentencia en el plazo de 3 días (artículo181.3 LRJS), declarando o no la existencia de la vulneración denunciada. El contenido de la Sentencia estimatoria, es declarativo y de condena.

Contra la sentencia dictada por un Juzgado de lo Social cabrá recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma y, contra la sentencia resolviendo este, casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo (artículo218 LRJS). Para las sentencias dictadas por la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional cabe casación ante el Tribunal Supremo (artículo205.1 LRJS).

4. Efectos del ejercicio de la garantía de indemnidad.

El contenido de la sentencia estimatoria es declarativo y de condena. Una vez estimada la vulneración del Derecho Fundamental invocado por el actor, se declara la nulidad del acto impugnado, y el contenido de la condena consiste en anular la actuación del empresario, ordenar el cese inmediato de la misma y reponer la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como en establecer la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El objeto del proceso ordinario para vulneración de Derechos Fundamentales descrito, está limitado al conocimiento de la lesión, sin posibilidad de acumulación con pretensiones de otra naturaleza (artículo178.1 LRJS). No obstante, sí que pueden realizarse peticiones accesorias o que se deriven de esa tutela como son la reposición de la situación

¹⁴⁶ Artículo 53.4 reformado por el RDL 6/2019 artículo 2.13, referido a la modificación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

al momento posterior de producirse la lesión y la reparación de las consecuencias derivadas del acto; incluida la indemnización que proceda (artículo 179.4 LRJS)¹⁴⁷.

La estimación de la demanda (artículo 182.1 LRJS) implicará que la **medida empresarial que conlleva su vulneración se considere radicalmente nula** y sin efecto, condenándose al demandado a cesar el comportamiento contrario a los Derechos Fundamentales, reponer la situación al momento anterior y reparar las consecuencias derivadas de la acción incluida la indemnización, que como he señalado, exige petición expresa del actor justificando suficientemente su procedencia en la demanda. Así aparece recogido en el artículo 182 LRJS, en artículo 55.5 ET, en el artículo 108.2 LRJS, en el artículo 17.1 ET y en el Título I de la LO 3/2007. En la misma línea, los arts. 24 y 25 de la Directiva 2006/54.

La declaración de nulidad tiene gran relevancia sobretodo en relación con el despido, ya que la improcedencia con derecho a la indemnización correspondiente que recogía previamente la legislación ordinaria y la normativa internacional, no disuadía de la represalia empresarial, sino que la consolidaba¹⁴⁸. Un despido sin causa es un despido nulo¹⁴⁹, por tanto, la doctrina apunta a que un despido por represalia no deja de ser más que un despido en fraude de ley al que podemos calificar de cualificado por haberse producido con vulneración de Derechos Fundamentales¹⁵⁰.

En cuanto a la **reparación de los efectos**, se estará en función de la medida de represalia que haya adoptado el empresario. En el caso de los despidos la sentencia que declara la nulidad se pronuncia simultáneamente sobre la readmisión (lo que se considera inadecuado en algunos casos concretos) y sobre los salarios de tramitación¹⁵¹.

El trabajador puede solicitar una **indemnización** “adicional” por los daños causados; lo cual se reconoce por el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de junio de 2001

¹⁴⁷ VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña. *Protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales* Madrid: Tecnos, 2015. Pp. 46-63.

¹⁴⁸ ÁLVAREZ ALONSO, Diego. *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Bomarzo, 2005. Pp.136-138.

¹⁴⁹ Juzgado de lo Social Número 3 de Barcelona, a 28 de marzo de 2014.

¹⁵⁰ La VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario” *Diario La ley digital* 1125/2005. Pp.20-22.

¹⁵¹ Art. 55.6 ET *El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir*.

y posteriormente lo consolida la legislación al reconocerse en el antiguo 180 LPL tras la redacción de la Disposición Adicional 13 seis de la LO 3/2007 de 22 de marzo¹⁵². Actualmente, tras la modificación de la LRJS en 2011 se encuentra regulado el artículo 183 LRJS¹⁵³.

La demanda debe señalar los hechos constitutivos y la cuantía de la indemnización pretendida, salvo que resulte difícil su estimación, en cuyo caso deberá establecer las circunstancias relevantes para su determinación incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño o bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador (artículo 179.3 LRJS)¹⁵⁴.

