



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Tiempo de trabajo y conciliación de responsabilidades familiares

Presentado por:

Laura María Arenas Serrano

Tutelado por:

Milagros Alonso Bravo

Valladolid, septiembre de 2021

ÍNDICE

RESUMEN	5
1. INTRODUCCIÓN	7
2. LA CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LABORAL	10
2.1. Marco teórico: origen y sus precedentes	10
2.2. Dimensión constitucional del derecho a conciliar	11
2.1.1. Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero	14
2.1.2. Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo.....	16
2.1.3. Las reglas del Tribunal Constitucional sobre el principio de proporcionalidad	17
3. MARCO NORMATIVO	19
3.1. Derecho europeo	19
3.1.1. Antecedentes	19
3.1.2. Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.....	23
3.2. Derecho nacional	32
3.2.1. Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras	32
3.2.2. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.....	34
4. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO	38
4.1. Análisis de los instrumentos legales de conciliación de la vida familiar y laboral	38
4.1.1. Permiso por nacimiento y cuidado del menor.....	39
4.1.2. Permiso por cuidado del lactante	41
4.1.3. Reducción de jornada.....	43

4.1.4.	Adaptación de la duración y distribución de la jornada	46
4.1.5.	Excedencias por cuidado de hijos o familiares.....	51
4.2.	La protección de los trabajadores frente al despido.....	54
4.2.1.	Nulidad objetiva.....	54
4.2.2.	Nulidad por indicios.....	57
4.2.3.	Cálculo de indemnización por despido.....	62
5.	CONCLUSIONES.....	65
6.	BIBLIOGRAFÍA.....	69
7.	JURISPRUDENCIA.....	73

RESUMEN

El propósito del presente trabajo consiste en realizar un análisis de los distintos instrumentos legales para la conciliación familiar y laboral, a través de las recientes reformas suscitadas en nuestro ordenamiento jurídico interno respecto del marco normativo comunitario, tratando de identificar tanto los desarrollos como las carencias que servirán de reflejo a nuestro legislador español.

La tutela antidiscriminatoria en el ejercicio de los derechos de conciliación, se advierte como una exigencia proveniente del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, premisa para avanzar hacia un modelo integrador de ciudadanía que logre eliminar la atribución de carácter femenino en los distintos permisos parentales.

El tema central gira en torno a la idea de corresponsabilidad desde la perspectiva del tiempo de trabajo, aplicada a los distintos permisos de ausencia y fórmulas de trabajo flexible, destacando cada una de las características y requisitos que conlleva cada uno de ellos. De forma paralela, se resalta la proyección de estos derechos desde el estudio de la doctrina jurisprudencial, tanto nacional como europea, para comprobar su evolución y puesta en práctica en el plano de las relaciones laborales.

Por último, se valora el incremento de la protección automática que se les brinda a las personas trabajadoras frente al despido, que se encuentren a su vez disfrutando de alguno de los derechos de conciliación familiar y laboral recogidos en nuestro ordenamiento jurídico interno, siendo reforzados a través de la nulidad objetiva.

Palabras clave: corresponsabilidad; tiempo de trabajo; derechos de ausencia; trabajo flexible; protección frente al despido.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyse the different legal instruments for work-life balance through the recent reforms of our domestic legal system with respect to the EU regulatory framework, trying to identify both the developments and the shortcomings that will serve as a reflection for our Spanish legislator.

Anti-discriminatory protection in the exercise of work-life balance rights is seen as a requirement stemming from the principle of equal opportunities between men and women in the labour sphere, a premise for progressing towards an inclusive model of citizenship that manages to eliminate the attribution of a feminine character in the different parental leaves.

The central theme revolves around the idea of co-responsibility from the perspective of working time, applied to the different leaves of absence and flexible working formulas, highlighting each of the characteristics and requirements involved in each of them. At the same time, the projection of these rights is highlighted through the study of case law doctrine, both national and European, in order to verify their evolution and implementation in the field of labour relations.

Finally, the increase in the automatic protection afforded to workers against dismissal, who are also enjoying one of the rights to reconciliation of work and family life set out in our domestic legal system, is valued and reinforced through objective nullity.

Keywords: co-responsibility; working time; leave rights; flexible working; protection against dismissal.

1. INTRODUCCIÓN

Los conceptos de conciliación y corresponsabilidad aparentemente similares, tienen una serie de notas características que marcan la diferencia entre ambos, y nos sirven de pilar básico para el desarrollo de nuestro trabajo. Si bien, por un lado, la conciliación es un término que pretende armonizar las responsabilidades que recaen en los trabajadores, a fin de poder coordinar el tiempo dedicado al trabajo junto con la atención y cuidado del entorno familiar. La corresponsabilidad, por su parte, pretende que el reparto de estas responsabilidades, se realice bajo el principio de igualdad y sean asumidas tanto por hombres como por mujeres equitativamente.

La incorporación de las mujeres en el mundo laboral, más acentuado en las últimas décadas, supuso un hito a nivel cultural desde un punto de vista positivo, diversificando nuevos estilos de vida e impulsando de manera progresiva los niveles de empleabilidad en ambos sexos. Sin embargo, el cambio simultáneo por parte de los hombres en relación a asumir de manera complementaria al trabajo remunerado, el cuidado de familiares y la atención de necesidades surgidas en el ámbito doméstico, no ha resultado en la misma proporción.

Consecuencia directa de ello sería el origen de los mecanismos de conciliación, destinados a la protección de la mujer trabajadora y a su condición ligada al fenómeno de la maternidad, estando los varones excluidos de la titularidad de estos derechos, o bien, les eran reconocidos de manera muy limitada e insuficiente. Ello penaliza gravemente a las mujeres en el mercado laboral, mermando su presencia, ya que las sucesivas legislaciones reformaban tímidamente los derechos conciliatorios, perpetuando así los estereotipos y roles en cuanto al género.

El establecimiento de los valores de igualdad de trato entre hombres y mujeres, es la senda por la que transita el nuevo marco legislativo comunitario, ya que no se han quedado atrás en la regulación de los derechos sobre conciliación familiar y laboral, que vuelven a estar entre los objetivos principales de la agenda política europea. En el plano nacional, los Estados miembros, deben tomar como referencia la nueva Directiva europea sobre conciliación, ya que dada la diversidad legislativa en esta materia, con ella se adoptan unas mínimas garantías que deberán transponerse a través de lo establecido en los permisos de ausencia y fórmulas de trabajo flexible apostando por una utilización equilibrada y responsable de los mismos.

La dimensión constitucional de los derechos de conciliación refuerza la protección de los trabajadores, fuertemente vinculada con el principio fundamental de igualdad y no discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE. Sin embargo, en este ámbito, no se establece el reconocimiento de una serie de garantías que logren determinar que el trato peyorativo sobre el ejercicio de los derechos conciliatorios suponga una causa de discriminación autónoma o discriminatoria por razón de sexo.

El **objetivo principal** de este trabajo es realizar un análisis sobre la inserción de los valores de corresponsabilidad en un marco de derechos más extenso, en torno al concepto de conciliación con la nueva configuración de permisos parentales y flexibilidad laboral. A su vez, desarrollaremos la idea de tiempo de trabajo y su destacada influencia en la organización del binomio familia-trabajo en la vida de las personas trabajadoras.

Al mismo tiempo, debemos señalar otros **objetivos secundarios**, como son el estudio de las nuevas posibilidades de ejercer los derechos de conciliación, su contenido y las diferencias existentes entre ellas con las correspondientes modificaciones normativas. Además de comprender y examinar la protección legal de la que disponen aquellos trabajadores en situaciones de despido sin causa justificada por solicitud o disfrute de sus derechos conciliatorios.

La **justificación** de este trabajo se fundamenta en el hecho de que, las medidas dirigidas al reparto de responsabilidades en el cuidado de familiares no se ejercitaban proporcionando mayores incentivos para los varones, lo cual supone un reto para que los marcos normativos vigentes incorporen permisos de paternidad y parentales sobre los valores de la corresponsabilidad y promoción de los derechos sobre el trabajo flexible.

La **estructura** seguida en este trabajo, tras esta breve introducción, comienza con la contextualización y origen del concepto de conciliación familiar y laboral, y la dimensión constitucional que presentan estos derechos. Continuando con una parte jurídica de estudio de las diferentes normativas, comunitaria y nacional aplicables, señalando los puntos conexos entre ambas. Finalizamos con el tercer bloque, desarrollando la noción de “tiempo de trabajo” y como incide en los diferentes permisos y adaptaciones de jornada; terminando con un estudio de la protección jurídica que se les brinda a los trabajadores durante el ejercicio de los derechos de conciliación laboral y familiar frente al despido.

La **metodología** utilizada a lo largo del trabajo se basa en una exposición jurídico-teórica para tratar de conceptualizar cada uno de los derechos de conciliación enmarcados tanto en la legislación europea, como en nuestra normativa nacional. Ello a través de una comparativa entre ambas, apoyada en jurisprudencia y referencias bibliográficas de determinadas revistas online, libros consultados en la propia base de datos de la biblioteca universitaria, así como en portales digitales como Dialnet.

2. LA CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LABORAL

2.1. Marco teórico: origen y sus precedentes

La conciliación aplicada al mundo laboral y familiar, tal y como hoy en día lo conocemos, se basa en un conjunto de medidas que tienen como fin principal alcanzar un equilibrio en el reparto de responsabilidades asumidas por las personas trabajadoras.

Esta creciente necesidad de conciliar no siempre ha tenido la misma relevancia, ya que en épocas anteriores la organización de las familias quedaba configurada bajo el fenómeno “división sexual del trabajo”, entendiendo por tal la distribución social de tareas en función del sexo¹, sin dar apenas lugar a la creación de conflictos en torno a la esfera familiar y laboral, tanto de los hombres como de las mujeres.

Como hecho social de gran relevancia, debemos señalar la incorporación de las mujeres en el mercado laboral, que se remonta a finales del siglo XVIII con la Revolución Industrial. A pesar de este gran acontecimiento, la población activa femenina padeció un trato desfavorable en las condiciones laborales (retribución salarial menor con respecto a los hombres, privación de algunos derechos, etc.) y su papel dentro del hogar continuaba siendo una obligación a atender con las dificultades que ello conllevaba.

Estas desigualdades se manifestaron en muchos países industrializados generando así un malestar social entre las mujeres trabajadoras. En 1848 aconteció en Estados Unidos un movimiento social promovido por Elizabeth Cady Stanton y Lucretia Mott, llamado *La Convención de Seneca Falls*², a través del cual se reivindicaron los derechos de las mujeres no solo en el ámbito laboral, sino también en otros ámbitos como el civil, político, religioso y social³.

¹ BRUNET ICART Ignasi y SANTAMARIA VELASCO Carlos A. “La economía feminista y la división sexual del trabajo”. *Culturales*, Vol. 4, núm. 1, enero-junio de 2016, p.p. 63-64.

² La Convención de Seneca Falls (*Seneca Falls Convention*) fue la primera conferencia feminista donde se establecieron los derechos de la mujer que constan en la “Declaración de Sentimientos y Resoluciones” (Nueva York). Por medio de este documento, ambas líderes sostienen que: “*Mantenemos que estas verdades son evidentes: que todos los hombres y las mujeres son creados iguales*”.

³ BBC News Mundo (2021). *Cuál es el origen del Día de la Mujer (y por qué se conmemora el 8 de marzo)*. Visto el 10/03/2021 en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47489747>

Esta creciente evolución, aunque con dificultades en cuanto a la mentalidad, cultura y valores sociales entre la población, nos ha llevado a cuestionarnos si realmente se ven reflejadas en el ámbito familiar y en la distribución igualitaria de tareas, siendo éstas asumidas mayormente por la mujer. La posición que ocupan las mujeres en el trabajo remunerado en este momento, no se puede entender sin contextualizarlo junto con el rol familiar que han venido desempeñando tradicionalmente, y que influye negativamente en su condición laboral⁴. Mientras que son estas las que tratan de conciliar sus vidas, son muchos los obstáculos que sigue habiendo a la hora de compatibilizar familia y trabajo, siendo la solución elegida en multitud de ocasiones el contrato de trabajo a tiempo parcial, dejar la maternidad en un segundo plano o incluso el abandono del empleo⁵.

Las nuevas reformas legislativas operadas en materia laboral, se presentan en un nuevo escenario junto con una evolución positiva para conseguir un reparto equitativo en la atención de responsabilidades familiares. La conciliación es un derecho que no entiende de género, sino que pertenece a toda persona que en cualquier momento de su vida se encuentre con una situación de conflicto laboral y familiar, donde la labor de las empresas juega un papel importante de cara a asegurar el cumplimiento de este derecho a disposición de los empleados. Por ende, todos los estereotipos que nos son asociados desde que nacemos, deben de ir paliándose hasta desaparecer, a través de una conciliación corresponsable, enfocada a reducir en las mujeres la carga de tareas en el trabajo no remunerado.

2.2. Dimensión constitucional del derecho a conciliar

Desde la perspectiva de la Constitución Española de 1978 como norma referente, los derechos conciliatorios no tienen una mención expresa a lo largo del texto, ni se determinan los instrumentos necesarios para ejercer su garantía legal, por ello es de vital importancia reforzar la dimensión constitucional de las medidas de conciliación en prolongación con el desarrollo de los artículos 14 y 39 CE. De un lado, tomamos en consideración el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo que recoge el artículo 14 y

⁴ TOBÍO, C. Roles de género y la relación familia-empleo. *Asparkía. Investigación Feminista*, núm. 9, p.p. 21-44.

⁵ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María del Carmen. *Género y conciliación de la vida familiar y laboral*. Universidad de Murcia, Print, 2016 p.p. 46-47.

que a continuación desarrollaremos jurisprudencialmente; por otro lado, el principio rector de protección a la familia y a los hijos que contiene el artículo 39 de la Carta Magna.

Analizando más detalladamente el contenido del artículo 39 CE, y el vínculo constitucional que presenta con los derechos de conciliación, lo deducimos de su íntegro contenido. Concretamente, en su primer apartado, la tarea que deben realizar los poderes públicos es la de asegurar *“la protección social, económica y jurídica de la familia”*, lo que nos lleva a pensar que una buena aplicación de las políticas de conciliación de la vida laboral con la familiar, es un aspecto clave para lograr una satisfactoria salvaguarda de la familia como institución social. Por otra parte, en los siguientes apartados del artículo 39 CE se hace especial referencia a la protección de los hijos en relación con la familia⁶, los cuales dentro de los términos de conciliación juegan un papel importante; no obstante, no debemos entenderlo en su totalidad, ya que la conciliación se enmarca en un concepto mucho más amplio en el que se debe incluir a otros miembros de la familia y no solo limitarse a la descendencia.

En otro orden, la extensión del vínculo constitucional que presentan los derechos de conciliación familiar y laboral, también se desarrolla en torno a los derechos fundamentales. En el propio artículo 14 de la Constitución Española⁷ se reconoce el derecho fundamental de igualdad ante la ley y la no discriminación por razón de sexo, un derecho aparentemente sencillo que sin embargo no encontramos una verdadera efectividad en el ámbito laboral. Alcanzar el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres en base al anterior precepto, debe llevarse a cabo con la intención de eliminar las diferencias tanto dentro como fuera del entorno laboral, mediante una correcta aplicación de las normas que conforman nuestro derecho interno, además de poder solucionar los diferentes problemas que se vienen arrastrando desde una sociedad tradicional afectada por los roles de género.

El objeto de este epígrafe no es otro que intentar reflejar una teoría jurídico constitucional que nos permita realizar un reconocimiento y una protección exigible de los

⁶ RASTROLLO A. (2017). Constitución Española de 1978. Título I. De los derechos y deberes fundamentales. Sinopsis artículo 39. Visto el 12/03/2021 en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=39&tipo=2>

⁷ 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”*.

derechos de conciliación familiar y laboral frente a los poderes públicos⁸, con el fin principal de consolidar a través de la jurisprudencia el “derecho a la conciliación como una causa de discriminación autónoma”⁹.

Si nos trasladamos al ámbito europeo, es interesante reseñar como la conexión entre la discriminación por razón de sexo y la conciliación no ha sido solventada por ningún texto legal, ni si quiera la reciente aprobación de la Directiva 2019/1158/UE relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, ha sido capaz de pronunciarse al respecto. En los Considerandos de la Directiva, se remarca de una manera importante la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el ámbito laboral y en la conciliación, como un principio de la UE establecido tanto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el artículo 153, apartado 1, letra i); así como en el artículo 23 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Tan solo podemos encontrar esta conexión en los recientes pronunciamientos del TJUE¹⁰, aunque solo cuando afecte de manera mayoritaria al género femenino, por lo que ni la Directiva 2019/1158/UE ni la jurisprudencia europea han querido reconocer la existencia de una causa discriminatoria autónoma por trato desfavorable en aplicación de derechos de conciliación, ni tampoco que constituya una causa discriminatoria por razón de sexo¹¹.

La evolución de la labor jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Constitucional (TC en adelante) ha terminado por asentar una doctrina sobre la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, que refuerza y sirve como pilar esencial para el mantenimiento de las mujeres en el trabajo remunerado, así como una equitativa división de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres.

