



REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

REFORMAS EN MATERIA DE IGUALDAD

ENTRE HOMBRES Y MUJERES

NÚMERO 12, FEBRERO DE 2020

ENERO A JUNIO DE 2020, FECHA DE CIERRE FEBRERO 2020

LOS PLANES DE IGUALDAD: BALANCE Y CAMBIOS NORMATIVOS

Jaime Cabeza Pereiro

REGISTRO SALARIAL E IGUALDAD RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES
TRAS EL RDL 6/2019: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

Carmen Sáez Lara

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA CON FINES DE CONCILIACIÓN
¿HASTA DÓNDE LLEGA EL AVANCE?

Carolina Martínez Moreno

EL PERMISO PARA EL CUIDADO DEL LACTANTE Y
LA NUEVA PRESTACIÓN SOCIAL POR SU EJERCICIO CORRESPONSABLE

José Fernando Lousada Arochena y Ricardo Pedro Ron Latas

CONCILIACIÓN DE RESPONSABILIDADES DE PROGENITORES Y CUIDADORES
E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158

Marta Fernández Prieto

UN PASO MÁS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD REAL:
LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NACIMIENTO DE HIJO O HIJA,
POR ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO
TRAS EL REAL DECRETO – LEY 6/2019

Rocío Molina González-Pumariega

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



Centro de Estudios
SAGARDOY



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

ISSN 2341-135X

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)



© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015, Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

REVISTA
**DERECHO SOCIAL
Y EMPRESA**

*El objetivo de esta Revista es conseguir los máximos índices de calidad,
y está indexada en las siguientes bases de datos:*

latindex

BASE DE DATOS
ISOC



Dialnet

vlex
vlex.com

MIAR

Colabora:





Revista Derecho Social y Empresa

CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL
SAGARDOY & EDITORIAL DYKINSON



DIRECTORA

Pilar Núñez–Cortés Contreras

Cátedra UNESCO Promoción Socio Laboral Sagardoy

Profesora Titular de Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Loyola Andalucía (España)

EDITORA

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla (España)

SECRETARIA

Amanda Moreno Solana

Profesora Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Carlos III de Madrid (España)

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTE

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense (Madrid-España)*

MIEMBROS

María del Mar Alarcón Castellanos

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

Lourdes Arastey Sahún

Magistrada del Tribunal Supremo (Madrid-España)

Philippe Auvergnon

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Directeur de Recherche del CNRS,
miembro del Centre de droit comparé du travail et de la sécurité du travail
de la Université Bordeaux (Francia)*

Antonio Cebrián Carrillo

Abogado, Socio Director S&C Abogados (Madrid-España)

Marie Cécile Escande-Varniol

Catedrática de Derecho del Trabajo. Université Lyon 2 (Francia)

Carolina Gala Durán

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Autónoma de Barcelona (España)*

Joaquín García Murcia

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Complutense (Madrid-España)*

Abbo Junker

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, Lud-
wig-Maximilians Universität München (Alemania)*

Lourdes Mella Méndez

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad de Santiago Compostela (España)*

Gabriela Mendizabal Bermúdez

Profesora de la Universidad Autónoma del Estado de los Moleros (México)

Antonio Ojeda Avilés

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla (España)*

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)*

Michele Tiraboschi

*Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia)
y Director Científico de ADAPT*

Fernando Valdés Dal-Ré

Magistrado del Tribunal Constitucional (España)

Luis Enrique de la Villa Gil

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Autónoma (Madrid-España)*

COMITÉ EDITORIAL

PRESIDENTE

Íñigo Sagardoy de Simón

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Francisco de Vitoria.*

Presidente de Sagardoy Abogados (Madrid-España)

DIRECTOR

Martín Godino Reyes

Doctor en Derecho, Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid-España)

MIEMBROS

Valentín Bote Álvarez-Carrasco

Director del Servicio de Estudios de Randstad Research (España)

Jaime Cabeza Pereiro

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo (España)*

Teresa Cervera Soto

Directora de Personas y Organización en el Centro Universitario Villanueva (España)

Manuel Correa Carrasco

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

María Jesús Herrera Duque

Doctora en Derecho, Socia de Sagardoy Abogados (Madrid-España)

Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (España)

José Antonio Marcos Herrero

Abogado, Agencia Sanitaria Alto Guadalquivir (Córdoba -España)

Ana Matorras Díaz-Caneja

Profesora Ordinaria. Universidad Pontificia Comillas (Madrid-España)

María Luisa Molero Marañón

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

Leonor Victoria Pablos Fernández

Directora de Recursos Humanos, Ferrovial (Madrid-España)

María Luz Rodríguez Fernández

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla la Mancha (España)*

Carmen Sáez Lara

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)*

EVALUADORES EXTERNOS

Francisco Alemán Páez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)*

Inmaculada Benavente Torres

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)*

Macarena Castro Conte

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

José Manuel del Valle Villar

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo,
Universidad de Alcalá de Henares (Madrid-España)*

Belen Fernández Docampo

*Profesora de Contratada Doctora de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo (España)*

Marta Fernández Prieto

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo (España)*

Francisca María Ferrando García

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)*

José Luis Gil Gil

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Alcalá de Henares (Madrid-España)*

Luis Gordo González

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

Juan Carlos García Quiñones

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid (España)*

María Sonsoles Gutiérrez de la Peña

Inspectora de Trabajo y de la Seguridad Social (Madrid-España)

María Teresa Igartua Miró

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)*

Risa L. Lieberwitz

Catedrática de Derecho del Trabajo, Cornell University, ILR School (USA)

María del Carmen López Anierte.

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia (España)

Paz Menéndez Sebastián

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Oviedo (España)*

Jesús R. Mercader Uguina

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III (Madrid-España)*

Rocío Molina González-Pumariega

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

Julia Muñoz Molina

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)*

Patricia Nieto Rojas

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

Daniel Pérez del Prado

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

María Monserrate Rodríguez Egío

*Profesora Contratada Doctora
Universidad de Murcia (España)*

Iván Rodríguez Cardo

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo (España)*

Eduardo Rojo Torrecilla

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona (España)*

Lavinia Serrani

Editora Coordinadora ADAPT International (Italia)

Francesca Sperotti

Investigadora ADAPT(Italia)

Tatsiana Ushakova

*Profesora Titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá de Henares (Madrid-España)*

Alicia Villalba Sánchez

Profesora Contratada de la Universidad de Santiago de Compostela

El sentido de la Revista Derecho Social y Empresa

Dentro del campo de las ciencias sociales, con enfoque internacional, de derecho comparado e interdisciplinar, la Revista Derecho Social y Empresa, es una publicación científico técnica, en el ámbito Jurídico Laboral y de la Seguridad Social, cuyo objetivo es dar a conocer a nivel nacional e internacional los debates sobre la regulación y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad, los sistemas de relaciones industriales y las políticas de empleo. El contenido de la Revista está dirigido fundamentalmente a Académicos del Derecho laboral, Técnicos de Recursos Humanos, Profesionales del Derecho, Sindicatos y Asociaciones Empresariales.

La Revista Derecho Social y Empresa tiene dos números al año, donde se incluyen artículos académicos (Estudios) con un enfoque eminentemente jurídico.

La Revista cuenta con un Comité Científico y un Comité Editorial, que reúnen a prestigiosos juristas, académicos y profesionales, principalmente del entorno europeo (España, Francia, Italia y Alemania) y también de los Estados Unidos de América.

La Revista, cuya entidad editora es Dykinson, cuenta con un Patrocinador Principal que es Sagardoy Abogados, a través de su Centro de Estudios.

Cualquier persona con interés por el mundo de la investigación y la enseñanza en este ámbito puede enviar estudios originales e inéditos que no hayan sido enviados a otras revistas. El Consejo de Redacción realizará una primera revisión editorial de los artículos recibidos con el fin de valorar el cumplimiento de mínimos de calidad, que posteriormente serán sometidos a una revisión por pares.

De las opiniones expresadas en los artículos únicamente son responsables los propios autores.

Para cualquier propuesta de colaboración siga las Instrucciones de Publicación de la revista.



Revista Derecho Social y Empresa

ÍNDICE NÚM. 12, FEBRERO 2020

«REFORMAS EN MATERIA DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES»

COORDINADORES

Jaime Cabeza Per eir o
José Fernando Lousada Ar ochen a



EDITORIAL

Pilar Núñez-Cortés Contreras
Directora de la Revista Derecho Social y Empresa

ARTÍCULOS

Los planes de igualdad: balance y cambios normativos

Jaime Cabeza Per eir o
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo

Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el rdl 6/2019: una primera aproximación

Carmen Sáez Lara
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba

**La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación
¿hasta dónde llega el avance?**

Carolin Moreno

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

**El permiso para el cuidado del lactante
y la nueva prestación social por su ejercicio corresponsable**

José Fernando Lousada Arcohen

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

Doctor en Derecho / Graduado Social

Ricardo Pedro Ronlatas

Profesor Titular de Universidad – Universidade da Coruña

Magistrado suplente TSJ/Galicia

**Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores
e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158**

Marta Fernández Prieto

Prof^a. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo

**Un paso más hacia la corresponsabilidad real:
la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija,
por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento
tras el Real Decreto – Ley 6/2019**

Rocío Molina González-Pumariega

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

EDITORIAL

Sin duda son buenos tiempos para la Igualdad en el empleo entre mujeres y hombres. Quienes somos convencidos de ella hemos celebrado la reciente aprobación 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, a pesar de las justificadas críticas que puedan realizarse de cierta improvisación y apresuramiento. Lo cierto es que esta norma abre una nueva y prometedora etapa de avances en este terreno. Los primeros comentarios doctrinales de urgencia sobre la misma, aparecidos en los últimos meses, nos han dejado a todos ávidos de más respuestas. Era necesario realizar una reflexión más profunda sobre la misma, con los primeros pronunciamientos judiciales todavía calientes y a la espera de los desarrollos reglamentarios que satisfagan la inquietud producida por la premura de algunas de las reformas incorporadas por la misma. Precisamente esa reflexión más sosegada es la que trata de hacerse en el presente número 12 de la Revista Derecho Social y Empresa, de la mano de una representación de personas solventes en la materia, en nuestra disciplina en España. La aprobación pocos meses después del RDL 6/2019 de la 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 cuidadores, añade ingredientes sobrevenidos para el estudio, que también han sido planteados.**

El presente número 12 de la Revista Derecho Social y Empresa, coordinado por los profesores Jaime Cabeza Pereiro y José Fernando Lousada Arochena, integra seis trabajos, cuyo contenido describimos a continuación.

El trabajo del profesor Jaime Cabeza Pereiro con el título “Los planes de igualdad: balance y cambios normativos”, en el que se realiza un comentario crítico a la profunda modificación en la materia de los planes de igualdad acometida por el RDL 6/2019. Se destacan las principales insuficiencias legales que lastran la eficacia real de estos instrumentos negociados. En particular, se pone de relieve el dudoso encaje de los planes en la estructura de los convenios colectivos, las dificultades para que tengan eficacia vinculante y los problemas relativos a los sujetos que los negocian. Se comentan además las principales modificaciones legales, sobre todo relativas al umbral de plantilla a partir del cual es necesario negociar planes de igualdad y a los requisitos del diagnóstico previo a su elaboración.

El artículo de la profesora Carmen Sáez Lara con el título “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”, en el

que se analizan las medidas en favor de la transparencia salarial introducidas en el RDL 6/2019, reforzando así la igualdad de salarios entre hombres y mujeres en las empresas, principalmente la definición de trabajos de igual valor y la obligación empresarial de llevar un registro salarial. El trabajo aborda diversos problemas interpretativos del art. 28 LET, por ejemplo, si el registro estará dirigido a detectar las discriminaciones o las desigualdades salariales y, sobre todo, cuáles podrían ser las justificaciones admisibles.

El trabajo de la profesora Carolina Martínez Moreno titulado “La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿hasta dónde llega el avance?”, en el que se analiza la modificación del art. 34.8 ET en virtud del RDL 6/2019, que tiene el propósito de hacer efectivo el derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, y de la forma de la prestación; un derecho que en su anterior conformación había quedado prácticamente vacío de contenido.

El estudio de los profesores Lousada Arochena y Ron Latas con el título “El permiso para el cuidado del lactante y la nueva prestación social por su ejercicio corresponsable”, en que se analiza una de las más llamativas modificaciones acometidas por el Real Decreto Ley 6/2019, que ha sido la creación de un nuevo permiso para el cuidado del lactante, acometiendo a tal efecto dos cambios relevantes en la regulación del viejo permiso por lactancia: la profundización en la individualización y la creación de una prestación social asociada.

El trabajo realizado por la profesora Marta Fernández Prieto con el título “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, en él se realiza un análisis crítico de la nueva Directiva (UE) 2019/1158, de conciliación, sobre la base de la relevante doctrina elaborada en la materia por el TJUE y su futura interpretación. La nueva Directiva introduce novedades significativas: refuerza la vinculación entre conciliación e igualdad de oportunidades de hombres y mujeres y la tutela antidiscriminatoria, establece derechos individualizados de ausencia del trabajo –permisos de paternidad, parentales y de cuidadores–, algunos retribuidos, y promueve la presencia en el trabajo mediante sistemas flexibles de organización del tiempo de trabajo. Los avances sustantivos son importantes para algunos Estados miembros, pero insuficientes para otros.

Por último, el artículo de la profesora Rocío Molina González–Pumariega, con el título “Un paso más hacia la corresponsabilidad real: la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el Real Decreto–Ley 6/2019”, en el que se analizan las modificaciones en la regulación de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, en clave de corresponsabilidad. Se hace una valoración positiva de dichas reformas, pues suponen un avance en la promoción de la corresponsa-

bilidad familiar de los trabajadores hombres y mujeres. No obstante, se señalan, carencias importantes de las que adolece y se apuntan algunas propuestas importantes para avanzar en una corresponsabilidad real.

Resumidamente, en breves palabras, el RDL 6/2019 supone un avance significativo en un buen número de aspectos relativos a la igualdad en el empleo, como la creación de nuevos derechos de conciliación y prestaciones sociales asociadas, en la individualización de los derechos de conciliación (los nuevos y los ya existentes), en corresponsabilidad; en fórmulas más flexibles de conciliación (adaptación de la jornada por motivos familiares), en igualdad retributiva (trasparencia salarial, definición de trabajos de igual valor y registro salarial). También intensifica las obligaciones de las empresas en materia de igualdad en el empleo, principalmente en lo relativo a la adopción de planes de igualdad, extendiendo dicha obligación a un número significativamente mayor de empresas. Aun con las dudas y carencias sobre la nueva normativa, analizadas a lo largo de los seis estudios que integran este número de la RDSE, merece sin duda una valoración positiva que ha de reforzarse con un pormenorizado desarrollo reglamentario que se espera con sumo interés en los próximos meses y que seguro será objeto de siguientes números de nuestra Revista.

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

Directora de la RDSE

Febrero de 2020

ARTÍCULOS

LOS PLANES DE IGUALDAD: BALANCE Y CAMBIOS NORMATIVOS

*EQUALITY PLANS:
REVIEW AND REGULATORY CHANGES*

JAIME CABEZA PEREIRO

Universidad de Vigo

Fecha de recepción: 19 de noviembre de 2019

Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2019

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD COMO PUNTO DE PARTIDA. II. CRÍTICAS EVIDENTES DEL MODELO. 1. El plan de igualdad como pretexto para no abordar cambios estructurales. 2. El plan de igualdad como convenio de empresa. III. EL NUEVO UMBRAL DE PLANTILLA PARA QUE SEA EXIGIBLE EL PLAN DE IGUALDAD. IV. EL TEMA DEL DIAGNÓSTICO. V. REGISTRO DE PLANES DE IGUALDAD Y DESARROLLO REGLAMENTARIO. VI. OTROS APUNTES, A LA VISTA DE LA EXPERIENCIA EXISTENTE EN PLANES DE IGUALDAD. VII. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: El RD-Ley 6/2019 ha introducido una profunda modificación en la materia de los planes de igualdad. En este artículo se realiza un comentario crítico de la misma. Se destacan las principales insuficiencias legales que lastran la eficacia real de estos instrumentos negociados. En particular, se pone de relieve el dudoso encaje de los planes en la estructura de los convenios colectivos, las dificultades para que tengan eficacia vinculante y los problemas relativos a los sujetos que los negocian. Se comentan además las principales modificaciones legales, sobre todo relativas al umbral de plantilla a partir del

cual es necesario negociar planes de igualdad y a los requisitos del diagnóstico previo a su elaboración. El artículo desarrolla finalmente un comentario sobre la experiencia práctica de doce años de la LO 3/2007 y concluye con una valoración muy matizada de la reforma de 2019.

ABSTRACT: The RD-L 6/2019 has introduced a deep modification in the subject of equality plans. In this article a critical comment is made on that reform. The main legal inadequacies that impair the actual effectiveness of those bargained rules are highlighted. Particularly, the dubious adequacy of plans in the structure of collective agreements, the difficulties for their binding effects and the problems related to the parts that bargain them are revealed. Moreover the main legal modifications are commented, mainly those related to the threshold of workers from which it is necessary to bargain equality plans and the requirements of the previous diagnosis for their elaboration. Finally the article develops a comment on the practical experience of twelve years of validity of the LO 3/2007 and concludes with a very nuanced assessment of the 2019 reform.

PALABRAS CLAVE: Plan de igualdad, diagnóstico, negociación colectiva, discriminación por razón de sexo.

KEY WORDS: Equality plan, diagnosis, collective bargaining, gender discrimination.

I. INTRODUCCIÓN. LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD COMO PUNTO DE PARTIDA

La reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 6/2019, de 7 marzo, por razones de urgente y extraordinaria necesidad, ha modificado el régimen jurídico de una parte no orgánica de la LO 3/2007, de 22 marzo. En concreto, los preceptos reguladores de los planes de igualdad han sido reformados con una intensidad que no se corresponde bien con un análisis riguroso y serio sobre los doce años de experiencia transcurridos desde su entrada en vigor. Con el añadido de que, como va a ponerse de manifiesto, la adecuación técnica de dicha norma de urgencia es bastante mejorable.

La LO 3/2007 constituyó el hito normativo en el que se fraguó el régimen jurídico de los planes de igualdad, una herramienta que tenía evidentes antecedentes en otros sistemas jurídicos. En concreto, Finlandia y Suecia constituían dos ejemplos en los que podía buscarse inspiración. En el caso de Suecia, la vigente Ley de Discriminación impone a los empresarios con más de veinticinco personas empleadas que cada tres años formulen un plan de igualdad¹. Quiere decirse con eso que ni la versión originaria del art. 45 ni la reformada por la norma de urgencia de 2019 constituyen reglas que no cuenten con precedentes en otros Estados de la Unión Europea.

La LO 3/2007, de 22 marzo modificó bastantes preceptos del ET, y en particular, por lo que aquí interesa, determinados preceptos de su Tít. II y III. Debe destacarse en toda su importancia que la materia de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo alcanzara el núcleo de las relaciones colectivas de trabajo, tanto en lo que se refiere a la representación legal de los trabajadores como a la negociación colectiva. Como va a verse, este ha sido uno de los aspectos en los que la reforma introducida por el RD-Ley 6/2019, de 1 marzo, más ha flaqueado.

Bueno es recordar el contenido de tales preceptos. El primero de ellos, el art. 64.3 – así numerado después de la reordenación del precepto sucedida con ocasión de la Ley 38/2007, de 16 noviembre–, se ubica entre los denominados derechos de información pasiva de los representantes legales de los trabajadores. Conforme a este precepto, según

.....

1 Véase el *Country report –Sweden– on non discrimination*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, European Commission ((Brussels, 2019).

la redacción, ligeramente retocada, procedente del propio RD-Ley 6/2019–, el comité de empresa –y, por extensión, los delegados de personal– *“también tendrá derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en la que deberá incluirse el registro previsto en el artículo 28.2 y los datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo”*. Como es fácil de deducir, la única novedad de la norma de urgencia ha consistido en la referencia al registro del art. 28.2 como contenido del derecho informativo.

Resulta difícil aquilatar la incidencia que ha tenido este precepto en términos de actuación de las representaciones unitaria y sindical en la lucha contra la discriminación por razón de sexo y, en particular, contra la discriminación retributiva. Si se utiliza como indicio el número de actuaciones de la Inspección de Trabajo, o de demandas judiciales planteadas en torno a estos asuntos, la conclusión apriorística sería que, si alguno, el impacto ha sido realmente modesto. La propia Exposición de Motivos del RD-ley 6/2019 se hace eco de los magros resultados, cuando menos de *“las medidas de naturaleza fundamentalmente promocional o de fomento”* y de que la brecha salarial *“no ha sido reducida en los últimos años”*. Claro que los derechos informativos del art. 64 en absoluto pueden considerarse normas promocionales o de fomento, pero en toda la norma de urgencia subyace la idea de que los resortes de la LO 3/2007 no han sido todo lo eficaces que debieran en el combate de la discriminación retributiva, que se traduce en una brecha salarial que no mengua.

Con todo, la presunta escasa operatividad del art. 64.3 ha de hallarse más en factores que poco tienen que ver con la técnica legal desplegada y que no se van a enderezar con un cambio de la normativa antidiscriminatoria. Más bien, es consecuencia de la progresiva debilidad de las estructuras representativas de los trabajadores, incluso favorecida por una legislación que a partir de 2010 se ha limitado a constatar el desierto de representación en el que se han convertido la mayoría de las unidades productivas de nuestro país y a generar sucedáneos de representaciones adecuadas y creíbles.

Como apéndices de este derecho de información, el propio art. 64 incluye dos competencias consecuentes: vigilar el respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación.

La segunda gran reforma afectó al art. 85 ET. Con una ubicación sistemática algo discutible, se introdujo un párrafo adicional en su apartado 1, conforme al cual *“sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a*

promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. Es decir, más allá de un contenido cuya inclusión en los convenios había que incluir a efectos pedagógicos –como ha sucedido con otras materias expresadas en el propio art. 85.1, cuya atención real por la negociación colectiva ha sido en algún caso muy limitada–, este nuevo párrafo incorpora un deber de negociar más próximo al que luego expresa, con carácter general, el art. 89.1.3.

Además –y esto separa en mayor medida la regla del resto del art. 85– el contenido al que se refiere se concreta, en los casos previstos en la LO 3/2007, en la negociación de un instrumento distinto del convenio colectivo característico del Tít. III, concebido como un continente general de condiciones de trabajo. Esta es la aporía del precepto y, en general, de los planes de igualdad: bien al contrario de la técnica de la transversalidad, encapsula el contenido de la igualdad en un instrumento negociado al margen del convenio colectivo, cuyas relaciones con él no regula la Ley con suficiente detalle ni claridad. Es más, la regla, con la utilización de la conjunción disyuntiva “o”, aparentemente exime a las partes del convenio colectivo de empresa que concorra con un plan de igualdad del mismo ámbito de negociar medidas de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres.

La muy discutible técnica legislativa persiste en el art. 85.2. Al tradicional contenido del seguimiento de los despidos objetivos –asimismo como contenido no mínimo de la negociación colectiva– la LO 3/2007 le añade una regla que muy poca relación guarda con él: *“asimismo, sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la siguiente forma: a) en los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios. b) en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad”*.

Aparentemente, la ubicación natural de esta regla debería ser el art. 83. Más allá de lo cual, y en primer lugar, ha de destacarse que el precepto no ha sido modificado, como hubiera debido serlo, por el RD–ley 6/2019, de tal modo que mantiene, incorrectamente, la referencia a los 250 trabajadores. Pero, prescindiendo de esta circunstancia, conviene ahora referirse a sus errores originales, que trascienden lo meramente sistemático. En cuanto al ámbito de empresa, la regla no es de fácil interpretación: que la negociación se produzca *“en el marco de la negociación de dichos convenios”* literalmente significa que el escena-

rio en el que debe negociarse el plan de igualdad es el de la negociación del convenio de empresa. Lo cual llevaría a la paradoja de que no sería posible negociarlo al margen de la negociación del convenio de empresa. No parece que sea posible concluir que el plan sea accesorio en estos términos, como por otra parte ha puesto de manifiesto una consolidada práctica, que ha reconocido su autonomía a estos efectos. Sí que hubiera sido conveniente clarificar mejor los espacios que les corresponden a cada uno de los instrumentos y seguramente afirmar que el convenio de empresa debe ser interpretado y aplicado para dotar de la mayor eficacia posible al plan de igualdad.

Pero, esto admitido, el asunto es si las reglas de concurrencia de un plan de igualdad con un convenio anterior de sector son, sin más, las del art. 84 ET. Porque, si así es, la efectividad del plan de igualdad, al menos en su dimensión de norma estatutaria, se limita a los contenidos en los que el convenio de empresa goza de prioridad aplicativa, de conformidad con el apartado segundo de dicho art. 84. Siempre a salvo de que, una vez denunciado el convenio de sector, se considere de aplicación preferente el plan de igualdad que hubiera sido registrado y publicado, para lo cual no parecen existir demasiados óbices. En todo caso, hubiera hecho bien el cuerpo legislativo en explicar cómo concurren los planes de igualdad con los convenios colectivos. Nada de esto se aclara en la letra b), que se limita a expresar que, allá donde rija un convenio de sector, el plan de igualdad debe atenerse a los términos y condiciones establecidos en el mismo, “*a través de las oportunas reglas de complementariedad*”. Ciertamente, no pocos convenios de sector han establecido reglas sobre ámbito y contenidos de los planes de igualdad, pero no se han clarificado las hipotéticas relaciones de conflicto ni cómo, en su caso, éstos tienen capacidad modificativa, interpretativa o incluso anulatoria del convenio de sector con el que concurren.

Es cierto que los vigentes preceptos sobre concurrencia entre convenios introducidos por la reforma de 2012 han sobrevenido después de la introducción de las reglas sobre los planes de igualdad, en 2007, pero también lo es que ha habido demasiada inconcreción en la Ley Orgánica de 2007. Si hay un convenio de sector vigente, la capacidad de incidencia de un plan de igualdad se limita a las generales reglas del art. 84 del ET. Lo cual probablemente sea una consecuencia razonable, para no introducir distorsiones en las reglas que rigen los conflictos entre normas convencionales. Pero pone de manifiesto las insuficiencias de unos instrumentos concebidos en unos ámbitos empresariales para introducir normas con suficiente capacidad transformadora. Porque, como va a expresarse más adelante, la consecuencia de esta regulación ha consistido en que los planes de igualdad han sido muy prudentes a la hora de incorporar contenidos normativos al estilo de cómo lo hacen los convenios colectivos. Por este flanco ha quedado muy lastrada su eficacia y su impacto real.