Existe debate sobre el alcance de este artículo 183 LRJS, sobre si la indemnización por vulneración de Derechos Fundamentales se impone de forma automática o si es necesaria la alegación de indicios por el demandante, pautas y elementos clave que concreten la cuantía de su petición señalando por qué es razonable y proporcionada al perjuicio producido atendiendo a las circunstancias y la gravedad de la lesión¹⁵⁵.

¹⁵² IGARTUA MIRÓ, María Teresa *La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional*. Madrid: Consejo económico y social, 2008. Pp.150.

¹⁵³ Artículo 183 LRJS recoge “1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus Derechos Fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del Derecho Fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreesimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social”.

¹⁵⁴ VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña. *Protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2015. Pp. 46-63.

¹⁵⁵ STS 12 de junio de 2001, STSJ 516/2003 Andalucía 2 de septiembre de 2003.

El propio Tribunal Supremo en Recurso 2497/2015¹⁵⁶ reconoce que en su doctrina no ha existido uniformidad en orden a la indemnización por vulneración de Derechos Fundamentales.

Han existido 3 posiciones. En un principio se asumía la concesión automática de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acreditara un específico perjuicio, dado que éste se presume¹⁵⁷. En una segunda etapa, se exige al demandante que aporte al juez indicios o elementos suficientes que sustenten su concreta petición indemnizatoria, no es automática sino que precisa de la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo. Y una tercera posición, en la que se atiende al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral, que atiende a la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño moral esencialmente consiste¹⁵⁸.

La doctrina actual concreta que *" La demanda (...) deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del Derecho Fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador " (artículo 179.3 LRJS), de donde es dable deducir que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del Derecho Fundamental y que tratándose de daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización¹⁵⁹;*

En cuanto a la cuantificación de la indemnización. Nuestra jurisprudencia admite como criterio orientativo a los fines de fijar dichas indemnizaciones por daños morales la

¹⁵⁶ STS 3908/2017, de 5 de octubre.

¹⁵⁷ STS 3846/1993 de 9 de junio; y STS 7617/1995 de 8 de mayo.

¹⁵⁸ SSTs 6432/2009, de 21 de septiembre de 2009 (Rec. 2738/08); y SSTs 5916/2012, de 11 de junio.

¹⁵⁹ Las sentencias: STS 6407/2013 de 17 diciembre (Rec. 109/2012), STS 3495/2014 de 8 julio 2014 (Rec. 282/2013), STS 809/2015 de 2 febrero (Rec. 279/2013), STS 2034/2016, de 26 abril (Rec. 113/2015) o STS 649/2016 de 12 julio (Rec. 361/2014).

remisión a los criterios de la LISOS¹⁶⁰. Los artículos 8.11 y 8.12 LISOS señalan que las decisiones del empresario que supongan una vulneración de los Derechos Fundamentales serán consideradas infracciones muy graves, sancionables por el artículo 40 c) con multa de 6.251 a 187.515 euros en su grado máximo.

Es necesario resaltar que esta indemnización por vulneración de Derechos Fundamentales es compatible, según dispone el artículo 183.3 LRJS con *“la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales”*.

En cualquier caso, no corresponde al Tribunal Constitucional el reconocimiento y fijación de la indemnización, sino que es competencia de la jurisdicción ordinaria. La cuantificación corresponde al juzgador de instancia y solo debe ser revisada en recurso cuando la misma sea irrazonable o arbitraria según expone la doctrina Tribunal Supremo 25 de enero 2010.

Si la violación de la garantía de indemnidad se produce una vez extinguido el contrato de trabajo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas entiende que tienen que producirse o bien la reincorporación de la persona discriminada a su puesto de trabajo o bien un resarcimiento económico adecuado que abarque la compensación íntegra de los perjuicios efectivamente sufridos por la conducta empresarial. Así se dispone en la, ya mencionada, sentencia TJCE 22 de septiembre de 1998, “Caso Coote”.

¹⁶⁰ STC 247/2006, de 24 de Julio, a la par que lo considera idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (ATS 3081/2012, de 15 de febrero; y STS 3495/2014 de 8 de julio. STSJ Andalucía (Málaga) Sala de lo Social de 10 diciembre 2015 nº 1892/2015).

III. CONCLUSIONES

Primera

Actualmente, la conciliación efectiva se sigue configurando como un reto. Tras el freno que supuso la crisis económica, se ha vuelto a incentivar la toma de medidas en el ámbito de la conciliación, siguiéndose la línea de la corresponsabilidad marcada por las Directivas europeas y la LOI.