⁸ LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS Magdalena. “La conciliación de la vida familiar y laboral en serio: apuntes constitucionales para una conciliación acorde con la igualdad y el principio de no discriminación por razón de sexo”. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 37, 2004, p.p. 75-76.

⁹ 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, p. 224.

¹⁰ Asunto *Rieznice*, STJUE de 20 de junio de 2013, C-7/12 y asunto *Proxair*, STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18.

¹¹ BELLESTER PASTOR María Amparo. “De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”. *Derecho de las relaciones laborales*. Núm. 11, 2019, p.p. 1112-1115.

A través las sentencias 3/2007, de 15 de enero, y 26/2011, de 14 de marzo emanadas del TC, vamos a llevar a cabo un análisis de las ideas que acabamos de exponer, asentándose en ambas una nueva doctrina, marcando así un antes y un después en el plano jurisdiccional. En la primera se resalta la protección de las mujeres frente a la discriminación por razón de sexo en el derecho a conciliar trabajo-familia, sin entrar a cuestionar la titularidad femenina; en la segunda sentencia el legislador reconoce un nuevo enfoque de corresponsabilidad directamente vinculado al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

2.1.1. Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero

La primera sentencia, resuelve un recurso de amparo interpuesto por una trabajadora que en el origen de los hechos solicita una reducción de su jornada laboral de lunes a viernes en el horario de 16 a 21:15, para el cuidado de su hijo menor de seis años conforme establece el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante). El problema surge tras la negativa de la empresa al negarle su solicitud de reducción de jornada en atención al artículo 37.6 ET alegando que no se corresponde con los límites de su “jornada ordinaria”, siendo esta en turnos rotativos de mañana y tarde de lunes a sábado en horario de 10 a 16 y de 16 a 22:15. En el recurso de amparo, la trabajadora alega la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo en atención al artículo 14 CE, resolviendo finalmente el TC a favor de esta, otorgándole el amparo solicitado ya que en primera instancia no se había entrado a valorar las circunstancias personales por las que la trabajadora necesitaba de conciliación.

En el presente caso enjuiciado, no se alega una discriminación directa por razón de sexo a la trabajadora, que comprende *“el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo”*, sino que se ve restringido su ejercicio de acogerse a una reducción de jornada para el cuidado de su hijo menor de seis años. En cierto modo, es perjudicada de poder hacer efectivo este derecho, partiendo de la idea de que son las mujeres las que mayoritariamente acuden a la solicitud de estas medidas para conciliar. Por lo que en este caso estaríamos ante un caso de discriminación indirecta, como bien confirma y define el TC basándose principalmente en la definición recogida en la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 en su artículo 2: *“cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha*

disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”¹².

Es cuestionable los argumentos dados por la sentencia sobre lo que se debe entender por discriminación indirecta en el ámbito laboral. En ella, no se cuestiona en ningún momento que se está dando por sentado que son las mujeres de manera casi exclusiva las que asumen las responsabilidades familiares y del hogar, sin replantearse que, en una situación similar, a los hombres que se les denegase alguno de los derechos de conciliación reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores, si tendría cabida dentro de lo que se entiende por discriminación indirecta (esta cuestión la abordamos analizando la siguiente sentencia). El origen de esta distinción lo encontramos en la imposición tradicional en nuestra sociedad de los roles de género, dónde el papel de la mujer es asociado de manera directa al cuidado y mantenimiento de la familia, por lo que se considera que puede llegar a recibir un trato más desfavorable por esta atribución.

La resolución de este conflicto jurisprudencial por el TC, supone claramente el origen y reconocimiento de la conexión de los derechos de conciliación familiar y laboral en su dimensión constitucional, concretamente con los derechos fundamentales. Así lo ha declarado expresamente en su Fundamento jurídico número seis, donde señala que *“la dimensión constitucional de las 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 (artículo 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”¹³.* Además, se exige una ponderación de las circunstancias concretas de cada trabajador o trabajadora que se vea envuelto en una situación de vulneración de sus derechos considerando la dimensión constitucional que atañe.

¹² RODRÍGUEZ RUÍZ, Blanca. “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, enero-abril (2015), p.p. 356-357.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero de 2007, FJ 6

2.1.2. Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo

Continuando con los pronunciamientos del TC, en la sentencia 26/2011, de 14 de marzo, el caso enjuiciado versa sobre un trabajador varón que solicita a la empresa el cambio a un turno laboral de noche continuado, con el fin de poder conciliar la vida familiar y laboral. Dicha petición es desestimada por la propia empresa, ya que dicho turno de trabajo era una modalidad que no estaba disponible para ningún trabajador. El análisis de la sentencia nos lleva a señalar que el TC evalúa si puede haber una discriminación por razón de sexo o *“por alguna otra condición o circunstancia personal o social”* al propio recurrente, en base al artículo 14 CE, a lo que el Tribunal responde claramente (en conexión con la STC 3/2007) que el origen de *“la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer”*.

Dicho esto, en este caso el problema se ve acentuado en la negativa por parte de la empresa y la consecuente insatisfacción del trabajador, al no ofrecerle una solución alternativa para poder llevar a cabo de manera eficaz su petición de conciliar. Resulta necesario en cierta medida entrar a valorar otros aspectos como bien pueden ser *“el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos”*¹⁴. La empresa, indirectamente, al denegar la solicitud presentada por el trabajador, estaría perjudicando al mismo tiempo a su mujer, haciéndola responsable y partícipe de las tareas de conciliación, incentivando de algún modo el rol tradicional de cuidado que se les asigna.

La jurisprudencia aprecia la existencia de dotar de un mayor apoyo al colectivo femenino para ejercer su derecho a la conciliación familiar y laboral, en el amparo del artículo 14 CE, pero por primera vez se cuestiona si los hombres tienen reconocido este mismo derecho de forma paritaria¹⁵. El TC admite que la denegación por parte de la empresa de la pretensión requerida por el trabajador para realizar un cambio de turno en un horario

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, por la que se resuelve el recurso de amparo núm. 9145-2009, de 14 de marzo de 2011, FJ 6.

¹⁵ El TJUE ya se había manifestado con el asunto *Roca Álvarez* de 30 de septiembre de 2010, C-104/2009, siendo un referente a nivel jurisprudencial. En la sentencia se cuestiona la constitucionalidad del permiso de lactancia recogido en el ET, no reconocido por aquel entonces en las mismas condiciones y requisitos para hombres que para mujeres.

nocturno fijo, no se fundamenta en su condición de varón, por lo que no se estaría vulnerando el artículo 14 CE por discriminación en razón al sexo, sino que se atiende a otras circunstancias que podríamos encuadrar dentro de la no discriminación “*por cualquier circunstancia personal o social*” amparada de igual modo en el derecho fundamental del mencionado artículo.

2.1.3. Las reglas del Tribunal Constitucional sobre el principio de proporcionalidad

En cuanto a los instrumentos de protección de los derechos fundamentales, en la propia Constitución de 1978, se recoge en su artículo 53.2 CE las denominadas *garantías*¹⁶, a través de las cuales tales derechos son tutelados mediante un procedimiento especial ante los tribunales ordinarios, además de la posibilidad de presentar el recurso de amparo ante el TC.

Ciertamente, esta conexión que se presenta entre los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar con los derechos fundamentales, tiene una repercusión importante en aquellas situaciones en las cuales se produce una vulneración de estos derechos de manera conjunta; y es el TC el que en multitud de procedimientos aplica las reglas sobre la base del **principio de proporcionalidad**. Dicho principio aparece consagrado en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁷, en el cual se refleja que las intromisiones en la esfera de derechos fundamentales y libertades “*sólo son admisibles en cuanto constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para los objetivos que se precisan*”¹⁸ en los artículos ocho a once del presente Convenio, en su apartado segundo.

Además de la existencia de un conflicto entre dos derechos, puede originarse otra situación diferente en la cual, un derecho entrase en conflicto con una ley, la que a su vez establece medidas para proteger otro derecho o bien constitucionalmente reconocido. En efecto, es propio a priori la aplicación del ya mencionado principio de proporcionalidad. Este

¹⁶ WELDT UMAÑA Anderson. “Comentarios sobre el principio de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales laborales”. *Revista Ars Boni et Aequi*, núm. 5, 2009, p. 242.

¹⁷ Comúnmente conocido como “Convención Europea de Derechos Humanos”, fue adoptado el 4 de noviembre de 1950 por el Consejo de Europa, con su posterior entrada en vigor tres años después.

¹⁸ PERELLO DOMENECH Isabel. *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional*. Jueces para la democracia. Núm. 28, 1997, p. 70.

principio, se constituye como un elemento importante a manos del TC en el análisis sobre las injerencias en un determinado derecho fundamental, es decir, establece los límites del derecho en cuestión en torno al bien, el valor y el propio interés que se pretende proteger¹⁹.

Para que la aplicación restrictiva del derecho sea aceptada y válida, o mejor dicho “constitucionalmente legítima” se debe cumplir con las reglas del principio de proporcionalidad, siendo estas²⁰:

- primero, que las medidas establecidas por la ley sean adecuadas para el fin que se pretende conseguir, en este caso, la protección del derecho o del bien constitucional que se determine (**principio de idoneidad**);
- en segundo lugar, que las medidas sean necesarias por no existir otras que sean menos lesivas para el derecho afectado (**principio de necesidad**);
- por último, se debe determinar que las medidas sean proporcionadas, que exista un cierto equilibrio sin que haya un sacrificio excesivo o desproporcionado del derecho lesionado (**principio de proporcionalidad en sentido estricto**).

La utilización de este principio es de aplicación, a fin y efecto de que se garantice una ponderación de los intereses tanto públicos como privados, cobrando una notable importancia en la década de los noventa, para limitar y aportar soluciones entre el uso de las facultades del empleador y los derechos y libertades de los trabajadores.

¹⁹ CARRIZOSA PRIETO E. “El principio de proporcionalidad como mecanismo de control de las injerencias en el derecho de huelga”. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 77, 2004, p.p. 84-85.

²⁰ PERELLO DOMENECH Isabel. *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional*. Jueces para la democracia. Núm. 28, 1997, p. 70.

3. MARCO NORMATIVO

3.1. Derecho europeo

3.1.1. Antecedentes

La regulación normativa del derecho a conciliar, supone un paso adelante en la eliminación de las diferencias existentes entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Los objetivos de conciliación y corresponsabilidad tienen un doble foco: por un lado, se pretende que haya un verdadero reparto de responsabilidades, incentivando a la mujer en el mantenimiento del trabajo remunerado; por otro lado, es la figura masculina la que debe adquirir una mayor implicación en las tareas familiares y del hogar.

Las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar se encuentran en su mayoría ligadas a la agenda política europea, esto es debido a una despreocupación de los Estados Miembros de tomar la iniciativa legislativa en esta materia. De hecho, el término que mencionamos en numerosas ocasiones “conciliación de la vida laboral y familiar” tiene su origen en la Unión Europea²¹, con el Plan de Acción Social de la Comunidad Económica Europea²². El término reaparece en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores²³, concretamente en el apartado de igualdad de trato entre hombres y mujeres donde se impulsa el desarrollo de “medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”²⁴.

²¹ CAMPILLO POZA Inés. “Políticas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar en la Unión Europea”. *Informes UNAF*. 2ª Edición mayo de 2019, p. 23.

²² En el año 1974 se publica el Primer Programa de Acción Social, el cual marca un nuevo camino en la política social comunitaria. Esta política estuvo marcada por programas específicos de cooperación social entre los países, entre ellos destacaba, por ejemplo, el fomento de la igualdad de oportunidades en el trabajo entre hombres y mujeres, la mejora de condiciones de salud y seguridad en el trabajo, etc.

²³ La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores es una norma internacional publicada por la Comunidad Europea en 1989, en la que se contienen algunos derechos fundamentales de los trabajadores, desarrollando a su vez el modelo europeo de derecho laboral.

²⁴ Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989. Título I, artículo 16.

No es hasta finales del siglo XX, en la década de los noventa, cuando se impulsa desde la Unión Europea a los distintos Estados Miembros a través de políticas de conciliación, para que logren incorporar en su legislación estatal, una serie de medidas implicadas en una mayor corresponsabilidad tanto en la vida laboral como en la personal, de los distintos trabajadores y trabajadoras. En este período nos encontramos con cuatro Directivas europeas clave en materia de conciliación.

En primer lugar, es la **Directiva del Consejo 92/85/CEE**, de 19 de noviembre, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. En ella, actualmente en vigor, se regula un permiso de maternidad de al menos catorce semanas, además de otros permisos retribuidos en relación con pruebas y reconocimientos médicos que le sean necesarios, tanto para la madre como para su hijo²⁵. Han sido varios los intentos llevados a cabo para modificar esta Directiva, pero no será hasta el año 2008 cuando la Comisión presenta una propuesta para reformar y mejorar el contenido de esta norma, entre ellas, la ampliación de la duración del permiso, de 14 a 18 semanas. Finalmente, en 2015, no se consiguió llegar a un consenso por lo que la propuesta no prosperó, quedando como tarea pendiente por parte de la UE, introducir cambios en esta Directiva, más adaptadas a las nuevas exigencias laborales y, sobre todo, para garantizar en materia de salud y seguridad los derechos de la trabajadora embarazada.

En segundo lugar, señalar la **Directiva 96/34/CEE**, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. Con esta Directiva se contribuye a la creación de una verdadera política familiar, no solo meramente laboral como venía siendo hasta entonces, ya que se reconoce un derecho individual, tanto a los padres como a las madres que estén trabajando (con al menos un año de antigüedad) a solicitar una excedencia para el cuidado de hijos menores de ocho años. Entre las condiciones ligadas a la solicitud de dicha excedencia serían, que el tiempo de

²⁵ CAIRÓS BARRETO Dulce María. “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia” *Lan harremanak. Revista de relaciones laborales*, núm. 23, 2010, p. 87-88.

duración de esta fuese mínimo de tres meses y un derecho de conservación del puesto de trabajo²⁶.

En tercer y último lugar mencionamos la **Directiva 97/81/CE** relativa al trabajo a tiempo parcial y la **Directiva 99/70/CE** sobre el trabajo temporal. No está de más hacer una reseña sobre la importancia que tienen estas directivas sobre las desigualdades sufridas por parte de las mujeres en relación a los contratos a tiempo parcial y los empleos temporales, ya que es el colectivo por mayoría al cual le es asignado “una forma de empleo precaria que las mujeres se ven obligadas a aceptar en un mercado fuertemente segregado sexualmente”²⁷. El trabajo a tiempo parcial entendemos que tiene una connotación femenina en muchos países europeos, donde las mujeres escogen esta modalidad contractual para poder cuidar en muchos casos de sus hijos y/o personas dependientes a su cargo. Aun así, ese no es el único fenómeno derivado del sentido y uso del trabajo a tiempo parcial, pues en multitud de ocasiones como consecuencia directa de una mala gestión de la conciliación familiar y laboral, nos encontramos con familias en las cuales son las mujeres las que, al no encontrar un trabajo a tiempo completo, no les queda otra opción que buscar empleos con un contrato a tiempo parcial, cobrando, por lo tanto, una menor cantidad de salario al tratarse de menos horas de trabajo remunerado.

Con estas cuatro directivas se puede ver un incremento en el interés hacia las políticas de conciliación a nivel europeo, a fin de fomentar la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres, ya que anteriormente la implicación en esta materia era únicamente a través de recomendaciones con escasa influencia y aplicación en los países de la Unión. La existencia de grupos de mujeres activos, bajo determinados programas comunitarios, influyentes a la hora de tomar decisiones, junto con la entrada de países nórdicos (con una ejemplar planificación de políticas de igualdad y conciliación) a la Unión Europea, tuvo como consecuencia directa cumplir los objetivos marcados de bienestar y mayor rendimiento en los mercados laborales²⁸.

²⁶ CAMPILLO POZA Inés. Políticas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar en la Unión Europea. *Informes UNAF*. 2º Edición mayo de 2019, p.p. 25-26.

²⁷ BELTRÁN FELIP R. “Las mujeres y el trabajo a tiempo parcial en España”. *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 17, 2000, p.p. 139-162.

²⁸ MORENO FERNANDEZ Luis. *Reformas de las políticas del bienestar en España*. Madrid: Siglo XXI, 2009, p.p. 288-289.

Los agentes sociales, unos años más tarde, llevaron a cabo la aprobación de la **Directiva 2010/18/UE**, de 8 de marzo de 2010, que tomó como base principal la Directiva 96/34/CE, actualmente derogada, aplicando a su vez el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, aprobado el 18 de junio de 2009 por las organizaciones europeas de interlocutores sociales intersectoriales (Business Europe, UEAPME, CEEP y CES), que figuran en el anexo (art. 1 Directiva 2010/18).

El reparto de responsabilidades domésticas y cuidados familiares de forma equitativa entre hombres y mujeres, se convierte en un objetivo prioritario para consolidar una correcta aplicación de los derechos de conciliación a fin de eliminar los roles de género preestablecidos socialmente. Esta cuestión, en definitiva, nos lleva a la noción del concepto de corresponsabilidad, donde la conciliación no debe entenderse como un conjunto de medidas enfocadas al género femenino para hacer frente de manera paritaria el cuidado del hogar, sino que se debe fomentar la participación del hombre en las labores domésticas y familiares²⁹.