La tercera gran reforma en el espacio de regulación colectiva del ET se refiere –esta sí– a los convenios colectivos y al concreto tema del control de legalidad. Ha consistido en

la añadidura de un apartado sexto al art. 90, de conformidad con el cual “*sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la autoridad laboral velará por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo. A tales efectos, podrá recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según proceda por su ámbito territorial. Cuando la autoridad laboral se haya dirigido a la jurisdicción competente por entender que el convenio colectivo pudiera contener cláusulas discriminatorias, lo pondrá en conocimiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según su ámbito territorial, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 95 de la Ley de Procedimiento Laboral*”. Se trata de un añadido interesante, del cual ahora no se formulan mayores comentarios por alejarse del concreto asunto de los planes de igualdad. Baste con decir que no parece haber tenido incidencia alguna en términos del número de impugnaciones de oficio de convenios colectivos que han efectuado las autoridades laborales competentes².

No debe finalizarse este apartado sin una referencia a la Ley 36/2011, de 10 octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Tampoco alude al concreto tema de los planes de igualdad, al margen de una referencia muy instrumental en cuanto a la modalidad procesal de conciliación de la vida familiar y laboral. Sin embargo, ha servido de buen complemento de la LO 3/2007 en temas tales como la legitimación para impugnar convenios colectivos por asuntos relativos a la discriminación entre hombres y mujeres. Pero, en general, es botón de muestra de la escasa repercusión transformadora que han tenido los planes en sus primeros años de existencia legislada.

II. CRÍTICAS EVIDENTES DEL MODELO

1. El plan de igualdad como pretexto para no abordar cambios estructurales

Se han vertido hasta aquí ya algunas críticas puntuales, pero ahora corresponde expresar un comentario más general. La hipótesis consiste en que, con estos nuevos instrumentos negociados, se evitó una necesaria reforma de algunos aspectos más estructurales del marco general de las relaciones de representación y negociación colectiva. Se trata, en particular, de aspectos subjetivos y de procedimiento.

.....

2 Un comentario en clave crítica a la omisión de modificaciones en el RD-Ley sobre este asunto, en BALLESTER PASTOR, M^a. 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, n^o 146, 2019, pp. 21–2.

Por lo que respecta a los aspectos subjetivos, es muy llamativo el silencio de la LO 3/2007 en lo relativo a los órganos de representación de los trabajadores y las elecciones sindicales, en relación con la modificación que la disposición adicional segunda de la LO 3/2007, introdujo en la LO 5/1985, de 19 junio, del régimen electoral general. El principio de composición equilibrada en las candidaturas electorales pudo y debió haberse extendido al Tít. II del ET. Fácilmente se hubieran podido sortear las dificultades técnicas que existen para ellos, a poca voluntad política que se hubiera puesto, pero evidentemente faltó ésta. El TC enseguida tuvo la oportunidad de manifestar la constitucionalidad de la exigencia de composición equilibrada en cuanto a las elecciones políticas, en la sentencia 12/2008, de 29 enero, que sin duda debió haberse extendido a las elecciones sindicales³. Las evidentes dificultades que se derivan de la segregación ocupacional entre hombres y mujeres constituyen, desde luego, un obstáculo, pero no un impedimento para una tarea todavía pendiente, doce años más tarde, también omitida por el RD-ley 6/2019. Claro que lo importante muchas veces es contradictorio de lo urgente.

Otro aspecto subjetivo debería haberse referido a la composición de la comisión negociadora. También las reglas del art. 88 debieron haber sido interpoladas en 2007, pero asimismo se mantuvo un silencio en un asunto tan crucial como lo es el de feminizar, al menos en parte, las mesas de negociación de los convenios colectivos. Hubiera sido necesario exigir una presencia en las mismas de trabajadoras o de representantes mujeres que equivaliera, al menos, al porcentaje de feminización de la unidad de negociación. Con esta medida, de mucho más sencilla incorporación que la anterior, se hubiera evitado la imagen de mesas muy masculinizadas negociando condiciones en ámbitos de gran presencia femenina. Y, con toda seguridad, se hubiera feminizado asimismo la agenda. O, por decirlo en términos de menor atribución social de roles, los contenidos de los convenios se hubieran diversificado para atender a intereses más heterogéneos. Los sistemas clasificatorios se hubieran hecho más neutros y, en consecuencia, las retribuciones incurrirían en menos discriminaciones, en particular en menos discriminaciones indirectas.

En cuanto a asuntos objetivos, las reglas que se introdujeron sobre control de legalidad de los convenios en el art. 90.6 eran a todas luces meramente simbólicas. La ley no aportó ninguna técnica que favoreciera ese control desde la perspectiva de la igualdad y la no discriminación por causa de sexo. Probablemente, el establecimiento de alguna presunción legal o de algún procedimiento específico y autónomo de control pudieran tener mayor efectividad que el modelo por el que se optó, de corte casi exclusivamente admonitorio. La evidencia ha enseñado en estos doce años que el art. 90.6 no ha cambiado en absoluto la actuación de la autoridad laboral al respecto. Ésta ha sido mucho más sensible y diligente

.....

3 Sobre este tema, BIGLINO CAMPOS, P., *Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 83, 2008, pp. 277 ss.

cuando se trató de poner en marcha ciertas novedades legislativas de 2012, como la preferencia del convenio de empresa o la opción más decidida por los grupos en detrimento de las categorías profesionales. Ciertamente, algunas de las novedades que el RD-ley 6/2019 ha incorporado al art. 28 del ET ponen de relieve que es necesario apuntalar con más sólidas reglas jurídicas la lucha contra la discriminación, en particular retributiva, que existe en nuestro marco interno de relaciones laborales.

Es decir, la LO 3/2007 optó por no tocar demasiadas teclas del régimen legal del Derecho Colectivo del Trabajo. Probablemente, en esta elección pudo mucho que, pese a concebirse como una ley radicalmente transversal, la reforma de dicho régimen legal ostenta un simbolismo especialmente potente para las partes sociales. Con todo, esta técnica de reformar más bien “desde fuera” ha producido grandes problemas de armonización de los planes de igualdad con las normas que regulan de la negociación colectiva estatutaria.

1. El plan de igualdad como convenio de empresa

No sería cierto decir que la aparición de los planes de igualdad produjo una inclinación de nuestro sistema de negociación colectiva al ámbito empresarial. Esta inclinación, que sin lugar a dudas existe en términos de tendencia –aunque no muy acusada– obedece a otros factores, suficientemente comentados. Pero sí que debe destacarse la naturaleza esencialmente empresarial de los planes de igualdad. Es verdad que los planes con cierta habitualidad se negocian y aprueban en ámbitos no esencialmente empresariales, pero sí asimilados, como son –sobre todo– el grupo de empresas, o también el centro de trabajo. En consecuencia, su tratamiento es el de los convenios colectivos correspondientes a estas unidades de negociación, de conformidad con los preceptos del Tít. III del ET.

Ya se han puesto de manifiesto los problemas de coordinación entre los planes de igualdad y los convenios de empresa o de sector con los que concurren. En la práctica, estos asuntos se han resuelto sorteándolos, es decir, a través de autolimitaciones que se han impuesto las partes negociadoras de los planes. Es decir, estos han sido, más que instrumentos normativos que regulen las condiciones de trabajo, o cuando menos compromisos obligacionales entre las partes, simplemente documentos de procedimientos, programas y objetivos. Más adelante se va a formular un comentario sobre los contenidos de los planes de igualdad, pero, con carácter general, constituyen un desierto normativo.

Las conclusiones generales son dudosas en torno a cómo han respondido los convenios colectivos a su coexistencia con los planes de igualdad. Los contenidos de aquéllos han seguido diversificándose y abordan muchos temas que tienen que ver con la igualdad y la no discriminación por sexo. Sin duda, las cláusulas que más se han estandarizado se refieren a materias como maternidad–nacimiento de hijo, conciliación de la vida familiar y laboral,

acoso sexual y –no con tanta generalidad– acoso por razón de sexo y protección del embarazo. Al margen de las cuales hay normas convencionales más ambiciosas y otras menos ambiciosas en cuanto a la igualdad y no discriminación entre trabajadoras y trabajadores. Pero es plausible pensar que muchos convenios han omitido un tratamiento progresivo de todo este acervo normativo confiándolo al plan de igualdad. Sería muy oportuno estudiar el comportamiento de los convenios en los últimos años, en particular de los convenios de empresa.

Tampoco sería prudente afirmar que la materia de la igualdad y la no discriminación se ha desplazado del ámbito de sector al de empresa, por lo menos en mayor medida de lo que ha sucedido con otros contenidos de los convenios colectivos. Sin embargo, y al margen de mandatos desde el sector de cómo tienen que configurarse los planes de igualdad, en particular a partir de qué número de trabajadores, no ha habido una verdadera articulación entre los convenios y los planes de igualdad. En particular, los planes no han servido para que los convenios abordaran de forma transversal todos sus contenidos desde la perspectiva de la igualdad y la no discriminación. Con toda seguridad, que el ámbito de los planes sea empresarial ha reforzado esta falta de coordinación entre ambos instrumentos.

Sí que puede producirse la consecuencia de que las materias más típicamente “sectoriales” –por ejemplo, la clasificación profesional y la estructura salarial, el régimen disciplinario, la movilidad y la promoción profesional o las reglas convencionales sobre contratación– permanezcan más inmunes a ser afectadas por los planes de igualdad, a causa de esta difícil coordinación. O también al contrario, que otras se refugien en el ámbito empresarial, pero solo si los planes de igualdad adquieren un perfil más normativo y menos programático.

Esta es, en definitiva, la crítica más evidente que debe achacárseles a los planes de igualdad: no suelen incorporar reglas imperativas, solo procedimientos y objetivos. No creo que esto fuera lo único perseguido con la LO 3/2007, sino unos instrumentos con una capacidad más transformadora. Es verdad que el art. 46.1 de la LO 3/2007 los concibe también como instrumentos estratégicos, cuando expresa en su párrafo segundo que “*fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados*”. Sin desdeñar la importancia que hay que reconocerle a esta dimensión más estratégica, la normativa propia de los convenios colectivos no debería haber quedado totalmente relegada.

En mi opinión, una reforma del régimen jurídico de los mismos debería partir de esta experiencia y no limitarse a retocar aspectos que, sin negar su interés, no creo que incidan en términos muy transformadores en las relaciones colectivas de trabajo ni que vayan a

contribuir de forma decisiva a procurar la igualdad entre hombres y mujeres y a superar las discriminaciones directas e indirectas por razón de sexo. Habría que abordar con realismo su carácter normativo y su relación con los convenios colectivos. A menos que se entienda que el plan no debe contener esta vertiente reguladora, pero no creo que deba llegarse a esta conclusión, a la vista de la definición del mismo que expresa el art. 46.1 de la Ley Orgánica.

III. EL NUEVO UMBRAL DE PLANTILLA PARA QUE SEA EXIGIBLE EL PLAN DE IGUALDAD

Ya enfocando las reformas introducidas por el RD-ley 6/2019, la primera que aparece en el mismo, en su art. 1, consiste en una importante modificación del art. 45.2 de la LO 3/2007. La cual, debe insistirse, no se acompaña –como se debería acompañar– de una modificación correlativa del art. 85.2 ET. El cambio consiste en disminuir el umbral a partir del cual deberá ser objeto de negociación un plan de igualdad. Si en 2007 el límite se estableció en doscientos cincuenta y un trabajadores, la norma de urgencia de 2019 lo rebaja drásticamente, hasta los 50 trabajadores.

Este cambio se acompaña de una nueva disposición transitoria de la LO 3/2007, la decimosegunda, que otorga a las empresas de más de ciento cincuenta trabajadores un año a partir de la publicación en el BOE del Real Decreto-ley –desde el 7 marzo 2019– para aprobar el plan de igualdad. Por su parte, las empresas entre 101 y 150 trabajadores dispondrán de dos años para su aprobación y las empresas de 50 a 100 trabajadores, de tres años.

Por lo tanto, al legislador de urgencia le ha parecido oportuno ampliar el carácter obligatorio del plan de igualdad, que habrá de negociarse en las empresas de cincuenta o más trabajadores. Este salto cuantitativo pone de relieve que valora este instrumento colectivo como una herramienta valiosa en pro de la igualdad entre trabajadores y trabajadoras. En la exposición de motivos no aparece ninguna valoración expresa de la efectividad a este respecto de la Ley Orgánica, más allá de la referencia genérica a los resultados discretos o insignificantes de las medidas de naturaleza promocional. Es claro que los planes de igualdad son mucho más que medidas promocionales, pero sin duda a ellos también se refiere tácitamente el mensaje insatisfactorio que expresa aquélla. La respuesta ha consistido, así pues, en ampliar el ámbito en el que deben aprobarse y, como va a verse, introducir reglas nuevas sobre su negociación y sus contenidos. Se omite, por lo tanto, el espinoso tema de

sus relaciones con los convenios colectivos. El problema que, como antes he argumentado, constituye el mayor obstáculo, en mi opinión, para que mejoren en impacto real.

Sin duda, van a proliferar los planes. Cuestión distinta –que habrá que evaluar– es si ello redundará en una mayor riqueza de contenidos, en un incremento de su fuerza de obligar o en una mayor capacidad transformadora de la realidad. El Real Decreto-ley, en las circunstancias y con el rango y modalidad con que se ha aprobado, seguramente no podía abordar una modificación de algunas reglas del Tít. III ET –aunque lo ha hecho, en extensión y profundidad, con reglas del Tít. I–. Pero su incidencia real, por lo que a los planes de igualdad se refiere, se verá lastrada al no acompañarse de tales modificaciones.

Por lo demás, las cuestiones de cómputo son más o menos las mismas que antes de marzo de 2019. En cuanto a la unidad de referencia, es la empresa y no el centro de trabajo. Lo cual produce los problemas ya conocidos de las empresas de esas dimensiones sin representación legal de los trabajadores, con la consiguiente aplicación de toda la doctrina judicial acerca de la imposibilidad de que la representación unitaria de un centro de trabajo extienda su legitimación para negociar a otro centro y de las posibilidades que negocie en este caso la sección sindical. No cabe duda de que la disminución del umbral producido por el RD-ley 6/2019 provoca dificultades, cuya resolución no va a ser del todo sencilla cuando la empresa no tenga interlocutor aparente con el que negociar el plan de igualdad. Da la impresión de que en no pocas ocasiones la implantación del plan se va a dificultar mucho por problemas de legitimación.

Lo cual plantea la duda evidente de qué sucede si no existen representantes de los trabajadores ni sección sindical. Desde luego, no cabe que negocien unos representantes *ad hoc* en los términos regulados por el art. 41 del ET, pues resulta evidente que son las reglas del Tít. III las que se aplican a la conformación de la mesa de negociación. Que decaiga la obligación de negociar el plan de igualdad parece la consecuencia más razonable, aunque evidentemente no haya sido la querida por el legislador.

En cuanto a cómo han de computarse los trabajadores a efectos de alcanzarse o no el umbral, no parece que haya demasiadas dificultades para utilizar las reglas de las elecciones sindicales del Tít. II ET a efectos analógicos. Si bien parece que el día de cómputo debe ser aquel en el que se constituya la comisión negociadora que vaya a negociar el plan. Con todo, parece que una razonable aplicación de la norma debería exigir que la empresa se sitúe por encima del número mínimo de trabajadores no de forma esporádica o efímera, sino con cierta regularidad. A tal efecto, puede servir de guía el criterio seguido en cuanto al cómputo de temporales por la sentencia que resolvió el asunto *Pujante Rivera*⁴, por mucho que ésta se refiriese al tema de los despidos colectivos.

.....

4 Asunto C-422/14, sentencia de 11 noviembre 2015.

IV. EL TEMA DEL DIAGNÓSTICO

El RD-ley no modifica el concepto de planes de igualdad, pero regula un asunto que no se contemplaba en la versión originaria del art. 46 de la LO 3/2007, pero que constituyó uno de los aspectos más controvertidos en la elaboración de los mismos. Del diagnóstico previo a la elaboración del plan se expresa ahora que será “*negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras*”⁵. Es llamativo que solo a este respecto el RD-ley se haga eco de que es posible que no exista dicha representación legal, situación que planteará el problema de cómo se negocia aquél.

Merece ser comentado el notable interés de la norma por regularlo, hasta un límite que podría calificarse de excesivamente reglamentista. Hasta 2019 solo se decía del diagnóstico que las medidas del plan de igualdad debían de adoptarse solo después de realizarlo. Ahora se expresa, en primer lugar, que el propio diagnóstico debe ser negociado en el seno de la comisión negociadora del plan de igualdad. En segundo, que deberá referirse a un elenco mínimo de materias que se listan en el art. 46.2. En tercero, que le incumbe a la empresa aportar los datos e información necesaria para elaborarlo y, en particular, el registro salarial al que se refiere el art. 28.2.

Al margen de las dificultades subjetivas ya comentadas que puede plantear la negociación del diagnóstico y del propio plan, la propia exigencia de que sea negociado llama la atención. Aparentemente, en diagnóstico debería constituir una evaluación objetiva de la situación de la empresa en cuanto a la igualdad y no discriminación por razón de sexo. Se trata, así pues, de algo distanciado del objeto de una negociación colectiva, caracterizada esta última más bien por un intercambio recíproco de concesiones. Sin duda, la norma está reflejando la desconfianza que se ha desarrollado en los años de vigencia de la LO 3/2007 hacia unos diagnósticos de la situación efectuados unilateralmente por la empresa o encargados externamente a una entidad que ha actuado con amplitud al margen de las estructuras representativas de los trabajadores. O, expresado en términos más sustantivos, se transmite un cierto rechazo hacia diagnósticos muy complacientes a partir de los cuales no ha sido posible construir planes de igualdad realistas.

Ahora bien, que esos defectos hubiera que afrontarlos no quiere decir que el diagnóstico debiera ser negociado. Podrán negociarse los criterios que hayan de seguirse en términos de estructura, método de valoración o precisos contenidos, la identidad de la persona o entidad técnica que lo realice o también el arco temporal al que se refiere. Pero que se negocie sobre el *status questionis* es tanto como decir que la realidad es negociable.

.....

5 Sobre el diagnóstico, en general, FABREGAT MONFORT, G., *La obligada negociación del diagnóstico en planes de igualdad. Un cambio sustancial*, Revista de Derecho Social, nº 86, 2019, pp. 207 ss.

Lo cual parece contradictorio con la más mínima aspiración a la objetividad que debería buscarse con el diagnóstico. Es evidente que la reforma es una respuesta a un fracaso de los mecanismos de interlocución entre la empresa y la representación de los trabajadores. Aunque la ley no lo exigiese expresamente, parecía obvio que, al menos, la elaboración del diagnóstico debiera haber sido consultada con los representantes legales de los trabajadores.

Sin duda habrá que negociar sobre las bases a partir de las cuales se elabore, pero no sobre el diagnóstico mismo. No creo que quepa otra interpretación razonable de la norma. Una lectura del elenco de materias sobre las que, necesariamente, debe versar, corrobora esta interpretación. De conformidad con el precepto, sobre las siguientes: a) proceso de selección y contratación, b) clasificación profesional, c) formación, d) promoción profesional, e) condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres, f) ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral, g) infrarrepresentación femenina, h) retribuciones, e i) prevención del acoso sexual y por razón de sexo. Es evidente que sobre todas ellas hay que evaluar la situación a los efectos de incluirlas –o quizá alguna no– en el plan de igualdad. Debe destacarse que el elenco no se refiere a materias sobre las que haya que negociar en la elaboración del plan, sino a materias que deben contenerse en el diagnóstico. Lo cual parece correcto, porque la estructura y contenidos mínimos del mismo han de guardar unos requisitos mínimos homogéneos.

A partir de estos contenidos, el plan de igualdad en sí mismo no incluye unos mínimos substantivos. Parece razonable pensar que se va a referir a todos o a casi todos los que incluya el diagnóstico, pero ello no tiene que ser así necesariamente. Es razonable que dichos mínimos deben contenerse en el diagnóstico, que ha de guardar cierto carácter integral. Precisamente por eso, debe achacársele cierta parcialidad al art. 46.2, pues omite ciertas materias que sí deberían aparecer tratadas en él. En particular, se echa de menos una referencia a las modalidades de contratos, que sería muy necesaria para poder analizar cómo los contratos temporales e indefinidos o a tiempo parcial y a jornada completa afectan de forma diferenciada a hombres y mujeres. Es verdad que la norma se refiere a “proceso de selección o contratación”, pero haría falta una referencia más rotunda a estos temas. Asimismo, la materia preventiva debería trascender del acoso sexual y por razón de sexo y abordar con carácter general la seguridad y salud en el trabajo y en particular los riesgos psico-sociales, como asunto mínimo de análisis. También, todo lo referente al tiempo de trabajo, y muy en concreto a la distribución irregular de la jornada, debería ser asimismo objeto de consideración. De nuevo, la referencia a las condiciones de trabajo parece muy imprecisa, por la importancia tan crucial de esta materia.

V. REGISTRO DE PLANES DE IGUALDAD Y DESARROLLO REGLAMENTARIO

El nuevo apartado 4 del art. 46 de la LO 3/2007 crea un registro de planes de igualdad de las empresas “*como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas*”. En consecuencia, el nuevo apartado 5 obliga a todas las empresas a inscribir sus planes de igualdad en el citado registro. Seguramente, hubiera bastado a estos efectos una modificación del RD 713/2010, de 28 mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, sin perjuicio de que la norma haya optado por generar un registro específico de planes de igualdad, como parte de los registros de convenios y acuerdos de trabajo. Incluso podría ponerse en entredicho la habilitación competencial de la norma estatal para generar un registro separado, pues la organización administrativa más bien parece materia correspondiente a la ejecución de la normativa estatal y, por consiguiente, competencia de las CC.AA.

No puede entenderse, en todo caso, que este nuevo registro sea alternativo del que contempla el art. 90 y desarrolla el citado RD 713/2010 por lo que a los planes de igualdad se refiere. Es decir, no cabe interpretar que se ha derogado tácitamente el art. 2 f) del mismo. Y, en iguales términos, no es plausible pensar que la publicidad de los planes en los diarios oficiales correspondientes vaya a sufrir grandes alteraciones a partir del desarrollo reglamentario del art. 46 de la LO 3/2007, en su nueva versión.

Por otra parte, habrá que afirmar la validez de los planes de igualdad aunque no se cumpliera la obligación de registro. No es fácil trasponer las categorías de la negociación colectiva ordinaria a la negociación de los planes de igualdad, máxime a la vista de que éstos solo muy excepcionalmente regulan condiciones de trabajo directamente. En este sentido, decir que los planes no registrados tienen la condición de extraestatutarios constituye solo una aproximación teórica, de la que habrá que ir formulando las conclusiones pertinentes. Por ahora basta con expresar que, desde luego, el registro no tiene carácter constitutivo de la eficacia de un pacto basado en la autonomía de la voluntad de las partes.

En cuanto a desarrollos reglamentarios, el nuevo apartado 6 del art. 46 se refiere al diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad; así como el Registro de Planes de Igualdad, en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso. A la espera del oportuno Real Decreto, ya se ha expresado que quizá algunos pasajes de la ley ahora adolezcan de cierto reglamentismo. Por ejemplo, no parece coherente que los

contenidos del diagnóstico se contengan en la ley y no así los del plan. Pero, desde otro punto de vista, sí que es necesario desarrollar algunos aspectos de la norma con rango de ley que se encuentran más escuetamente diseñados en ésta. En particular, puede tener importancia la regulación de los contenidos mínimos del plan de igualdad, no tanto desde una perspectiva material, sino sobre todo de las exigencias adjetivas de que se haga acompañar. Habrá que expresar, en particular, si y hasta qué punto los contenidos del art. 85.3 del ET son aplicables a los planes de igualdad. Desde luego, no todos, pero habrá que aquilatar si algunos de no escasa importancia, como el establecimiento de una comisión paritaria o el establecimiento de un plazo de preaviso para la denuncia.

Ahora bien, algunas de las insuficiencias expresadas en estas páginas difícilmente podrán resolverse mediante una norma de rango reglamentario. En particular, resolver qué sucede con una empresa en la que no exista una representación unitaria o sindical con la que pueda negociarse un plan de igualdad. O abordar todos los problemas anteriormente comentados en torno a la articulación de los planes de igualdad con los convenios colectivos. O resolver con más claridad el encaje normativo de los mismos, probablemente en el contexto del Tít. III, pero con todas las especialidades que sean necesarias.

Por otra parte, a la espera de la norma de desarrollo, los arts. 45 y 46, en su nueva redacción procedente del RD-ley 6/2019 tienen plena vigencia y obligan a partir de su entrada en vigor. Así se deduce de forma inequívoca de las normas transitorias relativas a los umbrales de plantilla para que sea obligatorio negociar el plan de igualdad.

VI. OTROS APUNTES, A LA VISTA DE LA EXPERENCIA EXISTENTE EN PLANES DE IGUALDAD

Una lectura mínimamente atenta a algunos planes de igualdad que se publican en los diarios oficiales pone de relieve una pluralidad de contenidos y una diversidad bastante grande. Sin embargo, algunas características comunes –o muy reiteradas– reflejan algunos problemas o algunas paradojas que sería muy conveniente tomar en consideración.

Las vigencias que se incluyen son tendencialmente largas, de una duración promediada de cuatro o cinco años. Sin embargo, casi nunca se incluyen reglas expresas sobre prórroga y vigencia ultraactiva, ni sobre denuncia y plazo de preaviso para la misma. Lo cual, al margen de la reflexión antes expresada acerca de la aplicabilidad de los contenidos mínimos del art. 85.3, pone de manifiesto que las partes no conciben los planes como instrumentos de la misma naturaleza jurídica que los convenios colectivos ni con la misma

fuerza de obligar. A la vista está que no se plantean el problema de la sucesión ordenada de planes de igualdad.

Muchas veces, amplios pasajes de los planes constituyen reiteración mimética de preceptos de la LO 3/2007. Sin que sea necesaria una crítica excesiva a esta práctica, sí que debe manifestarse una opinión desfavorable hacia textos que no son más que declaraciones de buenas intenciones. Hay declaraciones muy pomposas que hacen referencia a los objetivos esenciales de la empresa o a su responsabilidad corporativa que, por su generalidad, no incluyen compromiso concreto alguno. Son particularmente frecuentes los preámbulos muy complacientes que ponen de relieve una situación idílica de la empresa en términos de igualdad y de no discriminación. A este respecto, tiene plena justificación todo el interés de la reforma en regular en términos más exigentes el diagnóstico del plan de igualdad y en exigir su negociación con los representantes de los trabajadores, con todas las críticas que a esta exigencia se han formulado anteriormente.