El RDL 6/2019 reconoce medidas conciliatorias exclusivas e individuales dirigidas a la compatibilidad de las responsabilidades familiares y laborales—modifica el permiso de lactancia, el permiso de paternidad y reconoce los derechos de adaptación de jornada—. Evidenciando que se avanza en el buen camino a través de la flexibilidad laboral y no únicamente a través del reconocimiento de derechos de ausencia, que acaban por perjudicar a las personas que en mayor medida solicitan el ejercicio de estos derechos; las mujeres. Las estadísticas de uso de los permisos conciliatorios revelan el ejercicio mayoritariamente femenino, poniéndose de relieve que los sucesivos cambios legislativos no han ido acompañados simultáneamente del cambio radical de mentalidad social que se requiere.

En materia de conciliación siempre van a surgir cuantiosos conflictos derivados de la confluencia de intereses contrapuestos del trabajador y el empresario. Queda por ver la recepción que van a tener las nuevas medidas y su puesta en práctica. Que, sin lugar a duda, requerirá de un gran esfuerzo jurisprudencial de ponderación de los intereses de las partes, en particular, en las adaptaciones de jornada, porque se pueden provocar perjuicios para otros trabajadores. En el caso de que un trabajador solo desempeñara su actividad laboral en horario de mañana, otros trabajadores podrían verse obligados a trabajar únicamente las tardes y noches.

Segunda

El reconocimiento de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en el derecho a la no discriminación, un Derecho Fundamental, ha supuesto un avance definitivo en esta materia. Su proceso de construcción jurisprudencial no ha estado exento de altibajos, adelantos y retrocesos, marcado por las reticencias iniciales de los tribunales a la aplicación de lo establecido por el Tribunal Constitucional y los votos particulares a sus sentencias.

Inicialmente, los derechos de conciliación fueron vinculados únicamente al principio rector de protección de la familia y la infancia, posteriormente, se les comprende dentro de la discriminación por razón de sexo y, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, en un nuevo motivo autónomo, la discriminación por circunstancias personales o familiares.

El siguiente paso que debería darse es el reconocimiento expreso de este motivo autónomo de discriminación en el artículo 17 ET, para reafirmar que la vulneración de derechos de conciliación es una vulneración del derecho a la no discriminación. O incluso, de producirse una reforma constitucional, para disipar las vacilaciones a cerca de su dimensión de Derecho Fundamental, incluyéndolos en la enumeración de Derechos Fundamentales como “Derechos de Conciliación”.

Tercera

El reconocimiento expreso en el artículo 17.1 ET de la garantía de indemnidad ha simplificado y reforzado la protección del derecho a la no discriminación (artículo 14 CE), y por tanto, de los derechos de conciliación, respecto de la construcción doctrinal que había desarrollado el Tribunal Constitucional en torno a la Tutela Judicial Efectiva (artículo 24 CE).

La extensión de ambos artículos -24 CE y 17.1 ET- confluye en algunos aspectos, como la protección de todo tipo de actuaciones previas con la exigencia de que estén encaminadas a la interposición de acciones judiciales, la protección incluso una vez extinguido el contrato de trabajo o su extensión a cualquier tipo de represalia. Los beneficios del artículo 17.1 ET se van a manifestar a la hora de su ejercicio, a través de la alegación de indicios para invertir la carga de la prueba, el trabajador no tiene la obligación de demostrar la causalidad entre la reclamación y la represalia (artículo 24 CE).

Se trata de indicios razonables que deben crear una sospecha real, implicando que sea el empresario el que deba aportar la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Cuarta

Las posibilidades de defensa que tiene el trabajador cuando es represaliado tras el ejercicio de sus derechos, son diferentes según el Derecho Fundamental lesionado. La tutela especial que se les otorga a los trabajadores, motivada por la situación de

subordinación en la que se encuentran, incita a plantear una posible extensión de la garantía de indemnidad del artículo 17.1 ET de la reclamación del derecho a la no discriminación a la reclamación de cualquier otro Derecho Fundamental. Como son la libertad de expresión, libertad ideológica o religiosa, la intimidad, el honor o la propia imagen.

Reconocimiento expreso, que de efectuarse, supondría el abandono del amparo que proporciona la construcción doctrinal en torno al artículo 24 CE. De la observación de la jurisprudencia constitucional, se desprende que la relación de causalidad entre la reclamación y la represalia que se exige en el ámbito de la garantía de indemnidad del artículo 24 CE, se ha visto facilitada en algunos casos a la alegación por el trabajador únicamente del nexo causal objetivo de proximidad temporal, lo que lleva a pensar que convendría realizar esta modificación para reflejar la simplificación de la protección que se está desarrollando en la práctica judicial.