Con la Directiva 96/34/CE se puso de manifiesto la corresponsabilidad con la figura del permiso de paternidad, un derecho perteneciente a los padres (hombres) de manera individual para poder dedicar el tiempo necesario al cuidado de los hijos, con la finalidad de alterar los tradicionales hábitos sociales en materia de conciliación. Pues bien, este permiso de paternidad con la nueva Directiva 2010/18/UE se dota de un nuevo significado con el carácter de intransferibilidad que se recoge dentro de las “Consideraciones Generales” en su apartado 16, dando a entender que *“si se da un carácter intransferible a este permiso, puede servir de incentivo positivo para que lo utilicen los padres”*, tendente a la consecución del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral.

Con la anterior directiva ya se había desarrollado este carácter intransferible del permiso de paternidad, el problema radicaba en su redacción donde en su Cláusula número 2, el permiso debía de concederse *“en principio, de manera no transferible”*. Tal y como ha ido reflejando la doctrina, esta expresión utilizada debilitaba el fin principal de establecer un derecho propio e individual a los padres que estuviesen al cuidado de un hijo, puesto que muchos de los Estados Miembros en su propia normativa interna omitían tal carácter

²⁹ 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. p. 224.

intransferible del permiso de paternidad³⁰. La duración mínima del permiso parental también sufre una modificación, el aumento de tres a cuatro meses de disfrute, siendo al menos uno de ellos con carácter intransferible “*para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores*” (Cláusula 2.2.).

A grandes rasgos, observamos como con la nueva Directiva 2010/18/UE, se produce una ampliación de determinados derechos, así como de las garantías correspondientes a los trabajadores en el ejercicio de la conciliación, por ejemplo, en materia de reincorporación al trabajo tras el permiso parental donde “*los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores(...)*” “*puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo*” (Cláusula 6.1).

Por primera vez son los Estados Miembros, los que tal y como marca la Directiva, deben promover una buena política de conciliación en base a diferentes modalidades de su ejercicio, como son los cambios de horarios y regímenes tras el permiso de paternidad; cada vez más asemejándose a lo que actualmente conocemos como fórmulas de trabajo flexible que desarrollaremos en el siguiente apartado.

3.1.2. Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

La Europa del siglo XXI, ha iniciado un nuevo camino con el fin de asentar una sociedad reforzada y justa, ofreciendo a su vez mayores expectativas sobre las relaciones laborales en la población europea. De ello se ha encargado precisamente la Comisión Europea, mediante el “*European Pillar of Social Rights*” (Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales)³¹ a través del cual se han propuesto distintos objetivos a cumplir por parte

³⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Emma. *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares* Editorial Bomarzo, 2010, p. 87.

³¹ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el Pilar europeo de derechos sociales.

de la UE³² hasta el año 2030³³. Este plan de acción se basa principalmente en el pilar europeo de derechos sociales, que fue proclamado en la cumbre social de Gotemburgo en el año 2017, formado a su vez por veinte principios fundamentales organizados en tres capítulos³⁴: Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo; Condiciones de trabajo justas; Protección e inclusión social.

En el Capítulo II, el principio noveno del pilar europeo de derechos sociales nos habla del “*Equilibrio entre vida profesional y privada*”, dentro del cual podríamos englobar la nueva **Directiva 2019/1158/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo como iniciativa de la UE para hacer cumplir dichos principios sociales. Se utiliza el término “equilibrio” como sinónimo al de conciliación, ya que el objetivo principal no deja de ser el de configurar una serie de permisos y condiciones de trabajo flexible adaptadas a todas las personas y progenitores con responsabilidades asistenciales y económicas. En esta ocasión, ya no hablamos solo de los progenitores, sino que incluimos a todas las personas que tengan un empleo y a su vez deban satisfacer las distintas necesidades de atención familiar o económica³⁵.

Esta nueva Directiva fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 12 de julio de 2019, en la cual se desarrollan las normas ya recogidas por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, a la cual sustituye. Los Estados Miembros pertenecientes a la Unión Europea, acorde con lo establecido en el artículo 20, tienen de margen hasta el 2 de agosto de 2022 para trasponer esta Directiva y así aplicarla en su territorio nacional, con la opción de

³² Formando parte del cumplimiento de estos objetivos tanto los Estados miembros, como la sociedad civil, como algunos locutores sociales internacionales.

³³ Comisión Europea. “El pilar europeo de derechos sociales en 20 principios”. Visto el 10-08-2021 en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es

³⁴ Fundación de Mujeres. ¿Qué es el pilar europeo de derechos sociales? La igualdad en la Unión Europea. 18 de septiembre de 2018. Visto el 10-08-2021 en: http://www.fundacionmujeres.es/news/view/que_es_el_pilar_europeo_de_derechos_sociales.htm

³⁵ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025”. Unión Europea: Comisión Europea. 5 de marzo de 2020, COM (2020) 152 final. Visto el 13-08-2021 en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152>

ampliarse hasta el 2 de agosto de 24 para la incorporar la retribución correspondiente a las dos semanas intransferibles del permiso parental.

Dada la diversidad legislativa tendente en los diferentes países que conforman la UE en el ámbito que nos atañe de las relaciones laborales, con la correspondiente efectividad en la aplicación de instrumentos legales para la conciliación, queda pendiente ver los diferentes tratamientos de esta Directiva en cada uno de los Estados miembros, que tal y como se desprende del artículo 20.5, deberá ser en “*conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, siempre que se cumplan los requisitos mínimos y los objetivos de la presente Directiva*”. Por lo tanto, habrá un grupo determinado de países que la nueva Directiva les obligue a modificar su legislación interna para incluir las mejoras que se introducen en ella; y en el supuesto contrario, países que ya tuviesen configurado un sistema de derechos conciliatorios más beneficioso, por lo que la transposición que tengan que llevar a cabo será mínima.

El efecto inmediato que se adquiere con esta Directiva europea es fomentar a cada uno de los Estados miembros en materia de conciliación personal, familiar y laboral la aplicación de una serie de derechos para alcanzar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres³⁶, tal y como se describe en los primeros once párrafos del texto. Es decir, no es tanto la conciliación lo que se pretende, aunque funcione como base en la Directiva, sino que se da un paso adelante para intentar lograr una distribución equilibrada de las responsabilidades familiares, fomentando la corresponsabilidad de los derechos entre los progenitores o cuidadores³⁷.

El objetivo de la mencionada corresponsabilidad se manifiesta concretamente en dos aspectos de la Directiva. En primer lugar, lo encontramos en el permiso de paternidad regulado en el artículo 4, por el que se establece la titularidad al padre o a “*un segundo progenitor*” habilitando la posibilidad de un reparto equitativo de responsabilidades; en segundo lugar, el

³⁶ Exposición de motivos, Directiva 2019/1158/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

³⁷ FÉRNANDEZ PRIETO Marta. “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”. *Revista Derecho Social y Empresa* (Reformas en materia de igualdad entre hombres y mujeres), núm.12, 2020. p.p. 8-10

carácter de intransferible que se dota a los dos primeros meses del permiso parental en el artículo 5.2, a fin de equilibrar las tareas de cuidado en los hijos³⁸.

Como base del presente trabajo tomaremos como referencia el contenido que se desarrolla a lo largo de esta Directiva de 2019 en materia de conciliación. Para ello, vamos a analizarla en función de los derechos individuales que se configuran en un doble ámbito: a) Derechos de ausencia b) Fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores.

3.1.2.1. *Derechos de ausencia*

En la presente Directiva se recogen los siguientes **derechos individuales de ausencia** relacionados con la conciliación de responsabilidades familiares y laborales:

a) Permiso de paternidad. -Artículo 4 Directiva 2019/1158/UE-

Los Estados miembros deberán reconocer el derecho a los padres (hombres), o si lo reconoce la legislación nacional a “*un segundo progenitor*” del disfrute de un **permiso de paternidad** “*con ocasión del nacimiento de un hijo a fin de facilitarle cuidados*”. La duración del permiso será de mínimo diez días laborables al momento del nacimiento de un hijo, dejando libertad a los Estados miembros de decidir si el disfrute de tal permiso puede anticiparse al nacimiento³⁹, o que se disfrute a partir de él con la posibilidad de acogerse a fórmulas de trabajo flexible (art. 4.1). Si bien, este derecho no podrá supeditarse a un período de antigüedad (art. 4.2), ni será un factor influyente el estado civil o familiar del propio trabajador (art. 4.3).

El permiso de paternidad se ha establecido de manera paralela en esta Directiva para la conciliación familiar y laboral, respecto al ya regulado **permiso de maternidad** en la

³⁸ BELLESTER PASTOR María Amparo. “De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”. *Derecho de las relaciones laborales*. Núm. 11, 2019. P.p. 1111-1112.

³⁹ Quedaría desvirtuada la finalidad única de acogerse a este permiso por motivo de nacimiento y cuidado de los hijos, ya que la Directiva ofrece la posibilidad de poder disfrutarlo antes del nacimiento, probablemente con el fin de poder acompañar a la madre en los días previos al parto.

Directiva 92/85 CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Las diferencias que se pueden apreciar entre los dos permisos -paternidad y maternidad- son notables. La más destacada la encontramos en la duración del permiso de maternidad que se establece en el artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE, que tiene que ser como mínimo de catorce semanas ininterrumpidas, frente a los diez días que ha incorporado la Directiva 2019/1158/UE para el permiso de paternidad, claramente insuficientes. Esta distinción respecto a la duración de ambos permisos, nos hace replantearnos que difícilmente se va a poder llevar a cabo un reparto de responsabilidades entre ambos progenitores, por lo que el cumplimiento de los objetivos de corresponsabilidad e igualdad efectiva entre hombres y mujeres de la Directiva puede verse limitado.

En otro orden de ideas, la Directiva establece una remuneración o prestación económica para el permiso de paternidad en su artículo 8.2 que deberá garantizar *“unos ingresos al menos equivalentes a los que percibiría el trabajador de que se trate en caso de interrupción de sus actividades por motivos relacionados con su estado de salud”*. Sin embargo, esta garantía quedará supeditada *“a cualquier límite que establezca la legislación nacional”*. De forma similar se regula en el artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE la remuneración o prestación económica para el permiso de maternidad, configurando la cantidad de ingresos que se debe percibir *“equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud”*.

En este caso, la retribución que se establece para el permiso de paternidad en la Directiva 2019/1158/UE sí que puede quedar condicionada a un período de trabajo previo, no superior a 6 meses (art. 8.2), por lo que se deduce que el permiso de paternidad podrá ser concedido sin tener derecho a percibir una prestación económica al no cumplir el requisito de trabajo previo⁴⁰. En el caso del permiso de maternidad, el artículo 11.4 de la Directiva 92/85/CEE establece que los períodos de trabajo previo no podrán ser superiores a doce meses *“inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto”*.

⁴⁰ BELLESTER PASTOR María Amparo. “De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”. *Derecho de las relaciones laborales*. Núm. 11, 2019. P.p. 1119-1120.

b) Permiso parental. -Artículo 5 Directiva 2019/1158/UE-

El permiso parental ya se contemplaba con anterioridad en la Directiva 96/34/CE y la Directiva 2010/18/UE, pero en la nueva Directiva aparece desarrollado de una forma más extensa mediante ocho apartados que introducen cambios puntuales.

El permiso parental es considerado como un derecho individual de ausencia, siendo la titularidad del mismo perteneciente a aquellas personas trabajadoras que tengan la condición de progenitores, con motivo de nacimiento o adopción de un hijo para el cuidado de este⁴¹. La duración del permiso se mantiene en cuatro meses con respecto a lo que se establecía en el Acuerdo Marco, con el límite máximo de ocho años de edad del hijo para que el progenitor lo pueda disfrutar, que podrá concretarse por los Estados miembros o por convenio colectivo (art. 5.1).

Dado su carácter individual, los Estados miembros deberán asegurarse de que dos de los cuatro meses de permiso sean de índole intransferible, a fin de fomentar la corresponsabilidad familiar entre ambos progenitores (art. 5.2). Se establece la posibilidad de someter este permiso a los requisitos de antigüedad o un período previo de trabajo (a diferencia del permiso de paternidad) máximo de un año (art. 5.4).

Sobre la retribución o prestación económica que se establece en el artículo 8.3 de la Directiva, sólo serán retribuidos dos de los cuatro meses pertenecientes al permiso parental acorde con lo estipulado por los Estados miembros o los interlocutores sociales en aras de que se *“facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental”*. Por lo tanto, el pronunciamiento que hace la Directiva sobre la retribución en este permiso es tímida e inexacta, ya que no se fija una cantidad mínima retributiva, aunque sí que se debe disponer *“en un nivel adecuado”* tal y como se recoge en el Considerando trigésimo primero⁴².

En el propio artículo 5, se han incluido dos nuevos apartados interesantes de comentar. En el primero, artículo 5.5, se les concede la posibilidad a los empleadores de aplazar la solicitud del permiso parental presentada por los trabajadores, siempre que esté justificado el aplazamiento en una alteración importante en *el “buen funcionamiento de la empresa”*. A pesar de que el aplazamiento debe ser justificado adecuadamente por escrito por

⁴¹ Artículo 3.1. b) de la Directiva 2019/1158/UE

⁴² *“Los Estados miembros deben fijar en un nivel adecuado la remuneración o prestación para el período mínimo no transferible de permiso parental que se prevé en la presente Directiva.”*

parte de los empleadores, nos cuestionamos si en ese período se pierde la finalidad del permiso parental, que no deja de ser otra que la conciliación del trabajo remunerado respecto del cuidado del hijo. En segundo lugar, artículo 5.6, obliga a los Estados miembros a adoptar una serie de medidas que ofrezcan a los trabajadores disfrutar del permiso parental a través de fórmulas flexibles, además de justificar razonablemente si el empleador deniega el permiso.

No obstante, la conexión de ambos apartados se realza en el artículo 5.7, donde en aquellos casos en que los empleadores necesiten aplazar la concesión de este permiso a los trabajadores, les ofrezca previamente la posibilidad, como acabamos de ver, de ejecutar el permiso parental mediante modalidades de trabajo flexible.

Como crítica a la redacción dada por la nueva Directiva 2019/1158/UE al permiso parental, la intransferibilidad que se mantiene en dos de los cuatro meses del permiso, se debería ampliar esta característica a la duración del período en su totalidad. Esto supondría una mejora en la corresponsabilidad de los derechos de conciliación en el binomio trabajo-familia, ya que los progenitores varones, poco tendentes a solicitar dichos permisos, no tendrían la posibilidad de transferir esos dos meses que se establecen al otro progenitor, en este caso a la madre, evitando así continuar con la imposición de los roles de género con respecto a la maternidad⁴³.

c) Permiso para cuidadores. -Artículo 6 Directiva 2019/1158/UE-

Además, la Unión Europea no ha querido olvidarse de un permiso para los cuidadores, refiriéndose a aquellos trabajadores que tengan la necesidad de prestar cuidado a un familiar por “*motivo médico grave*”, incluyendo a su vez a las personas que convivan en el mismo hogar que el solicitante. En este caso se dota de una mayor libertad a los Estados para desarrollar las condiciones que se deben cumplir para el disfrute de este permiso. La duración del permiso es de cinco días al año por cada trabajador, entendiéndose que está destinado a

⁴³ FÉRNANDEZ PRIETO Marta. “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”. *Revista Derecho Social y Empresa* (Reformas en materia de igualdad entre hombres y mujeres). Núm.12, 2020. P.p. 19-20.

cubrir imprevistos o el acompañamiento a ciertas consultas médicas y no al cuidado continuo de un familiar⁴⁴. No se prevé remuneración alguna para este permiso.

Tal y como establece el Considerando vigésimo séptimo de la Directiva, este permiso para cuidadores contribuirá a la obtención de un claro beneficio en la sociedad actual, tendente cada vez más al aumento de población envejecida que necesitará de atención específica por razones de la edad. Así mismo, “*se anima a los Estados miembros a que den acceso al permiso para cuidadores también respecto a familiares adicionales, como abuelos y hermanos*”, ya que en la definición que se hace de ‘familia’⁴⁵ en el artículo 1 e) no se incluye a dichos miembros.

d) Ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor. -Artículo 7 Directiva 2019/1158/UE-

Apenas hay novedades respecto a la cláusula 7 del Acuerdo Marco. Consiste en un tiempo de ausencia por motivos familiares urgentes, como bien pueden ser “*enfermedades o accidentes*” que requieran de inmediato la presencia del trabajador. Este derecho puede ser limitado por los Estados miembros por año y por caso⁴⁶. Junto con el permiso para cuidadores, no tiene por qué ser retribuido.

La confusión entre el permiso para cuidadores del artículo 6 y el permiso de ausencia por fuerza mayor del artículo 7, pueden dar lugar a confusión por la aparente similitud entre ambos. La diferencia la podemos apreciar en la definición que hace el artículo 1 c) del permiso para cuidadores, cuando dice “*asistencia o cuidados importantes por un motivo **médico grave***”; sin embargo, en el permiso por fuerza mayor la ausencia del trabajador (porque no tiene por qué

⁴⁴ FÉRNANDEZ PRIETO Marta. “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”. *Revista Derecho Social y Empresa* (Reformas en materia de igualdad entre hombres y mujeres), núm.12, 2020. P.p. 21-22.