En cuanto a los diagnósticos, se contienen aspectos de interés. Es muy reiterativo y necesario el requerimiento de datos desagregados entre hombre y mujeres, para poder negociar con un mínimo de información necesaria el plan de igualdad. Frente a la imposición por parte del RD-ley de un elenco mínimo de materias que deben ser tratadas, los planes solían incluir un elenco más o menos abierto y variado de contenidos. Frecuentemente, los planes de igualdad se plantean de manera secuencial, de modo que los siguientes son continuidad del anterior, y así se expresa ya en la elaboración del diagnóstico. Con cierta reiteración, la empresa asume la autoría del diagnóstico, aunque es frecuente la referencia a que lo informa la representación legal de los trabajadores, como elemento de evidente legitimación. Otros planes afirman que su diagnóstico ha sido encomendado a una empresa externa e imparcial, con la intención de enfatizar la objetividad del mismo. También hay casos en los que se expresa que ha sido consensuado entre las dos partes. Como parece obvio, todas estas referencias tienen que acomodarse ahora a las exigencias del art. 46.2, a la espera de cómo es aplicado e interpretado.

Ya por lo que respecta al contenido de los planes de igualdad, y haciendo honor a su nombre, son más instrumentos de planificación que normativos. Tal y como se desarrollan, se destinan preferentemente a plantear objetivos, unos generales y otros de corte más específico. A tal fin identifican áreas de actuación, a las cuales asocian medidas concretas. Es frecuente encontrar fichas de actuaciones y de iniciativas para la consecución de los objetivos y también técnicas de análisis de la realidad basadas en el esquema de debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades (DAFO). También se generan indicadores de cumplimiento de los objetivos, metodologías de evaluación, asunción de responsabilidades en el desarrollo de las actuaciones o en la consecución de los fines o fijación de plazos para el desarrollo y ejecución del plan de igualdad.

igualdad cuando así lo impone la negociación colectiva o cuando se establece como sanción accesoria a otra principal. Además, no es difícil encontrar planes cuya negociación ha sido enteramente voluntaria, fuera de las hipótesis de obligatoriedad legalmente previstas.

Por otra parte, hay cambios normativos que inciden indirectamente, pero con fuerza, en la regulación de los planes de igualdad. El ejemplo más obvio es el del registro salarial del art. 28.2 ET, que va a incidir decisivamente en el contenido de aquéllos y en una mayor referencia y presencia de los asuntos retributivos. Lo cual, desde luego, es una noticia esperanzadora. No parece casual que la justificación de una brecha de al menos veinticinco puntos porcentuales deba incluirse expresamente en el registro en el caso de empresas que alcancen los cincuenta trabajadores. Es decir, el mismo umbral a partir del cual va a ser obligatorio negociar planes de igualdad.

Es difícil predecir si la reforma tendrá éxito y conseguirá que los planes de igualdad sean instrumentos efectivos al fin para el que han sido diseñados. Como ha tratado de ponerse de manifiesto en estas páginas, en el RD-Ley 6/2019 se ha apostado por generalizarlos, para que cubran un abanico más amplio de empresas. Asimismo, y de forma tácita, se ha dado el espaldarazo a un modelo de plan de igualdad con escasa vocación normativa. Se ha optado más bien por un plan estratégico, que pretenda cambiar el modelo de relaciones laborales, pero no a través del establecimiento de normas del estilo de las que contienen los convenios colectivos tradicionales. A este respecto, no parece que el legislador de urgencia apueste por planes de igualdad que compitan con los convenios en el reparto de espacios de regulación de las condiciones de trabajo. A título personal, he expresado mis reparos y mi disconformidad con este modelo, aunque en la práctica es tan legítimo como otro distinto.

Con todo, es preciso finalizar con un comentario crítico. La regulación es técnicamente deficiente, con errores de consideración. Por ejemplo, la omisión en la necesaria reforma del art. 85.2 del ET en cuanto al umbral de plantilla a partir del cual es necesario negociar el plan de igualdad. No es muy adecuado el reparto de espacios entre la norma con rango de ley y la norma reglamentaria, pues en ocasiones el Real Decreto-ley se adentra en espacios que serían más propios de normas de rango infra-legal, mientras que en otras la legislación es insuficiente para colmar ciertos vacíos. Por ejemplo, qué sucede en las empresas que alcanzan los cincuenta trabajadores y trabajadoras en plantilla, pero no cuentan con representantes unitarios ni sindicales. Y, en particular, la aplicación a los planes de igualdad de las reglas del Tít. III del ET es un asunto vulnerable a la crítica y que debería ser objeto de un trato más detallado por parte del legislador.

REGISTRO SALARIAL E IGUALDAD RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES TRAS EL RDL 6/2019: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

*SALARY REGISTRATION AND RETRIBUTIVE EQUALITY
BETWEEN WOMEN AND MEN AFTER RDL 6/2019:
A FIRST APPROXIMATION*

CARMEN SÁEZ LARA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

Fecha de recepción: 17 de noviembre de 2019

Fecha de aceptación: 23 de enero de 2020

SUMARIO: 1. REFORZAMIENTO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO A TRAVÉS DE LA TRANSPARENCIA SALARIAL EN LA REFORMA DE 2019. 2. IGUALDAD SALARIAL Y PLAN DE IGUALDAD. 3. OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE ABONAR IGUALES SALARIOS PARA TRABAJOS DE IGUAL VALOR. 4. OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE “LLEVAR” UN REGISTRO SALARIAL. 4.1. Contenido y finalidad del registro salarial en las empresas. 4.2. Obligación de justificar en el registro las diferencias salariales a partir del 25%. 4.3. Justificación de la diferencia salarial en motivos ajenos al sexo de las personas trabajadoras. 4.3.1. Inexistencia de justificación en los casos de discriminación salarial directa y trabajos iguales. 4.3.2. Justificación en los casos de discriminación salarial indirecta y trabajo a tiempo parcial. 4.3.3. Justificación en los casos de discriminación salarial indirecta y trabajos de igual valor. 4.3.4. Justificación en los casos de discriminación económica por embarazo y nacimiento de hijo/a. 4.3.5. Consideraciones conclusivas sobre la justificación de las diferencias superiores al 25%, detectadas en el registro salarial. 5. NOTAS CONCLUSIVAS SOBRE EL REGISTRO SALARIAL.

RESUMEN: El Real Decreto–Ley 6/2019 ha introducido medidas en favor de la transparencia salarial reforzando así la igualdad de salarios entre hombres y mujeres en las empresas. La definición de trabajos de igual valor y la obligación empresarial de llevar un registro salarial son las dos medidas fundamentales. Las empresas están obligadas a llevar un registro salarial y a justificar aquellas diferencias de retribuciones entre hombres y mujeres de más del 25%. El presente trabajo aborda diversos problemas interpretativos del art. 28 LET, por ejemplo, si el registro estará dirigido a detectar las discriminaciones o las desigualdades salariales, y sobre todo cuales podrían ser las justificaciones admisibles.

ABSTRACT: Royal Decree–Law 6/2019 has introduced measures in favor of wage transparency thus reinforcing the equality of wages between men and women in companies. The definition of work of equal value and the business obligation to keep a salary record are the two fundamental measures. Companies are obliged to keep a salary record and justify those pay differences between men and women of more than 25%. This paper addresses various interpretative problems of art. 28 LET, for example, if the registry will be aimed at detecting wage discrimination or inequality, and above all, what could be the admissible justifications.

PALABRAS CLAVE: Igualdad salarial y género, transparencia, registro salarial.

KEY WORDS: Equal pay and gender, transparency, salary registration.

1. REFORZAMIENTO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO A TRAVÉS DE LA TRANSPARENCIA SALARIAL EN LA REFORMA DE 2019

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación, introduce algunas novedades importantes, en aras de la igualdad salarial entre mujeres y hombres¹. Frente a la actual situación de desigualdad y discriminación salarial de las mujeres, el RDL 6/2019 introduce dos medidas a favor de la transparencia salarial, en primer lugar, el desarrollo de la obligación empresarial de pagar igual retribución para trabajos de igual valor, a través de la definición de trabajos de igual valor (art. 28.1 LET²) y, en segundo lugar, el establecimiento por primera vez de la obligación empresarial de llevar un registro salarial (art. 28.2 LET).

Además, la reforma normativa que introduce el citado RDL también atiende específicamente a lagunas de regulación, en concreto, a las relativas al contenido de los planes de igualdad sobre la materia salarial y, así, la nueva regulación prescribe, con carácter previo al plan, la elaboración de un “diagnóstico negociado”, cuyo “contenido mínimo” incluirá las condiciones de trabajo (y la auditoría salarial entre mujeres y hombres), así como las retribuciones (art. 46.2 LOI³).

Finalmente, se introduce ahora un importante previsión relativa al momento de la reparación de la discriminación salarial de la mujer; la prescripción de la igualación por arriba. Es decir, como prescribe ahora el art. 9.3 LET, en caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor. Aunque la redacción es susceptible de mejora, resulta claro, a mi juicio, que el precepto reconoce a la persona trabajadora discriminada, o cuyo contrato este afectado de nulidad por discriminación salarial, el derecho a la retribución (superior) correspondiente al trabajo igual o de igual valor, pues en ello radica su

.....

1 Vid. BOE de 7/03/2019. De hecho, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con su preámbulo, la persistente brecha salarial de género sería la situación de extraordinaria y urgente necesidad que justificaría una regulación vía Real Decreto-Ley. La actual situación de desigualdad, visible en la brecha salarial, se afirma, exige una actuación urgente y necesaria del Estado, pues la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales.

2 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

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

V[e]d[] [] S[u]o` e[S]d[S]1 W d[M]T[dg` e[S]d[a [X]ad d[S]l[S` Va [Yg^f d[S]a a f d[S]a W W
[Yg^hS^adcgVafda f d[S]S V a z`

7` W X [f]h S W W D6> ShS` I S W W a_ T]fa W S b d a b g W S W W_ Skad f d` e b S d W U S U a_ a
Z W S_ [W f S W S [Yg S^S V W W e` W a z`

3` S`l S d W ae S U a` f [g S U o` ^ ae U S_ T]ae [f d a V g U V ae b a d W D6> (!\$` #+I W _ S f W S
W W Y g S^S V e S^S d S^1 S T a d S` Va T d M W W f W W b d_ W g Y S d ` S [U g e o` W W S [Yg S^S V
e S^S d S^ U a_ a _ S f W S a T^Y S f a d S W W a e b S` W W W Y g S^S V k l W e W g` Va ` g Y S d ` S W X
` [U o` W W a e f d S S a e W W Y g S^h S^a d k ` S a T^Y S U o` W b d M S d S^ W W a S T^ W W g` d W e f d a
e S^S d S z`

Sz:9G3>636 E3>3D;3> K B>3@ 67;9G3>636

> S` ah W S V [f d a V g U V S b a d W D6> (!\$` #+I W W X L S_ W f W S X h a d W W S [Yg S^S V
e S^S d S^ W f d W_ g W W k Z a_ T d e d W W W c g W S a T^Y S U o` W W S T a d S d g` p l a n d e
i g u a l d a d Z S W b S d [d W g` V [S Y ` o e f [U a ` W a U S V a l W f d W S W b d M S k ^ a e d W d e W S` f W
W W a e f d S S V a d W W U g k a U a ` f W [V a _ i ` [a e W W g ` S d a` I W f d W a f d a e f W S e ` S e U a` -
V [U a` W W W f d S S a / [U g k W W a W W S e ` S a u d i t o r í a s a l a r i a l e n t r e m u j e r e s y h o m b r e s f l
S e U a_ a ` S e d W T g U a` W / S d z & (z > A; f z 3 W W a e b S d ` S W S T a d S U o` W W [S Y a e f [U a l
W W e W a W W S U a_ [e o` ` W a U S V a d S W W b S` W W Y g S^S M ` S W b d M S X S U [f S d a ` a e
V S f a e W W d W e f d a e S^S d S^ / S d z & (z > A; f z 8 [S^ W f W e W b d M e c g W d W S_ W f S d S_ W f W
e W W a S d a ^ S d a W W [S Y ` o e f [U a l ` a e U a` f W [V a e l ` S e_ S f W [S e k ` S e S g V [f a d S e e S^S d S^ W / S d z
& (z > A; f z

6 W W S X d_ S l W U f S V a D6> (!\$` #+I c g W Z S d M d S V a ` S ` W W [S V W c g W a e b S` W
W W Y g S^S V e S ` ` W a U S V a e l W W W [] S c g W S _ S f W S z [Y g S^S V e S^S d S^ e S U a` f W [-

.....
& 7` W W [e_ a f W W a l b a W W a e U f S d S > W ## S' #* I W S* W W [U W T d M W_ S f W S W W X d S U o` ` a X S` -
U W S k V h W e [S V / 4 A 7 W S + ! S ! S' #* f l Z S [b g W f a S ` S e U a_ b S n i S e l c g W g_ b W g` a e W W W [] S V a e d W g l e f a d
` S a T^Y S U o` W W a_ g` [U S d W e g e [X d_ W W W a T [W a U a b a d S f [h a l [X d_ S U o` e a T d W W g` W S U a` W_ W [S e
k e g W a g U o` W W S Y d S V S e b a d e W a l W S V k U S e [X S U o` a [Y g S^h S^a d T d M Z S e S^S d S^ a d W g` W S U a` W W W a` -
e W W a e k V [d M [h a e z 7 X M [h S_ W W W Z W a e W W a d S d ` S [f a V g U U o` W a T^Y S U a` W W W [X d S U o` e a T d W S e
b a f f [U S e W W [h W e [S V W W e` W a W ` a e U a` e W a e W S V_ [l e f d S U o` W W S e b d [U b S W e a l W S W a l a f [l S V S e W W S G 7 I
W W W a` f W f a W S 6 [d M [h S' # & + ! G 7 I b a d ` S c g W e W a V [X L S^ S 6 [d M [h S' # % & G 7 W ` a c g W a b W M S S ` S V [-
h g ` Y S U o` W W X d S U o` ` a X S` U W S W X d S U o` e a T d W [h W e [S V b a d b S d W W W W W W [] S V S e Y d` W W W b d W
e S e k W W W [] S V a e Y d b a e / 6 A G 7 W W # ! ## S' # & f z 7 e S V [h g ` Y S U o` W W X d S U o` ` a X S` U W S W X d S U o`
e a T d W [h W e [S V b a d b S d W W W W W W [] S V S e Y d` W W W b d W S e k W W W [] S V a e Y d b a d b W [f [d a U a_ b d a T S d e l ` S e
Y d` W W W b d a S e S T a d S` W W g [T d a W f d W_ g W W k Z a_ T d e W e g e b a f f [U S e W W [h W e [S V z
` H E F E W W % + ! S' # / D W e S # % S' # f z

Va _ í [_ a WWb'S` WYg'SVM W í` WLa` afSe dWg'SUa` WgcbWSeI Sg` cgWWS
WYWUS eWWSST'WUS ea`a WAd_ S [V]dWWSI S fShee Wg` S dWWSUS S^La` fW[Va
_ í [_ a WWSY` òef[Là WWSch[Vsz

3ZadSTWl'S dWSUjò` dWf[hS'S^La` fW[Va_ í [_ a WWSY` òef[Là bWma S^b'S` WW
[Yg'SVM S^dWWSzLa` V]Ua` WWSST'at [UglVS`S SgV]fadSeS'SdS^WfdW_ g`WWS
kZa_ TdWWSYa La` XgeSl bgW`Se SgV]fadSeS'SdS^WLa` e[fgkW_ W]VSe WWS` ebS-
dWUS eS'SdS^k` a La` V]Ua` WWSST'az

>Se SgV]fadSeS'SdS^WkS eW` UgiS` W`S dWWS` fWma_ WWSUjò` WWS 5a_ [eò`
WY!"%S" #&leaTdWWSWla Wbd` U]ba WYg'SSV dW]Tg[hS WfdW_ g`WWSkZa_ -
Tdebad_ W]a WWS fS` ebSdWUSI WWSST'WVa cgW]UZSe SgV]fadSe WWS` [Ugl
g` S` â[e]e WWS bcbadUjò` WWS g`WWSkZa_ TdWWSLSVS LSfWadS WWSST'SVadW
bgWfael g` S` â[e]e WWe]fW S WWSgSUjò` k USE]LSUjò` WWS b^Wae W` Xad_ SUjò`
WWS^SVSeadWaeS'SdJaek`Se V]XWUS eS'SdS^WbadSl` WWS` Waz7eSe SgV]fadSe
WWS` ba` WWS V]baeUjò` WWe dWWS` fW WWe fSST'SVadWk WWe [fW-
UgfaelWaeU]S bW]Ujò` WWe faez

>Se SgV]fadSeS'SdS^Wae` bgWZWS_ [WfSe bSd`S S b^]LSUjò` Wbd` U]ba WYg'S`
fSST'a bSd fSST'ae WYg'S^hS^ad bQ` U]ba cgWWS` S^]SdS La` f]` gSUjò` ž

%A4>;935;Õ@ 7? BD7E3D;3> 67 34A@3D ;9G3>7E E3>3D;AE
B3D3 FD343-AE67;9G3> HB>AD

5 a_ a eWSTW WWS bWWSJa Wfa aT]YSVa S bSYsd bad`S bWWSUjò` WWS` fd-
TS'a WYg'S^hS^ad`S_ [e_ S dW]TgUjò` I esf]eWWS V]dWWS a [V]dWWS_ WfWk
UgS`cg[WWS cgWWS`S` Sfgd'WWS WWS_ [e_ Sl eS'SdS^a W]fdeS'SdS^e]` cgWbgWS
bcbVgUdeW]eUjò` [SUjò` S`Yg` S badSl` WWe]W W` [Yg` a WWe WWS Wfae a
La` V]Ua` WWScgWS /Sdz`S`#>7FfzKl La_ a SUSdS kS W7eSfgfa WWe fSST'S-
VadW g` fdTS'a fWVdà [Yg'S^hS^ad cgWáfca UgS` Va`S` Sfgd'WWS WSe Xg` Ua` W

.....
(7` WWSal` gWfca adWWS_ [Wfa`STad`eYg]ò W_ aWWe gW]al WUgS` faS`S W]Y]I]VSVWg` b'S` WYg'S^
SVM e]` cgW a aTefS` fWWSVabfSd` S`Yg` ae WWegeLSdWWS_ aeL` badS` fW] badWWS b^al` S`WYWUS Wg`gW
W_ [e_ a fWYSg` La` fW[Va_ í [_ a a`S`W]eWUS Wg` SaXU` S WWSW]eadWWS [Yg'SSV Wbadg` [VSW
cgVSeg` SWLa` fcb^WUg` bL` [Wfa WWSaT]YSUjò` W bWWSdS^W_ SWSWWS` W WYg'SSVZ7` W_ aWWe
egW]al bW]eS` WfWg` a WWe fW WWS Wfae WLa` fW[Va_ í [_ a] W]Y]TWS UgS`cg[W]b'S` WYg'SVM Wg`
Wf]gMa eaTdWSe V]XWUS eS'SdS^W WWe` W W]eWWS La` [V]LSUjò` WWe bae]TWS_ W]VSecgWWS` W
SvabfSdW egW_ [SUjò` a_ [adSUjò` ž
) H]Vz6AG7 WY!"%S" #&EW` S`UfSVS Dma_ WWSUjò` I`ae 7eSvae_ [W]Tde WWS SvabfSd`Se_ W]VSe
SWWSVSe bSd`YSd` f]lSd cgWWS W]UW SgV]fadSe eS'SdS^W W`Se W bWWS` g adS` [LSUjò` WcgWWS b^WWS`
_ WaeSS` " fSST'SVadWz

a fSdSe VVV[hS_ WfVWLa_ WWSVSeL 'Se La` V|Ua` W WgUf[hSeL bcaXVa` S'Wa WW
Xad_ SUò` V|YVSe bScS eg VVVU|Ual 'ae XUFadW VfdUfS_ WfVWMSUa` SVae La` eg
VWV bVfa k 'Se La` V|Ua` W 'STadS'W W 'Se cgVW|UZSe SU[h|VSW'ew'V'S` S USTa
W dS|VSVeS` Wg|hS'WfVz

6 VVVg` S bVbV[hS Z|efòd|U| ZW ae VVVadMSd cgVWVdVa` aU|_ [Wfa Wbq` -
U|ba VVYgS^eS'Sq|a bScS fdSISa VVYgS^hS^adSbSdVWKS W 'S 5a` e|fgUò` VWS A;F
/VWV#&f| k Ua` d` Ya La` hWU|a` S1 VVVW5a` hW|a `ø_ ž#'" VWS A;F eadW
[YgS^SV VVdW g` V|Uò` | WV#+' #ž>S SUò` `ad_ Sf|hS Ua_ g` [fSdS eadW [YgS^SV
WfdWaeZa_ TdWk 'Se_ g` VVVW WfdSISal cgVWVdS eg bd_ W|U_ ba VWSUfgSUò`
W VVWdVa WWS [YgS^SV eS'Sq|S1 S fdS'ee VWSdž##+ VVf dSfVa VVdVa_ SVW#+') | ea`a
dVa` aU|S| Wbq` U|ba VVYgS^eS'Sq|a bScS fdSISae [YgS^Wk ZSTdS cgVWVdS 'S
6 [dV|hS)' !##) | WV#` VVVdVa WV#+' ' | bScS VVWVW'S [YgS^SV eS'Sq|S^S 'ae fdSIS-
'ae VVYgS^hS^adž^F8G7#` dVa` aU|Zak W eg Sd|Ug'a #) | Wbq` U|ba VVYgS^SV VV
dV|TgUò` bScS g` fdSISa VVYgS^hS^ad bd` U|ba cgVZSe|Va [UadbadVa S 'S6 [dV|hS
dVg` V|V S'" (! &57##ž

7` 7ebSñS| Wsdž \$* >7F VVST'VVWbq` U|ba VVYgS^SV VVdV|TgUò` bScS g`
_ |e_ a fdSISa a bScS g` fdSISa VVYgS^hS^ad VVVcgWS dVad_ SVW#++&# [fcaVg`V|S
Ua_ a féd_ [a VVUa_ bScSUò` ` a ea`a 'ae fdSISae [YgS^W e| a fS_ T|é` 'ae VVYgS^hS^adž
Badeg bScVW'S_ aV|X|Uò` VVsf|gSdS [fcaVgU|VS bad 'S >V|%%\$'" | VV VVg'a #1
b'Se_ ò W 'S UfSVS `ad_ S cgVWVW bcaSd|a VVfa aT|YSVa S bSYsdbadfdSISae VVYgS^
hS^ad'S_ |e_ S dV|TgUò` a dV g` V|Uò` | VVVd U|gS^cg|V|bV|U|Uò` cgVW|dVMS a
[V|dVMS_ WfVWbgVWV|T|dWfdSISVadUa_ a Ua` eVgWU|S Wég fdSISal [U|g|VSe|
bad'a fS` fal 'Se VV Sfgd'VMS VVf dS'eS'Sq|Sž

>SfgfVWS` f|V|U| [SfadS Xad_ g'SVS W fS'W féd_ [ae W` VVMSdS bScS'S'US` ISd'S
[YgS^SV eS'Sq|S^VWSe fdSISVadSebgV|Ua_ a eVSTWSeVWdV|Uò` 'STadS^k 'S [X|S-
'adUò` VVae fdSISae XV W| ad VVfa` VVV[hS_ WfVWfdVSeUSgeSe VV_ S' fW|_ [W-
fa VWS ^S_ SVS TdVZS eS'Sq|S^VWVè` Vbž



* H|V eadW Vbq` U|ba S` |hW| fV| SUa` S^_ [fdSISa A;F #'" Sñae >S bSc|U|bSUò` VVSe_ g` VVVW W
? V|S Va VVfdSISal W 7^Xfga VVfdSISa, U|V Sñae VWSA;F|J J;J 5a` YdVa @SUa` S^VWS 376F|? [[fW
da VVfdSISal? [Yd|Ua` WkEWgd|SV EalS1 S' #ž
+ 6 [dV|hS)' !##) !577 VV5a` eV| VV#` VVVdVa WV#+' | dV|hS S'S Sbdj_ | SUò` VVSe V|eSUa` V VV
'ae 7eSVae? [W TdcecgV VVVVWS'S Sb|U|Uò` VVbq` U|ba VVYgS^SV VVdV|TgUò` WfdWae fdSISVadV
_ Sdž [aek XV W| ae/6A57 WV#+' | S#+') fž
#` 6 [Sd|a AX|US^` » 5 %\$ (VWS (!#` !S` #S bž" "" #, "%&` ž
6 [dV|hS S'" (! &57 VVBSdS_ Wfa k VV5a` eV| VV WVg'a VWS'" (| dV|hS S'S Sb|U|Uò` VVbq` U|
b|a VVYgS^SV VVbadž` |SV VVYgS^SV VVdSfa WfdWZa_ TdWk_ g` VVVW Seg` fae VVW bV|k aU|g|SUò`
/dVg` V|Uò` f|/6AG7 VWS (!) !S'") fž
#S >V|## #++& VV# VV Skal bad 'SžcgVWV aV|X|S` VVV| [SVae Sd|Ug'a eVW7eSfga VVae FdSISVadV
k VVWVfa Sd|Ug'SVa VWS >V|W VbcaU|_ [Wfa >STadS^k VWS >V| eadW` X|SUa` Wk ES` Ua` V VV WAdW
EalS^/4A7 VWS%" !##&fž
#% >V|%%\$'" | VV VVg'a| VV aV|X|Uò` VV Sd|Ug'a \$* VVWVfa dVg` V|Va VWS >V| VV7eSfga VVae
FdSISVadV SbdTSVa badVW'6 VVdVa V|eS|ha # #++' | VWS & VV Sd|a/4A7 VV (!) !S'" Sž

Pues bien, en esta última reforma de 2019 se introduce el concepto de trabajos de igual valor, siguiendo la citada Recomendación de la Comisión de 7/03/2014, y la Resolución del Parlamento de 8/10/2015, sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

En aquella Recomendación de 2014, el apartado 10 sobre el concepto de trabajo de igual valor establecía que, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Estados miembros deberán precisar en su legislación el concepto de “trabajo de igual valor”. El valor del trabajo deberá evaluarse y compararse utilizando criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión.

De conformidad con la referida Recomendación de la Comisión de 2014, en nuestro país se pusieron a disposición de las empresas una herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género y un sistema de valoración de puestos de trabajo, con perspectiva de género¹⁴. Con la herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género, se ponía a disposición de todas las empresas, con independencia de su tamaño o sector de actividad, un instrumento para orientarlas a la hora de introducir la perspectiva de género en sus políticas salariales y ayudarlas a detectar, analizar y reducir las prácticas discriminatorias en el seno de su organización, fomentando así un cambio en la cultura organizacional, tendente al autodiagnóstico y la evaluación en el desarrollo de todas sus políticas.

La herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género y, en concreto, la utilidad de las sus “tablas dinámicas”, fue testada de manera voluntaria por varias empresas, adheridas a la red de empresas con distintivo “*Igualdad en la Empresa*”. Esta herramienta permitía realizar un análisis comparativo de los salarios de hombres y mujeres en una organización y, en el caso de que existan diferencias, ayudar a identificar su origen. Para lograr dicho propósito se acompañaba de un documento de “*Recomendaciones para actuar frente a la brecha salarial de género en una organización*”, con pautas y líneas directrices, entre las que destaca la adopción de un sistema de valoración de puestos de trabajo, que proporcione un valor a cada puesto, y permita asignarle una retribución acorde a dicho valor. Este sistema, en definitiva, ofrecía a las empresas la posibilidad de diseñar su propio sistema de valoración de puestos de trabajo, incorporando la perspectiva de género, y utilizarlo para valorar sus puestos de trabajo, determinar un sistema de retribución y compararlo con la realidad de cada organización y empresa.

.....

14 La primera lleva a cabo un análisis comparativo de los salarios de hombres y mujeres en una organización y, en el caso de que existan diferencias, ayuda a identificar su origen. El sistema de valoración de puestos de trabajo, con perspectiva de género, proporciona un valor a cada puesto, permitiendo asignarle una retribución acorde a dicho valor. Ambas se establecen de conformidad con el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (España) 2014–2016.

Estas dos herramientas de autodiagnóstico y de valoración de puestos de trabajo desde una perspectiva de género constituyen pues dos antecedentes para hacer efectivo el principio de igual salario para trabajos de igual valor.

Pues bien, la regulación establecida por el RDL 6/2019 se ajusta al vigente Plan de Acción de la Comisión Europea que se propone estudiar la posibilidad de realizar modificaciones específicas en la Directiva refundida sobre igualdad entre hombres y mujeres y, en primer lugar, examinar la necesidad y la posibilidad de hacer vinculantes algunas o todas las medidas sobre transparencia salarial previstas en la Recomendación de 2014, por ejemplo, el derecho de los empleados a solicitar información sobre los niveles salariales, la información periódica por parte de los empleadores sobre la remuneración media por categoría de trabajador o puesto y la aclaración de la noción de trabajo de igual valor¹⁵.

Ahora bien, la pregunta que nos suscitan las anteriores regulaciones es quien debe evaluar y comparar el valor del trabajo, utilizando criterios objetivos tales como “los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión”, tal y como se prescribe desde la Recomendación de la Comisión de 2014. Como se sabe, hasta la fecha, los órganos judiciales han desarrollado esta función para dar respuesta a demandas de trabajadoras sobre discriminación salarial. De esta forma, en sede judicial, se han detectado infravaloraciones de trabajos predominantemente femeninos y por tanto, vulneraciones del principio de igual salario para trabajos de igual valor.

Pues bien, respondiendo a la anterior pregunta creo que puede afirmarse que, de partida y de conformidad con el art. 28 ET, esta evaluación y comparación entre el valor de los trabajos desde una perspectiva de género constituye una obligación de la empresa, toda vez que es el empresario el obligado a pagar igual salario por trabajos de igual valor.

Sin embargo, también considero que esta obligación empresarial deberá de incardinarse en el marco de un sistema de fijación de salarios por los convenios colectivos y en conexión con un sistema de clasificación de los trabajadores por grupos profesionales, que, no podemos olvidar, se definen muy ampliamente, de conformidad con el art. 22 LET (aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación). Por ello, la reforma del 2019 también incide sobre la definición de los grupos profesionales, aclarando que se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como ob-

.....

15 Comisión Europea, Plan de acción de la UE 2017–2019: Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres, COM (2017) 678 final, Bruselas. En segundo lugar, el citado Plan propone mejorar las indemnizaciones a las víctimas mediante la evaluación de la necesidad de introducir medidas como la imposición de sanciones mínimas en caso de incumplimiento del principio de igualdad de retribución, y la adopción de normas mínimas de indemnización que pongan a la víctima en la situación en la que se encontraría si se hubiera respetado el principio de igualdad de retribución.

Wā YSdS' fl|Sd'S SgeWUQS VVW|eU_ [' SUò` I fS' fa V|dMFS Lā_ a [' V|dMFS WfdW_ g`VWV
k Za_ TdVZ7efae Ud|fW|ae k e|efW Sed W faVa USeal Ug_ b'cā` Lā` 'a bdm|efa badWScfz
S* /ScfzSSZ%7Ffz>S` ad_ SbdWVWVWā` WfS` gVMSXd_ g'ScgWaeLā` hW|aeLā` fWYS`
'ae Ud|fW|ae` WMS|ae bScf cgVabVWMS hS'adSUò` VVbgVfae k cgWfae Ud|fW|ae eV
a` a fWYS` VVWfae V|eU_ [' Sfa|aez

7` fé_ [' aeYVWVWVW Lā_ a kSZVMS'SVa Lā` S fV|adVSV#I'ShS'adSUò` WfaebgVfae
WVdSISa Wg` S'STadVWVfS Lā_ b'WVSVfeU [U|` a VVWVWVWVfa egTVW|he_ al cgVWVW
Lā`Vbā` WMS` 'ae` W|aU|SvadeVWae Lā` hW|ae Lā` W|haez>S dMS'ad|SUò` Wfae fdSIS-
'ae zbab|aeS WV_ g`VWVfS_ T|é` baVdS egba` W V W aUSe|a` W V WS'geVWVScgWae fdSISae
zbab|aeS WZa_ TdVcgWae` eadMS'adVad` 'a cgVSLā` eV` gVMS_ WVWV hS WVS` W
YaU|SUò` Lā`W|hS5a_ a ZSTIS eVMS'SVa 'S5a_ [e|ò` I W eg DVā_ WVSUò` WVS` #& 'ae
e|efW Se VVWV'SgSUò` k USe|X|SUò` VVWV b'Vae` a eV|efSe ea` VVLSUW|bScf WST'VWV
g` e|efW S WVWV|TgUò` fdS` ebSdVWV7efae e|efW Se VVWV` 'S V|eU_ [' SUò` eS'S-
dS^ [' V|dMFS h| Ug'SVSS'S [' X|S'adSUò` VVWV b'Vae WSe_ g`VWV bgVfa cgW_ [W
k Lā_ bScf` W b'Vae Ugka Lā` fW|Va V V|X|WVWVWā VVYgS'hS'ad SbakS` Va VVWV
_ S` W V Wbd` U|b|a WVdSISa VVYgS'hS'ad7` W V [f|hS| eg bgVfS W_ SdZS dVg|VW
WVā_ bca_ [ea W bdm|S|S'k Wfae dVdVWVfS' fVWVWae fdSISVadeVWk WScgVSeafde
X|d_ Se dVdVWVfS|hS| 'eSeWVā_ [e|a` V V W V YgS'VSM cgVSLfW W 'Se adS` [ISU|a` V
bcaVgU|f|hSēz

&žA4>;935;Ö@ 7? BD7E3D;3> 67 >>7HBD G@ D79;EFDA E3>3Ž
D;3>

Fde 'S dVad_ S WfSgfSdS WVS` #+I WVW bdm|S|a Wfa aT'|YSVa S ^VMSdg` dV|efca
Lā` 'aehS'adV_ W|ae WfaeS'Sqad` 'aeLā_ b'W WfaeS'SdS'Wk 'SebVWU|a` V
V|deS'SdS'W VVeg b'S' f|^S| W VSYdMSVae badeV|a k V|efdTg|Vae bad Ycgbae bcaX|a-
'S'W V|SfVadSe bcaX|a` S'Ve a bgVfae WVdSISa [YgS'Ve a VVYgS'hS'ad>Se bVā` Se
fdSISVade f|VW VVWZa S SUWV S fShēe WVS dVdVWVfSUò` ^VMS^Wfae fdSISVade
dV S^ dV|efca eS'SdS^WVeg W bdm|S/ScfzS*ž 7Ffz

3VW âd WScfzS*ž7F bdm|U|TVcgWVgS` Va W g` S W bdm|S Lā` S^_ Wae U| UgVfS
fdSISVade V Wbca_ W|a WSe dV|TgU|a` W S 'ae fdSISVade V W V g` eV|a eV egbV|adS

.....

#(H|VZ' 7ebae|T'VWV_ [' Sd'S 4dVZS eS'SdS^VWVē` Wā17` EāW>Scf 5z/5aad| SVadSf; YgS'VSVWVē` Wā W
WVdSISa, W|dVW|S|ek bcbgVfS| >STadg_ I S' #(ž

los del otro, en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial, o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras.

Coherentemente, el Estatuto dispone que los representantes de los trabajadores tendrán derecho a recibir información al menos anualmente que incluiría el registro salarial (art. 64.3 ET).

Sin embargo, el RDL 6/2019 no ha previsto una sanción específica, para el caso de incumplimiento de la obligación de establecer un registro salarial. En consecuencia, la falta de existencia del mismo, o su elaboración defectuosa, podría, bien reconducirse a la sanción correspondiente a las infracciones leves, conforme a lo establecido en el art. 6.7 LISOS¹⁷, o bien a un incumplimiento de las medidas de igualdad establecidas por el ET que, como se sabe, se tipifica como infracción grave, es decir, no cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la LOI, el ET o el convenio colectivo de aplicación (art. 7.13 LISOS). Esta última sería, a mi juicio, la acertada, atendiendo a la naturaleza de la obligación omitida.

Finalmente, también debe señalarse que, dadas las exigencias de desarrollo normativo de la regulación relativa al Registro salarial, ha faltado en el RDL 6/2019 la previsión relativa a un desarrollo reglamentario del mismo.

4.1. Contenido y finalidad del Registro Salarial en las empresas

A pesar de su denominación como registro “salarial”, el mismo se extiende al concepto más amplio de retribución, pues, como se sabe, la igualdad retributiva entre mujeres y hombres se refiere a todo tipo de percepciones (art. 28.1 ET y art. 4 de la Directiva 2006/54) y este registro “salarial” debe contener valores medios de los salarios, de los complementos salariales y de las percepciones extrasalariales.

Se trata de un registro de los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de la plantilla de la empresa, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

La anterior regulación nos suscita una cuestión: ¿Es el registro salarial una medida para evaluar la discriminación salarial en la empresa o para medir de forma más amplia las desigualdades salariales? La respuesta variará en atención a las medidas o módulos de comparación utilizados en el registro.

.....

17 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

De partida, no puede ignorarse que la determinación de los parámetros de comparación de las percepciones es complicada, dada la variedad de sistemas de clasificación profesional y la complejidad de la política retributiva de las organizaciones empresariales.

De conformidad con el concepto legal de registro, este podría ser que registrara solo valores por grupos profesionales o también valores salariales por puestos de trabajo. Más concretamente, la referencia legal a valores salariales medios, desagregados por sexo para trabajos iguales o de igual valor, nos llevaría a responder que el registro salarial evaluaría la discriminación salarial en la empresa. Pero no será así si el registro es solo de valores salariales medios, desagregados por sexo para cada grupo profesional.

El tema es importante porque es común utilizar erróneamente como sinónimos los términos discriminación salarial y brecha salarial de género, como ya hemos destacado en otros trabajos¹⁸. La discriminación salarial es la diferencia de retribución para trabajos iguales o para trabajo de igual valor. Y también podemos integrar, a mi juicio, como discriminación salarial de género los perjuicios económicos consecuencia de las situaciones de embarazo, nacimiento y cuidados de hijos¹⁹. Este concepto debemos diferenciarlo de la brecha salarial que es la diferencia entre el salario bruto por hora de los hombres y el de las mujeres, expresado como porcentaje del salario bruto por hora de los hombres. El concepto de brecha salarial de género es el utilizado por la Comisión Europea, la OCDE y el INE, que, como se sabe, referencia la definición de Eurostat (que lo calcula únicamente para los asalariados que trabajan en unidades de 10 y más trabajadores y en la ganancia por hora incluye los pagos por horas extraordinarias realizadas, pero excluye las gratificaciones extraordinarias).

Parte de la brecha o de las desigualdades salariales de género tiene como causa la discriminación salarial, pero, en su conjunto, también obedece a factores sociales, estereotipos y roles de género que exigen medidas específicas para su erradicación²⁰. La diferencia conceptual también tiene consecuencias diferenciadoras sobre los medios para hacer frente a la discriminación salarial y a la brecha salarial. Si frente a la discriminación salarial las trabajadoras pueden instar tanto las vías de tutela judicial y administrativa, los instrumentos frente a la brecha salarial de género serán, por ejemplo, los planes de igualdad de las



18 Vid. ¿Es posible eliminar la Brecha salarial de género? En Sáez Lara, C.,(Coordinadora) Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas, Laborum, 2016.

19 Vid, mi trabajo, Igualdad de retribución por razón de género y prohibición de discriminación por embarazo y maternidad, en Derecho de las Relaciones laborales, 7/2018, pp 688–711.

20 En términos generales, hemos de recordar que el Informe sobre Salarios de la OIT señala que la brecha salarial de género puede explicarse por diferencias en el empleo entre mujeres y hombres, tanto por diferencias en las características relativas al capital humano (educación, edad, experiencia) como en las relacionadas con el puesto de trabajo (grupo profesional, horarios) y con el lugar de trabajo (sector productivo, ámbito territorial). Pues bien, las diferencias en los niveles de educación desempeñan un papel limitado para explicar la brecha salarial de género, tanto en los países de ingresos altos (representa menos de 1 punto porcentual de la brecha salarial de las mujeres), como incluso en los países de ingresos bajos y medianos. Junto con estos factores, la brecha salarial de género también deriva de factores injustificados, como el abono de salarios menores por trabajos de igual valor, es decir la infravaloración del trabajo de las mujeres y la discriminación salarial embarazo, nacimiento y cuidado de hijos: OIT, Global Wage Report 2018/19, What lies behind gender pay gaps, 2018, p. 39.

empresas, que pueden promover la participación de mujeres en puestos o niveles, en los que estén subrepresentadas.

Pues bien, a mi juicio, el registro salarial debe detectar no solo la desigualdad salarial de género entre los trabajadores del grupo sino la discriminación salarial, es decir, las diferencias de salario entre mujeres y hombres para trabajos iguales y trabajos de igual valor, así como los perjuicios económicos de las trabajadoras, derivados de las situaciones de embarazo, maternidad y cuidados.

A favor de esta interpretación puede destacarse que el objeto de este registro salarial sería una mayor transparencia salarial también con la finalidad de facilitar las demandas judiciales por discriminación salarial, pues se había denunciado que la falta de información sobre los niveles salariales de los trabajadores dificultaba el recurso a la vía judicial. Como se recordará, la citada Recomendación de 2014 situó las estructuras salariales opacas y la falta de información disponible, sobre los niveles salariales de los trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, entre los principales factores que habían contribuido a las dificultades de denuncia judicial y de prueba de la discriminación salarial hoy, más frecuente, que es por trabajos de igual valor. En igual sentido, la Resolución del Parlamento Europeo de 2015, mataba que debido, entre otros factores, a que los salarios en la actualidad se negocian cada vez con mayor frecuencia de forma individual, existe una falta de información y de transparencia en relación con la estructura salarial de los trabajadores, lo que genera un entorno en el que los perjuicios basados en el género y las estructuras de remuneración discriminatorias no se comunican a los trabajadores ni a sus representantes. En definitiva, esta dificultad de verificar las estructuras salariales discriminatorias imposibilita la aplicación efectiva del principio de “a igual trabajo, igual salario”, que también se ve obstaculizada por la falta de seguridad jurídica en relación con el concepto de trabajo de igual valor y por obstáculos procesales.

Tras el RDL 6/2019, la normativa española se acomoda a la citada recomendación de transparencia retributiva de la Comisión de 2014, reconociendo a las personas trabajadoras el derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa (art. 28.2 LET). Pues bien otro problema interpretativo que presenta este precepto es si los trabajadores tienen este derecho de acceso a la información salarial registrada, en aquellas empresas en las que no existan representantes. A mi juicio, una interpretación sistemática del precepto nos conduciría a afirmar el derecho de los trabajadores a la transparencia salarial también en el supuesto de que no existan representantes. Téngase en cuenta que este registro existirá en cualquier empresa, con independencia del número de efectivos de la misma por lo que la transparencia salarial también se establecerá en las empresas sin representantes (en todas las que tienen menos de diez trabajadores). Por ello, debería imponerse una interpretación de la norma, en este caso, favorable al ejercicio directo de este derecho por las personas trabajadoras.

En definitiva, a mi juicio, la interpretación sistemática del art. 28.2 LET conduce a afirmar que el registro salarial debe suministrar información, además de sobre las desigualdades salariales entre hombres y mujeres del mismo grupo profesional, sobre las discriminaciones salariales o diferencias de retribución para trabajos de igual valor. Además el registro debe atender a las diferencias salariales vinculadas a situaciones de embarazo, nacimiento y cuidados de hijo/a. Finalmente, el precepto debe interpretarse afirmando que las personas trabajadoras tienen derecho a acceder al registro salarial a través de sus representantes, o directamente, en caso de que no existan representantes²¹.

4.2. Obligación de justificar en el registro las diferencias salariales del 25% o superiores

El art. 28.3 ET prescribe que cuando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial, o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras.

A diferencia de la obligación de llevar el registro que recae sobre cualquier empresa, con independencia del número de trabajadores, la obligación de justificar diferencias salariales de género del 25% o superiores, solo se impone a las empresas de 50 o más trabajadores, lo que en principio no tiene una justificación clara, pues, de una parte, la carga para la empresa será el establecimiento del registro salarial y, de otra parte, la exigencia de una justificación de las diferencias salariales será menos gravosa si la empresa cuenta con un número inferior de trabajadores. En consecuencia, una regulación coherente impondría tal exigencia de justificación ante diferencias excesivas detectadas por cualquier registro salarial.

De otra parte, ese 25% o más de diferencias salariales por sexo se refiere en el texto de la norma a dos bases distintas, como serían el conjunto de la masa salarial y la media de las percepciones satisfechas. En este último caso, dado que se trata de los promedios recogidos en el registro podría pensarse que serían los valores salariales medios distribuidos por grupos profesionales categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Por lo que este 25%, solo en el segundo caso, sería un indicador de discriminación salarial entre hombres y mujeres.

Ahora bien, en este segundo caso, un 25% de diferencia salarial, sería un indicador altísimo, por lo que parece que el legislador se estaría refiriéndolo solo a una diferencia entre masa salarial desagregada por sexo.

.....

21 Pues sería absurdo que no tuvieran acceso, existiendo esta información registrada, al establecerse la obligación de transparencia para cualquier empresa, y ello a favor de sus trabajadores.

En base a lo anterior puede afirmarse que el precepto podría plantear problemas aplicativos. De un lado, el registro salarial se elabora con una distribución por sexos de valores salariales medios distribuidos por grupos, categorías o puestos de igual valor, y de otro lado, la exigencia de justificación de las diferencias salariales a partir de un 25% solo puede estar referida a cantidades salariales, solo desglosadas por sexo.

Quizás una interpretación razonable del precepto deba llevarnos a afirmar que, de una parte, cualquier discriminación salarial detectada en el registro entre trabajadores de uno y otro sexo para trabajos iguales y de igual valor debe ser corregida por la empresa (de acuerdo con los representantes). Y, de otra parte, cuando, aun no existiendo esas discriminaciones, el registro detecte diferencias absolutas por sexo superiores a un 25% será preciso aportar la justificación exigida por el art. 28.3 ET. Además, ya de *lege ferenda*, a mi juicio, quizás la norma debería haber concretado que la obligación de justificación debería corresponder a cualquier empresa.

4.3. Justificación de la diferencia salarial en motivos ajenos al sexo de las personas trabajadoras

Centrándonos ya en la exigencia de justificación, el art. 28.3 ET afirma que el empresario deberá incluir en el registro salarial una justificación de que dicha diferencia salarial del 25% responde a “motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras”. Diversas dudas suscita esta exigencia de motivación.

En principio, hemos de señalar que la norma ha importado una exigencia de justificación procedente del ámbito judicial, es decir, una exigencia de prueba al empresario/demandado, una vez que la persona demandante ha cumplido su carga probatoria de establecer un panorama indiciario de discriminación, que es propia de aquellos casos o supuestos de hecho de discriminaciones encubiertas.

Sin embargo, el supuesto de hecho descrito por la norma está más próximo al concepto de discriminación indirecta, pues cuestionaría una realidad empresarial, en materia salarial, con un efecto desproporcionado por razón de sexo, en concreto, con un efecto o impacto adverso, cifrado en un 25%, en perjuicio del colectivo de las trabajadoras. En estos casos, la justificación exigida por la normativa europea y española para que este sistema salarial no sea discriminatorio es un fin legítimo y la adecuación y proporcionalidad de la medida para conseguir este fin.

Por tanto, para centrar la cuestión de cuales puedan ser los motivos de justificación admitidos, de conformidad con el art. 28.3 del ET, por ejemplo, si serían motivos admisibles, la aplicación de convenios colectivos distintos en la empresa, o el ejercicio de permisos en casos de embarazo o nacimiento de hijo/a, creo necesario un breve análisis sobre las

justificaciones aceptadas, en materia de discriminación salarial entre hombres y mujeres, atendiendo a diversos grupos de casos judiciales. Es decir, en los supuestos relativos a discriminación salarial directa a discriminaciones salarial indirecta y a indemnidad económica por razón de embarazo y maternidad.

Por ello, analizaremos a continuación las distintas justificaciones admitidas y rechazadas, en los diversos casos relativos a discriminación salarial, a los efectos de poder abordar con mayor claridad los motivos que, en todo caso, no serían admisibles para justificar las diferencias de género, detectadas por el registro salarial.

4.3.1. Inexistencia de justificación en los casos de discriminación salarial directa y trabajos iguales

De partida, hemos de recordar que el Tribunal de Justicia, bajo el test de la prohibición de discriminación salarial directa, se enfrentaría originariamente a una denuncia de menor retribución de una trabajadora por iguales funciones, en el célebre caso *Defrenne II*²², consagrando después una doctrina que prohíbe las diferencias entre hombres y mujeres en los salarios²³.

En estos casos de discriminaciones salariales directas no se admite justificación y debe destacarse que el Tribunal de Justicia solo ha aceptado medidas económicas positivas en favor de las mujeres, para compensar las desventajas que, en sus carreras profesionales, se derivan de la situación de embarazo y maternidad. Así, el TJ ha declarado, por ejemplo, que el principio de igualdad de retribución no se opone al pago de una asignación a tanto alzado, reservada únicamente a las trabajadoras que inician su permiso de maternidad, siempre que dicha asignación esté destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas²⁴.

En España, las primeras sentencias constitucionales sobre discriminaciones directas para trabajos iguales fueron, paradójicamente, fruto de las reclamaciones de trabajadores-hombres y se inscribirían en la llamada, por Alonso Olea, doctrina constitucional del “varón discriminado”. Se trataría, en unos casos, de diferencias de trato salariales en favor de las mujeres, fundadas en razones de protección, que fueron consideradas inaceptables por el Tribunal Constitucional, y, en otros supuestos, fundamentadas por razones de conciliación, que si fueron declaradas constitucionalmente ajustadas²⁵. Más recientemente, en la doctrina ju-

.....

22 STJCE de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, C- 43/75.

23 En perjuicio de las mujeres: SSTJCE de 27.3.1980, *McCarthyLtd*, C-129/79, de 11/03/198, *Worringham*, C-69/80, de 9/06/1982. de 9.2.1982, *Caso Garland*, C-12/81 de 18.9.1984, *Caso Liefting*, C-23/83, de 17.2.1993, *Comisión contra Bélgica*, C-173/91. En perjuicio de los hombres: SSTJUE de 25/05/2000, *Podesta*, C-50/99, de 17/04/1997, *Evrenopoulos*, C-147/95.

24 Sentencia 16 /09/1999, *Oumar DaboAbdoulaye y otros* (C-218/98).

25 SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, 98/1983, de 15 de noviembre, 128/1987, de 16 de julio y 28/1992, de 9 de marzo.

dicial existen aún casos de discriminación salarial directa entre hombres y mujeres, así de doble escala salarial por razón de género²⁶ y, sobre todo, relacionados con complementos salariales (plus de calidad y complementos personales) que solo perciben los trabajadores hombres y no las mujeres, pese a realizar las mismas funciones, o que son abonados en cuantía inferior a las trabajadoras²⁷.

En definitiva, el principio de igualdad de retribución no se opone a discriminaciones salariales directas en favor de las mujeres como medidas compensatorias de las desventajas reales, por ejemplo, derivadas de las situaciones de embarazo y maternidad. Fuera de este supuesto, el de la “compensación de desventajas reales”, no resultaría admisible justificación alguna para una discriminación salarial directa (que la Directiva 2006/54, en el art. 14.2, solo establece para el acceso a determinadas actividades profesionales).

4.3.2. Justificación en los casos de discriminación salarial indirecta y trabajo a tiempo parcial

La discriminación indirecta se define por la normativa comunitaria y española como la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. El concepto se compone de dos elementos, la apariencia de discriminación fruto del efecto adverso sobre las mujeres de una medida neutra y la ausencia de justificación.

El primer grupo de casos judiciales de discriminación indirecta fue protagonizado por las trabajadoras con contrato a tiempo parcial. El concepto de discriminación indirecta fue formulado, en efecto, por el Tribunal de Justicia precisamente en supuestos de diferencias retributivas de las trabajadoras a tiempo parcial y que fueron declaradas discriminaciones salariales indirectas al carecer de justificación y afectar mayoritariamente a las mujeres (sobre la base de que en Europa son las mujeres las que de forma predominante utilizan esta modalidad contractual)²⁸.

Así, fue considerada discriminatoria por razón de sexo, la retribución inferior de la hora de trabajo para el trabajo a tiempo parcial²⁹, la exclusión de los trabajadores a tiem-

.....

26 Cfr., STSJ Valencia 28/09/1999 (Rec. 2354/1999).

27 Plus de calidad que no se abona a camareras y sí a camareros: SSTSJ Islas Canarias (Las Palmas) 21/12/2006 (Rec. 485/2003) y de 31/01/2007 (Rec. 342-343/2004) Complemento personal en menor cuantía a las mujeres: STS Justicia de Castilla y León (Valladolid) 19/06/2013 (Rec. 909/2003).