Una línea de investigación futura sería el análisis de la jurisprudencia al respecto, con objeto de averiguar para que Derechos Fundamentales debería realizarse esta ampliación en un principio.

Quinta

La declaración de nulidad de cualquier tipo de represalia, no solo del despido, a través de un procedimiento, preferente y sumario de tutela de los Derechos Fundamentales establecido en la Ley de Régimen de la Jurisdicción Social, es un gran progreso. Supone que no se demore excesivamente la resolución de estas situaciones, que condicionan en gran medida la vida de los trabajadores y de sus familias.

Resaltando la posibilidad de elección que posee el trabajador entre el procedimiento de amparo ordinario, limitado a la declaración de la vulneración del Derecho Fundamental, o seguir el procedimiento especial del artículo 184 LRJS. Dotado de las mismas garantías, este procedimiento especial permite acumular la vulneración del Derecho Fundamental a la modalidad procesal que corresponde para un determinado número de materias. Ampliándose el pronunciamiento de los tribunales, sin ser encorsetado a la mera declaración o no de la vulneración del Derecho Fundamental.

A su vez, el reconocimiento de una indemnización por el daño moral suple por completo, o al menos atenúa, los perjuicios que se derivan para cualquier persona de tener

que recurrir a acciones judiciales, concretamente, por estar relacionado con un tema tan esencial como la actividad laboral.

Sexta

Las propuestas realizadas responden a la necesidad de que se tutele efectivamente a los trabajadores. Carecería de relevancia práctica el reconocimiento de nuevos derechos legales o convencionales, tanto de conciliación como de desarrollo de otros Derechos Fundamentales, si por miedo a represalias los trabajadores no reclamaran su ejercicio. Sin cuestionar que el empresario dispone de muchas formas de encubrir la motivación de una decisión empresarial negativa para el trabajador.

Cabría continuar la investigación, indagando sobre la protección que se está concediendo en otros países comunitarios a los trabajadores, con vista a incorporar innovaciones en el ordenamiento estatal.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos de revistas

ÁLVAREZ ALONSO, Diego. *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Bomarzo, 2005.

ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa. *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

BALLESTER PASTOR, María Amparo. "La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria". *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, núm.25, 2011, pp. 53-77.

CABEZA PEREIRO, Jaime. *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

CRESPO GARRIDO, María y MORETÓN SANZ, Fernanda. *Conciliación de trabajo y familia. Las claves del éxito: eficiencia empresarial e implicación masculina*. Madrid: Colex, 2010.

FANTOVA, Fernando. "Servicios Sociales y conciliación de la vida familiar laboral y personal". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2006, pp.121-134.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. "La garantía de indemnidad" *Diario La ley* 4099/2010.

GIMENO SENDRA, Vicente. TORRES DEL MORAL, Antonio. MORENILLA, ALLARD, Pablo. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Edisofer, 2018.

GOERLICH PESET, José María. *Comentarios al Estatuto de los trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

IGARTUA MIRÓ, María Teresa. *La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2008.

MORÁN ROA, Sonia. *La protección jurídica del trabajador reclamante: la garantía de indemnidad*, 2015. <http://www.forelab.com/>

NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. "Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales". *Revista de Relaciones Laborales Lan barremanak*, núm. 25, 2011, pp. 19-52.

PEÑACOBIA RIVAS, Eduardo y VIDAL LÓPEZ, Pere. "Garantía de indemnidad: necesaria conexión causal de una represalia empresarial con la conducta del trabajador de ejercicio del derecho a la tutela judicial, o preparativa o previo al mismo". *Diario La ley* 4038/2014.

PRIETO, H. "¿Conciliación de la vida laboral y la vida familiar o personal?". *Revista de Políticas Sociales en Europa*, núm. 16., 2004, pp. 41-50.

PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo. *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*. Albacete: Bomarzo, 2016.

RECHE TELLO, Nuria. "Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial" *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, 2014, pp. 221-261.

RECHE TELLO, Nuria. *La constitucionalización del Derecho Fundamental a conciliar la vida personal y laboral*. Granada: Comares S.L., 2018.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai. "Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes en su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE" *Revista de Anales de la facultad de derecho (Universidad de La Laguna)*, núm. 28, 2011, pp. 227-249.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai y GRAU PINEDA, Carmen. *Conciliación y Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai. *Tiempo de trabajo y vida privada*. Granada: Comares S.L., 2016.