⁴⁵ “*Familiar*”: *bijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional.*

⁴⁶ Este permiso se regula de una manera más amplia respecto a lo previsto en el ordenamiento jurídico español, concretamente en el artículo 37.3 b) cuando habla de “accidente o enfermedad graves”, supeditando así el carácter de gravedad a la concesión de una ausencia de dos días del trabajador.

ser progenitor o cuidador), se debe a “*motivos familiares urgentes*” que tiene un carácter sobrevenido para solventar una situación familiar⁴⁷.

Por último, debemos concretar si este permiso cumple con lo dispuesto en la norma española sobre la atención a sujetos dependientes. Pues bien, la respuesta es negativa, porque, aunque la duración de los permisos para el cuidado de familiares o personas dependientes que podemos encontrar tanto en las excedencias por cuidado de familiares (máximo de dos años de duración), o las ausencias puntuales del artículo 37.3 apartado b), cumplen con lo establecido en la Directiva, faltarían dos aspectos por trasponer. En primer lugar, no se recoge en ningún precepto la regulación de un permiso por fuerza mayor para atender situaciones de urgencia, donde las parejas de hecho queden incluidas dentro de los sujetos destinatarios para el cuidado, pese a que en España sí que están reconocidas legalmente las uniones de hecho. En segundo lugar, tampoco se incluye en la definición de persona dependiente a los que conviven con el trabajador y que no se contemple como familiar por afinidad hasta segundo grado.

3.1.2.2. Fórmulas de Trabajo Flexible

En este segundo punto, la Directiva en su artículo 9, pone de manifiesto la regulación de una de las novedades más sugestivas de la normativa europea, un derecho de presencia⁴⁸, sin referencias aparentes en ninguna otra directiva anterior. No obstante, en la Cláusula 6 de la Directiva de permisos parentales de 2010, se establecía la posibilidad a aquellos trabajadores que se reincorporasen del permiso parental⁴⁹ de pedir “*cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo*”.

⁴⁷ BELLESTER PASTOR María Amparo. “De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”. *Derecho de las relaciones laborales*. Núm. 11, 2019. P.p. 1125-1126.

⁴⁸ El Acuerdo Marco en su cláusula número 6, hace en cierto modo una tímida referencia a la posibilidad de cambio de horario o regímenes de trabajo tras la reincorporación al puesto de trabajo tras el disfrute de un permiso parental.

⁴⁹ Sobre este asunto encontramos referencia jurisprudencial en la sentencia del TJUE (Sala Octava) de 25 de febrero de 2021, Asunto C-129/20.

Las **medidas de trabajo flexible** según el artículo 3.1 f) consisten en *“la posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo”*, con el fin de promover una nueva perspectiva de conciliación, más eficiente, y en particular, de incentivar la continuidad de las mujeres en el trabajo remunerado.

En cuanto al ámbito subjetivo de este derecho, se dirige tanto a las personas trabajadoras con hijos -edad mínima de ocho años-, así como a los cuidadores de todas aquellas personas que necesiten asistencia.

En base a la redacción del artículo 9.2, los empleadores deberán tener en cuenta las condiciones y necesidades de los trabajadores a la hora de establecer estas medidas de trabajo flexible, por lo que no estamos ante derechos subjetivos propios. Ello se debe realizar en un *“plazo razonable de tiempo”*, teniendo como posibilidad los empleadores de aplazar o denegar la solicitud del trabajador para disfrutar de fórmulas de trabajo flexible, siempre que este justificada.

Además, los trabajadores tienen derecho a volver *“a su modelo de trabajo original al término del período acordado”*, pudiendo reincorporarse antes de que concluyese dicho período, siempre y cuando las circunstancias sean justificadas. Si la solicitud de reincorporación por parte de los trabajadores se produce de manera anticipada, los empleadores deberán valorar tanto sus propias necesidades como la de los trabajadores, ya que en las fórmulas de trabajo flexible los intereses de ambos son fundamentales, y deben ser analizados sin previsión de futuro (art. 9.3).

Por último, en el apartado 4 del artículo 9 se señala que la solicitud de estas fórmulas de trabajo flexible podrá depender, si así lo establecen los Estados, de *“períodos de trabajo anterior o a una antigüedad que no podrá ser superior a seis meses”*.

3.2. Derecho nacional

3.2.1. Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

Desde un contexto internacional y comunitario se impulsa con fuerza la necesidad de conciliar empleo y familia en las personas trabajadoras de los distintos países europeos.

En España tuvo su reflejo con la aprobación de la Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Fue publicada en el Boletín Oficial del Estado del 6 de noviembre de 1999, donde, por primera vez, se aborda de una forma generalizada el tratamiento de la mujer en el trabajo retribuido mediante medidas laborales y de Seguridad Social, adecuadas para un mejor posicionamiento en el mercado⁵⁰.

En su Exposición de motivos se refleja una clara necesidad de conciliación como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. Ello planteaba una compleja y difícil problemática que debería abordarse, no solo con importantes reformas legislativas, sino con la necesidad de promover adicionalmente servicios de atención a las personas en un marco más amplio de política de familia.

Al mismo tiempo con la publicación de esta Ley se modifican determinados preceptos de tres leyes diferentes, concretamente: el Estatuto de los Trabajadores (1995), la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) aprobada por el RDL 2/1995, de 7 de abril y la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Analizando el contenido de la misma, nos damos cuenta de que no se realizó una regulación global ni exhaustiva de la materia, sino que solo fueron modificaciones puntuales⁵¹, que como veremos más adelante, será solo el principio del largo camino que quedaba por recorrer sobre la regulación de derechos sociales y familiares.

En síntesis, en la Ley 39/1999 apreciamos pocos cambios, dentro de los cuales destacamos: primero, en la redacción del artículo 37.4 ET, dónde anteriormente decía “*la reducción de la jornada normal*” y ahora “*la reducción de su jornada*”, aclarando la controversia que venía existiendo sobre el derecho de lactancia y su compatibilidad con el trabajo a tiempo parcial; o el disfrute de la reducción de jornada por guarda legal de hijo/a; o para el cuidado de familiares. Siendo en este caso, un derecho que debe disfrutarse en su totalidad, independientemente del tipo de jornada laboral que se tenga, porque la finalidad que se

⁵⁰ CRUZ VILLALÓN J. “Significación general y principios informadores de la Ley para la igualdad”. Temas Laborales: *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. Núm. 91, 2007, p.p. 9-12

⁵¹ GÁRATE CASTRO Francisco J. “Apuntes sobre la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”. *Revista jurídica galega*. Núm. 26, 2000, pág.14.

persigue es que los progenitores puedan atender el cuidado prematuro del menor⁵². En segundo lugar, con la nueva redacción del artículo 37.5 ET se amplían los casos en los que las personas trabajadoras puedan acogerse a una reducción de jornada, extendiéndose a los familiares hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad; además acorde con la finalidad de la ley, se remarca que este derecho es individual tanto para hombres como para mujeres. En tercer y último lugar, se añade el apartado número 6 al artículo 37 ET, dividido en dos párrafos, donde por un lado, se les otorga a los trabajadores la libertad suficiente para elegir la modalidad en la que deseen disfrutar el período de lactancia o reducción de su jornada (concreción horaria y determinación de la jornada); mientras que por otro lado, las solicitudes⁵³ que realicen dichas personas trabajadoras, en caso de surgir controversia con el empleador, serán resueltas por la vía del artículo 138 bis LPL.

3.2.2. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

A continuación, es oportuno recordar como hito social la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI en adelante), que nace con la finalidad de eliminar las desigualdades en materia de género hasta entonces existentes en la sociedad, basándose especialmente en el principio jurídico universal del artículo 14 de la Constitución española.

Como ya hemos señalado en multitud de ocasiones a lo largo del presente trabajo, los derechos de conciliación en el binomio trabajo y familia son generalmente atribuidos en su mayoría a las mujeres, pero con esta ley se intenta llevar a cabo en España, una

⁵² LOUSADA AROCHENA José F. “El permiso de lactancia, las últimas reformas y el estado de la cuestión” (2008). *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. Núm. 22, P.p. 26-27.

⁵³ No queda suficientemente claro si cabe una oposición directa por parte del empleador a la solicitud presentada por el trabajador, a no ser que acreditase una causa objetiva que le cause perjuicio. Nos inclinamos a pensar de igual modo que GÁRATE CASTRO, “Apuntes sobre la Ley 39/1999...”, que en caso de controversia ante la “propuesta” del trabajador, la solución quedaría en manos de la aprobación por vía judicial del artículo 138 bis LPL.

transformación social⁵⁴ sobre ciertos problemas como son: la brecha salarial, la violencia de género, la maternidad y lactancia, pensiones contributivas, etc.

A través de la equidad entre géneros y el fomento de un mayor equilibrio en cuanto a la carga de responsabilidades familiares, se trabaja a lo largo del texto legal en diferentes áreas para que no sigan manifestándose obstáculos al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, aunque se realice de una manera bastante escueta.

Reflejo de ella podemos resaltar como único percepto dedicado a la conciliación el artículo 44, resultando insuficiente para atender las exigencias sociales y jurídicas que se pedían para alcanzar la igualdad de oportunidades laborales⁵⁵. En concreto es en el primer párrafo del propio artículo, bajo la rúbrica de *“Igualdad y conciliación”*, donde se hace efectiva la igualdad en materia de conciliación laboral entre los trabajadores y trabajadoras evitando cualquier discriminación -directa o indirecta-.

Aun así, positivamente se consolida en ella el concepto de corresponsabilidad⁵⁶, tanto en la Exposición de Motivos *“se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor **corresponsabilidad** entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa”*, como en el propio artículo 14 apartado 8 *“El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la **corresponsabilidad** en las labores domésticas y en la atención a la familia”*, como fin principal de esta Ley.

Entre las novedades a destacar en la LOI 3/2007, en la Disposición adicional 11ª Tres, se contempla el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada laboral a través del apartado 8 del artículo 34 ET que analizaremos posteriormente, tras las últimas reformas suscitadas en esta materia. Se configura como el futuro de los derechos de la

⁵⁴ MONTENEGRO LEZA, Sofía. “El antes y el después de la Ley Orgánica 3/ 2007”. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*. Núm. 14, diciembre 2016, p.p. 118-121.

⁵⁵ RUIZ-RICO RUIZ, Catalina. *El derecho Constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. P.p. 22-23.

⁵⁶ CABEZA PEREIRO, Jaime. (2011). *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. P.p. 57-59.

conciliación familiar y laboral, a pesar de que, en esta primera redacción dada por la LOI 3/2007, el derecho queda supeditado a la negociación colectiva o bien, a un acuerdo individual entre el trabajador y el empleador.

Igualmente, se presentó como una de las innovaciones más relevantes en el plano laboral, el reconocimiento de un permiso de paternidad en el artículo 44.2 LOI, recogido en el nuevo artículo 48 bis del ET. En él, se consiente una suspensión del contrato de 13 días ininterrumpidos, que podían ser ampliables *“en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo”*. El Gobierno, consciente de la insuficiencia de la duración de este permiso, se compromete en su Disposición Transitoria 9ª de la LOI 3/2007, una ampliación⁵⁷ progresiva hasta alcanzar las cuatro semanas, transcurridos seis años desde la publicación de la Ley⁵⁸.

La filosofía de las disposiciones de esta Ley es la de habilitar el acceso de las mujeres al trabajo sobre la base de una igualdad de trato en la actividad laboral, y aunque su origen y publicación se desarrolló sobre un contexto de crisis económica -ralentizándose su aplicación en muchos aspectos- tenía en sí un gran significado pedagógico obligando a todos los poderes del Estado y a las Administraciones públicas⁵⁹.

3.2.3. Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

El 7 de marzo de 2019, se publica en el BOE el Real Decreto-ley 6/2019 de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, lo que nos lleva a pensar de manera positiva que la aprobación por parte del Gobierno con carácter de “urgencia” de este decreto, se traduce en un nuevo avance

⁵⁷ La ampliación gradual y progresiva de la duración del permiso por paternidad, por motivos de crisis económica, se pospuso su entrada en vigor hasta el 1 de enero de 2017.

⁵⁸ MARTÍN FLÓREZ L. y ALÓS RAMOS A. “La Ley de Igualdad y su alcance en las relaciones laborales”. *En Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 17, 2007. P.p. 17-18.

⁵⁹ MARTÍNEZ LOZANO Isabel M. (7 de marzo de 2017). “Diez años de la Ley de Igualdad: un camino sin retorno”. Visto el 5-07-2021 en: https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/anos-ley-igualdad-camino-retorno_129_3536372.html

de cara a intentar solventar las desigualdades de género presentes en el mundo laboral, que lamentablemente siguen siendo demasiadas⁶⁰. Si bien, es cierto que la legislación española en materia de conciliación ha surgido siempre como consecuencia de las exigencias expuestas por la Unión Europea, obligando de tal manera al legislador español a tener que adaptar la normativa interna, principalmente en materia de igualdad⁶¹.

En este caso ha sido la legislación española la que ha publicado este RDL 6/2019 con unos meses de anterioridad respecto a la normativa comunitaria, la Directiva 2019/1158/UE, que como veremos, se necesitará realizar la transposición en la normativa española de determinados aspectos que no estarían adaptados.

Con carácter general, no se debe perder de vista el principio de corresponsabilidad, presente a lo largo del RDL 6/2019, tanto en el Preámbulo como en el Capítulo VII “*Corresponsabilidad en el cuidado del lactante*”. Con la publicación del mencionado Decreto-ley, se fija como un propósito a cumplir la efectividad de una serie de derechos socio-laborales en materia de igualdad, ya que la maternidad no debe suponer un obstáculo a lo largo de las carreras profesionales de aquellas mujeres que deseen formar una familia, debiéndose abordar dichos problemas desde el ámbito social, político y global.

La Ley 3/2007, de 22 de marzo, mencionada en el preámbulo del RDL 6/2019, surge como una normativa para alcanzar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, dicho de otro modo “*se trató de una ley pionera en el desarrollo legislativo de los derechos de igualdad de género en España*”⁶², no obstante, su aplicación práctica deja mucho que desear, y por ello se cree

⁶⁰ BELLESTER PASTOR María A. “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”. *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 146, p. 2.

⁶¹ JESÚS SILVANO, Sandra M. Breve síntesis del alcance del «nuevo» derecho de los trabajadores a la adaptación de jornada para compatibilizar la vida laboral y familiar (24 de enero de 2020). Visto el 1-07-2021 en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/02/25/breve-sintesis-del-alcance-del-nuevo-derecho-de-los-trabajadores-a-la-adaptacion-de-jornada-para-compatibilizar-la-vida-laboral-y-familiar>

⁶² Preámbulo del 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. «BOE» núm. 57, de 07/03/2019.

necesaria la publicación de un nuevo texto legal que garantice dichos valores y derechos sociales.

En la legislación española actual, y tras la entrada en vigor del RDL 6/2019, nos encontramos con distintos instrumentos legales de conciliación, que, a raíz de las sucesivas reformas, la configuración de cada uno de ellos ha ido modificándose con el fin de adaptarse cada vez más a los nuevos valores de igualdad en el ámbito laboral. Además, analizaremos las novedades más destacadas que ha introducido mediante siete artículos, respecto a siete normas con rango de ley.

4. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

4.1. Análisis de los instrumentos legales de conciliación de la vida familiar y laboral

En el escenario de los derechos laborales, se retoma nuevamente desde el seno de la legislación española, una cierta sensibilidad con respecto a los derechos de conciliación, para poder llevar a cabo en armonía el desarrollo de los mismos tanto en el mercado de trabajo como en lo que corresponde en relación a los asuntos familiares. No debemos perder de vista en ningún momento, el marco jurídico comunitario en el cual también se proyecta una creciente importancia hacia el apoyo a cada uno de los países miembros de la UE para poner a disposición de los ciudadanos, una serie de políticas de igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

El tiempo de trabajo, ha sido desde hace décadas una de las cuestiones más polémicas, con respecto a la duración de las jornadas laborales, originariamente porque eliminaba en gran medida el tiempo libre necesario para las personas trabajadoras, y actualmente por la importancia que tiene poder conciliar la vida familiar y laboral sin que suponga un obstáculo. Los intereses contrapuestos a lo largo de la historia entre los trabajadores y empresarios, como sujetos de la relación laboral, deben canalizarse a través de la negociación colectiva, ya que, a fin de cuentas, ambos buscan su propio beneficio y si se logran alcanzar acuerdos respetando lo establecido en la legislación, la productividad de los empleados y de la propia empresa tendrán una evolución positiva.

Actualmente, el objetivo que se plantea en torno al concepto de tiempo de trabajo es que no interfiera en las responsabilidades familiares desde el punto de vista de la conciliación, a través de la combinación de derechos de ausencia y jornadas de trabajo flexible. En los derechos de ausencia, los trabajadores interrumpen o aminoran el tiempo dedicado al trabajo remunerado, ya sea en su totalidad, como en el caso de las excedencias (art.46.3 ET), ya sea parcialmente como el caso de la reducción de jornada (art. 37 ET). En cambio, en las jornadas de trabajo flexible se potencia la presencialidad de los trabajadores en su empleo, sin que, de lugar a una desvinculación con la empresa, como es el caso del derecho a adaptar la jornada laboral conforme al artículo 34.8 ET⁶³.