28 El concepto aparece en la STJCE 31/03/1981, Jenkins, C-96/80 y cristaliza en la STJCE 3/05/1986, Bilka, C-170/84.

29 STJCE de 31/03/1981, JenKins, C-96/80.

po parcial de un sistema empresarial de pensiones³⁰, las diferencias en su perjuicio en la pensión por incapacidad³¹, la exclusión de beneficios unidos a la extinción del contrato³², las diferencias en su perjuicio en el cómputo de la antigüedad, y por tanto en el acceso al complemento salarial correspondiente³³, la diferencias en su perjuicio en la retribución del crédito horario³⁴, las diferencias en la compensación por participación en períodos de formación a los miembros del Comité de Empresa³⁵, o la exclusión de trabajadores a tiempo parcial de la participación en un régimen profesional que permite disfrutar de una pensión de jubilación complementaria³⁶. También se ha declarado contrario a la igualdad salarial la exigencia de trabajar el mismo número de horas extraordinarias para tener derecho a una retribución a los docentes a tiempo parcial que a los docentes a tiempo completo³⁷, así como la inferior remuneración de las horas extraordinarias, para el trabajo a tiempo parcial³⁸.

Por lo que respecta a la justificación de estas discriminaciones salariales indirectas, el TJUE ha insistido en que la menor retribución de los trabajadores a tiempo parcial ha de basarse en factores que se justifiquen objetivamente, por razones ajenas a toda discriminación basada en el sexo³⁹. En relación con este último extremo, es preciso aclarar que es más apropiado exigir que la medida cuestionada persiga un fin legítimo y sea además necesaria y adecuada para alcanzar tal fin. Por lo demás, el Tribunal de Justicia ha afirmado la existencia de discriminación cuando la exclusión de determinado concepto salarial de los trabajadores discriminados deriva de la aplicación del convenio colectivo, es decir, no ha admitido su justificación en tales casos⁴⁰.

4.3.3. Justificación en los casos de discriminación salarial indirecta y trabajos de igual valor

El segundo gran grupo de casos analizados bajo el test de discriminación salarial indirecta está referido a diferencias retributivas ligadas a la infravaloración de los trabajos realizados por las trabajadoras. Bajo este test se han analizados criterios de evaluación de los trabajos.

.....

30 STJCE de 13/05/1986, Bilka, C-170/84.

31 STJCE de 13/07/1989, Rinner-Kühn, C-171/88

32 STJCE de 27/06/1990, Kowalska, C-33/89.

33 STJCE de 7/02/1991, Nimz, C-184/89.

34 STJCE de 4/06/1992, Bötzel, C-360/90.

35 STJCE de 6/02/1996. Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation, C-457/93.

36 STJCE de 10/02/2000, Deutsche Telekom, C-234/96 y C-235/96.

37 STJCE de 27/05/2004, Edeltraud Elsner-Lakeberg, C-285/02.

38 STJCE de 6/12/2007, Ursula VoB, C-300/06.

39 Sentencia de 6/12/2007, VoB, C-300-06 (apartados 42 y 43).

40 Sentencia de 9/09/1999, Krüger, C-281/97.

Centrando nuestra atención en la doctrina del Tribunal de Justicia, éste había considerado no discriminatorio por ejemplo el criterio de la “antigüedad”⁴¹, afirmando, por el contrario, que criterios como la “flexibilidad” y la “formación profesional”, por su efecto adverso sobre las mujeres, exigirían acreditar su importancia para el trabajo⁴².

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional ha seguido la doctrina del Tribunal de Justicia, declarando discriminatorias diferencias salariales en perjuicio de mujeres que realizaban trabajos feminizados de similar valor a otros masculinizados, afirmando la necesidad de utilizar criterios de valoración comunes y neutros en sus efectos sobre los trabajadores de uno y otro sexo. Así, se analizaron bajo el test de la discriminación indirecta sistemas clasificatorios o criterios de valoración del puesto de trabajo como la “penosidad” y el “esfuerzo físico”; criterios “sospechosos”, por su falta de neutralidad, cuyo empleo debe estar condicionado a su esencialidad y a su combinación con otros criterios neutros de valoración⁴³.

Por lo que se refiere a nuestra jurisprudencia ordinaria y doctrina judicial, en el presente siglo, bajo el test de discriminación indirecta, se han analizado criterios de valoración de puestos de trabajo y se han declarado admisibles por su neutralidad los relativos a la responsabilidad y los conocimientos⁴⁴. También, bajo el test de la discriminación indirecta, se ha analizado y declarado discriminatoria la aplicación injustificada de un “plus voluntario absorbible” con un efecto adverso sobre las trabajadoras⁴⁵ y la aplicación de un “plus de productividad”, abonado en inferior cuantía en las categorías feminizadas, también carente de una justificación objetiva⁴⁶.

Por lo que respecta al segundo elemento de la discriminación indirecta, es decir, la ausencia de justificación, el Tribunal de Justicia afirmaría que los criterios que tengan un efecto adverso para las mujeres (por ejemplo el esfuerzo físico⁴⁷, fatiga muscular, penosidad física) han de ser necesarios para el trabajo (necesidad que no debe medirse basándo-

41 SSTJCE de 17/10/1989, Danfoss, C-109/88 y de 30/10/2006, Cadman, C-17/05 (sin necesidad de justificación).

42 SSTJCE de 17/10/1989, Danfoss, C-109/88, de 11/05/1999, AWG, C-309/97 y de 30/03/2000, JämO, C-236/98.

43 V. SSTC 145/1991, de 1 de julio, 58/1994, de 22 de febrero y 147/1995, de 16 de octubre. También debe citarse la STC 286/1994 sobre criterios neutros (responsabilidad, atención rigurosa, mayor destreza) que legitimaban la diferencia salarial existente. Finalmente, las SSTC 183/2000, de 10 de julio y 250/2000, de 30 de octubre, ponen un sorprendente punto final a nuestra doctrina constitucional sobre discriminación salarial de las mujeres que desarrollan trabajos de igual valor que sus compañeros hombres.

44 STSJ de Cataluña de 9/01/2004 (Rec. 956/2002).

45 STS de 14/05/2014 (Rec. 2328/2013): la cuantía era de 168,19 euros y 118,42 euros/mes en departamentos con mayoría de hombres (camareros de bares y cocina), y de 10,37 euros/mes en departamento (camareras de pisos) en el que solo trabajan mujeres.

46 En relación con la discriminación salarial de las camareras en el sector de la hostelería: STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 2/11/2017, (Rec. 461/2017), que declara la nulidad del pacto salarial por el que una empresa hotelera abona un inferior plus de productividad a las camareras de piso que al personal de cocina y sala, pese a estar en el mismo grupo profesional aunque con distinta categoría. Importante sentencia en relación con las exigencias de justificación de la discriminación salarial indirecta (FJ 38 y 42).

47 STJCE de 1/07/1986, Caso Rummler, C-237/85.

se solo en valores correspondientes a los resultados medios de los hombres) y, su utilización en el sistema clasificatorio, debe “compensarse” o “neutralizarse”, en la medida que la naturaleza de las tareas lo requiera, con la introducción de otros criterios que favorezcan a las mujeres (así se identifican la habilidad manual, responsabilidad, atención, fatiga mental). Nuestro Tribunal Constitucional exigiría igualmente a los criterios de valoración del trabajo con efecto adverso dos requisitos, esencialidad para el desempeño del mismo y su combinación con otros criterios neutros de valoración.

El Tribunal de Justicia ha considerado así que concurren razones económicas, objetivamente justificadas y relacionadas con las necesidades y los objetivos de la empresa, cuando se analizaron, bajo el test de discriminación indirecta, criterios de valoración del trabajo como la flexibilidad, o la adaptabilidad de los horarios y de los lugares de trabajo, la formación o la antigüedad del trabajador.

Pues bien, el TJUE valida como justificados a priori criterios como el de la antigüedad⁴⁸, admite que el interés por mantener unas buenas relaciones laborales puede ser tomado en consideración, entre otros elementos, por el órgano jurisdiccional nacional⁴⁹ y, aunque no acepte como justificación de discriminaciones salariales entre hombres y mujeres la existencia procesos de negociación colectiva diferentes, igualmente, declara que corresponde al órgano judicial determinar, aplicando en caso necesario el principio de proporcionalidad, si y en qué medida la escasez de candidatos para una función y la necesidad de atraerlos mediante salarios más elevados constituyen una razón económica objetivamente justificada⁵⁰.

Finalmente, sobre la identificación de la justificación de una discriminación indirecta con una “razón objetiva y ajena al sexo” hemos de realizar una observación, pues la misma aparece, en ocasiones, en las sentencias europeas al mismo tiempo que se completa tal exigencia, acertadamente, con la aplicación del principio de proporcionalidad o, de forma más explícita, con la exigencia de necesidad y adecuación de la medida cuestionada, tal y como exige expresamente este concepto en la Directiva 2006/54/CE. Y debe de llamarse la atención pues, en los casos resueltos entre nosotros, los tribunales vienen afirmando, en muchas ocasiones en las que se declara la existencia de una discriminación salarial indirecta, que no existe o no resulta acreditada una justificación objetiva al margen del sexo⁵¹.

Sin perjuicio de que en la práctica no tiene relevancia, pues se declara la existencia de la discriminación salarial denunciada por las reclamantes, lo cierto es que desde una perspectiva teórica debe destacarse que bajo el test de la discriminación indirecta es otra la

.....

48 STJUE de 30/10/2006, Cadman, C-17/05.

49 Sentencia de 28/02/2013, Kenny, C-427/11.

50 Sentencia de 27/10/1993, Enderby, C-127/92.

51 Así la relevante STS de 14/05/2014 (Rec. 2329/2013).

justificación que debe ser aportada. Como señala la norma aplicable, es preciso justificar que la medida cuestionada persiga una finalidad legítima y que sea además necesaria y adecuada para tal fin. Admitir como justificación la existencia de una razón objetiva ajena al sexo no es acorde con el concepto de discriminación indirecta en la que, por definición, no existirá una diferencia salarial fundada en el sexo. Lo que se debe exigir es que tal justificación se base en una finalidad legítima y que los medios para alcanzarla deban ser idóneos y necesarios para conseguirla.

En definitiva, de los casos vistos se deduce que las discriminaciones salariales por infravaloración de los trabajos ocupados por mujeres, derivan de una parte de los contenidos salariales de los convenios colectivos⁵². De otra parte, también derivan de la política retributiva empresarial. Las discriminaciones salariales se conectan con esos complementos individuales, que con diversas denominaciones, reciben los trabajadores mejorando las cantidades salariales pactadas en los convenios colectivos y que pueden determinar diferencias salariales en perjuicio de las mujeres. Por ello, la exigencia de transparencia salarial es necesaria.

4.3.4. Justificación en los casos de discriminación económica por embarazo y nacimiento de hijo/a

La igualdad salarial entre hombres y mujeres también resulta concernida si las trabajadoras sufren perjuicios profesionales y económicos, como consecuencia de las situaciones de embarazo, nacimiento y cuidado de hijo/a. Como recuerda de forma reiterada el Tribunal de Justicia, el objetivo perseguido por las reglas del Derecho de la Unión que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el campo de los derechos de las mujeres embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, consiste en protegerlas antes y después del parto⁵³.

El TJUE ha declarado concernido el principio de igualdad salarial en casos de limitaciones de los derechos o expectativas económicas y profesionales de las trabajadoras por razón de su embarazo y maternidad⁵⁴.

Nuestros Tribunales han declarado, en numerosas ocasiones, contrarios a la prohibición de discriminación por razón de sexo diversos resultados perjudiciales para las trabajadoras, que traían causa del ejercicio de derechos ligados al embarazo o a la maternidad,

52 A estos efectos, caben diversas medidas como un preceptivo informe de impacto de género de los convenios colectivos, intensificar el control de legalidad, el registro y control de acuerdos colectivos de empresa. Tampoco deben olvidarse la conveniencia de imponer la composición paritaria del banco social y del banco económico de los convenios colectivos.

53 STJUE de 19/10/2017, Otero Ramos, C 531/15 (apartado 57).

54 STJCE 18/11/2004, Sass, C-284/02.

garantizándose así que sus derechos y expectativas profesionales y económicas no resulten afectados por tales motivos. En términos generales, podemos afirmar que el Tribunal Supremo ha declarado contraria al art. 14 CE la práctica empresarial que computa como ausencias, la baja maternal y por riesgo de embarazo, a los efectos de acreditar el número de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los incentivos variables⁵⁵. El TJUE había ya declarado que el tiempo del permiso de maternidad debe computar como tiempo de servicios prestados.

Por su parte, la Audiencia Nacional en una sentencia reciente⁵⁶ ha señalado que no incluir determinados conceptos salariales en el abono de los permisos vinculados con la conciliación familiar discrimina a la mujer (DI por razón de sexo). Y ello porque la merma retributiva con que se penaliza a quien ejercita su derecho a la ausencia supone una vulneración del principio de igualdad de trato de mujeres y hombres, siendo notorio que la mayor parte de las personas que hacen uso de estos permisos son mujeres con cargas familiares.

En la doctrina constitucional sobre estos casos es preciso destacar el estrecho margen para la apreciación de una justificación ante situaciones profesionales peyorativas derivadas de la maternidad, en tanto que se configuran como discriminaciones directas por razón de sexo. El TC afirma que las exigencias del art. 14 CE proscriben la obtención de un resultado desfavorable para la mujer trabajadora, “incluso cuando éste derive de una interpretación formalmente neutra de las normas jurídicas”⁵⁷, o que no puede tener valor legitimador “la falta de previsión normativa”⁵⁸. Y, en la misma línea, no admite como justificación para negar el reconocimiento a la empleada de sus derechos económicos y administrativos con carácter retroactivo que la normativa aplicable “establezca la misma regla para todas las licencias o permisos”⁵⁹.

En definitiva, frente a tales perjuicios profesionales y económicos derivados del embarazo y la maternidad no resultan admisibles justificaciones relativas al hecho de que el empresario se encuentre en el ejercicio de actos amparados por la legislación laboral pues, incluso si concurriera causa legal, la libertad empresarial no alcanzaría a la producción de resultados inconstitucionales, no siendo admisible una minusvaloración o perjuicio en las condiciones de trabajo inmediatamente asociados a la maternidad, al constituir una discriminación directa por razón de sexo (art. 14 CE). Por ello, para el TC, los permisos y licencias legalmente establecidos, con motivo de la gestación y posterior alumbramiento

.....

55 STS 10/01/2017(Rec. 283/2015); SAN 27/11/2018 (Rec 302/2018); STS de 31/03/2015 (Rcud. 1505/2014) y STS de 27/05/2015 (Rec. 103/2014).

56 SAN 24/5/2019 (Rec. 882019).

57 STC 214/2006, de 3 de julio, (suspensión de la demanda de empleo) (FJ 5).

58 Falta de previsión de los supuestos de aplazamiento del curso de prácticas por causa de parto y/o maternidad en el Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre: STC 66/2014, FJ 5.

59 V. art. 245 del Reglamento de la carrera judicial y la STC 162/2016, FJ 6.

(en tanto conectados con la protección de la salud e integridad del feto y de la madre) no pueden quedar equiparados al resto de permisos y licencias. De esta forma, nuestro Tribunal Constitucional se aparta del régimen jurídico común de los permisos y licencias para establecer soluciones favorables a los derechos económicos y profesionales de las trabajadoras. Para el TC, esta protección constitucional *ex art 14 CE*, asociada a factores diferenciales, que inciden en las mujeres, se fundamenta “en la necesidad de compensación de las desventajas reales”, “en la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquellas tiene el hecho de la maternidad y la lactancia”. Por su parte, nuestro TS sigue esta misma doctrina constitucional⁶⁰.

Por tanto, los perjuicios profesionales y económicos derivados del ejercicio del derecho de maternidad y de conciliación serían una discriminación directa/indirecta que no admite justificación y más concretamente no admite como justificación que la normativa aplicable “establezca la misma regla para todas las licencias o permisos” (STC 162/2016, (FJ 6)).

4.3.5. Consideraciones conclusivas sobre la justificación de las diferencias superiores al 25%, detectadas en el registro salarial

El principal problema interpretativo del art. 28.3 LET será que motivos podrán justificar una diferencia salarial entre hombres y mujeres del 25 % o superior. El legislador afirma que han de ser motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras.

Como ya hemos afirmado, de partida, llama la atención que esta exigencia de justificación es la aplicable judicialmente en casos o supuestos de hecho de discriminaciones encubiertas, cuando el supuesto de hecho descrito por el citado art. 28.3 LET es más próximo al concepto de discriminación indirecta. En efecto, esta norma describe o mejor cuestiona una política empresarial, en materia salarial, con un efecto desproporcionado por razón de sexo, en concreto, un efecto adverso cifrado en un 25%, en perjuicio de las mujeres. En estos casos, la justificación exigida (por la normativa europea y española) para que este sistema salarial no sea discriminatorio sería la exigencia de prueba de un fin legítimo y la adecuación y proporcionalidad de la medida para conseguir este fin. Por ello, en tales términos deberíamos interpretar la exigencia de justificación expresada por el art. 28.3 ET.

Pues bien, la doctrina analizada nos puede arrojar cierta luz sobre cuales puedan ser los motivos de justificación admitidos, de conformidad con el art. 28.3 LET.

De partida, no sería admisible que la diferencia salarial cuestionada (del 25% superior entre hombres y mujeres) pudiera justificarse por la aplicación de convenios colectivos

.....

60 SSTC 214/2016, de 3 de julio (FJ 6), 109/1993, de 25 de marzo (FJ 6), 128/1987, de 16 de julio (FJ 10) entre otras.

V[ef]` fae W `S W b[MSz7` eWg` Va `gYSd fS_ T[é` dWg`fS USca WWS VaUd` S `gV[US^
S` S[ISVS cgW a e[MS` SV_ [eT`W`gef[XLSU]a` W`WWS^V[XWU]S eS`SdS^La` WWSVSe a
W[h]SVSe WWWU]a WWWU]ae WWSgeWU]S bade[fgSU]a` W`WWW T[S]al` SU_ [Wfa
k Ug[VSVa WZ]a!Z]S7` fWUW`gYSd `S V[XWU]S eS`SdS^h[` Ug`SVS S`S_ WaddW[Tg-
U]ò` WWae f[S]S[Vad]S f[W ba bSd]S^ea`a baVdà`gef[XLSd]WV X[S]fadWcgV[W]gef[X-
cgW aT[W]hS_ WfWbadd]a` W`SWS eSfaVS V[e]Ud_ [` SU]ò` TSeSVS W W[Na 7` UgSfa
`gYSd `Se V[XWU]Se eS`SdS^WLa` eWgWU]S WW[XWU]Se W La_ b`W Wfae [V[h]VgS-
`W`ha`g` fS]a[e] W`ST`W[Vae bad `S W b[MS _ Vad` Va WLa` hW]a La`W[h]ha Sb[UST`W
fS_ baLa baVdà` `gef[XLSd]fS`W V[XWU]Se eS`SdS^W e] bW]gV[US` S `Se f[S]S[Vad]S eZ7`
cg[] fa `gYSd e] `S V[XWU]Se eS`SdS^W UgV]a` SVSe WfdWZa_ TdWk _ g`W`W[h]S`
WWS Sb[US]ò` WU]fW]ae WWS^ad]U]ò` WWae f[S]S^ae La` W`Wfae SVh]ae ZW]ae WW
Sb[US]d`S VaUd` S W`F]Tg` S^W`gef[U]Sk W`g`W]d]a F]Tg` S^5a` e]f]gU]a` S`z5a_ a eW
dW]d]S`k kS ZW]ae SXd_ S]Va S` fW]ad_ WfWae U]fW]ae WWS`gSU]ò` cgW`WYS` g`
W`W]a SVh]a bSd `Se_ g`W`W`W`W`W`X]G]a X]e]L]a] X]f]YS_ ge]g`Sd bWae[VSV X]e]US
S X]M]T] [VSV k X]d_ SU]ò` f]ZS` W`W` W`S]d]ae bSd Wfd]S]a / W`W]VSV cgW a WWW
_ W]d]W]Seà` VaeW]a`a W hS^ad]W]ad]W]ba` V]W]f]S `ae dW]g`f]S]vae_ W]ae W]ae Za_ -
TdW]k eg gf[]SU]ò` W W]e]f]W S US]e]X]S]f]ad]a] W]W]La_ bW]e]S]d]W]a z` W]f]d]S]l]S]e]W
`S_ W]V]S]cg]WS` S]fg]d]MS W]S]e]f]S]S]e`a dW]g]V]S]La` `S [f]d]V]g]U]ò` W]f]d]ae U]f]W]ae
cgV]S]h]ad]MS` S `Se_ g`W`W`S]e] e]W]W]f]X]S` `SZSI[]VSV_ S` gS]d]W]ba` e]SI[]VSM]S]f]W-
U]ò` i X]f]YS_ W]f]S`f]z

' ž@AF3E5A@5>GE;HBEEA4D7 7> D79;EFDA E3>3D;3>

> S [badS` U]S WWS fd` ebSdWU]S eS`SdS^La_ a [`efdg_ Wfa W X]h]ad]WWS [YgS^VSV
eS`Sd]S]1 Wfd]W]f]S]S[Vad]W]k f[S]S[Vad]e]l W]W]W]S]d]S^W]ST`W]_ [Wfa W]W]h]a k S^
W]S]d]a`a W]d]W]e]f]d]a eS`Sd]S^W `Se W b[MS eZ7e U]W]fa cgWS dW]g`SU]ò` ZgT]W]S W]Y]-
Va_ SkadLa` U]W]ò` W d]MSU]ò` La` eg X] S[V]SM] b]d]U]W]_ [Wfa W]S]U]fg]SU]ò` k eS` U]ò`
W]b]W]X]LS/W]U]S]ea W]W] Ug_ b]_ [W]f]a]f]ik cg]W]S]W]W] a]d] ZgT]W]S e]Va abad]g` S `S b]d]W]e]ò`
W]g` W]S]d]a`a d]VS_ W]f]S]d]a WWS_ [e_ S]z

7` faVa U]Seal bSd]W]W W]S]d]S]g` S [f]W]b]MSU]ò` W]S]d]z`S`z`%7F X]h]ad]T]W]S `S [YgS^
VSV eS`Sd]S]z`3e]l S_ [`g]U]a]l W b]d]_ W]g`YSd W]d]W]e]f]d]a eS`Sd]S^W]W]e]g_ [`ef]d]d] [X]d
_ SU]ò` i SW] a]e W]e]a T]d]W]S e]W]Y]g]S^V]S]W]e]S`Sd]S^W]W]f]d]W]Za_ TdW]k _ g`W`W]W]_ [e_ a
Y]g]b]a b]d]X]a` S]1 e]a T]d]W]S e]V]e]U]d_ [` SU]a` W]e]S`Sd]S^W]a V[XWU]Se W]W]d]T]g]U]ò` bSd
f[S]S]ae W]Y]g]S^h]S^ad]FS_ T[é` W]W]W]S]f]W]W]S]S]e V[XWU]Se eS`Sd]S^W]h[` Ug`SV]S]e]S^

trabajo a tiempo parcial y a las situaciones de embarazo, nacimiento y cuidados de hijo/a. En segundo lugar, las personas trabajadoras deben tener derecho a acceder al registro salarial a través de sus representantes o directamente, en caso de que no existan representantes.

Por lo que respecta a la exigencia de justificación de las diferencias salariales de género a partir de un 25%, la interpretación del precepto debe llevarnos a afirmar que, de una parte, cualquier diferencia salarial detectada en el registro entre trabajadores de uno y otro sexo para trabajos iguales y de igual valor debe ser corregida por la empresa (de acuerdo con los representantes). Y de otra parte, cuando, aun no existiendo esas discriminaciones, el registro detecte diferencias absolutas por sexo superiores a un 25% será preciso aportar la justificación exigida por el art. 28.3 ET. Además, ya de *lege ferenda*, a mi juicio, quizás la norma debería haber concretado que la obligación de justificación debería corresponder a cualquier empresa.

En cuanto a los concretos motivos de justificación, el art. 28.3 ET afirma que el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia del 25 % o superior responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras. Se trata de una exigencia de justificación propia de casos o supuestos de hecho de discriminaciones encubiertas, cuando el supuesto de hecho descrito por la norma es más próximo al concepto de discriminación indirecta pues cuestionarían una política empresarial, en materia salarial, con un efecto desproporcionado por razón de sexo, en concreto, un efecto adverso cifrado en un 25%, en perjuicio de las mujeres. En estos casos, la justificación exigida por la normativa europea y española para que este sistema salarial no sea discriminatorio sería la exigencia de prueba de un fin legítimo y la adecuación y proporcionalidad de la medida para conseguir este fin. Y, en tales términos, debemos interpretar la exigencia de justificación expresada por el art. 28.3 ET.

Por tanto, hemos de acudir a la doctrina del Tribunal de Justicia, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo para arrojar cierta luz sobre cuales puedan ser los motivos de justificación admitidos, de conformidad con el art. 28.3 del ET, y así no sería admisible como justificación, como se ha visto, la aplicación de convenios colectivos distintos en la empresa, el ejercicio de derechos de ausencia por situaciones de embarazo, nacimiento y cuidado de hijo/hija, o la aplicación de complementos individuales o de criterios de valoración de los trabajos con efectos discriminatorios, en los términos analizados por nuestros Tribunales.

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA CON FINES DE CONCILIACIÓN ¿HASTA DÓNDE LLEGA EL AVANCE?

*THE NEW REGULATION OF THE ADAPTATION
OF THE DAY FOR CONCILIATION
UNTIL WHERE DOES THE PROGRESS COME?*

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

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

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019

Fecha de aceptación: 2 de diciembre de 2019

SUMARIO: 1. BREVE INTRODUCCIÓN. 2. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO A LA CONCRECIÓN Y ADAPTACIÓN HORARIA CON FINES DE CONCILIACIÓN. 3. EL MEDIOCRE PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ARTICULACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN. 4. EL “NUEVO” DERECHO A LA ADAPTACIÓN HORARIA. 5. ALGUNAS CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

RESUMEN: La posibilidad de disponer del propio tiempo no es solo un afán humano universal y básico, sino una herramienta imprescindible para que las personas que trabajan puedan atender debidamente sus responsabilidades familiares. Para ello han existido desde siempre derechos laborales relacionados con el tiempo de trabajo y con la continuidad de la prestación. Lo que se analiza ahora es la reciente modificación del art. 34.8 ET en virtud del RDL 6/2019, que tiene el propósito de hacer efectivo el derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, y de la forma de la prestación; un derecho que en su anterior conformación había quedado prácticamente vacío de contenido.