ROMERO BURILLO, Ana María. *Trabajo, Género e igualdad un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Sizu Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina. *El derecho Constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina.” El derecho fundamental a no ser discriminado por circunstancias familiares en las empresas andaluzas” *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, núm. 20, 2015, pp.115-132.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda “Garantía Jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm.2, 2007, pp. 187-239

SARAZÁ JIMENA, Rafael. *La protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés "La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario" *Diario La ley digital* 1125/2005.

VENTURA FRANCH, Asunción. GARCÍA CAMPÁ, Santiago. *El derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres una evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña. *Protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2015.

Otros documentos

Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible. ONU. 2015.
<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>

Comunicación de la junta de Castilla y León. “Programa IO Empresas Castilla y León” y Conserjería de Familia e Igualdad de Oportunidades. Junta de Castilla y León.
<https://comunicacion.jcyl.es/>

De la conciliación a la corresponsabilidad: buenas prácticas y recomendaciones. Ministerio de Igualdad. Instituto de la mujer (Gobierno de España). Observatorio 10.
<http://www.inmujer.gob.es/>

Encuesta fecundidad de la población de 18 a 55 años. Instituto Nacional de Estadística. Publicado a 9 de abril de 2019.
http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177006&menu=ultiDatos&idp=1254735573002.

Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo. 6ª EWCS. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) España 2015. <http://encuestasnacionales.oect.es/>

Estadística de Ocupados que han trabajado menos horas de las habituales por causa de la actividad reducida, sexo y rama de actividad. Instituto Nacional de Estadística. <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4368&L=0>

Estadística PYME. Ministerio de industria, comercio y turismo (Gobierno de España). Enero 2019. <http://www.ipyme.org/es-ES/>

Informe Randstad. Calidad del trabajo en la Europa de los quince: las políticas de conciliación. Instituto de Estudios Laborales de ESADE abril 2004. http://itemsweb.esade.edu/biblioteca/archivo/Informe_Randstad_politicas_conciliacion.pdf

Instituto de la mujer y para la igualdad de oportunidades. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad. (Gobierno de España) <http://www.inmujer.gob.es>

Perspectiva empresarial sobre la conciliación de la vida laboral y familiar. Diario digital de las empresas el empresario (CEOE). Octubre 2017. <https://www.ceoe.es/es>

I Plan estratégico para la igualdad de mujeres y hombres en Andalucía 2010-2013. <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2010/31/2>

Nota de prensa. INE 6 de junio 2019. https://www.ine.es/prensa/epa_2018_m.pdf

V. JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Internacional

- Sentencia Gran Sala Tribunal Europeo Derechos Humanos “Konstantin Markin c. Russie”, Asunto 30078/06, de 22 de marzo de 2012.
- Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Núm. 38285/2009, de 19 de febrero de 2013.

Jurisprudencia Europea

- Sentencia Tribunal de Justicia Comunidades Europeas, Caso Johnston Asunto C-222/84, de 15 de mayo de 1986.
- Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, “Sentencia Coote”, Asunto C-185/1997, de 22 de septiembre de 1998.
- Sentencia Tribunal de Justicia Unión Europea Asunto C-104/09, Caso Roca Álvarez, de 30 de septiembre de 2010.
- Sentencia Tribunal de Justicia Unión Europea nº C-222/14, Caso “Konstantinoos Ma ístrellis”, de 16 de julio de 2015.

Tribunal Constitucional

- Sentencia Tribunal Constitucional 38/1981, de 23 de noviembre,
- Sentencia Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio (RTC 1987,128)
- Sentencia Tribunal Constitucional 166/1988, de 26 de septiembre (RTC 1988,166)
- Sentencia Tribunal Constitucional 108/1989, de 8 de junio.
- Sentencia Tribunal Constitucional 21/1992, de 14 de febrero.
- Sentencia Tribunal Constitucional 7/1993, de 18 de enero.
- Sentencia Tribunal Constitucional 14/1993, 18 de enero.
- Sentencia Tribunal Constitucional 90/1997, de 6 de mayo
- Sentencia Tribunal Constitucional 240/1999, de 20 de diciembre.
- Sentencia Tribunal Constitucional 203/2000, de 24 de julio.
- Sentencia Tribunal Constitucional 198/2001, 4 de octubre.
- Sentencia Tribunal Constitucional 5/2003, 20 de enero.