En el siguiente epígrafe, trataremos de desarrollar los distintos instrumentos legales para la conciliación familiar y laboral regulados en nuestro derecho interno, conforme a la última reforma suscitada por el RDL 6/2019, en conexión con la reciente aprobación de la Directiva 2019/1158/UE de conciliación de la vida familiar y profesional con las discordancias existentes entre ambas.

4.1.1. Permiso por nacimiento y cuidado del menor

El permiso por nacimiento de hijo, tras la publicación del RDL 6/2019 se fusiona bajo el ahora denominado permiso por **“nacimiento y cuidado del menor”**, que comprende tanto el permiso de maternidad como el de paternidad, suponiendo una de las novedades que más interés mediático ha suscitado en nuestra sociedad actual. El objetivo que se pretende es equiparar el permiso de maternidad, con una duración a día de hoy de 16 semanas, al permiso de paternidad, incrementándolo de forma gradual hasta el actual 2021.

La Disposición Transitoria 13ª del Estatuto de los Trabajadores detalla la regulación gradual del permiso de paternidad recogido en el Artículo 48.4 ET como un derecho intransferible y personal, tomando como fecha de inicio el 1 de abril de 2019, a partir de la cual se van a ir modificando dichas semanas del permiso de paternidad. Por ende, hasta el 31 de diciembre de 2019 la duración del permiso se amplió a ocho semanas para aquellos nacimientos que estuviesen comprendidos en esa fecha; doce semanas a partir del 1 de enero

⁶³ GORELLI HERNÁNDEZ Juan. La conciliación desde la perspectiva del tiempo de trabajo en España: son malos tiempos para conciliar. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Vol. 69, Núm. 273, 2, 2019. P.p. 859-863.

del año 2020 y finalmente dieciséis semanas de disfrute desde el 1 de enero del actual 2021⁶⁴, equiparándose cuantitativamente las semanas a cada progenitor.

Como ya sabemos, el origen del permiso de paternidad se encuentra en la LOI 3/2007, dónde se les concedió trece días de disfrute, hasta a su extensión a cuatro semanas (cinco un año después) en el año 2017. Por primera vez se igualarán los permisos por nacimiento y cuidado del menor a 16 semanas para ambos progenitores, quedando redactado los dos primeros párrafos del artículo 48.4 ET de la siguiente manera:

*“El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de **la madre biológica durante 16 semanas**, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.*

*El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del **progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas**, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil.”*

Según queda formulado, “*el nacimiento suspenderá*”, se trataría de un permiso obligatorio, que nos genera confusión acerca de si en el momento en el que se produce el nacimiento del hijo/a -resolución judicial o administrativa en caso de adopción- y este es informado al empleador, se daría comienzo al permiso de manera automática. En palabras de Ignacio Moreno González-Aller, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, considera que la naturaleza de este derecho es dual, configurándose tanto como un deber, como un derecho, y en base a esta postura “*se puede obligar al progenitor distinto de la madre biológica a cumplir con la suspensión del contrato de trabajo, pues en la obligatoriedad del permiso reside el verdadero secreto de la igualdad*”. Con ello, alcanzaríamos la idea de corresponsabilidad en materia de conciliación, así como la efectividad de la igualdad de trato de mujeres y hombres en el mundo laboral.

⁶⁴ Disposición Transitoria 13ª. Aplicación paulatina del artículo 48 en la redacción por 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. «BOE» núm. 57, de 07/03/2019.

En cuanto al modo de disfrute de esas dieciséis semanas de permiso, las seis primeras deberán disfrutarse inmediatamente después del parto, a jornadas completas y de forma ininterrumpida por ambos progenitores. Las diez semanas restantes, según la voluntad de cada progenitor “*podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses*”. En especial, se le otorga a la madre la posibilidad de adelantar el disfrute de este permiso hasta cuatro semanas antes del parto.

El plazo de preaviso para el disfrute de este permiso es de quince días, tal y como establece el último párrafo del artículo 48.4 ET, sin embargo, se pueden generar ciertas dudas acerca del inicio del permiso, ya que no se señala en el momento en que el trabajador debe comunicar el comienzo de la suspensión del contrato. Bien, parece que el inicio de la suspensión comienza a contar en el momento del parto, ya que la madre tiene derecho a anticipar cuatro semanas el ejercicio de este derecho “*antes de la fecha previsible del parto*”. Esta referencia al artículo 48.4 ET, también nos lleva a cuestionarnos que al incluir el término “previsible” el legislador nos da a entender que, a la hora de realizar el preaviso al empleador, la fecha del parto puede ser alterada (anticipándose o retrasándose), por lo que el preaviso de quince días se configura como un requisito modulable en los términos que se establecen⁶⁵.

4.1.2. Permiso por cuidado del lactante

El apartado cuatro del artículo 37 ET⁶⁶ ha sido modificado por el artículo 2.9 del RD Ley 6/2019 estableciendo una nueva redacción al **permiso por cuidado del lactante**, ajustándolo al nuevo escenario de corresponsabilidad familiar. La denominación del permiso ha sido modificada con la entrada en vigor de este Decreto, sustituyéndose el llamado permiso de lactancia por “*permiso para el cuidado del lactante*”, con el objetivo de dotarle de un

⁶⁵ GORELLI HERNÁNDEZ J. “Hacia la corresponsabilidad mediante la suspensión por nacimiento de hijos”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, p.p. 290-293.

⁶⁶ *En los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.*

carácter neutro y así dejar de calificarlo como un derecho biológico exclusivo de la madre para la alimentación del bebe⁶⁷.

La finalidad de este permiso no es otra que el cuidado de los hijos/as de corta edad, concretamente hasta los nueve meses de vida, los cuales dependen directamente de sus progenitores para que estos puedan satisfacer una serie de necesidades vitales, afectivas y físicas⁶⁸. En su origen, era un permiso de carácter femenino que nació para que la madre trabajadora tras el parto, pudiese ausentarse de su puesto de trabajo para alimentar al recién nacido, una condición ligada a la maternidad y que, sin embargo, esto se ha rectificado.

Tras la nueva redacción dada por el RDL 6/2019, la titularidad para el disfrute de este derecho le pertenece actualmente tanto a la madre como al padre de forma individual e intransferible, ya sean biológicos, adoptivos, en situación de acogimiento o guarda con fines adoptivos⁶⁹. En el caso de que ambos progenitores, ya sean adoptantes, guardadores o acogedores, se encuentren disfrutando de este permiso, en los mismos términos y condiciones, el período de disfrute podrá extenderse hasta los doce meses de vida del nacido.

Las modalidades de ejercicio de este permiso se basan en tres posibilidades para sus titulares: En primer lugar, el derecho a ausentarse una hora al día, con la posibilidad de ser dividida en dos fracciones, dentro de la jornada laboral (independientemente de que sea jornada a tiempo parcial); en segundo lugar, reducir media hora ya sea al principio o al final de la jornada laboral; y en tercer y último lugar, el derecho a acumular las horas para conseguir jornadas completas.

Sobre la prestación retributiva prevista para el cuidado de lactante, la única modalidad de este permiso que habilita a una prestación económica por ejercicio corresponsable es la

⁶⁷ NUÑEZ-CORTÉS CONTRETAS Pilar. “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de la jornada por motivos familiares”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 55, 2020, p.p. 108-109.

⁶⁸ BLASCO JOVER Carolina. “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”. *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y empleo*, vol. 7, núm. 2, abril-junio 2019, p. 55.

⁶⁹ Novedad introducida por el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero en la Disposición final primera, donde la lactancia deja de asociarse a la filiación, ampliándose a los supuestos de adopción y acogimiento. “*En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento...*”

reducción de jornada laboral de media hora, tal y como se recoge en el artículo 183 LGSS. Sin embargo, los beneficiarios para el acceso a esta prestación económica no podrán ser ambos progenitores, pues el artículo 184 LGSS establece que, “*el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos*”. El valor de la prestación económica para este permiso, señala el artículo 185 LGSS, que será el 100 por ciento de la base reguladora, semejante al que corresponde por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. Se dejará de percibir dicha prestación económica cuando el nacido cumpla doce meses, o si el trabajador solicita volver al modo anterior a la reducción de jornada de trabajo.

4.1.3. Reducción de jornada

El derecho a la **reducción de jornada** se engloba dentro de los permisos no retribuidos ya que la consecuencia inmediata de su solicitud es una reducción proporcional del salario correspondiente a las horas que no se trabaje. A continuación, lo analizaremos mediante tres supuestos recogidos en el art. 37 ET, desarrollando el contenido de cada uno de estos tres derechos y sus correspondientes sujetos titulares.

En primer lugar, como ya hemos mencionado en el epígrafe anterior, tenemos el derecho a reducir media hora la jornada laboral para el cuidado del lactante (artículo 37.4 2º párrafo ET), bien entrando media hora más tarde o saliendo media hora antes del trabajo, para que los progenitores puedan durante los primeros nueve meses de vida del nacido atender el cuidado del mismo. Los sujetos titulares de este derecho son, tal y como se recoge en el ET, tanto el padre como la madre con carácter intransferible. En cuanto al contenido de este derecho de lactancia para la conciliación familiar, no se desprende discriminación alguna por hijo biológico o adoptado, ni tampoco se excluye del mismo si la lactancia se lleva a cabo de forma natural o artificial⁷⁰.

En segundo lugar, el nuevo RDL 6/2019, de 1 de marzo, da una nueva redacción al apartado 5 del artículo 37 ET estableciendo que cuando se produce el nacimiento de un hijo prematuro o cuando deban estar hospitalizados después del parto, los progenitores tienen el

⁷⁰ NUÑEZ-CORTÉS CONTRETAS Pilar. “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de la jornada por motivos familiares”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 55, 2020, p.p. 108-114.

derecho a solicitar un permiso para ausentarse del trabajo de una hora. Además, podrán llevar a cabo una reducción de su jornada laboral de dos horas con la correspondiente disminución del salario, tanto por parte de la madre como del padre del hijo prematuro.

En tercer y último lugar tenemos el permiso de reducción de jornada por cuidado de familiares recogido por el art. 37.6 ET. Son varios los supuestos por los cuales se puede solicitar esta reducción de jornada:

- El cuidado de un hijo menor de 12 años de edad. Se podrá solicitar en cualquier momento siempre y cuando el hijo no haya cumplido la edad límite establecida. En caso de divorcio o separación, si el progenitor no tiene la custodia del hijo no podrá solicitar dicha reducción.
- Hijos con discapacidad física, psíquica o sensorial que no puedan valerse por sí mismos y que no desempeñen un trabajo remunerado.
- Trabajadores que tengan la necesidad de cuidado de un familiar directo por razones de edad, enfermedad o accidente al no poder valerse por sí mismos y que estos no trabajen. La solicitud solo se podrá llevar a cabo con parientes hasta segundo grado de consanguinidad.
- Trabajadores que tengan un menor a su cargo -incluido en la adopción- que padezca de cáncer u otra enfermedad grave y a su vez necesite de ingreso hospitalario, además del cuidado continuo de sus progenitores. El límite para poder solicitar este permiso es hasta los dieciocho años de edad.

Los tres tipos de permisos para la reducción de jornada (lactancia, hijo prematuro o cuidado de familiares), el trabajador que lo solicite *“deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de cuidado del lactante o la reducción de jornada”* (artículo 37.7 ET). Lo más conveniente en la solicitud de este tipo de permisos es que el trabajador lo realice por escrito, dejando un plazo para la contestación por parte de la empresa.

Si el trabajador tras la solicitud presentada, no recibe respuesta alguna por parte de la empresa o esta se lo deniega, tiene el derecho a acudir a los tribunales para presentar una demanda ante el Juzgado de lo Social en un plazo de veinte días, tal y como se establece en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS en adelante). Así queda constatado en su apartado 1 letra a): *“El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta*

realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.” Además, en este mismo apartado se señala la posibilidad de acumular la acción de daños y perjuicios que se hayan podido generar al trabajador con la negativa o demora de la propuesta de reducción de jornada.

En esta línea, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Rec. 478/2020, se declara la necesidad de indemnización a la trabajadora por la negativa injustificada de la empresa a la solicitud de ejercer su derecho de conciliación familiar y laboral, al configurarse como un *“derecho laboral reforzado”* que debe ser considerado en cada caso concreto *“con la máxima cautela judicial de acuerdo con la debida diligencia en materia de reparación integral”*⁷¹. Por lo tanto, la empresa no podrá negarse a la petición de reducción de jornada por parte del trabajador para poder ejercer su derecho de conciliación, únicamente tiene la posibilidad de negarse ante el horario escogido por el trabajador; y en su caso concreto, debe proponerle otro que consiga ser aprobado por ambas partes. Además, tanto el trabajador como el empresario deberán llevar tanto al acto de conciliación como al juicio sus respectivas propuestas *“que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia”* (art. 139 1, a. 3 párrafo). Es de suma importancia dichos informes ya que pueden incidir en la decisión del juez sobre el asunto.

El procedimiento se tramita con carácter de urgencia y preferencia, ya que se entiende que el trabajador está solicitando un derecho de conciliar en su ámbito familiar con las consiguientes necesidades y responsabilidades que ello genera, y ello se desprende del apartado b) del artículo 139 LJS, dónde se deja constancia *“el acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda”* y la *“sentencia se dictará en el plazo de tres días”*, contra la que no cabe recurso alguno, excepto el de suplicación en los términos en los que se señala.

De modo accesorio, si conectamos el artículo 37.6 ET con la nueva Directiva 2019/1158/UE, podemos comprobar como la normativa española tendrá que adaptarse en relación con lo establecido en el artículo 5.6 de la Directiva, ya que para el derecho a la reducción de jornada laboral por razones de guarda legal no se establece ningún tipo de retribución económica para las horas no trabajadas, contraviniendo así la normativa

⁷¹ Recurso 478/2020 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, Sentencia de 26 octubre de 2020, FJ 2.

comunitaria. Incluso, en la propia Directiva, en la definición que atribuye a las “fórmulas de trabajo flexible” engloba la reducción de las horas de trabajo, lo que nos lleva a la conclusión de que actualmente ni la reducción de jornada por cuidado de hijos del 37.6 ET ni el permiso para el cuidado del lactante del 37.4 ET se encontrarían dentro del permiso parental, al no poder configurarse como fórmulas de trabajo flexible. No obstante, podría quedar salvado este aspecto bajo la nueva configuración del artículo 34.8 ET, en el cual se podría incluir en su solicitud distintas posibilidades para el ejercicio de la duración y distribución de la jornada de trabajo, entre ellas la reducción temporal de la jornada de laboral, horario flexible, modificación en el horario de trabajo a la entrada y salida, entre otras⁷².

4.1.4. Adaptación de la duración y distribución de la jornada

En este apartado analizaremos el derecho a adaptar la jornada laboral, que tras la publicación del nuevo Real Decreto-Ley 6/2019 se ha dado una nueva redacción al artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, dotándole de un contenido más amplio. Sin duda alguna, la publicación de este Decreto con anterioridad a la Directiva europea 2019/1158, no ha requerido de una posterior publicación de una norma de trabajo flexible, puesto que ya se cumple mayormente con lo recogido por la normativa comunitaria.

Conforme a la anterior redacción del artículo 34.8 ET, podemos señalar que sí que estaba prevista la posibilidad de solicitar el derecho de adaptación de la jornada, en concreto el ET establecía que el trabajador *“tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla”*.

Por lo tanto, la adaptación de jornada ya se contemplaba jurídicamente, sin embargo, quedaba recogido como un derecho condicionado a la negociación colectiva o un determinado acuerdo individual con el empleador. El problema radicaba en que en la mayoría de ocasiones los convenios colectivos, en la práctica, no regulaban lo establecido en el artículo 34.8 ET, dejando un carácter vacío a tal derecho de conciliación, con la consiguiente

⁷² NUÑEZ-CORTÉS CONTRETAS Pilar. “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de la jornada por motivos familiares”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 55, 2020, p. 118-119.

imposibilidad de ejercerlo por parte de aquellos trabajadores con dichas necesidades familiares⁷³. El desarrollo de los derechos de conciliación avanzaba en pequeños pasos, y aunque estuviese regulado jurídicamente, ese cambio no resultó en términos reales, ya que la efectividad de tales derechos necesitaba de un mayor apoyo por parte de las empresas a fin de conseguir una armonía a través de la negociación empleado y empleador.

Así, con la nueva redacción del precepto legal, se ofrece una solución al respecto, reconociendo la solicitud del derecho de adaptación de la jornada laboral al alcance de todas las personas trabajadoras, independientemente del tipo de relación laboral que tengan, aunque exista una ausencia de regulación convencional. Esto resulta sumamente positivo, ya que se establecen unas normas mínimas para dotar de efectividad al derecho de adaptación, no resultando perjudicados los trabajadores si en los convenios colectivos no se ha negociado estas medidas de flexibilización del trabajo.