ABSTRACT: The possibility of having your own time is not only a universal and basic human eagerness, but an essential tool for working people to properly meet their family responsibilities. There have always been labor rights related to working time and the continuity of the relationship. What is analyzed now is the recent modification of art. 34.8 ET under RDL 6/2019, which has the purpose of realizing the right to adapt the duration and distribution of the workday; a right that in its previous conformation had been virtually empty of content.

PALABRAS CLAVE: Conciliación familiar; igualdad; tiempo de trabajo; flexibilidad; jornada; horarios.

KEY WORDS: Combining family and work; equality; working time; flexibility; work schedules.

1. BREVE INTRODUCCIÓN

Si había una materia que justificaba una intervención como la que se lleva a cabo mediante la aprobación del *RDL 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*,¹ con todo lo discutible que pueda ser esta norma, es precisamente la relativa a la formulación del derecho individual a la adaptación de la jornada de trabajo con fines de conciliación que se contiene en el art. 34.8 ET.

Previamente al análisis a fondo de la nueva regulación convendría comenzar recordando que el ordenamiento laboral, desde sus orígenes, ha contemplado el hecho biológico de la maternidad y lo que esta comporta –en esencia, necesidad de proteger la salud de la madre y la de su hijo, y procurar el cuidado del recién nacido– atribuyendo a las mujeres trabajadoras unos derechos básicos capaces de hacer compatibles productividad y reproductividad.² Derechos cuyos perfiles se han mantenido prácticamente incólumes e inalterados hasta que la promulgación de la Constitución española en 1978 y la integración de nuestro país en 1985³ en la entonces denominada Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea (UE), adicionan a la configuración y sentido primigenios de este conjunto institucional los relevantes matices que derivan de la consagración del principio de igualdad entre hombres y mujeres; del reconocimiento del derecho al trabajo como un derecho básico de las personas, que no debería poder verse comprometido ni amenazado a resultas del ejercicio de los derechos derivados de la maternidad y la conciliación;⁴ y, en fin, del compromiso de los poderes públicos con la protección integral de las familias.



1 BOE 7 de marzo.

2 Me he ocupado de la regulación histórica de esos derechos en C. MARTÍNEZ MORENO, “El seguro de maternidad”, en VV.AA., *Legislación histórica de previsión social* (J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, dir.), Aranzadi, Thomson–Reuters (Legal), Navarra, 2009, pp. 91 y ss.; y, más recientemente, de los grandes hitos de su evolución en C. MARTÍNEZ MORENO, “La protección de la maternidad en el Derecho del Trabajo: del hecho biológico a la conciliación corresponsable”, en Eds. M^a I NÚÑEZ PAZ y P. JIMÉNEZ BLANCO, coord. L. SUÁREZ LLANOS, *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 361 y ss.

3 Con plenos efectos desde el primero de enero de 1986.

4 Como con firmeza destaca la STS de 11 de mayo de 2016 (Rec.3245/14) [ECLI:ES:TS:2016:2527], caso *Merkal Calzados*, a propósito de la regla sobre nulidad del despido sin causa de la embarazada que se formula en el art. 55 b) ET, “el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante, junto con la desigualdad retributiva, con que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales...”.

El siguiente hito trascendental en la ordenación de esta materia lo constituyó la *Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*,⁵ que tuvo la virtualidad de emplear por vez primera el término “conciliación”, otorgándole carta de naturaleza como categoría legal para que, con posterioridad, el propio TC se refiriese a la “dimensión constitucional” de las medidas que la facilitan.⁶ Esto último supondrá que el órgano judicial que haya de dirimir las controversias a que su ejercicio pudiera dar lugar se verá obligado a realizar un análisis no de mera legalidad, sino valorando o ponderando a su vez el derecho fundamental que está en juego.⁷

Pero esta ley contribuyó también a insistir en el necesario reparto equilibrado de tareas y responsabilidades entre hombres y mujeres característico de la normativa comunitaria, con la consiguiente individualización del ejercicio de estos derechos –que, no obstante, en ese momento no fue completa–; intensificó asimismo la protección de la salud de la trabajadora al considerar las situaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural; y ahondó, en fin, en las garantías para el empleo por medio de una tutela reforzada en los casos de despido.

Pero fue la emblemática, y no poco cuestionada en su momento, *LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*⁸ la encargada de adicionar al art. 34 ET un nuevo apartado, el 8,⁹ en el que se reconocía un genérico derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectiva la posibilidad de conciliar la vida personal, familiar y laboral. Regulación que, paradójicamente, se completa en la *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*,¹⁰ mediante otro añadido, el de un segundo párrafo al art. 34.8 ET en el que se apuntaba ya y se dejaba patente que esa modulación se habría de proyectar de modo central sobre la ordenación de los horarios y las distintas fórmulas o diseños de la jornada, al establecerse una “obligación de promover el uso de jornadas continuadas, horarios flexibles u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que sean más compatibles con la garantía de esos derechos y la mejora de la productividad de las empresas.” Pues bien, veamos a continuación qué fue de esa novedosa y avanzada regulación y de su aplicación práctica.



5 BOE 6 de noviembre.

6 SSTC 3/2007, de 15 de enero [ECLI:ES:TC:2007:3] y 26/2011, de 14 de marzo [ECLI:ES:TC:2011:26].

7 El de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el caso de la STC 3/2007, y en la mayor parte de los casos, bien porque las medidas se refieren al hecho biológico de la maternidad, bien porque mayoritariamente son solicitadas o ejercitadas por mujeres; y el de no discriminación por las circunstancias familiares, en el caso de la STC 26/2011, por cuanto era un varón –el padre– quien pretendía la adscripción al turno de noche durante todo el curso escolar para ocuparse de sus dos hijos.

8 BOE 23 de marzo.

9 En su disposición adicional décimo primera.

10 BOE 7 de julio.

2. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO A LA CONCRECIÓN Y ADAPTACIÓN HORARIA CON FINES DE CONCILIACIÓN

El precepto legal al que se acaba de hacer alusión comenzaba afirmando textualmente: “el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada...” para conciliar; lo cual, sin forzar lo más mínimo la literalidad de la norma, hubiese permitido considerar que se estaba reconociendo y garantizando un verdadero derecho subjetivo a la adaptación con fines de conciliación de manera directa e incondicionada.¹¹ Sin embargo, el inciso final en el que se alude a que tal posibilidad se ejercitaría “en los términos que se (establecieran) en la negociación colectiva...” hizo prevalecer la interpretación más restrictiva de las posibles, según la cual el art. 34.8 ET contenía una regulación incompleta, requerida del auxilio de la norma colectiva.¹² De modo que cualquier posibilidad de adaptar los tiempos de trabajo quedaba sujeta a que el convenio que resultase de aplicación lo hubiese previsto y hubiese también articulado los términos del ejercicio de aquel derecho.

Es posible que esa pauta hermenéutica viniera propiciada por el contraste con lo que disponía a propósito de la concreción horaria en los casos de reducción de jornada por lactancia o para el cuidado de menores y familiares dependientes el art. 37.6 ET,¹³ que atribuía la determinación del período de disfrute y el nuevo régimen horario al trabajador, dentro de su jornada ordinaria, y sin perjuicio de que en los convenios pudiesen disponerse criterios para dicha concreción, atendiendo a los diversos intereses de cada parte.¹⁴ De todos modos, también este instrumento para la conciliación suscitó no pocas dudas aplicativas, que fueron igualmente objeto de soluciones judiciales restrictivas, dejando en parte vacío de contenido el derecho a acomodar los tiempos de trabajo para atender responsabilidades o situaciones de necesidad que puedan surgir en el ámbito familiar. En resumidas cuentas, concreción horaria y adaptación de la jornada acabaron siendo proclamaciones meramente formales o eminentemente re-

11 Entre otros, así lo afirmaba A. PASTOR MARTÍNEZ, “La concreción de la reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares. La judicialización de cuestión mal resuelta”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2009, p. 99 y ss.; y el mismo autor más tarde en “La ordenación del tiempo de trabajo desde una perspectiva de género”, en AA.VV., *La docencia del derecho con perspectiva de género*, Ed Dykinson, Madrid, 2018.

12 Sobre dicha interpretación, ver por todos J.L. MONEREO PÉREZ y J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Comares, Granada, 2019, p. 230.

13 Redactado por el número 3 de la disposición final primera de la *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (BOE 7 de julio).

14 El empleo en el art. 37.6 ET de un punto y seguido y un “no obstante” favorecía en verdad esa dispar interpretación de la reglas relativas a la concreción horaria y a la adaptación de la jornada.

tóricas, carentes en buena medida de parte de su contenido, su verdadero sentido y su utilidad real.

Por de pronto, y empezando específicamente por el asunto de la concreción horaria, la exigencia de que la misma se llevase a cabo por el trabajador –dicho sea de paso, casi siempre una trabajadora– una vez fijado el alcance de la reducción de la jornada, y “dentro de su jornada ordinaria”, supuso, por una parte, la negación de toda posibilidad de variar horarios o turnos sin disminución de la duración de la jornada de trabajo; y, en segundo término, idéntica imposibilidad de alterar la ordenación de los tramos temporales de la prestación una vez determinado el alcance de la minoración.

Sobre lo primero, las SSTs de 13 de junio de 2008 (Rec.897/07) [ECLI: ES:TS:2008:4494] y 18 de junio de 2008 (Rec.1625/07) [ECLI: ES:TS:2008:4569], ambas dictadas por el Pleno de la Sala, y ambas con sendos votos particulares,¹⁵ llegaron a la conclusión de que una petición de cambio de horario o turnos sin reducción de jornada carecía de apoyo legal, al no estar contemplada expresamente en el art. 37 ET. Lo cual, además, permitía en ese momento el acceso de las sentencias recaídas en la instancia al recurso de suplicación y, en su caso, un pronunciamiento unificador de la doctrina, al considerarse que el procedimiento para tramitar las demandas en esos casos no era el específico del art. 138 bis LPL entonces vigente,¹⁶ sino el ordinario.¹⁷ De todos modos, la propia Sala Cuarta del TS no dudaba en afirmar que, en efecto, lo pedido por las demandantes podía contribuir en mayor medida a mejorar sus posibilidades de conciliar trabajo y “deberes familiares”, pero que para ello era preciso una intervención del legislador capaz de configurar o perfilar un derecho –seguía diciendo el Pleno– como el que introduce en el art. 34 ET la recién promulgada en ese momento LO 3/2007, no aplicable por motivos temporales a los casos litigiosos entonces dirimidos. Hay que decir que el razonamiento de la Sala era impecable y escrupulosamente respetuoso con el principio de imperio de la ley y de sujeción del juez a la misma. Pero que tampoco era la única interpretación posible se percibe con claridad en los votos particulares que, como se acaba de indicar, acompañaban a estos dos pronunciamientos, en los que, con expresa invocación de la STC 3/2007 –que también el Pleno dice no desconocer–, fundamentalmente se vincula la posible solución discrepante a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, junto al papel que la jurisprudencia puede y ha de cumplir para otorgar “plasticidad y movilidad” a la norma, apelando igualmente al espíritu de la Ley 39/1999 y a los principios inspiradores de la normativa comunitaria que dicha ley procura y se ocupa de trasponer.

.....

15 Formulados por una magistrada y un magistrado.

16 Cfr. R. TASCÓN LÓPEZ, “La tutela judicial de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº332, 2010, pp. 5 y ss.

17 Específicamente sobre ese aspecto, la STS de 24 de abril de 2012 (Rec.3090/11) [ECLI: ES:TS:2012:2898].

Es cierto que durante un tiempo la doctrina de suplicación, y gracias al camino señalado por la doctrina constitucional, se mostró más proclive a la estimación de las pretensiones de cambio de horarios y turnos formuladas por trabajadores con menores a su cuidado. Sin embargo, la tesis sobre la viabilidad del procedimiento ordinario para instrumentar este tipo de controversias y el consiguiente acceso de las sentencias de instancia al recurso de suplicación vio su fin con la promulgación y entrada en vigor el 5 de mayo de 2010 de la *Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*,¹⁸ que modificó la rúbrica de la Sección 5ª del Capítulo V, Título II, Libro II, de la LPL (que únicamente incluye el art. 138 bis LPL), haciendo extensivo el referido procedimiento –con la consecuente firmeza de la sentencia de instancia– a todos los “derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente”.¹⁹ Situación que es la que luego se mantuvo en el art. 139 de la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*²⁰ (LRJS). Este estado de cosas –que algún autor considera, con toda la razón, se compagina mal con la relevancia de los intereses que están en juego–²¹ ha hecho prevalecer el criterio restrictivo apuntado por la jurisprudencia de la Sala Cuarta ya mencionada;²² y, derivadamente, la imposibilidad de que esa jurisprudencia pueda ya cambiar.

Sobre el segundo de los asuntos referidos a la concreción horaria, la invariabilidad de horarios o turnos de trabajo incluso con reducción de la jornada, es de sobra conocido el avatar jurisdiccional a que se vio sometida la demandante en el *asunto García Mateos*, que constituye la máxima expresión de esa otra interpretación limitativa de la regulación contenida en el art. 37.6 ET. Como se recordará, la trabajadora del caso solicitó una reducción de su jornada para ocuparse del cuidado de un hijo, pero intentando comprimir las dispersas horas de trabajo organizadas en turnos rotatorios de lunes a sábado para pasar a realizar su prestación en un turno fijo de lunes a miércoles. El juez de instancia interpretó que “jornada ordinaria” comprendía todos los días de trabajo ya prefijados o que la trabajadora tenía asignados, por lo que el ajuste o concreción de

.....

18 BOE 4 de noviembre.

19 Ya destacaba la progresiva ampliación del objeto del proceso R. TASCÓN LÓPEZ, *loc.cit.*, pp. 17 y ss.

20 BOE 11 de octubre.

21 De nuevo, R. TASCÓN LÓPEZ, *loc.cit.*, p. 57.

22 Véase la STS de 25 de marzo de 2013 (Rec.957/12) [ECLI: ES:TS:2013:2010], referida a un padre divorciado que tiene señalado un régimen de visitas que comprende los miércoles por la tarde, y solicitaba cambio de turno de trabajo del miércoles por la tarde al miércoles por la mañana para poder estar con su hijo. La Sala no se pronuncia sobre el fondo, limitándose a declarar la nulidad de las actuaciones por ser la sentencia desestimatoria dictada en la instancia no susceptible de recurso de suplicación. La sentencia contiene, no obstante, un voto particular, en el que se considera que, por el tiempo en que se presentó la demanda, no resultaba aún de aplicación la modificación extensiva del alcance del procedimiento del art. 138 bis LPL, y seguía siendo susceptible de articularse la pretensión de cambio de turno sin reducción por el procedimiento ordinario, siendo posible el acceso a la suplicación y, caso de reunirse los presupuestos, a la casación unificadora. En idéntico sentido al de esa sentencia, ya sin voto particular, la STS de 16 de septiembre de 2013 (Rec.2326/12) [ECLI: ES:TS:2013:4967].

la jornada reducida, la proyección de la minoración, en definitiva, debía llevarse a cabo a lo largo de todos esos días, no pudiendo excluirse la prestación de trabajo en algunos de ellos. Desestimada la pretensión, y al no tener la sentencia acceso al recurso de suplicación,²³ la trabajadora se dirigió al TC en demanda de amparo, que fue estimado por la emblemática y capital STC 3/2007. El TC considera, en esencia, que los derechos de conciliación conciernen directamente al derecho a la igualdad y a la no discriminación entre mujeres y hombres, por cuanto son ejercitados de manera mayoritaria o predominante por las mujeres trabajadoras; y que la decisión del juez de instancia no había ponderado debidamente la dimensión constitucional del derecho a la reducción de la jornada. Estimado el amparo y retrotraídas las actuaciones para que el juzgador de instancia emitiera un nuevo pronunciamiento en el que valorara el asunto en clave constitucional, la solución fue idéntica, considerando sobre todo que al interés empresarial en que el trabajo se desempeñe en los días de máxima afluencia de público a la tienda (viernes y sábados) no había opuesto la defensa de la trabajadora argumentos capaces de contrarrestar la solución desestimatoria. Excitada una vez más la intervención del supremo intérprete de la Constitución, el TC entendió que no se trataba sino de una pretensión de amparo idéntica o coincidente con la inicial, por lo que se decidió dar cauce a lo pedido a través del incidente de ejecución de sentencia ex art. 92 LOTC. El TC concluye en su Auto 1/2009, de 12 de enero [ECLI:ES:TC:2009:1A] que el juez de instancia ha llevado a cabo una ponderación meramente aparente y formal que priva de efectividad a la STC 3/2007, por lo que se estima la pretensión de la demandante de amparo y se vuelve a anular la sentencia de instancia. Llegados a este punto, y puesto que resultaba ya imposible que la trabajadora pudiera ejercer derecho alguno de conciliación al haber rebasado su hijo la edad prevista en la ley, el TC se ocupa de dirimir si es posible una tutela reparadora por medio de una indemnización. Solución que finalmente se descarta.

Este enrevesado²⁴ y penoso asunto no vio su final ahí, y acabó llegando al TEDH, ante el que se invocó la vulneración de los derechos a un juicio equitativo, en especial a la ejecución de las sentencias, a un recurso efectivo, y a la no discriminación por razón de sexo.²⁵ Y la STEHD de 19 de febrero de 2013, *asunto García Mateos c. España*, cerró la controversia estimando la pretensión y condenando al Estado español al abono a la demandante de una indemnización de 16.000 euros.

23 Según lo previsto entonces en el art. 138 bis LPL.

24 Que tiene incluso reflejo en el referido ATC 1/2009, que contiene un voto particular en el que se discute, por un lado, la valoración realizada en relación con la corrección constitucional del segundo pronunciamiento de instancia; y, por otro, la solución final referida a la indemnización solicitada por la demandante de amparo.

25 Artículos 6 § 1, 13 y 14 del CEDH.

Tal vez no merezca este desgraciado caso ser considerado el paradigma de los debates o supuestos litigiosos referidos a la concreción horaria, y es posible que más bien fuera fruto de una anomalía o enconamiento en lo que hubiera debido ser el *iter* normal de una pretensión de tutela judicial de un interés merecedor de una singular protección. Pero muestra a las claras las dificultades de enjuiciamiento de este tipo de situaciones y asuntos, que afortunadamente también ofrecen ejemplos de lo contrario, como sucede en la más reciente Sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de Almería nº45/2019, de 30 de enero de 2019, que sí otorga amparo a la pretensión de dos trabajadoras de una conocida empresa perteneciente a un grupo textil, que, ante una reestructuración de centros, se negaron a aceptar el ofrecimiento de cambiar sus horarios para poder trabajar los días de mayor afluencia en un nuevo centro o ser trasladadas a otro distante de sus domicilios. En este caso el juzgador de instancia sí se muestra “receptivo” y proclive a considerar la relevancia constitucional del derecho en presencia, incluso con invocación de la *Recomendación del Consejo de la UE de 31 de marzo de 1992* (LCEur 1992, 1427) sobre el cuidado de los niños y de las niñas, que postula la compatibilidad de las responsabilidades profesionales, familiares y de educación derivadas de tal cuidado; y concluye calificando la modificación de las condiciones de trabajo de las actoras –el traslado– como una conducta discriminatoria, por lo que se declara nula la medida y se condena a la empresa a pagar una indemnización por los daños morales ocasionados por la lesión del derecho fundamental (art. 183 LRJS) cuyo importe se fija conforme a la sanción pecuniaria mínima que fija la LISOS para las infracciones muy graves [arts. 8.12 y 40.1 c)].

Pero, ceñidos de nuevo a las pretensiones de cambio de horarios y/o turnos, siguen teniendo carácter de excepción pronunciamientos como el contenido en la STSJ de Canarias/Las Palmas, Sala de lo Social, de 15 de diciembre de 2017 (Rec.1249/17) [ECLI: ES:TSJICAN:2017:2442], que estima la pretensión actora, condenando a la empresa al pago de 3.500 euros en concepto de daño moral, por haber impedido el ejercicio del derecho de la trabajadora a la concreción horaria tras el nacimiento de un hijo, esgrimiendo que la reducción de la jornada se había producido antes de ese hecho, estando la trabajadora aún gestante, por lo que se trataba en realidad de una reducción de la jornada ex pacto novatorio y no por ejercicio del derecho contemplado en el art. 37 ET. Alguna comentarista de esta sentencia ha subrayado cómo el caso pone en evidencia las cortapisas laborales con que han de enfrentarse a diario las mujeres trabajadoras, el desprecio histórico del mercado laboral por el tiempo invertido en cuidados, y cómo la tarea de cuidar se erige así en uno de los factores básicos que apuntalan la desigualdad laboral entre mujeres y hombres. La sentencia, en cambio, como ya he dicho en otra ocasión precedente,²⁶

.....

26 En C. MARTÍNEZ MORENO, “La protección de la maternidad en el Derecho del Trabajo: del hecho biológico a la conciliación corresponsable”, *loc.cit.*, pp. 361 y ss.

constituye un buen ejemplo de lo que significa juzgar con perspectiva de género y bajo el prisma reforzado de los derechos fundamentales en juego (arts.14 y 39 CE), corrigiendo una interpretación restrictiva y sin la adecuada valoración en clave constitucional, que provoca una discriminación indirecta.

Por cierto, si se analizan con calma los supuestos de hecho base de este tipo de reclamaciones se podrá advertir con facilidad algo que se viene denunciando y tratando sin éxito de corregir que no es otra cosa que la existencia en las empresas de horarios no solo difícilmente compatibles con la vida –familiar y personal de cualquier otro orden– sino en verdad familiarmente hostiles.²⁷

Este estado de cosas empeora aún cuando el apartado cuatro del art. 1 del fatídico *RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*²⁸ dio nueva redacción al art. 37.5 ET que pasó a establecer la reducción por guarda legal para el cuidado de un menor de doce años o persona dependiente sobre la jornada de trabajo “diaria”. Lo cual supuso un elemento más de rigidez para la reordenación de horarios en estos supuestos.

Y llegamos por fin a la adaptación horaria del art. 34.8 ET. Lo primero que podría llamar la atención es que este precepto –en sí mismo vacío de contenido– ni siquiera llegara a servir como canon interpretativo integrador de lo dispuesto sobre la concreción horaria en el art. 37.6 ET; y para haber podido conformar un conjunto normativo que, interpretado sistemáticamente, hubiera institucionalizado un modelo de verdadera gestión flexible del tiempo favorecedor de la conciliación de la vida laboral y familiar.²⁹ Por lo demás, ese ya mencionado condicionamiento y subordinación de los términos de ejercicio del derecho a la adaptación de la jornada a lo dispuesto en convenio colectivo derivó, simple y llanamente, y salvo en alguna honrosa y loable excepción, en el completo abandono de su articulación y en la prácticamente completa falta de efectividad del derecho. Pero sobre esto versa el siguiente apartado.

.....

27 La disposición adicional 17ª de la Ley 3/2012 encargó al Gobierno la adopción de medidas para racionalizar los horarios, aunque lo que en verdad se llevó a cabo fue su liberalización en el *RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad* (BOE 14 de julio).

28 BOE 21 de diciembre.

29 Puede verse A.R. ARGÜELLES BLANCO, “Nuevas fórmulas jurídicas y problemas sociales en la gestión del tiempo de trabajo”, en A.R. ARGÜELLES BLANCO y A. Mª ROMERO BURILLO (dir.), *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 79 y ss.; y ya antes, J. CABEZA PEREIRO, “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”, *Revista de Derecho Social* nº31, 2005, que citaba los ejemplos de Austria, Bélgica, Finlandia, Holanda o Dinamarca, p. 37; y también I. DAUGAREILH e P. IRIART, “La conciliazione dei tempi nelle riforme dell’orario de lavoro in Europa (Francia, Alemania, Gran Bretagna, Olanda), *Lavoro e Diritto*, a.XIX, n.2, primavera 2005, pp. 223 y ss.

3. EL MEDIOCRE PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ARTICULACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

En las diversas ocasiones en que me he ocupado de hacer un análisis o repaso de los contenidos de la negociación colectiva en materia de derechos de conciliación,³⁰ la conclusión no ha sido en general mucho más alentadora. Se puede decir que en escasa medida se ha avanzado en la implantación de fórmulas de ejercicio flexible de esos derechos mediante modalidades de disposición de los tiempos diferentes de las que contempla o diseña la ley, por ejemplo a través de la fragmentación, acumulación o aplazamiento del momento de disfrute al estilo de las “bolsas de horas” de las que sí suelen poder disponer las empresas para adaptarse a sus propias necesidades productivas o a las fluctuaciones del mercado. Capacidad empresarial de disposición del tiempo de trabajo considerablemente incrementada con la potenciación de la irregularidad de la jornada en la reforma laboral de 2010–2012 (art. 34.2 ET), y con la regulación del trabajo a tiempo parcial introducida por el RDL 16/2013.³¹ Esta última, incluso con un mayor margen de actuación, sobre todo en materia de horas complementarias, precisamente por la vía de la negociación colectiva, todo lo cual puede hacer –hace, de hecho– verdaderamente incompatible el trabajo con la vida.³² Pero es que ni siquiera los convenios se suelen ocupar de la articulación de los aspectos de estas instituciones que la propia ley les reenvía o encomienda. Por no mencionar las medidas de fomento de la corresponsabilidad que son casi por completo inéditas. Desde luego, el desarrollo del art. 34.8 ET por la negociación colectiva ha sido una de las asignaturas pendientes.³³

Pese a todo, sí hay algún tímido intento en el sentido apuntado, como por ejemplo el art. 32 d) del *XXI Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas*,

.....

30 Desde mi participación en la obra A.R. ARGÜELLES BLANCO, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN y C. MARTÍNEZ MORENO, *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001–2002)*, CES, Madrid, 2004; pasando por C. MARTÍNEZ MORENO, “Género, igualdad y negociación colectiva”, en *Negociando la igualdad de género (dir. O. MOLINA HERMOSILLA)*, Ed. Comares, Granada, 2012, pp. 33 y ss.; hasta C. MARTÍNEZ MORENO, “Últimas tendencias en los contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA (dir.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva*, Lex Nova, Thomson Reuters, 2015, pp. 403 y ss.

31 Vid. C. MARTÍNEZ MORENO, “¿Puede ser el contrato a tiempo parcial un verdadero instrumento de política de empleo?”, en *Revista Derecho Social y Empresa* nº2, 2014, pp. 79 y ss.

32 Me ocupé de ello en C. MARTÍNEZ MORENO, “Tiempo de Trabajo en los contratos a tiempo parcial. Regulación y Tratamiento en la Negociación Colectiva”, en *Tiempo de trabajo, XXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales núm. 112, CCNCC, MEYSS, Madrid, 2017, pp. 187–253.