- Sentencia Tribunal Constitucional 49/2003, de 17 de marzo.
- Sentencia Tribunal Constitucional 55/2004, de 19 de abril.
- Sentencia Tribunal Constitucional 87/2004, 10 de mayo.
- Sentencia Tribunal Constitucional 38/2005, 28 de febrero.
- Sentencia Tribunal Constitucional 171/2005, de 20 de junio.
- Sentencia Tribunal Constitucional 3/2006, de 16 de enero.
- Sentencia Tribunal Constitucional 16/2006, 19 de enero.
- Sentencia Tribunal Constitucional 120/2006, de 24 de abril.
- Sentencia Tribunal Constitucional 181/2006, 19 de junio.
- Sentencia Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de Julio.
- Sentencia Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero.
- Sentencia Tribunal Constitucional 233/2007, de 5 de noviembre.
- Auto Tribunal Constitucional 197/2008, de 1 de julio.
- Auto Tribunal Constitucional 1/2009, de 12 de enero.
- Sentencia Tribunal Constitucional 6/2011, de 14 de febrero.
- Sentencia Tribunal Constitucional 24/2011, de 14 de marzo.
- Sentencia Tribunal Constitucional, 26/2011, de 14 de marzo.

Tribunal Supremo

- Sentencia Tribunal Supremo 3846/1993 de 9 de junio.
- Sentencia Tribunal Supremo 7617/1995 de 8 de mayo.
- Sentencia Tribunal Supremo 4466/1997, de 23 de junio.
- Sentencia Tribunal Supremo 6119/2000, de 20 de julio de 2000.
- Sentencia Tribunal Supremo 502/2001, de 29 de enero de 2001.
- Sentencia Tribunal Supremo 5014/2001, 12 de junio de 2001.
- Sentencia Tribunal Supremo 9711/2001, de 11 de diciembre de 2001.
- Sentencia Tribunal Supremo 9075/2007, de 11 de diciembre de 2007.
- Sentencia Tribunal Supremo 1632/2008, de 18 de febrero.
- Sentencia Tribunal Supremo 6432/2009, de 21 de septiembre (Rec. 2738/08).
- Sentencia Tribunal Supremo 494/2010, de 25 de enero 2010.
- Sentencia Tribunal Supremo 2789/2011, de 12 de julio de 2012.
- Auto Tribunal Supremo 3081/2012, de 15 de febrero.

- Sentencia Tribunal Supremo 5916/2012 de 11 de junio.
- Sentencia Tribunal Supremo 1490/2013, de 4 de marzo
- Sentencia Tribunal Supremo 2467/2013, de 19 de abril.
- Sentencia Tribunal Supremo 4211/2013, de 5 de julio.
- Sentencia Tribunal Supremo 6407/2013, de 17 diciembre (Rec. 109/2012).
- Sentencia Tribunal Supremo 1516/2014, de 17 de febrero.
- Sentencia Tribunal Supremo 3495/2014, de 8 de julio (Rec. 282/2013).
- Sentencia Tribunal Supremo 809/2015, de 2 febrero (Rec. 279/2013).
- Sentencia Tribunal Supremo 3269/2015, de 16 de junio.
- Sentencia Tribunal Supremo 739/2016, de 27 de enero.
- Sentencia Tribunal Supremo 2034/2016, de 26 abril (Rec. 113/2015).
- Sentencia Tribunal Supremo 2505/2016, de 27 de abril.
- Sentencia Tribunal Supremo 649/2016, de 12 julio (Rec. 361/2014).
- Sentencia Tribunal Supremo 3908/2017, de 5 de octubre.
- Sentencia Tribunal Supremo 4403/2017, de 20 de noviembre.

Tribunal Superior de Justicia

- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Asturias 2731/1998, de 26 de febrero de 1999.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid 4134/2002, de 3 de abril.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 5313/2001, de 18 de abril de 2002.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 516/2003, 2 de septiembre.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Granada 6377/2007, de 4 de abril.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Aragón 371/2012, de 29 de junio.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia 2481/2013, de 8 de abril.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3357/2013, de 13 de mayo.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid 21/2015, de 19 de enero.

- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia 5214/2015, de 18 de septiembre.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) Sala de lo Social 1892/2015, de 10 diciembre.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia Rec. 2965/2016, de 28 de diciembre.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Asturias 7/2017, de 14 de febrero.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña Rec.4759/2017 de 18 de octubre.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Asturias 324/2019, de 19 de febrero (Rec. 2855/2018).

Juzgado de lo Social

- Sentencia Juzgado de lo Social Núm.3 de Barcelona 311/2014 de 28 de marzo.