Desde un punto de vista crítico, bien es cierto la relevancia que tiene la negociación colectiva para lograr una mejora en las condiciones de empleo para los trabajadores. Siendo en este caso concreto, una gran oportunidad de poder incluir las cuestiones relacionadas con ciertos mecanismos que hagan efectivo el derecho a la conciliación, detallando determinados términos sobre la duración de las jornadas o la reorganización de las mismas. Por lo que, con carácter general, podemos interpretar con la actual redacción de la norma, que sí que existe un deber de negociación con el trabajador para esta materia, cuando en el tercer párrafo del artículo 34.8 ET señala que *“en la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio”, sin embargo, no se considera que se deban establecer unos contenidos mínimos*⁷⁴.

Aunque no quede del todo clara la interpretación literal del precepto, sería favorable para las empresas que en sus convenios colectivos se recogieran de forma detallada los aspectos sobre las diferentes fórmulas de trabajo flexible que se puedan llevar a cabo, con el fin de evitar problemas que terminen siendo resueltos en los tribunales. Entre ellas podríamos señalar, la posibilidad de rotar a otro turno más favorable, flexibilidad en los

⁷³ IGARTUA MIRÓ María Teresa. “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. la nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 53, 2019. P.p. 82-86.

⁷⁴ IGARTUA MIRÓ María Teresa. “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. la nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 53 (2019).

horarios de entrada y salida, el tiempo de duración de la “adaptación”, los términos fijados sobre la reincorporación al puesto de trabajo, además, de la reciente posibilidad de poder ofertar a los empleados (siempre que sea posible) un sistema que combine una jornada laboral presencial junto con una jornada a distancia.

Si el convenio colectivo no se pronuncia al respecto, el siguiente paso una vez solicitada la adaptación de jornada por la persona trabajadora, es la apertura de un período de negociación con la empresa con una duración máxima de treinta días. Transcurrido este período fijado legalmente, la empresa tiene varias posibilidades de actuación: aceptar la petición y comunicarla al solicitante; aceptar la solicitud, pero plantearle al trabajador otra opción reformulada más conveniente que se ajuste a las necesidades de conciliación pretendidas; o finalmente negarle la solicitud siempre que vaya acompañada de una serie de razones motivadas objetivamente por parte de la empresa.

En este aspecto, la normativa española cumple e incluso mejora en relación con lo establecido en el artículo 9 de la Directiva 2019/1158 sobre las causas por las que el empleador puede denegar la solicitud del derecho a adaptar la jornada. El artículo 34.8 en su primer párrafo señala que las adaptaciones deberán ser conforme a *“las necesidades organizativas o productivas de la empresa”*; y los motivos por los que se puede denegar a los trabajadores su petición, señala el párrafo tercero del 34.8 ET que deberán de ser *“razones objetivas”*.

Continuando con la evolución del citado artículo 34.8 ET, con el RDL 6/2019 el derecho a adaptar la jornada se configura de una manera más amplia respecto a la redacción anterior, concretamente reconoce que *“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”*. Si lo comparamos con la Directiva 2019/1158, encontramos semejanza en su artículo 3.1 apartado f) donde define las fórmulas de trabajo flexible como *“la posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogiendo a **fórmulas de trabajo a distancia**, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo”*.

En esta línea, la alusión que hace dicho artículo en relación a la modalidad de prestación de trabajo cuando señala *“la prestación de su trabajo a distancia”* se configura como una nueva posibilidad de poder compaginar la atención del cuidado de hijos o familiares a través del llamado “teletrabajo”. Como resultado en nuestro ordenamiento jurídico interno, se ha publicado recientemente la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que tiene

como origen el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia -actualmente derogado- suponiendo una gran novedad en el panorama laboral y ofreciendo una mayor autonomía a las personas trabajadoras a favor de sus intereses⁷⁵.

En su Exposición de motivos se da una clara definición de esta nueva forma de organización en el ámbito laboral, siendo por un lado el *trabajo a distancia* “un trabajo que se realiza fuera de los establecimientos y centros habituales de la empresa”, y de otro lado el *teletrabajo* una “subespecie que implica la prestación de servicios con nuevas tecnologías”. En estos dos últimos años, ha supuesto uno de los elementos que han caracterizado la forma de prestación de trabajo durante la reciente pandemia mundial a causa de la COVID-19, que tantos problemas a generado en este ámbito.

El teletrabajo se presenta como una nueva modalidad de organización del trabajo que se caracteriza por una innovación tecnológica, gracias a los nuevos avances de la información y la comunicación. Además de ser una forma flexible de organización laboral, contribuye en gran medida a la conciliación familiar y laboral ofreciendo la posibilidad de compatibilizar los dos ámbitos. Desgraciadamente no todos los puestos de trabajo pueden implementar esta modalidad de teletrabajo, pero en todos aquellos que puedan realizarse a través de medios tecnológicos es una buena opción a manos de las empresas acorde con lo establecido en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores⁷⁶.

Por tanto, con esta nueva versión del artículo 34.8 ET, todas aquellas personas empleadas que soliciten la adaptación de jornada la podrán llevar a cabo de diferentes formas, entre las cuales se englobarían dentro del contenido de este derecho: los cambios de turno, mayor flexibilidad horaria y esta nueva modalidad de teletrabajo. El motivo principal es ofrecer a los trabajadores otras opciones para ejercer su derecho a conciliar manteniendo a su vez la misma cantidad de sueldo que venían percibiendo antes de solicitar la adaptación de jornada. Esta es la principal diferencia con la reducción de jornada, la cual, sí que implica una reducción proporcional del salario del empleado, además de que, la adaptación de jornada no está sujeta a unos requisitos concretos, a diferencia del artículo 37.6 ET.

⁷⁵ GORELLI HERNÁNDEZ Juan. Teletrabajo, tiempo de trabajo y desconexión en el ordenamiento español. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Núm. 59, 2021. P.p. 115-116.

⁷⁶ Artículo 13. “*Las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia.*”

El segundo párrafo del artículo 34.8 ET hace mención a un caso concreto, en el cual se reconoce el derecho de aquellas personas trabajadoras que tengan hijos o hijas de poder solicitar la adaptación de la jornada laboral hasta que estos cumplan doce años. En este aspecto la normativa española cumple con el requisito mínimo de ocho años de edad establecido en la Directiva 2019/1158/UE en su artículo 9.1.

El sentido de esta norma, puede originar ciertas dudas⁷⁷ sobre el significado o la finalidad del mismo, que, a nuestro juicio deberíamos interpretar de una manera no restrictiva, como conclusión del análisis de los pronunciamientos de la jurisprudencia.

En concreto se pronunció el Juzgado de lo Social n.º 1 de Valladolid en la sentencia 4880/2019, de 22 de noviembre de 2019, sobre el caso de una solicitud de adaptación de jornada en virtud del artículo 34.8 ET, recurrido en base al criterio de interpretación del artículo 37.6 ET. El asunto versa sobre una trabajadora con un hijo de edad superior a 12 años, a la que deniegan el derecho a la adaptación de jornada por parte de la empresa, ya que no considera que se encuentre amparada bajo el artículo 34.8 ET.

En la citada sentencia, el Tribunal alega que no se puede limitar el contenido del artículo 34.8 ET a todos aquellos supuestos en los que los hijos sean menores de 12 años, puesto que la interpretación de dicho precepto debe entenderse en un sentido complementario y alternativo⁷⁸ al del art 37.6 ET señalado que *“cuando se tengan hijos menores de doce años no es necesario acudir a la reducción de jornada, sino que puede utilizarse el derecho a distribuir su jornada y el tiempo de trabajo en relación con las necesidades de la persona trabajadora”*. Al final del Fundamento número siete, la sentencia concluye señalando que este derecho de conciliación de la vida familiar *“debe entenderse en un sentido amplio, debiendo incluir a todas las personas que convivan con la persona trabajadora. Por tanto, no existen límites por razón de vínculo familiar o por edad”*⁷⁹.

⁷⁷ NUÑEZ-CORTÉS CONTRETAS Pilar. “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de la jornada por motivos familiares”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 55, 2020, p. 116.

⁷⁸ CALDEIRO RUIZ Elisa. *De la reducción de jornada a la nueva jornada a la carta. Los artículos 37. 6º y 34. 8º del Estatuto de los Trabajadores y su interpretación judicial* (13-01-2020). Visto el 04/07/2021 en: <https://elderecho.com/la-reduccion-jornada-la-nueva-jornada-la-carta-los-articulos-37-6o-34-8o-del-estatuto-los-trabajadores-interpretacion-judicial>

⁷⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social de Valladolid, 4880/2019 (Sección 1ª), de 22 de noviembre de 2019. FJ 7.

En ella, también se pone de manifiesto que la nueva redacción dada en el artículo 34.8 ET no debe entenderse como un empeoramiento de las condiciones al derecho de conciliación de vida familiar y laboral al establecer el límite de edad de los 12 años, sino todo lo contrario. Bajo mi punto de vista, el legislador con esta nueva redacción ha querido resaltar como un caso protegido el de los padres y madres trabajadores con hijos menores de dicha edad, los cuales deben ser tenidos en cuenta de una manera más favorable por parte de los empleadores, a la hora de concederles la adaptación de la jornada laboral. Es decir, que cuando se trate de una solicitud de adaptación de la jornada laboral para el cuidado de los hijos, y estos superen la edad máxima de doce años, o se necesite este derecho para el cuidado de familiares dependientes, exista una obligación de acreditar dichos motivos⁸⁰.

A modo de resumen, debemos tener claro que tanto el derecho de reducción de jornada (artículo 37 ET) como el derecho a adaptar la jornada laboral (artículo 34.8 ET), no deben confundirse el uno con el otro, ya que cada uno de ellos tiene una serie de requisitos y límites que no deben extrapolarse en la aplicación de ambos.

4.1.5. Excedencias por cuidado de hijos o familiares

Otra de las modalidades que podemos encontrar regulada en el ET como un derecho de ausencia, son las **excedencias** del artículo 46.3, ya sea para atender el cuidado de hijos/as, o bien el de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad. Hablamos de una interrupción en el trabajo remunerado por parte de una persona trabajadora con el fin de atender ciertas responsabilidades familiares durante un tiempo prolongado, en el que se les reconoce el derecho de reserva a su puesto de trabajo al finalizar dicho período de excedencia.

Este derecho no podrá ser negado a ningún trabajador, pero sí se establece en el tercer párrafo del artículo 46.3 ET la posibilidad al empleador de limitar por razones justificadas del funcionamiento de la empresa en el caso de que *“dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante”*, es decir mismo hijo o familiar.

⁸⁰ LOUSADA AROCHENA José Fernando, “Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, primera aproximación”. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 11, 2019. p. 22.

En el primer caso, cuando se reconoce un derecho de excedencia para el cuidado de hijos, la duración que contempla el ET es hasta que el menor cumpla tres años de edad “a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa”. Cabría la duda de si, tras superar el hijo la edad de tres años, se otorga la posibilidad de acogerse a la excedencia por cuidado de familiares, pues bien, la Sala de lo Social del TS se ha pronunciado al respecto en la sentencia 456/2021 entendiéndose que no cabría tal posibilidad al excluir la expresión “por razones de edad” como causa para el cuidado de hijos menores, afirmando que *“Es claro que todos los menores de una determinada edad no pueden valerse por sí mismos en el sentido de que necesitan cuidados y la ley obliga a sus progenitores a atenderlos. Pero no parece que sea este el sentido que se quiere dar a la edad, como razón de la imposibilidad de valerse por sí mismo, en la excedencia por cuidado de familiares del párrafo segundo del artículo 46.3 ET. Si se hiciera esta interpretación, sería tanto como decir que todos, o casi todos, los hijos mayores de tres años podrían causar derecho a una segunda excedencia, adicional a la potencialmente ya causada hasta los tres años (párrafo primero del artículo 46.3 ET), porque por razones de edad no pueden valerse por sí mismos”*⁸¹.

Mientras que, en el segundo caso, la excedencia por cuidado de familiares tendrá una duración de un máximo de dos años. El trabajador la puede solicitar cumpliendo previamente tres requisitos: primero, la relación que debe de tener el trabajador con el familiar debe ser de segundo grado de consanguinidad o afinidad; segundo, debe ser por motivo de edad, accidente, enfermedad o discapacidad el familiar no pueda valerse por sí mismo; tercero, el familiar no debe realizar ninguna actividad retribuida.

Ambas constituyen un derecho individual de titularidad doble, reconocido tanto a mujeres como a hombres, que pueden disfrutarse de forma fraccionada. Además existe la posibilidad de poder mejorar estas condiciones en atención a lo recogido en el convenio colectivo correspondiente en cada caso.

La única novedad sobre esta materia tras la publicación del RDL 6/2019 la encontramos al final del artículo 46.3 ET, el cual indica que aquellas personas trabajadoras que pertenezcan a familias numerosas, y se encuentren disfrutando de una excedencia al mismo tiempo que el otro progenitor -igual régimen y duración- la reserva del puesto de trabajo se amplía a 18 meses.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo 456/2021 (Sala de lo Social Sección 1ª), de 5 febrero de 2021 (recurso 2102/2018), FJ 3.

Si analizamos el derecho de excedencia por cuidado de hijos en comparación con lo establecido en la Directiva 2019/1158/UE, podemos asemejarlo al contenido del permiso parental del artículo 5. No obstante, debemos resaltar tres aspectos⁸² por los que la normativa española no cumple en su totalidad con los términos establecidos para este permiso:

- Por un lado, la normativa española no prevé ningún tipo de retribución en el período de disfrute de una excedencia por cuidado de hijos, contraviniendo lo señalado en el artículo 8.3 de la Directiva, que si establece la obligatoriedad de establecer una remuneración o prestación económica para los dos meses intransferibles del permiso parental. Tan solo podemos señalar el artículo 237 de la LGSS que de acuerdo con el período de excedencia de art. 46.3 ET *“tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad”*, sin llegar a tener ese carácter de “retribución” que exige el art. 8.3 de la Directiva.
- Se exige en el artículo 5.6 para el permiso parental -que tiene configurada una retribución de al menos dos meses- la posibilidad de solicitar su disfrute mediante fórmulas de trabajo flexible, y si nos fijamos en la normativa española, no tenemos ningún derecho de ausencia que pueda transformarse en fórmula de trabajo flexible. Ni el artículo 46.3 ET, ni el artículo 34.8 ET sobre adaptación de jornada laboral, encajarían con las nuevas exigencias de la Directiva, por lo tanto, deberá ser modificado.
- En tercer lugar, con respecto a la excedencia por cuidado de hijos, no se señala la imposición de ningún plazo de preaviso para la solicitud del disfrute por parte del trabajador, ni la obligación de que señale el inicio y final del tiempo que vaya a acogerse a la excedencia del art. 46.3 ET. Por lo que tampoco en este aspecto quedaría acorde con lo establecido en el artículo 5.3 para el permiso parental de la Directiva 2019/1158.

⁸² BELLESTER PASTOR María Amparo. “De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”. *Derecho de las relaciones laborales*. Núm. 11, 2019, p.p. 1123-1125.

4.2. La protección de los trabajadores frente al despido

El reconocimiento de una serie de derechos para ejercer la conciliación familiar y laboral a los trabajadores, es igual de importante que el establecimiento de garantías que aseguren tanto la protección, como el cumplimiento eficaz de los mismos. Las personas trabajadoras deben estar amparadas frente a aquellas acciones llevadas a cabo por los empleadores que de manera directa o indirecta les acabe perjudicando en el desarrollo y disfrute de las medidas necesarias para la atención de responsabilidades familiares y de cuidado.

Igualmente, en la nueva Directiva 2019/1158/UE se ofrece una mayor protección a los trabajadores frente al despido, previsto en su artículo 12, en situación de disfrute de alguno de los instrumentos de conciliación previstos, en comparación con la regulación precedente del apartado cuatro, cláusula 5 del Acuerdo marco. De igual manera que su antecesora, la Directiva 2010/18/UE, sigue sin entrar dentro de los supuestos de protección contra el despido las ausencias por fuerza mayor del artículo 7. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 33.2 también quiso reflejar la protección de los trabajadores contra el despido señalando que *“Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño”*.

En el caso de la Directiva 92/85, la protección que se les brinda a las trabajadoras por maternidad frente al despido, tiene un contenido mayor con respecto al artículo 12 de la Directiva de conciliación. En el artículo 10 de la Directiva 92/85 se prohíbe el despido sin causa justificada a las trabajadoras en situación de embarazo, parto o lactancia *“salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo”*.

4.2.1. Nulidad objetiva

Tal y como queda configurado en el artículo 55.5 ET en su último párrafo (de aplicación paritaria para el despido objetivo del 53.5 ET), en ambos se establece la nulidad reforzada en determinados supuestos de despido por causas objetivas y despido disciplinario,

en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral. Esto supone que, deberá entenderse el despido nulo concretamente en tres situaciones:

- En los periodos de suspensión por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural; por embarazo de riesgo, o riesgo durante la lactancia; incluso cabría cuando el plazo de preaviso del despido finalice en alguna de estas situaciones.
- Trabajadoras embarazadas hasta el comienzo del permiso de maternidad, personas trabajadoras que hayan solicitado o estén disfrutando de una reducción de jornada (art. 37.4, 5 y 6 ET) o de una excedencia (art. 46.3 ET); además de aquellas trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a tutela judicial efectiva (reducir o reordenar su jornada de trabajo).
- Tras la reincorporación a su puesto de trabajo de aquellas personas trabajadoras que vinieran disfrutando del permiso por nacimiento y cuidado del menor, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

Por lo tanto, salvo que no se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con la trabajadora embarazada o cualquier permiso y excedencias de conciliación que acabamos de contemplar, en estos supuestos de nulidad objetiva, el despido solo cabría calificarse de dos formas: nulo o procedente. Por lo tanto, en esta categoría, no cabe lugar a la improcedencia, de manera que el trabajador está mayormente protegido en esta situación⁸³. La existencia de la nulidad del despido tendrá como consecuencia la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir (art. 55.6 ET).