33 Lo recuerda, recogiendo doctrina precedente en el mismo sentido, M^a L. MOLERO MARAÑÓN, “El derecho a la negociación colectiva desde la perspectiva de género: balance y retos de futuro”, en *La negociación colectiva: balance y retos de futuro tras 40 años de Constitución, XXXI Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva*, CCNCC, MTMSS, Madrid, 2019, p. 130.

industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales,³⁴ que –siguiendo la línea ya trazada en versiones precedentes–,³⁵ respecto del permiso en supuestos de accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, dispone la posibilidad de fraccionamiento del tiempo, siempre que los días en que se decida utilizar persistan las circunstancias que dieron lugar al nacimiento del derecho. El mismo convenio añade que cuando durante el permiso por nacimiento de hijo o hija³⁶ no fuera posible verificar la inscripción registral por encontrarse el Registro civil cerrado, “la empresa concederá al trabajador un permiso retribuido por el tiempo necesario para la realización de este trámite.”

Resulta asimismo de interés la previsión contenida en el *VII Convenio colectivo de Repsol, S.A.* (antigua Repsol YPF),³⁷ en cuyo art. 14, bajo la rúbrica de “medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral” se contempla, además de la ampliación de la edad del menor al cuidado hasta los catorce años, medidas de flexibilización de esos derechos para los trabajadores a turnos –presuponiendo que, conforme al criterio interpretativo restrictivo imperante, no cabe la alteración del turno– tales como permitir la acumulación del tiempo total de la reducción de jornada para disfrutarlo en períodos concretos como el verano, la Semana Santa o la Navidad, preavisando con tiempo suficiente –mínimo de un mes– para que la empresa analice la solicitud y pueda proveer la sustitución del trabajador o trabajadora mediante contratación temporal.

Por lo que a la adaptación horaria estrictamente se refiere, como ya se viene diciendo los convenios apenas han hecho nada para articular efectivamente el posible ejercicio de este derecho conforme a lo mandado por el propio art. 34.8 ET. Con alguna salvedad también, como la que representaba el *IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa*,³⁸ cuya vigencia ultraactiva concluyó el 31 de diciembre de 2018, que en su art. 39, entre otras muchas previsiones, y en consonancia con la propia previsión legal, incorpora un régimen de flexibilidad horaria para conciliar, consistente en una hora de atraso de la entrada al trabajo o de adelanto de la salida; con posibilidades alternativas de recuperación en la misma jornada o en otros períodos de tiempo que se pactarán o establecerán a requerimiento de



34 Publicado por Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Dirección General de Trabajo (BOE 23 de noviembre).

35 En relación con la negociación inmediatamente precedente vid. C. MARTÍNEZ MORENO, “Últimas tendencias en los contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, *loc.cit.*, 2015, pp. 403 y ss.

36 Recuérdese, suprimido por el RDL 6/2019, en tanto privado de sentido por la nueva configuración de las suspensiones de contrato por nacimiento y cuidado de hijo. Sin perjuicio de la incongruencia o falta de acomodo del plazo transitorio para que esto último sea efectivo, con la vigencia y aplicación inmediata de aquella suspensión.

37 Publicado por Resolución de 6 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo (BOE 17 de julio).

38 Publicado por Resolución de 27 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo (BOE 13 de febrero).

la empresa previo aviso con 48 horas de antelación, y a razón de un máximo de dos horas al día; encomendando la resolución de las discrepancias a una Comisión de Igualdad. Además de un cambio temporal de régimen horario, de partido o mixto a continuado.

Por si fuera poco, algunas otras regulaciones convencionales no han dejado de suscitar dudas de legalidad y de motivar interpretaciones judiciales que podrían ser igualmente cuestionables. Entre las menos problemáticas, las SSTS de 18 de mayo de 2016 (Rec.198/15) [ECLI: ES:TS:2016:3029] y de 15 de septiembre de 2016 (Rec.260/15) [ECLI: ES:TS:2016:4363] que confirman respectivamente las SSAN dictadas en la instancia en procedimientos de conflicto colectivo para, en interpretación del art. 33 del *Convenio Colectivo de Contact Center* vigente en ese momento, determinar que los trabajadores comprendidos en el ámbito del convenio tenían derecho a la concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal dentro de su jornada ordinaria, pero no necesariamente proyectada sobre la jornada diaria. La Sala, en consonancia con lo decidido por la AN, considera que el convenio contiene una regulación completa y autónoma de la materia y que no hay duda de que quiso referirse a la jornada ordinaria y no a la diaria.

En el sentido justamente contrario se puede mencionar el caso dirimido en la STS de 24 de julio de 2017 (Rec.245/16) [ECLI: ES:TS:2017:3236], donde se califica como legal la regulación contenida en el convenio de aplicación que sujeta la posibilidad de cambiar la jornada partida por la continuada a las necesidades –acreditadas, eso sí– del servicio de la empresa.

Y, en fin, las tensiones entre regulación legal, convenio y autonomía individual que el precepto de referencia provoca se dejan bien patentes en el asunto sobre el que versa la STS de 21 de marzo de 2011 (Rec.54/10) [ECLI: ES:TS:2011:2272], sobre impugnación del *Convenio Colectivo de Aldeasa 2007–2010*,³⁹ en el que se permitía desbordar el sistema de turnos para la concreción horaria, condicionando no obstante esa posibilidad al cumplimiento de ciertas exigencias fijadas en el propio convenio, que el Tribunal Supremo entiende provoca la nulidad del precepto convencional, por considerarlo limitativo del ejercicio individual del derecho. La sentencia recuerda la prevalencia de la finalidad de protección a la familia presente en estas instituciones (STS 20–7–2000), así como la conexión con el principio de no discriminación por razón de sexo (STC 3/2007), y la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes y los intereses en juego (de nuevo con cita de la STC 3/2007). Sin embargo, la lectura que la Sala hace del sentido de la regulación convencional al interpretar como una limitación lo que no es sino el establecimiento de ciertas condiciones para abrir la posibilidad de elección o cambio de turno –un determinado volumen de plantilla de los centros, y un límite porcentual de los trabajadores que

.....

39 Publicado por Resolución 17 de diciembre de 2007, de la Dirección General de Trabajo (BOE 5 de enero).

pretendan ejercitar el derecho–, no es pacífica ni la única posible, como pone claramente de manifiesto el voto particular, en el que no se ve objetable ni merecedor de reproche el que el convenio establezca tales condicionantes, que, por una parte, se relacionan razonablemente con la tutela del legítimo interés empresarial, han sido oportunamente ponderados por los interlocutores sociales, y, además de mejorar la regulación legal, resultan radicalmente neutros al afectar por igual de todos sus destinatarios.

4. EL “NUEVO” DERECHO A LA ADAPTACIÓN HORARIA

La conformación del nuevo art. 34.8 ET tras la modificación operada por el RDL 6/2019 ha provocado como primera reacción el aplauso casi generalizado y la afirmación de que por fin se consagra un derecho directo e incondicionado de las personas trabajadoras a la adaptación de la duración y distribución de la jornada para la conciliación, que comprende ahora también la elección de la modalidad de la prestación, principalmente a través del trabajo a distancia o el teletrabajo.⁴⁰

Es cierto que la referencia a la negociación colectiva como fuente de fijación de los términos del ejercicio de este derecho conforme a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación aparece ahora algo desconectada de aquella inicial proclamación del derecho, al estar situado un par de párrafos por debajo de la misma. Pero no es menos cierto que lo que comienza diciendo el precepto es que la persona trabajadora tendrá derecho a “solicitar” la adaptación.⁴¹ Y continúa enseguida imponiendo condiciones, fundamentalmente, que las adaptaciones solicitadas sean razonables y proporcionadas a las necesidades de la persona trabajadora, y también a las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Para concluir, en fin, estableciendo un sistema de negociación individualizada para el caso de que el convenio no haya dispuesto un mecanismo *ad hoc* que fije los términos en que el ejercicio de ese derecho haya de llevarse a la práctica. Lo que a continuación se pretende realizar es un análisis un poco más sosegado y desapasionado de lo que puede implicar esta nueva configuración del derecho, y una valoración

.....

40 Por todos, A. PASTOR MARTÍNEZ, “Las medidas laborales 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: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”, *IUSLabor* 1/2019, pp. 187 y ss.

41 Para M. LÓPEZ BALAGUER, “El derecho a la adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto–Ley 6/2019, *RTSS, CEF*, 437–438 (agosto–septiembre 2019), pp. 93 y ss., esa referencia a la “solicitud” no constituye obstáculo alguno para valorar positivamente la modificación y considerar el carácter prevalente del derecho (p. 99).

personal de hasta qué punto eso puede facilitar realmente la adecuación de los horarios y la conciliación del trabajo con la necesaria atención de responsabilidades de cuidado en el entorno familiar.⁴²

Sin afán de auspiciar un panorama sombrío o derrotista, lo primero que no debe pasarse por alto es que en ningún momento la nueva norma garantiza que la solicitud de adaptación horaria que pueda formular una persona trabajadora haya de ser automáticamente resuelta en sentido positivo. Es muy probable que no quepa concebir un derecho en tal sentido en términos absolutos, pese al carácter prevalente que ya se ha predicado respecto de este derecho.⁴³ Al contrario, la solicitud se encuentra condicionada a un juicio de adecuación y proporcionalidad que habrá de resolverse ponderando las necesidades de la persona y las de carácter productivo y organizativo de la empresa. Juicio que le corresponde hacer, en un primer momento, al propio empresario; y, eventualmente, al juez social, si –como parece inevitable– el asunto se convierte en cuestión controvertida y litigiosa.⁴⁴ Repárese, además, en que no se trata solo de que la empresa requiera mantener la situación existente para optimizar sus recursos y atender lo mejor posible a sus necesidades productivas. Casi nunca se contempla este asunto desde otra perspectiva, la que atañe a los eventuales conflictos interpersonales que el cambio puede suponer, puesto que repercutirán o podrán hacerlo sobre la situación del resto de trabajadores de la plantilla. Al punto de poderse suscitar el interrogante de si, aceptada la solicitud formulada, ello podría constituir causa organizativa para que la empresa promoviera un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 41 ET para adecuar los horarios o turnos de los demás empleados. Pero sobre esta delicada cuestión se volverá un poco más adelante. Otra vertiente, también posiblemente poco explorada hasta ahora, es la de que la empresa pueda requerir algún tipo de justificación o motivación de la solicitud que concierna a las circunstancias familiares de la persona solicitante. Dicho más llanamente, que implique tener que dar alguna explicación y aportar la oportuna prueba sobre la inexistencia de otras personas en el entorno familiar capaces de atender la necesidad para la que se requiere la adaptación horaria; y que ello sea asimismo valorado por el juez ante un eventual litigio o controversia. A este respecto ya existen opiniones doctrinales y algún pronunciamiento judicial, de los que enseguida se dará aquí cuenta

.....

42 Un balance de lo anterior en M^a A. BALLESTER PASTOR y J. CABEZA PEREIRO, "Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades", en *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, J. CRUZ VILLALÓN, E. GARRIDO PÉREZ Y C. FERRADANS CARAMÉS (coords.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015, pp. 103 y ss.; y entre los comentarios más recientes, ver S. MORÁN ROA, "La conciliación de la vida laboral y familiar a través de la adaptación de la jornada: una herramienta para la igualdad de género y de productividad", *RTSS, CEF* núm. 431, febrero 2019, pp. 185 y ss.

43 Véase M. LÓPEZ BALAGUER, *loc.cit.*, p. 99, y pp. 108 y ss.

44 Que habrá de instrumentarse a través de la modalidad procesal del art. 139 LRJS.

Pero esto no es todo. El precepto sigue haciendo una llamada al convenio colectivo para que articule los cauces y condiciones en que se ejercitará este derecho, con lo que las incertidumbres del modelo precedente siguen en buena medida siendo susceptibles de volver a hacer acto de presencia ahora. De modo que, frente a la recién mencionada facultad de oposición empresarial, salvo que el convenio establezca un mecanismo que respalde mejor al trabajador, este se enfrentará en solitario, individualmente, a las objeciones o negativa del empresario, con las dificultades que ello comporta en orden a una tutela equilibrada de los intereses de ambas partes, y sobre la que también al final de este comentario se formulará alguna propuesta de solución. En efecto, el nuevo sistema introducido prevé, para el caso de que el convenio no haya previsto cómo se dará cauce y respuesta a la solicitud de adaptación de la jornada, un procedimiento de “negociación con la persona trabajadora” por un máximo de treinta días; transcurridos los cuales la empresa comunicará por escrito si acepta la petición, propone una medida alternativa “que posibilite las necesidades de conciliación” –entendido que lo que se quería decir es que permita atender esas necesidades–, o deniega su ejercicio de manera motivada, indicando las razones objetivas en que se basa la negativa. Pues bien, no se puede desconocer que obligar a la empresa a intentar llegar a un acuerdo con el o la solicitante, y a razonar por escrito sobre los motivos o circunstancias que justifican una negativa o propuesta alternativa (normalmente en términos de dificultades insalvables o desmedidas de gestión), constituyen verdaderos avances respecto de la situación normativa precedente. Pero resulta cuando menos dudoso que esto vaya a garantizar un más fácil y en todo caso efectivo ejercicio de este derecho a la conciliación. Como se anticipaba hace un momento, la aplicación del nuevo art. 34.8 ET ya se ha convertido, de hecho, en materia litigiosa. Incluso algún medio se ha hecho eco del problema afirmando que “las expectativas iniciales de flexibilidad chocan con la imposibilidad organizativa de las empresas”.⁴⁵ Pero veamos algunos casos concretos.⁴⁶

Para empezar, merece la pena hacer mención a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº26 de Madrid, Sentencia 191/2019 de 10 de mayo de 2019 (Proced. 337/19) [ECLI:ES:JSO:2019:2944],⁴⁷ que, aunque referida a una concreción horaria de una reducción de jornada por cuidado de un menor, conjuga lo dispuesto al respecto en el art. 37.6 ET con el ya vigente nuevo art. 34.8 ET. Por cierto, en aquella interpretación sistemática e integrada de lo dispuesto en ambos preceptos a la que aludíamos hace un momento⁴⁸. El Juzgado

.....

45 https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/25/legal/1569431253_542584.html (última consulta, 17 de noviembre de 2019).

46 También se ocupa de la casuística ya existente, M. LÓPEZ BALAGUER, *loc.cit.*, principalmente, en relación con los problemas que suscita la solicitud de adaptación, en pp. 108 y ss.

47 Diario La Ley, Nº 9477, Sección Jurisprudencia, 13 de septiembre de 2019, Wolters Kluwer.

48 *Vid.supra*, apartado 2.

estima parcialmente la demanda formulada por la trabajadora, y declara su derecho a reducir su jornada y a concentrar sus horas de trabajo de lunes a viernes de 9:30 a 15:30 horas, y el sábado de 9:30 a 14:30 horas. La sentencia incluye, además, las pertinentes indicaciones sobre el no acceso al recurso de suplicación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.1 b) LRJS.

Otro reciente pronunciamiento de gran interés es la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 28 de mayo de 2019 (Rec.1492/19) [ECLI: ES:TSJGAL:2019:3362],⁴⁹ referida a una pretensión idéntica, de concreción horaria en un supuesto de reducción de jornada, concentrando las horas en la franja de la mañana (de 10:00 a 14:00 horas, de lunes a viernes). Y donde se aborda el delicado problema –no siempre resuelto en ese mismo sentido–⁵⁰ de si resulta exigible a la solicitante actividad probatoria de algún tipo en relación con la imposibilidad de organizarse de otra manera, en atención a las circunstancias familiares y escolares existentes. Problema que es extensivo al derecho de adaptación del art. 34.8 ET, como ya se ha dicho. La Sala estima el recurso interpuesto por la demandante,⁵¹ pondera los intereses en juego y la necesidad de garantizar la no discriminación por razón de sexo, y concluye afirmando que se trata de un derecho personalísimo de la trabajadora, por lo que no procede valorar si el padre podría adaptar su jornada, si existen abuelos que pudieran ayudar y ocuparse de la menor, o si el colegio dispone de comedor o de la posibilidad de realizar actividades extraescolares que prolongasen el tiempo de permanencia de la niña en el centro educativo hasta que la jornada laboral de la madre finalizase.

Aún más reciente es la Sentencia del Juzgado de lo Social nº2 de Santa Cruz de Tenerife, Sentencia nº364/2019, de 7 de octubre de 2019 (Proced. 853/2018), donde, a propósito también de una solicitud de concreción del horario en la franja fija de mañana, el juzgador, en primer lugar, se hace eco de la gran controversia que esto suscita en la doctrina judicial; para, seguidamente, invocar una vez más la STC 3/2007 y el subsiguiente Auto 1/2009, de 12 de enero.⁵² La referencia a esta última resolución es particularmente interesante, puesto que es en ella donde se decía que la trabajadora no estaba obligada a aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias de su vida íntima, personal o familiar que pudieran justificar la forma de proceder para organizar su tiempo; y que, por el contrario, el elemento relevante es el de las características de su jornada de trabajo; mientras que, desde la óptica patronal, lo que ha de ponderarse es la facilidad

.....

49 Diario La Ley, Nº 9474, Sección Jurisprudencia, 10 de septiembre de 2019, Wolters Kluwer.

50 Así lo subraya M. LÓPEZ BALAGUER, *loc.cit.*, p. 109.

51 Queda la duda de cómo ha podido acceder la sentencia desestimatoria dictada en la instancia al recurso de suplicación, pues –salvo error o inadvertencia por mi parte– no consta en la sentencia de la Sala referencia alguna a una eventual pretensión indemnizatoria, que es la que hubiera permitido el acceso al recurso, tal y como señala el art. 139.1 b) LRJS.

52 El dictado en ejecución de la STC 3/2007, al que ya se ha hecho referencia.

o dificultad para superar los inconvenientes organizativos opuestos. Por otra parte, en el convenio de aplicación al caso –el de Grandes Almacenes– ya se disponen medidas alternativas, como el cambio de funciones, puesto –área, departamento o división– o de centro de trabajo, si la solicitud comporta un cambio de franja horaria o de turnos. El juzgador valora, por fin, si la mayor afluencia de público en horario de tarde constituye causa suficiente para denegar la concreción solicitada por la demandante; habida cuenta, además, que el hecho de que haya otras muchas trabajadoras con reducción de jornada a turno fijo de mañanas no ha provocado hasta el momento graves alteraciones o inconvenientes para la empresa. La sentencia concluye estimando en parte la pretensión actora, con desestimación de la referida a la indemnización por daños, que considera insuficientemente fundada.

En definitiva, lo que se trata de poner en evidencia en este sucinto repaso de los pronunciamientos judiciales más recientes es que la aplicación del art. 34.8 ET no está siendo ni mucho menos pacífica ni sencilla, y que con toda probabilidad habrá soluciones divergentes. Y esa disparidad interpretativa no tendrá remedio por la vía de la casación unificadora, habida cuenta que, salvo que se acumule a la controversia sobre el ejercicio de derechos de conciliación la pretensión resarcitoria del daño derivado de la lesión del derecho en cuantía que permita el acceso al recurso de suplicación,⁵³ la sentencia de instancia no será recurrible.

Para concluir, nos detendremos en alguna referencia del precepto que podría admitir una interpretación extensiva del derecho a la adaptación de la jornada con fines de conciliación. En concreto, referida a los sujetos causante del mismo. La norma alude a que las personas trabajadoras puedan solicitar la adecuación de la duración y distribución de su jornada, y de la forma de su prestación, para conciliar. Sin mayor especificación sobre lo que sea la conciliación familiar. Y en el siguiente párrafo es cuando se precisa que “en el caso de que tengan hijos o hijas...”, el derecho permanecerá vivo hasta que aquellos cumplan doce años de edad. Esta redacción podría permitir o avalar una interpretación extensiva, en el sentido de abrirse a otros supuestos de atenciones familiares, de cualesquiera miembros integrantes de la familia, sin los límites del art. 37.6 ET.⁵⁴

Por fin, el art. 34.8 ET contempla asimismo la posibilidad de poner fin a la nueva ordenación de los tiempos de trabajo cuando se produzca un cambio de las circunstancias personales y familiares que lo provocaron. De nuevo se abren aquí los mismos o más razonables interrogantes en cuanto a la necesidad de acreditar cuáles son esas circunstancias, pues para el empresario no deja de comportar un nuevo cambio o ajuste organizativo, con el coste que ello comporta.

.....

53 De acuerdo con lo dispuesto en el art. 139.1 b) LRJS.

54 En este sentido, M. LÓPEZ BALAGUER, *loc.cit.*, p. 101.

5. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS

Resulta difícil de cuestionar el fortalecimiento que los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar han experimentado a lo largo de estos últimos años, ya desde la Ley 39/1999, más tarde mediante la LO 3/2007, y desde luego a partir del trascendental pronunciamiento constitucional contenido en la STC 3/2007. Pero ese carácter eminente o prevalente que tanto la construcción doctrinal como el desarrollo normativo en verdad les han venido atribuyendo nunca va a dejar de estar en tensión con el interés empresarial. El coste organizativo que alterar calendarios y cuadrantes de trabajo supone es, con toda probabilidad, considerable; y ello es así tanto en empresas con muy pocos empleados –que son las que predominan en España–, como en grandes organizaciones, que suelen organizar el tiempo de trabajo mediante horarios cambiantes y articulados o turnos rotativos.

Como ya se ha tenido ocasión de señalar, ello no solo provoca controversias entre quien solicita una adaptación de su jornada y su empleadora, sino que puede motivar conflictos interpersonales, entre los distintos trabajadores que pueden verse afectados a resultas de una alteración del sistema de trabajo;⁵⁵ pudiendo incluso llegar esta circunstancia a constituir –como también se ha dicho antes– causa organizativa suficiente para promover un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 41 ET.⁵⁶

En alguna ocasión precedente⁵⁷ me ocupé de analizar algunas previsiones que ciertos convenios colectivos tienen para solventar todas esas discrepancias e inconvenientes, tales como comisiones de solución de los conflictos derivados del ejercicio de los derechos de conciliación, comisiones de igualdad u órganos similares, que a través de mecanismos de mediación intraempresarial eviten tener que acudir a la incierta y también se ha dicho, eventualmente divergente solución jurisdiccional. Algunas otras propuestas van en la línea de fomentar el recurso a sistemas de alternancia, suplencia o permuta entre los propios trabajadores de la plantilla. De modo que todo el mundo se pudiera sentir involucra-

.....

55 En un estudio publicado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad titulado “Distribución flexible del tiempo de trabajo: horarios y turnos” [*Boletín Igualdad Empresa* nº25, mayo, 2015, MSSSI], se ponía de manifiesto las dificultades que para implantar estas medidas a través de la negociación colectiva, e incluso para acordarlas individualmente con los trabajadores, surgían, tanto por las reticencias que suelen exponer los empresarios como por los recelos que suscitan entre la plantilla.

56 Con mayores dificultades, de un descuelgue de convenio, para el que la exigencia causal es mucho más alta o estricta.

57 C. MARTÍNEZ MORENO, “Últimas tendencias en los contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA (dir.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva*, cit., pp. 403 y ss. En ese estudio mencionaba el ejemplo del *V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski*, en el que se disponía que las partes acordarían en el seno de la Comisión Paritaria un Protocolo donde se fijasen criterios objetivos de aplicación de las reducciones de jornada y un índice de dificultades de concesión y alternativas, en función del tamaño del centro, el número de personas en la plantilla del mismo, número de reducciones por centro de trabajo, etc.

do en facilitar efectiva y eficientemente la conciliación, y no solo la familiar. Así personas sin cargas familiares también se verían favorecidas con la posibilidad de disponer de su tiempo con mayor libertad.

Un segundo problema aplicativo que ya se está suscitando, y al que también se ha hecho alusión en el trabajo, es el de la acreditación de las circunstancias justificativas de la solicitud de adaptación, o de retorno al régimen de jornada anterior. Tal vez podría conformarse en relación con esta delicada cuestión una especie de presunción de la necesidad adaptativa invocada en la solicitud, sobre todo en los casos en que la empresa no oponga razones organizativas de peso. En la línea de lo que ya han empezado a hacer algunos pronunciamientos jurisdiccionales de los que aquí se ha dejado constancia.

En fin, hace falta seguir creando o fomentando una opinión mayoritaria sobre la necesidad de contar con un modelo en verdad flexible de ordenación del tiempo de trabajo, que no solo favorezca a los intereses de la empresa. Siguiendo la pauta que propugna o apunta la reciente *Directiva (UE) 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*, que deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo; cuyo objetivo vuelve a ser el logro de la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional (art. 1), entre otras medidas, justamente a través de fórmulas de trabajo flexible.⁵⁸

Concluyo ahora como comencé hace algunos años escribiendo sobre estas mismas cuestiones,⁵⁹ con la cita que hace Soledad Murillo⁶⁰ a María Zambrano, que decía:

“...individuo humano lo ha habido siempre, mas no ha existido, no ha vivido ni actuado como tal hasta que ha gozado de un tiempo suyo, de un tiempo propio”

(María Zambrano, *Persona y democracia*).

.....

58 Insiste en ello M^a L. MOLERO MARAÑÓN, “El derecho a la negociación colectiva desde la perspectiva de género: balance y retos de futuro”, *loc.cit.*, p. 127.

59 C. MARTÍNEZ MORENO, “Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, en *Tribuna Social* n°197, mayo 2007, pp. 17 a 24.

60 En el Prólogo de su imprescindible libro *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Siglo XXI, Madrid, 2006.

EL PERMISO PARA EL CUIDADO DEL LACTANTE Y LA NUEVA PRESTACIÓN SOCIAL POR SU EJERCICIO CORRESPONSABLE

*THE LICENSE FOR INFANT FEEDING AND
THE NEW SOCIAL BENEFIT FOR ITS
RESPONSIBLE EXERCISE*

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

Doctor en Derecho / Graduado Social

RICARDO PEDRO RON LATAS

Profesor Titular de Universidad – Universidade da Coruña

Magistrado suplente TSJ/Galicia

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019

Fecha de aceptación: 10 de enero de 2020

SUMARIO: 1. LA PROFUNDIZACIÓN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL PERMISO. 2. LA NUEVA PRESTACIÓN SOCIAL POR EJERCICIO CORRESPONSABLE DE CUIDADO DE LACTANTE. 2.1. Situación protegida. 2.2. Beneficiarios. 2.3. Prestación económica.

RESUMEN: Una de las más llamativas modificaciones acometidas por el Real Decreto Ley 6/2019 ha sido la creación de un nuevo permiso para el cuidado del lactante, acometiendo a tal efecto dos cambios relevantes en la regulación del viejo permiso por lactancia: la profundización en la individualización y la creación de una prestación social asociada.