El RDL 6/2019 ha introducido novedades en el ET sobre la **protección de los trabajadores frente al despido** reforzando la nulidad objetiva, en concreto señalamos dos⁸⁴:

⁸³ PERÁN QUESADA Salvador. “La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, p.p. 201-203.

⁸⁴ BELLESTER PASTOR María Amparo. “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”. *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. Núm. 146, 2019, p.p. 36-37.

- Se añade un nuevo párrafo al artículo 14.2 ET, en el que se extiende al periodo de prueba de la trabajadora embarazada la nulidad del despido que no lleve aparejada una causa justificada, desde el inicio hasta que comience el período de suspensión del artículo 48.4 ET.
- Se modifican los artículos 53.4 c) ET (despido objetivo) y 55.5 c) ET (despido disciplinario) estableciendo la nulidad reforzada en los supuestos de despido de aquellos trabajadores que se reincorporen a su puesto de trabajo tras el disfrute de un permiso por nacimiento de hijo, adopción, o guarda con fines de adopción o acogimiento, prolongándose la protección hasta los **doce meses**, anteriormente nueve.
- Se exige, que, para el despido objetivo, quede acreditado suficientemente las causas objetivas que motiven la extinción del contrato de la persona en concreto (Artículo 53.4 c) 6º párrafo).

En relación con esto último, es la obligación de, en el caso de que se pretenda la procedencia del despido, acreditar suficientemente por parte del empleador “*que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida*”. Esto supone un refuerzo a mayores en los supuestos que acontece un despido por causas objetivas, ya que el empleador deberá demostrar que la procedencia del despido tiene una razón justificada al margen de que exista ánimo o ausencia de intencionalidad de carácter discriminatorio que tuviese el empresario⁸⁵.

Esta reforma operada por el RDL 6/2019, merece especial atención ya que, con ella, se está trasponiendo la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/16, asunto “*Porras Guisado*”⁸⁶, de manera que actualmente tal y como ha quedado recogido en el ET, es necesario para todos los despidos individuales -no solo el de las trabajadoras embarazadas-

⁸⁵ PERÁN QUESADA Salvador. “La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, p.p. 201-203.

⁸⁶ Se estableció que, en el caso de las trabajadoras embarazadas, el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE no se oponía a la normativa nacional que consienta el despido de una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo, siempre y cuando el empresario señale unos criterios objetivos que le hayan llevado a elegir a los trabajadores afectados por el despido.

establecer la causa concreta que le ha llevado al empleador al despido de los trabajadores afectados en su puesto de trabajo.

Con este nuevo precepto, se logra un mayor alcance en los supuestos que quedarían protegidos bajo la justificación objetiva que deberá presentar el empleador por motivo de despido, además de terminar con problemas de indefensión que se produjeron a raíz del citado conflicto jurisprudencial sobre las trabajadoras embarazadas en la figura del despido colectivo.

4.2.2. Nulidad por indicios

La nueva redacción introducida por el RDL 6/2019 del artículo 34.8 ET sobre la posibilidad de solicitar el derecho de adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, curiosamente no goza de la misma protección legal frente al despido motivado por alguno de los supuestos de nulidad del artículo 53.4 ET o del artículo 55.5 ET. Es decir, aquellas personas trabajadoras que hayan solicitado o estén disfrutando de alguna posibilidad de distribución o modulación de su jornada laboral, en concordancia con lo que rige en el artículo 34.8 ET, no podrán beneficiarse de la nulidad objetiva tras ser despedidas sin causa alguna⁸⁷.

Esta situación, si la comparamos con lo establecido en el artículo 12 de la Directiva 2019/1158/UE, no resultaría contradictoria en relación a los supuestos de trabajo flexible regulados en su artículo 9, ya que no les brinda con la misma protección frente al despido que al permiso por paternidad, parental y para cuidadores⁸⁸. En la Directiva, tampoco se señala expresamente que la consecuencia deba ser la nulidad para los casos de despido sin causa justificada, durante el disfrute por parte de los trabajadores de fórmulas trabajo flexible en sus jornadas laborales. Por lo que tal y como ha quedado configurado en el ordenamiento

⁸⁷ NUÑEZ-CORTÉS CONTRETAS Pilar. “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de la jornada por motivos familiares”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 55, 2020, p.p. 131-132.

⁸⁸ No llega a ser una protección igualitaria, ya que en el artículo 12.3 de la Directiva de 2019, no se incluyen las fórmulas de trabajo flexible en los supuestos de inversión de la carga de la prueba, simplemente deben quedar debidamente fundamentadas las causas del despido por parte del empleador.

jurídico español, los derechos regulados en el artículo 34.8 ET sufren en cierto modo una infraprotección al no ser acogidos en los términos establecidos de la nulidad objetiva.

Como sabemos, y hemos desarrollado en el apartado de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación familiar y laboral, se debe realizar una ponderación de los intereses entre trabajador y empresario, estudiando caso a caso. En consecuencia, aunque el derecho a adaptar la jornada laboral del 34.8 ET no se incluya dentro de los supuestos de la nulidad objetiva de los artículos 53.4 EY y 55.5 ET, la calificación del despido sin causa como nulo a un trabajador se lleva a cabo por lo que tradicionalmente se ha venido aplicado bajo el término de “nulidad por indicios”.

Cuando hacemos referencia a la “prueba indiciaria”, encontramos su definición en la STC 138/2006 de 8 de mayo por la que se resuelve el recurso de amparo 4609/2002, en la que afirma que *“la finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental, finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria”*⁸⁹.

Los trabajadores serán los encargados de presentar una serie de indicios razonables de que su derecho de conciliación, en este caso la adaptación de jornada laboral del artículo 34.8 ET, ha sido lesionado, y debe de servir al Juez para inducir la posibilidad de que tales hechos han sido vulnerados. Una vez que los indicios han sido verificados por el juez, es la parte demandada la encargada de probar que su actuación de despedir al trabajador mientras disfrutaba de un derecho de conciliación está justificado en base a una serie de causas reales y objetivas.

La carga de la prueba en los procesos de despido, ya sea disciplinario (artículo 108 LRJS) u objetivo (artículo 122 LRJS), así como en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (artículo 41 ET) recae en el empleador, al cual le corresponde demostrar las causas alegadas en la carta de despido del trabajador. En otro orden, cuando la vulneración de los derechos de conciliación, fuese acompañada por asuntos de tutela judicial de derechos fundamentales, se llevaría a cabo una inversión de la carga de la prueba tal y como se describe en el artículo 96 de la LRJS.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 138/2006, de 8 de mayo de 2006 por la que se resuelve el recurso de amparo núm. 4609-2002. FJ 5.

Pues bien, como acabamos de explicar, el trabajador deberá aportar una serie de indicios en su demanda por discriminación (sexo, raza, orientación sexual, etc.), siendo posteriormente el juez, una vez vistos y constatados dichos indicios, el que decidirá si se procede a invertir el *onus probandi*, correspondiendo al demandado la tarea de demostrar razonablemente las medidas adoptadas. Es decir, el trabajador no quedaría exonerado de presentar una serie de pruebas, en este caso “indicios”, sino que de una forma más atenuada sigue teniendo la obligación de presentar la lesión de del derecho que haya sido vulnerado.

Puede parecernos incongruente que tanto los derechos de ausencia como los de adaptación de jornada laboral, sean de igual naturaleza y fundamento jurídico, y no estén a su vez dotados de la misma protección frente a los supuestos que motiven el despido sin causa justificada⁹⁰ en las personas trabajadoras que disfruten del algún derecho de conciliación. La misma distinción la encontramos reflejada en la Directiva 2019/1158, concretamente en el artículo 12⁹¹, donde, por un lado, los permisos de los artículos 4, 5 y 6 obligan al empleador a redactar por escrito los motivos del despido a los trabajadores que lo hayan solicitado, además de establecer el *onus probandi* al empleador; no siendo esto aplicado a las fórmulas de trabajo flexible del artículo 9, únicamente se exige que el empleador fundamente las causas del despido (sea escrito o no).

Esto nos lleva a pensar que, ha sido cosa del legislador el querer omitir el derecho de adaptación de jornada de la protección jurídica que se brinda a los supuestos de nulidad objetiva, por ser un derecho recientemente renovado en el panorama laboral. Queriendo así, hacernos ver que no se encuentra al mismo nivel que el resto de los derechos tradicionales de conciliación, ya que tal distinción también la hemos visto contemplada en la Directiva de 2019.

En diversas ocasiones esta diferenciación tiene un especial interés de cara a poder originarse ciertas conductas fraudulentas sobre la aplicación de determinados derechos de

⁹⁰ IGARTUA MIRÓ María Teresa. “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. la nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, p. 90-93.

⁹¹ En su apartado primero se hace mención al “tiempo de ausencia del trabajo” contemplado en el artículo 9, es decir refiriéndose a las fórmulas de trabajo flexible, lo que puede dar lugar a una confusión por la fórmula utilizada, ya que el término “ausencia” es utilizado para definir los distintos permisos para la conciliación, puesto que suponen un tiempo dedicado a la familia y no al trabajo.

conciliación, en concreto, con el derecho a la reducción de jornada. Como bien sabemos, el derecho de adaptación está sujeto a una solicitud previa por parte del trabajador y un posterior análisis y decisión final por parte de la empresa (tras un período de negociación) con la opción de poder expresar su negativa a conceder tal derecho, siempre y cuando se argumente razonablemente. Bien, esto no ocurre de igual manera para la reducción de jornada, ya que aparentemente no debe someterse a un estudio o evaluación empresarial, sino que bastaría la concurrencia de una causa que habilite el ejercicio del derecho de conciliar.

Aun así, ninguno de los dos derechos tiene un carácter absoluto, la empresa siempre puede manifestar su oposición en aquellas situaciones en las que se aprecien indicios de actuaciones “fraudulentas”, donde el trabajador solicitante ante una sanción disciplinaria, normalmente el despido, quiera beneficiarse de las garantías que le ofrecen ciertos preceptos, como son en este caso el artículo 55.5 c) ET y 53.4 c) ET con la nulidad objetiva. En dicho artículo, como hemos señalado en el apartado anterior, se mencionan diferentes situaciones en las cuales, sobre el ejercicio de determinados derechos conciliatorios, el despido sería calificado de nulo, aunque no concurriese ninguna vulneración de derechos fundamentales⁹².

Supongamos que una trabajadora tiene bajo su cuidado a un hijo/a menor de doce años, y a sabiendas de que se le va a imponer una sanción disciplinaria, siendo frecuentemente la más utilizada la carta de despido, solicita una reducción de jornada⁹³ con carácter de urgencia acorde con el artículo 37 ET, cuando anteriormente la solicitante no había manifestado ningún tipo de necesidad de conciliación familiar y laboral. Si se demuestra que la intención de esta solicitud es de carácter fraudulento con la finalidad de querer beneficiarse de la calificación de nulidad en el despido sin causa del artículo 55.5 ET, la efectividad de estos actos no seguiría adelante. Así se desprende del artículo 6.4 del Código Civil donde se recoge que *“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*, además de querer obrar de mala fe al

⁹² LOSADA PÉREZ Ana. ¿Cabe la oposición ante la solicitud fraudulenta de una medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral? *Observatorio de Recursos Humanos y RR.LL.* Núm. 148, 2019. P.p. 64-65.

⁹³ Siendo de entrada esta situación un tanto sorprendente, ya que, con la nueva posibilidad de adaptación de jornada, si la necesidad primordial es la de conciliar, actualmente es en cierto modo más beneficioso para aquellas personas trabajadoras que lo necesiten, sin tener que recurrir a la reducción de jornada con la consecuente disminución del salario.

intentar eludir la aplicación de una norma, tal y como se desprende del artículo 7 del Código Civil español.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta controversia en distintos casos enjuiciados, en los que se ha demostrado que la solicitud presentada con la intención de reducir la jornada laboral, tenía como única finalidad evitar el despido y mantener el contrato de trabajo, quedando vacío el contenido y finalidad de este derecho.

A modo de ejemplo, el primero de los casos al que hacemos referencia es el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo social de 12 de septiembre de 2018, por el que un trabajador, tras conocer verbalmente que iba a ser despedido, al día siguiente remite a la empresa un burofax solicitando la reducción de jornada por cuidado de hijos, por lo que la Sala entiende que *“en realidad dicha solicitud fue para blindar su contrato ante la inminente salida de la empresa por despido disciplinario”*⁹⁴.

El segundo ejemplo versa sobre un posible fraude de ley con la finalidad de evitar el despido, resuelto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 14436/2017, de 28 de diciembre de 2017, en la que un trabajador, tras conocer la decisión de la empresa de suspender su contrato de trabajo, solicita una reducción de jornada para el cuidado de su hijo de seis años. Resulta contradictorio que el trabajador, ante la suspensión del contrato de trabajo, decida solicitar acto seguido una reducción de su jornada laboral, ya que si la finalidad pretendida era hacer efectiva la conciliación familiar y laboral, mediante la suspensión del contrato iba a poder llevarla a cabo igualmente. El TSJ Madrid se cuestiona este planteamiento, en aras de beneficiarse con la nulidad objetiva que se recoge en el artículo 55.5 ET, señalando que *“lo lógico es entender que esa petición se hizo, precisamente, para “blindar” al demandante y obtener con arreglo al artículo 55.5.b del Estatuto de los Trabajadores, una declaración de nulidad de su despido en caso de que no se acreditase su procedencia”*⁹⁵.

⁹⁴ Auto del Tribunal Supremo 9791/2018, de 12 de septiembre de 2018 por el que se resuelve el recurso de casación Núm. 4347/2017. FJ 1

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección núm. 03 de lo Social de 28 de diciembre de 2017 por la que se resuelve el Recurso de suplicación Núm. 273/2017. FJ 2

4.2.3. Cálculo de indemnización por despido.

El despido es una forma que tiene la empresa de poner fin a la relación laboral que venía manteniendo con el trabajador, de manera que, dependiendo del tipo de despido que se lleve a cabo (disciplinario, objetivo, colectivo) el **cálculo de la indemnización** que le pertenezca al trabajador será de cuantía diferente.

En el caso de que un trabajador sea despedido durante el período de disfrute de un derecho de ausencia, concretamente durante algún supuesto determinado de jornada reducida, nos surge la duda de si debe ser computado según su salario percibido en el momento del despido o si, por el contrario, el salario se debe computar como si no se hubiese reducido la jornada. Pues bien, es en el Estatuto de los Trabajadores en su Disposición adicional decimonovena la que resuelve esta duda, acerca del cálculo de la indemnización en determinados supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37 apartados 4 (párrafo final), 5, 6 y 8. Se señala que *“el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción”* (Disposición 19ª apartado 1º). Además de aplicarse de igual manera a los supuestos *“de ejercicio a tiempo parcial de los derechos según lo establecido en el séptimo párrafo del artículo 48.4 y en el segundo párrafo del artículo 48.5”* (Disposición 19ª apartado 2º).

Sin embargo, nada se ha señalado al respecto sobre los denominados **salarios de tramitación**, que dependiendo de si estamos ante un despido improcedente o nulo, estos se gestionan de manera diferente. Si se declarase el despido como improcedente, la empresa tiene dos opciones: readmitir al trabajador en su puesto de trabajo con la obligación de abonarle los salarios de tramitación; o bien, si decide no readmitirle, deberá pagar una cuantía indemnizatoria por el despido improcedente, sin tener que pagar los salarios de tramitación. En cambio, si el despido es calificado de nulo, tendrá como consecuencia la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir, tal y como se desprende del artículo 55.6 ET.

Antes de la publicación de la reforma laboral de la Ley 3/2012, la obligación de pagar los salarios de tramitación era de igual modo su aplicación tanto en el despido improcedente -aunque optase por la no readmisión-, como para el despido nulo. En cierto modo, los trabajadores han sido perjudicados tras esta reforma, ya que los salarios de tramitación tienen en origen un carácter indemnizatorio, por el hecho de dejar de percibir la retribución

correspondiente al declararse extinguida su relación laboral a través del despido, por lo que, si se optase por la indemnización en el despido improcedente, los trabajadores dejan de recibir este beneficio⁹⁶.

El problema que se nos plantea versa sobre el cómputo de los salarios de tramitación en el caso de despido nulo en situación de reducción de jornada por cuidado de hijo, ya que el ET no lo detalla de una manera precisa en ningún precepto, por lo que ha tenido que ser la doctrina del TS la que asiente una solución al respecto. El conflicto surge cuando tras calificarse el despido como nulo, la persona trabajadora que venía disfrutando de una reducción de su jornada conforme al artículo 37 apartados 4, 5, 6 y 8 o en los supuestos a tiempo parcial del artículo 48 apartados 4 y 5, en los términos establecidos en la Disposición adicional decimonovena del ET, si debería recibir los salarios de tramitación teniendo en cómputo de reducción de jornada laboral o conforme a su jornada original.

La unificación de doctrina se produce con la sentencia de 25 de abril de 2018 del Tribunal Supremo, Sala de lo Social por la que se resuelve un recurso de casación (n.º 2152/2016) en relación al cómputo de los salarios de tramitación. En ella, la Sala, tras el análisis de lo recogido en nuestro ordenamiento jurídico interno sobre el cómputo de la indemnización por despido en el ET, hace una interpretación extensiva con los salarios de tramitación, al considerar que en ellos reside una *“naturaleza indemnizatoria (...) en cuanto suponen un resarcimiento para compensar el daño ocasionado al trabajador por la pérdida de la retribución que hubiere devengado de no haber sido objeto de un despido contrario a derecho”*⁹⁷. Tal carácter indemnizatorio de los salarios de tramitación, es debido a que no se corresponde ni con descansos retribuidos ni a trabajo efectivo, por lo que el TS confirma una aplicación extensiva de la Disposición adicional decimonovena del ET para estos salarios, y no solo de la indemnización por despido en sentido estricto.

No obstante, en la sentencia que acabamos de mencionar, el TS tuvo que llegar a esta conclusión en base a la construcción de una argumentación propia y *ex novo*, sin poder

⁹⁶ LÓPEZ CUMBRE Lourdes. “Salarios de tramitación concurrentes con desempleo: devolución parcial y no íntegra de la prestación”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 2016, p.p. 203-204.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª de lo Social, 438/2018 de 25 de abril de 2018, por la que se resuelve el recurso de casación núm. 2152/2016. FJ 3.

apoyarse en el artículo 10 de la Directiva 2019/1158/UE, además de no establecerse nada al respecto en el Estatuto de los Trabajadores.

La finalidad de esta doctrina, no deja de tener como presente el objetivo de no ver perjudicadas a aquellas personas trabajadoras que hagan uso de los derechos de conciliación familiar y laboral, y que tengan a su disposición una protección jurídica adecuada para el desarrollo de la patria potestad, primando el interés superior del menor acorde con lo establecido en el artículo 39.2 de nuestra Constitución española.

5. CONCLUSIONES

Primera

Tras analizar detenidamente el contenido de las distintas normativas en materia jurídico-laboral, no vamos a negar la notable mejoría que han conllevado las últimas reformas. Se han visibilizado en sus distintos preceptos la importancia de regular el empleo y la ocupación a través de la aplicación de la corresponsabilidad efectiva, imprescindible para el buen desarrollo de una sociedad educada sobre los valores antidiscriminatorios por razón de sexo. El reflejo de esos valores de igualdad de trato, aparece constatado en las diferentes medidas destinadas a favorecer la conciliación en el ámbito familiar y laboral, que tal y como hemos ido desarrollando a lo largo del trabajo, se ha logrado obtener una desvinculación formal del ejercicio de estos derechos respecto de la figura de la mujer.

El RDL 6/2019 ha manifestado ser una normativa que en su contenido se han llevado a cabo reformas muy necesarias en concordancia con las exigencias sociales actuales, con la finalidad de conseguir el reparto de responsabilidades familiares que venimos mencionando a lo largo del trabajo. No obstante, del análisis realizado sobre los distintos instrumentos para la conciliación, se ha intentado proyectar un contenido más amplio y con mayores garantías para los trabajadores, pero su precipitada aprobación ha provocado que continúe habiendo carencias transversales a lo largo del texto normativo.

Es necesario tener en cuenta, que no solo el ordenamiento jurídico sirve como solución para intentar solventar las diferencias existentes entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones laborales, y más concretamente, a lo que respecta sobre la conciliación familiar y laboral. Por lo que, hay otros aspectos igual de importantes que contribuirían a que lo establecido en el marco normativo sea sin duda más eficaz, como puede ser el ámbito educativo y en muchas ocasiones, los medios de comunicación.

Segunda

En materia de conciliación, no podemos dejar de obviar el nexo que presenta el contenido de estos derechos con los sólidos fundamentos constitucionales recogidos en determinados preceptos de nuestra Constitución española. Desde la perspectiva del principio de igualdad, incardinado en el derecho fundamental del artículo 14 CE, se debe proyectar su contenido en el resto de los derechos de conciliación familiar y laboral, recibiendo por ello un tratamiento jurídico especial acorde con la importancia que reside en acabar con la

discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales, extrapolándose a su vez al trabajo no remunerado de cuidado y protección de la familia.

La dimensión constitucional que se ha logrado establecer anclada a los artículos 14 CE y 39 CE respecto de los derechos conciliatorios, ha sido gracias a una labor jurisprudencial realizada por el Tribunal Constitucional a través de las dos sentencias comentadas, 3/2007, de 15 de enero y 26/2011, de 14 de marzo. El asentamiento de nueva doctrina jurisprudencial, contribuye a una aplicación más favorable del derecho en aras a cubrir las lagunas jurídicas que se planteen en la práctica.

El siguiente paso que debería darse, aunque como hemos observado, la jurisprudencia nacional y europea ya lo está reconociendo, sería que el trato peyorativo sobre los derechos de conciliación familiar y laboral, supongan causa suficiente de discriminación autónoma bajo la rúbrica del artículo 17 ET.

Tercera

La regulación normativa emanada de la Unión Europea, con la reciente publicación de la Directiva 2019/1158 sobre conciliación, ha supuesto una novedad extraordinaria sobre la flexibilización del tiempo de trabajo y la ampliación del contenido de los derechos de “ausencia”.

Quizá para muchos países que conforman la Unión Europea, la publicación de esta Directiva no signifique un gran cambio en su marco jurídico propio, porque ya tengan configurado un sistema de derechos sociales de gran efectividad para la conciliación en el doble ámbito familia-trabajo. Sin embargo, el establecimiento de derechos de ausencia individuales e intransferibles para los progenitores y cuidadores, además de las nuevas fórmulas flexibles de adaptación de las jornadas laborales de su artículo 9, obligarán a muchos Estados miembros a transponer todo su contenido, beneficiando a su vez, sus propios marcos normativos internos que no se basarán previamente en el principio de corresponsabilidad.

España, cumple en su mayoría con lo establecido en la Directiva, pero hay aspectos puntuales que deben ser revisados por el legislador español, para ser modificados y transpuestos en el plazo que se les ha otorgado hasta el 2 de agosto de 2022. En relación con el permiso para cuidadores del artículo 6 de la Directiva, parece a primera vista que nuestro ordenamiento jurídico interno quedaría adaptado con las excedencias por cuidado de

familiares del artículo 46.3 ET, o los permisos puntuales del artículo 37.3 apartado b). Sin embargo, los dos aspectos señalados en el trabajo -parejas de hecho y personas que vivan en el mismo hogar que el trabajador- sobre el concepto que tiene la Directiva de “familia”, respecto a la que se recoge en nuestro derecho interno, no cumple con lo exigido.

Cuarta

La configuración del derecho a adaptar la jornada laboral tras la nueva redacción del artículo 34.8 ET nacida del RDL 6/2019, ha provocado que este derecho sea una de las grandes apuestas en el seno de las relaciones laborales, con la esperanza de que logre aportar beneficios tanto para los trabajadores como a los empresarios. Si bien, este derecho ya no estará condicionado a la regulación que se establezca en el convenio colectivo, o en su defecto, a un pacto individual entre trabajador y empleador, sino que se adquiere directamente la capacidad de poder realizar su solicitud a la empresa.

No obstante, aunque la flexibilidad que aporta este derecho en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, es clave, juega también un papel importante la prestación del trabajo a distancia, para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Sin duda alguna, la aplicación de este derecho contribuirá en cierto modo a la continuidad de las mujeres en el trabajo remunerado, ya que, con él, supone potenciar la presencialidad de los trabajadores. Además, y a diferencia de lo que ocurre con el derecho a la reducción de jornada en sus distintas modalidades, el artículo 34.8 no lleva aparejada una disminución proporcional del salario, por lo que no se verán perjudicadas las oportunidades laborales y de formación en las mujeres.

Quinta

Si hacemos una valoración generalizada y crítica de las novedades incluidas en relación con los permisos de ausencia y la adaptación flexible de la jornada laboral, observamos que la idea de corresponsabilidad que se ha intentado proyectar en la legislación tanto europea como nacional ha sido positiva. El derecho a conciliar, no solo se proyecta sobre la obligación de los poderes públicos de protección a la familia y al cuidado de los hijos, tal y como se desprende del artículo 39 CE, sino que el fin principal no deja de ser el acabar con la brecha salarial existente entre hombres y mujeres, garantizando las mismas oportunidades laborales bajo la rúbrica del artículo 14 CE.

El establecimiento de un permiso de paternidad como derecho individual e intransferible nace de la idea de que el peso de las responsabilidades familiares no recaiga solo en la figura de la mujer, o por lo menos, es el objetivo que se pretende alcanzar, por lo que paralelamente se estaría aplicando el principio de no discriminación por razón de sexo. Concretamente el legislador español, ha querido resaltar la neutralidad de los permisos de conciliación familiar y laboral mediante los conceptos de “permiso por nacimiento y cuidado del menor” o “permiso para el cuidado del lactante”, sin hacer alusión alguna al género.

Solo nos queda ver la evolución de estos nuevos permisos, y comprobar a través de informes estadísticos y sociales, si las nuevas medidas de fomento de la corresponsabilidad han funcionado en el escenario de las relaciones laborales. Ya que, si ha sido en el presente año cuando se ha logrado igualar en España la duración de los permisos de maternidad y paternidad, es evidente que los roles de género siguen estando muy presentes en el ejercicio de los derechos de conciliación familiar y laboral.

6. BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículo de revistas

BELLESTER PASTOR María Amparo. El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol. *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 146, p. 2.

BELLESTER PASTOR María Amparo. “De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”. *Derecho de las relaciones laborales*. Núm. 11, 2019, p.p. 1112-1115.

BELTRÁN FELIP Reyes. “Las mujeres y el trabajo a tiempo parcial en España”. *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 17, 2000, p.p. 139-162.

BLASCO JOVER Carolina. “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”. *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y empleo*, vol. 7, núm. 2, abril-junio 2019, p. 55.

BRUNET ICART Ignasi y SANTAMARIA VELASCO Carlos A. “La economía feminista y la división sexual del trabajo”. *Culturales*, vol. 4, núm. 1, enero-junio de 2016. P.p. 63-64.

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

CAIRÓS BARRETO Dulce María. “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia” Lan harremanak. *Revista de relaciones laborales*, núm. 23, 2010, p. 87-88.

CAMPILLO POZA Inés. “Políticas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar en la Unión Europea”. *Informes UNAF*. 2º Edición mayo de 2019, p. 23.

CARRIZOSA PRIETO Esther. “El principio de proporcionalidad como mecanismo de control de las injerencias en el derecho de huelga”. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. Núm. 77, 2004. P.p. 84-85.

CRUZ VILLALÓN Jesús. “Significación general y principios informadores de la Ley para la igualdad”. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. Núm. 91, 2007, p.p. 9-12.

FÉRNANDEZ PRIETO Marta. “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”. *Revista Derecho Social y Empresa* (Reformas en materia de igualdad entre hombres y mujeres), núm.12, 2020, p.p. 8-10.

GÁRATE CASTRO Francisco J. “Apuntes sobre la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. *Revista xuridica galega*. Núm. 26, 2000, p.14.

GORELLI HERNÁNDEZ Juan. “Hacia la corresponsabilidad mediante la suspensión por nacimiento de hijos”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, p.p. 290-293.

GORELLI HERNÁNDEZ Juan. “La conciliación desde la perspectiva del tiempo de trabajo en España: son malos tiempos para conciliar”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Vol. 69, Núm. 273, 2, 2019, p.p. 859-863.

GORELLI HERNÁNDEZ Juan. “Teletrabajo, tiempo de trabajo y desconexión en el ordenamiento español”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Núm. 59, 2021, p.p. 115-116.

IGARTUA MIRÓ María Teresa. “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. la nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 53, 2019, p.p. 82-86.

LÓPEZ CUMBRE Lourdes. “Salarios de tramitación concurrentes con desempleo: devolución parcial y no íntegra de la prestación”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 2016, p.p. 203-204.

LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS Magdalena. “La conciliación de la vida familiar y laboral en serio: apuntes constitucionales para una conciliación acorde con la igualdad y el principio de no discriminación por razón de sexo”. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 37, 2004, p.p. 75-76.

LOSADA PÉREZ Ana. “¿Cabe la oposición ante la solicitud fraudulenta de una medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?”. *Observatorio de Recursos Humanos y RR. LL*, núm. 148, 2019. P.p. 64-65.

LOUSADA AROCHENA José F. “El permiso de lactancia, las últimas reformas y el estado de la cuestión”. *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 22, 2008, p.p. 26-27.

LOUSADA AROCHENA José Fernando, “Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, primera aproximación”. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 11, 2019. p. 22.

MARTÍN FLÓREZ Lourdes. y ALÓS RAMOS Ana. “La Ley de Igualdad y su alcance en las relaciones laborales”. *En Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 17, 2007, p.p. 17-18.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María del Carmen. *Género y conciliación de la vida familiar y laboral*. Universidad de Murcia, Print, 2016.

MONTENEGRO LEZA, Sofía. “El antes y el después de la Ley Orgánica 3/ 2007”. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 14, diciembre 2016, p.p. 118-121.

MORENO FERNANDEZ Luis. *Reformas de las políticas del bienestar en España*. Madrid: Siglo XXI, 2009.

NUÑEZ-CORTÉS CONTRETAS Pilar. “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de la jornada por motivos familiares”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 55, 2020, p.p. 108-109.

PERELLO DOMENECH Isabel. *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional*. Jueces para la democracia. Núm. 28, 1997.

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, p. 224.

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. 224.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Emma. *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*. Editorial Bomarzo, 2010.

RODRÍGUEZ RUÍZ, Blanca. “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, enero-abril 2015, p.p. 356-357.

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

TOBÍO, C. “Roles de género y la relación familia-empleo”. *Asparkía. Investigación Feminista*, núm. 9, p.p. 21-44.

WELDT UMAÑA Anderson. “Comentarios sobre el principio de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales laborales”. *Revista Ars Boni et Aequi*, núm. 5, 2009, p. 242.

Webgrafía

“Constitución Española de 1978. Título I. De los derechos y deberes fundamentales. Sinopsis artículo 39”
RASTROLLO Alejandro (2017).
<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=39&tipo=2>

“Cuál es el origen del Día de la Mujer (y por qué se conmemora el 8 de marzo)”. Noticias. BBC News Mundo (8 de marzo de 2021). <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47489747>

“Diez años de la Ley de Igualdad: un camino sin retorno”. MARTÍNEZ LOZANO Isabel M. (7 de marzo de 2017). https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/anos-ley-igualdad-camino-retorno_129_3536372.html

“El pilar europeo de derechos sociales en 20 principios”. Unión Europea: Comisión Europea. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es

“Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025”. Unión Europea: Comisión Europea. 5 de marzo de 2020, COM (2020) 152 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152>

“Breve síntesis del alcance del «nuevo» derecho de los trabajadores a la adaptación de jornada para compatibilizar la vida laboral y familiar” (24 de enero de 2020). JESÚS SILVANO, Sandra M. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/02/25/breve-sintesis-del-alcance-del-nuevo-derecho-de-los-trabajadores-a-la-adaptacion-de-jornada-para-compatibilizar-la-vida-laboral-y-familiar>

“¿Qué es el pilar europeo de derechos sociales? La igualdad en la Unión Europea”. 18 de septiembre de 2018. Fundación de Mujeres. <http://www.fundacionmujeres.es/news/view/que-es-el-pilar-europeo-de-derechos-sociales.htm>

1

7. JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia europea

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso *Riezniece*, de 20 de junio de 2013, Asunto C-7/12.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Caso *Porras Guisado*, de 22 de febrero de 2018, Asunto C-103/16.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso *Proxair*, de 8 de mayo de 2019, Asunto C-486/18.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso *Caisse pour l'avenir des enfants*, de 25 de febrero de 2021, Asunto C-129/20.

Jurisprudencia nacional

- **Tribunal Constitucional**

- Sentencia del Tribunal Constitucional 138/2006, de 8 de mayo de 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2011, de 15 de enero de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo de 2011.

- **Tribunal Supremo**

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª de lo Social, 438/2018 de 25 de abril de 2018.
- Auto del Tribunal Supremo 9791/2018, de 12 de septiembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo 456/202 (Sala de lo Social Sección 1ª), de 5 febrero de 2021.

- **Tribunal Superior de Justicia**

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección núm. 3 de lo Social de 28 de diciembre de 2017.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, Sentencia de 26 octubre de 2020.
- **Juzgado de lo Social**
 - Sentencia del Juzgado de lo Social de Valladolid, 4880/2019 (Sección 1ª), de 22 de noviembre de 2019.