ABSTRACT: One of the most striking of the modifications undertaken by Royal Decree–Law 6/2019 has been the creation of a new license for the care of the infant, undertaking to this end two relevant changes in the regulation of the old license for infant feeding: the deepening in the individualization and the creation of an associated social benefit.

PALABRAS CLAVE: Lactante, prestación social, Real Decreto Ley 6/2019, derechos de conciliación, permiso laboral.

KEY WORDS: Infant, social benefit, Royal Decree Law 6/2019, life and work balance rights, labour leave.

De entre las novedades acometidas en el ámbito del trabajo por cuenta ajena 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 (en adelante, el RDL 6/2019)¹, la que concita ahora nuestra atención es que el conocido permiso por lactancia regulado en el art. 37.4 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante ET), ha sufrido una profunda transformación por parte de la norma, ya que la misma, además de rebautizarlo como permiso para el cuidado del lactante (decisión que se nos antoja acertada a los efectos de destacar su carácter individualizador²), acomete dos cambios relevantes en la regulación del viejo permiso por lactancia: la profundización en la individualización y la creación de una prestación social asociada al mismo.

1. LA PROFUNDIZACIÓN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL PERMISO

Ahora, el derecho al permiso por cuidado de lactante se configura como un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. La norma realiza, ante todo, una serie de ajustes formales de mera redacción que la doctrina científica más reciente resume del siguiente modo: 1) se suprime la referencia expresa al nacimiento “de hijo”; 2) se sustituye la referencia “la lactancia del menor” por “el cuidado del lactante”; 3) se sustituye la referencia “los trabajadores” por “las personas trabajadoras”; 4) se sustituye la expresión “parto” por “nacimiento”; y 5) finalmente, se sustituye la expresión “el empresario” por “la empresa”³.

El resto de su régimen jurídico queda casi igual: 1) derecho a una hora de ausencia del trabajo, que se puede dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses; 2) la duración del permiso se incrementará proporcionalmente en

.....

1 BOE de 7 de marzo de 2019.

2 Hubiera sido “de agradecer que el RDL 6/2019 hubiera sido más riguroso en la utilización del nuevo nombre porque aparecen diferentes conceptos a lo largo de todo su articulado” (María Amparo BALLESTER PASTOR, “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”, *FEMERIS*, vol. 4, n.º.2, 2019, p. 25).

3 Guillermo Leandro BARRIOS BAUDOR, “Nuevo régimen jurídico del lactante en el ámbito laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º. 8/2019, ps. 5 y ss.

los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples; y 3) quien ejerza el derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella⁴.

Y es que, en efecto, la novedad más significativa de la norma (además de la nueva denominación) tiene que ver con que ahora la reducción de jornada contemplada en el art. 37.4 ET constituye un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. Por lo tanto, la causación del derecho no exige el trabajo de ambos progenitores, pero si ambos lo hacen tendrán derecho cada uno de ellos al permiso “de forma individual, diferenciada e intransferible ... si por el contrario solo uno de ellos trabaja, este progenitor... será el que genere el derecho en cuestión”⁵.

Nos encontramos aquí ante el debido cumplimiento de la individualización de derechos exigida, en relación con la regulación del permiso parental, en la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010⁶, que aplica el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental de 18 de junio de 2009, celebrado entre Business Europe, UEAPME, CEEP y CES. Individualización de derechos que aparece reforzada (entre otras cosas con la introducción de un permiso de paternidad de 10 días como mínimo) con la Directiva (UE) 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, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo⁷.

Pero también nos encontramos aquí con el debido cumplimiento de la doctrina sobre individualización de derechos emanada del TJUE establecido a propósito del antiguo permiso de lactancia, antecedente de este para el cuidado del lactante, que deberá estar sujeto a la titularidad indistinta al no estar justificado en la protección de la maternidad: el permiso de lactancia es un permiso parental sujeto a una titularidad indistinta, y no un derecho de maternidad de titularidad exclusiva femenina.

Y es que, en efecto, la norma española lo que hace no es otra cosa que normativizar el

.....

4 Sobre la situación anterior, véase de manera amplia José Fernando LOUSADA AROCHENA, “El permiso de lactancia”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1996; José Fernando LOUSADA AROCHENA, “Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre”, *Actualidad Laboral*, núm. 25, 2000; y José Fernando LOUSADA AROCHENA, “El permiso de lactancia: las últimas reformas y el estado de la cuestión”, *Aequalitas*, núm. 22. También Pilar NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERERAS / José Fernando LOUSADA AROCHENA, “*Jornada de trabajo y derechos de conciliación*”, Editorial Tecnos (Madrid, 2015).

5 Guillermo Leandro BARRIOS BAUDOR, “Nuevo régimen jurídico del lactante en el ámbito laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 8/2019, p. 7.

6 DOUE de 18 de marzo de 2010.

7 Sobre esta nueva Directiva, y la profundización que supone en la construcción de los derechos de conciliación como fundamentales, vease José Fernando LOUSADA AROCHENA, “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2019.

principio de individualización, que busca distribuir equilibradamente la titularidad de los derechos de conciliación entre mujeres y hombres, determinando: 1) la erradicación de los derechos de conciliación de titularidad femenina exclusiva o preferente; 2) la creación –en paralelo con los derechos femeninos de maternidad– de derechos masculinos de paternidad –el permiso de paternidad–; 3) la atribución de derechos individuales a cada progenitor sin posibilidad de transferencia al otro progenitor, o el establecimiento de cuotas de reserva a favor de cada progenitor en derechos de conciliación indistintos; y 4) la adopción de acciones positivas para el ejercicio masculino de derechos de conciliación.

Así, los Acuerdos Marcos Europeos sobre el Permiso Parental han sido especialmente insistentes en la individualización del permiso parental. Ya el originario Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental de 14 de diciembre de 1995, celebrado entre UNICE, CEP y CES, se refería –en concreto, en su cláusula 2ª– a “un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres”, que, “debe concederse, en principio, de manera no transferible”. El Acuerdo Marco revisado de 2009 mantuvo sustancialmente esa redacción y añadía –de nuevo en esa cláusula 2ª– que, “para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, al menos uno de los cuatro meses será intransferible”.

Aplicando estas reglas, la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09⁸, consideró discriminatorio sexista el permiso de lactancia de titularidad femenina reconocido en el derecho español en cuanto que “las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, solo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena”.

Esta doctrina se reiteró posteriormente en la STJUE de 16.7.2015, Caso Maïstrellis, C-222/14. Según el estatuto del personal judicial griego, mientras que una jueza tenía derecho incondicional a una licencia después de un nacimiento o adopción, un juez solo podía reclamarlo si su esposa tenía una actividad profesional. Se considera ello contrario al Acuerdo Marco, pues con el mismo pretende garantizar ese permiso a todo progenitor, y a las directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, pues se establecen condiciones de trabajo que son diferentes para los hombres y las mujeres. Además, la normativa griega suponía claramente una perpetuación de los roles tradicionales que atribuyen a las mujeres el cuidado de los hijos/as.

No obstante la individualización, la norma establece de manera sensata que si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causan-

.....

8 Sobre la misma véase José Fernando LOUSADA AROCHENA “El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (A propósito de la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez)”, *Diario La Ley*, núm. 7536, 2010.

te, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito. Se trata de una previsión legal de carácter “potestativo (no imperativo) que, además de la comunicación escrita, exigirá en todo caso de la efectiva acreditación y motivación de las razones objetivas de funcionamiento de la empresa (no otras) que justifiquen semejante limitación”⁹.

Según la literalidad de la norma, la empresa puede limitar su ejercicio simultáneo, pero no puede denegar definitivamente el ejercicio del derecho a ninguno de sus dos titulares. En todo caso, serán los progenitores quienes decidirán quien disfruta el derecho en cada momento, pues la facultad concedida a la empresa literalmente no abarca la designación de quien no puede ejercitar el derecho. De llegarse a aplicar este supuesto, no resultaría lógico que a las personas titulares del permiso por cuidado de lactante se les privase del derecho a la prestación que pudiera corresponderles porque uno de ellos no ha disfrutado el permiso pues sería hacer pechar a las personas titulares con una decisión del empresario que están obligados a asumir.

Por último, el art. 34.7 ET, “cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen”, aumenta el periodo de disfrute “hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses”. De ahí que la norma haya creado la prestación de la que hablaremos seguidamente, ya que “su finalidad parece claro que es paliar la reducción salarial que se sufrirá durante esos tres meses de más que se conceden más allá de los nueve meses de vida del lactante”¹⁰.

2. LA NUEVA PRESTACIÓN SOCIAL POR EJERCICIO CORRESPONSABLE DE CUIDADO DE LACTANTE

El RDL 6/2019, en efecto, aprovechando el vacío que en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre¹¹, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) ha producido la desaparición del subsidio por maternidad derivado de la integración del permiso por paternidad en el permiso por na-

9 Guillermo Leandro BARRIOS BAUDOR, “Nuevo régimen jurídico del lactante en el ámbito laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 8/2019, p. 8.

10 Carolina BLASCO JOVER, “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto–Ley6/2019, 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 Derecho del Empleo*, V. 7, nº. 2, 2019, p. 64.

11 BOE de 31 de octubre de 2015.

cimiento y cuidado de menor, ha introducido, en los artículos 183 a 185, una nueva prestación social con el fin de cubrir la reducción de jornada para cuidado de lactante, pero solo cuando el cuidado sea asumido por los dos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores: desde esta perspectiva, se la puede calificar como un premio a la corresponsabilidad¹². Junto con la prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, son los únicos derechos de conciliación a los que se anuda una prestación económica de Seguridad Social.

2.1. Situación protegida

Se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con el artículo 37.4 del ET, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad¹³. Los requisitos de la situación protegida son, en suma, los cuatro siguientes:

1º. La jornada de trabajo se debe reducir en media hora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.4 del ET, según el cual cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan el derecho al permiso por cuidado de lactante con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute de ese permiso podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses.

Con esta exigencia explícita de que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores reduzcan su jornada de acuerdo con el ET, se está exigiendo implícitamente que ambos sean trabajadores por cuenta ajena, con lo cual no se podría acceder al derecho a la prestación si uno de ellos es empleado público (aunque en este caso la situación protegida por la prestación quedaría cubierta porque el empleado público tendría derecho a un permiso retribuido por lactancia de un menor de doce meses según el artículo 48.f] del EBEP en la redacción dada por el RDL 6/2019), ni tampoco si uno de ellos es un trabajador autónomo (en este caso la situación protegida por la prestación quedaría sin cobertura económica, y ello aún en el supuesto de que el autónomo hubiera efectivamente reducido su jornada de trabajo para el cuidado del lactante: nos encontramos

.....

12 María Amparo BALLESTER PASTOR, “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”, *FEMERIS*, vol. 4, nº.2, 2019, p. 32.

13 Cfr. art. 183, párr. 1º LGSS.

con otro más de los muchos recortes de la cobertura social que sufre el trabajador autónomo).

De las cuatro modalidades de disfrute del permiso para el cuidado del lactante que regula el artículo 37.4 del ET (a saber, derecho a una hora de ausencia al trabajo; división en dos fracciones de esa hora de ausencia al trabajo; sustitución, por la voluntad de quien ejerce el derecho, de la hora de ausencia al trabajo por una reducción de jornada en media hora que se puede proyectar sobre el principio de la jornada, atrasándolo, o sobre el final de la jornada, adelantándolo; y acumulación en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando en su caso lo establecido en aquella), únicamente la reducción de jornada habilita para la prestación económica por ejercicio corresponsable del lactante según el artículo 183 de la LGSS; en los demás casos habrá derecho a la ampliación del permiso hasta los doce meses pues el artículo 37.4 del ET no vincula tal derecho una determinada modalidad de disfrute, pero esa ampliación es sin derecho a retribución ni a prestación social.

Nos encontramos así con una limitación totalmente injustificada desde la perspectiva de la corresponsabilidad que precisamente la legislación ha pretendido fomentar. Quizás la razón de la restricción está en la mayor facilidad de gestionar y controlar la prestación económica en los casos de reducción de jornada, y a la vez el ahorro presupuestario (pues la reducción de jornada es de media hora mientras la ausencia, fraccionada o no, es de una hora, lo que supondría en términos estrictamente matemáticos una duplicación del coste total de la prestación).

Lo que la norma no exige es que la reducción de jornada en media hora hubiera tenido que ser el régimen disfrutado antes de los nueve meses, pues lo que exclusivamente exige es que esa reducción lo sea del mes nueve al doce. O sea, hasta los nueve meses las personas titulares del derecho han podido utilizar cualquiera de las otras tres modalidades de disfrute, incluso la acumulación en jornadas completas, siempre naturalmente que lo hayan hecho agotando la duración del permiso establecida hasta los nueve meses. Y si a partir de los nueve meses se ha optado por la reducción de jornada en media hora con igual duración y régimen, hay derecho a la prestación social.

Un problema interpretativo es si incide sobre la prestación, y en su caso, cómo, el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Hay tres opciones interpretativas: (1) una interpretación estrictamente literal es que solo se ostentaría derecho a la prestación si ambas personas titulares reducen su jornada en media hora; (2) otra interpretación acorde con la finalidad de la norma es que podrían disfrutar la reducción de jornada que les correspondiese por el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, pero solo tendrían derecho a la prestación correspondiente a la reducción de jornada en media hora; (3) una última interpretación más acorde

aún con la finalidad de la norma es que el derecho a la prestación también tendría el incremento proporcional que en el caso corresponda.

2°. La duración y régimen de la reducción de la jornada de trabajo en media hora debe ser la misma para los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente. Si uno de los titulares del derecho, después de haber agotado el permiso para el cuidado del lactante antes de los nueve meses, no lo sigue ejercitando con reducción de jornada en media hora después de los nueve meses, no nace la prestación. La acreditación del ejercicio corresponsable del cuidado del lactante se realizará mediante certificación de la reducción de la jornada por las empresas en que trabajen sus progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores. Reglamentariamente se determinarán los requisitos que deberá cumplir esta documentación (y lo más adecuado sería que en la norma reglamentaria se publicaran en anexo los formularios que deberían rellenar en estos casos las empresas concernidas).

3°. Ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, deben trabajar (se sobreentiende que por cuenta ajena dado que en otro caso no hay derecho a reducir jornada). La duda interpretativa surge con el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor, que, tras el RDL 6/2019, se puede disfrutar de manera interrumpida hasta los doce meses del menor, con lo cual este se puede superponer con el derecho a la reducción de jornada en media hora por cuidado del lactante. Resulta lo más lógico entender que ello no impide el acceso a la prestación por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante porque, aunque durante el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor no se está trabajando, tal disfrute supone un ejercicio de corresponsabilidad superior al del permiso por cuidado de lactante, de manera que, si se privase en este caso del acceso a la prestación, se estaría castigando un mayor ejercicio de corresponsabilidad. Otra solución conduciría, por el solapamiento parcial de ambos derechos, a la pérdida significativa del efecto útil de dos derechos que se han reconocido como novedades destacadas en el RDL 6/2009.

Igualmente se planteará otro problema interpretativo si la madre biológica titular del derecho al permiso por cuidado de lactante se encuentra en situación de riesgo durante la lactancia natural: la duda se encuentra en ese caso si el padre ostenta, simultáneamente con ese derecho de la madre biológica, el derecho al permiso por cuidado de lactante hasta los doce meses y la consiguiente prestación económica.

De esta exigencia de que trabajen ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, se deriva además que las familias monoparentales no pueden acceder a esta prestación, lo que, cuando solo un progenitor, adoptante, guardador o acogedor esté en situa-

ción de prestar los cuidados por fallecimiento o ausencia del otro, tropieza con la lógica protectora –que si cubre una necesidad en familias biparentales con más razón la debería cubrir cuando la necesidad se concentra en una única persona en una familia monoparental–. Aquí es oportuno apostar por una interpretación flexible de la norma.

Lo que no se exige en la norma que las personas titulares deban ser correlativas. Es decir, no se exige sean los dos progenitores, los dos adoptantes, los dos guardadores con fines de adopción, o los dos acogedores de carácter permanente. O sea, una de las personas titulares puede ser de una categoría, y la otra de otra categoría diferente.

4º. La finalidad es el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad. El cuidado se debe entender en un sentido amplio que obviamente no se limita a la alimentación natural o artificial del menor de doce meses y que comprende cualquier clase de cuidados que el mismo requiera, incluyendo aquellos que no exigen el contacto (pensemos, por ejemplo, que la reducción de jornada se utiliza para realizar la compra, u otras gestiones relacionadas con el cuidado del lactante).

El desarrollo reglamentario no puede establecer más exigencias so riesgo de incurrir en ilegalidad. La única habilitación hecha al reglamento es a los efectos de los requisitos de la documentación. Pero no a los efectos de imponer más requisitos a la situación protegida que aquellos establecidos en la propia LGSS y al ET por remisión.

2.2. Beneficiarios

Para el acceso al derecho a la prestación económica por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante, se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor¹⁴, a saber: afiliación y alta, carencia y, en su caso, estar al corriente en el pago de las cuotas. Resulta bastante llamativo que la norma se remita a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, cuando la prestación por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante presenta unos mayores paralelismos con la prestación por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave.

Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos¹⁵. La elección de cuál es derecho de los beneficiarios. De todos modos, si lo que se pretende es promover la corresponsabilidad, “no se entiende el motivo (a

14 Cfr. art. 184.1 LGSS.

15 Cfr. art. 184.2 LGSS.

menos que sea estrictamente económico) por el que la prestación solo podrá ser reconocida a uno de los progenitores cuando en ambos concurren las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios”¹⁶. Por ello, si el derecho es individual, “quizá hubiera resultado más conveniente que ambos sujetos pudiesen tener acceso a la prestación ... [ya que] lo contrario ... constituiría un elemento disuasorio para los progenitores que pretendieran hacer uso de esta reducción de jornada corresponsable, al saber que, por su disfrute, uno de ellos no tendría acceso a ningún beneficio derivado de la Seguridad Social, y vería, además, reducido su salario”¹⁷.

¿Podría solicitarse el cambio en la persona perceptora de la prestación económica durante su percepción? Es una posibilidad admitida para la prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave siempre que haya acuerdo entre ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, y las empresas respectivas, y siempre que se haga por periodos no inferiores a un mes¹⁸. Una interpretación analógica debería llevar a idéntica solución para la prestación económica por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante. Esperaremos a ver el desarrollo reglamentario.

Las previsiones contenidas en este capítulo –según acaba diciendo el artículo 184 de la LGSS, en su apartado 3– no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 48.f) del EBEP, y en la normativa que lo desarrolle. Y es que en esa norma se reconoce directamente un permiso retribuido por lactancia de un hijo menor de doce meses, con lo cual el empleado público, de manera individualizada y con independencia de su sexo, ya tiene cubierta (él o ella y el otro/a progenitor, adoptante, guardador o acogedor) la contingencia protegida con la prestación por ejercicio corresponsable de cuidado del lactante. Aquí surge sin embargo un problema interpretativo fruto seguramente de las prisas en aprobar la norma. La LGSS, en su artículo 184, se refiere solo a los funcionarios públicos para remitirse al artículo 48.f) del EBEP. Por su lado, el artículo 7.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) y la disposición adicional 22ª del ET establecen que en materia de permisos de lactancia, el



16 Carolina BLASCO JOVER, “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 Derecho del Empleo*, Vol. 7, nº. 2, 2019, p. 64.

17 Carolina BLASCO JOVER, “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 Derecho del Empleo*, Vol. 7, nº. 2, 2019, p. 64.

18 Según dispone el art. 4.5 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, “mediante acuerdo entre ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras y la empresa o empresas respectivas, podrán alternarse entre ellas el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes, en cuyo caso el percibo del subsidio quedará en suspenso cuando se reconozca un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora”.

personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el EBEP, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del ET sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho. Con independencia de la defectuosa redacción de este último inciso del artículo 7.2 del EBEP y de la disposición adicional 22ª del ET (porque la lactancia origina en el ET un permiso retribuido a cargo de la empleadora, y no una suspensión de los contratos de trabajo), de ambas normas se deduce que el personal laboral tendrá derecho al mismo permiso establecido para los funcionarios públicos en el artículo 48.f) del EBEP.

2.3. Prestación económica

La prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo¹⁹. Lo que obliga, para cuantificar el importe de la prestación económica por ejercicio corresponsable de cuidado del lactante, a calcular el porcentaje que media hora de duración diaria del permiso por cuidado del lactante representa sobre el total de la jornada de trabajo, y aplicar ese porcentaje a la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (ejemplo: en una jornada diaria de 8 horas, la prestación sería la dieciseiava parte de esa base reguladora; en una jornada diaria de 4 horas, la prestación sería la octava parte de esa base reguladora; frente a la claridad de solución en estos ejemplos paradigmáticos, los cálculos se complicarán necesariamente en aquellos supuestos de distribución irregular de jornada de trabajo, o en los supuestos de trabajadores/as fijos discontinuos).

En cualquier caso, la doctrina asegura con razón que “la prestación no tendrá gran relevancia para sus eventuales beneficiarios porque media hora diaria durante tres meses se asimila aproximadamente a la retribución correspondiente a 33 horas de trabajo, algo menos de una semana”²⁰. Se trata, por el contrario, de un coste importante para las arcas públicas, “sobre todo en el contexto del actual déficit, por lo que plantea el dilema de si su coste (aunque sea bajo) justifica su existencia”²¹; de ahí que esa misma doctrina plantee “si no hubiera sido más adecuado sencillamente aumentar a doce meses la edad

19 Cfr. art. 185.1 LGSS.

20 María Amparo BALLESTER PASTOR, “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”, *FEMERIS*, vol. 4, nº.2, 2019, p. 32.

21 María Amparo BALLESTER PASTOR, “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”, *FEMERIS*, vol. 4, nº.2, 2019, p. 32.

del hijo que da derecho al permiso para el cuidado del lactante (como se establece en el EBEP), puesto que el carácter retribuido del mismo nunca hasta ahora ha sido planteado como un coste inasumible por el empresario, dado que básicamente requiere ajustes de organización pero no genera incrementos de costes²².

Esta prestación se extinguirá cuando el o la menor cumpla doce meses de edad²³. Obviamente, también se extinguirá (aunque la norma guarde silencio al respecto) si antes de cumplir los doce meses de edad, quien disfruta el derecho o el otro progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor de carácter permanente, se reincorpora a su jornada anterior a la reducción de jornada. Más dudoso es que se extinga la prestación si el otro progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor de carácter permanente fallece o deviene imposibilitado para prestar los cuidados (por ejemplo, por una hospitalización), porque se trata de una circunstancia sobrevenida que no mengua las exigencias de cuidado del lactante, sino que, antes al contrario, la proyecta sobre uno solo de los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores con carácter permanente.

.....

22 María Amparo BALLESTER PASTOR, “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”, *FEMERIS*, vol. 4, nº.2, 2019, p. 33.

23 Cfr. art. 185.2 LGSS.

CONCILIACIÓN DE RESPONSABILIDADES DE PROGENITORES Y CUIDADORES E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158

*WORK-LIFE BALANCE FOR PARENTS AND CARER
AND EQUAL OPPORTUNITIES IN THE DIRECTIVE (EU) 2019/1158*

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

*Prof^a. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo*

A mi madre, por su renuncia al trabajo remunerado y su entrega al cuidado de su hogar y familia.

*A mi padre, por sus dobles –a veces triples– jornadas laborales,
como único sustentador económico y su ejemplar dedicación a su familia.*

Fecha de recepción: 17 de noviembre de 2019

Fecha de aceptación: 23 de diciembre de 2019

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. HACIA LA CONCILIACIÓN DE RESPONSABILIDADES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: CONTEXTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. 3. LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE AUSENCIA. 3.1. El permiso de paternidad. 3.2. El permiso parental. 3.3. El permiso para cuidadores. 3.4. El permiso por fuerza mayor familiar. 4. FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE. 5. LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA POR CONCILIACIÓN.

RESUMEN: Se realiza un análisis crítico de la Directiva (UE) 2019/1158, de conciliación, sobre la base de la relevante doctrina elaborada en la materia por el TJUE y su futura interpretación. La Directiva introduce novedades significativas. Refuerza la vinculación

entre conciliación e igualdad de oportunidades de hombres y mujeres y la tutela antidiscriminatoria, establece derechos individualizados de ausencia del trabajo –permisos de paternidad, parentales y de cuidadores–, algunos retribuidos, y promueve la presencia en el trabajo mediante sistemas flexibles de organización del tiempo de trabajo. Los avances sustantivos son importantes para algunos Estados, pero insuficientes para otros. Lo que puede ser realmente transformador es que ofrece herramientas al TJUE para exigir su trasposición al Derecho interno en clave de género.

ABSTRACT: This paper presents a critical analysis of the Directive (EU) 2019/1158, on work–life balance, based on relevant judgments on this subject and its future interpretation by the CJEU. The Directive introduces some important new points. It reinforces the connection between work–life balance and equal opportunities by the ground of gender and the anti–discrimination protection, it provides for individual rights related to leave from work –paternity, parental and care leave–, some of them paid leave, and it promotes the worker’s presence through flexible working arrangements. Some Member States will make substantial progress, but it may be insufficient in other States. The truly innovative approach should be given by the CJEU. It may require Member States to apply their measures in a gendered interpretation to comply with the Directive.

PALABRAS CLAVE: Conciliación de responsabilidades, igualdad de género, permisos de ausencia, fórmulas de trabajo flexible.

KEY WORDS: Work–life balance, gender equality, leave from work, flexible working arrangements.

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva (UE) 2019/1158¹, de conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores, deroga, *ex art.* 19 y con efectos de 2 de agosto de 2022, la Directiva 2010/18/UE por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental². **Dos cambios, ciertamente sustanciales, se aprecian ya en el título de la nueva Directiva.** El primero, que su objeto no es aplicar un nuevo Acuerdo marco previo entre los interlocutores sociales, inexistente ante su falta de consenso, en esta ocasión, respecto de la necesidad de adoptar nuevas medidas legislativas, distintas de las previstas en el Acuerdo marco revisado, ni siquiera para entablar negociaciones y aprobar un nuevo convenio sobre el permiso parental³. Son las propias instituciones las que consideran necesario modernizar el marco jurídico vigente. Y el segundo, que el permiso parental representa solo una parte de los derechos individuales que, junto con los permisos de paternidad y para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible, recoge la nueva Directiva, para facilitar la conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores.

La Directiva (UE) 2019/1158 entronca con el principio de “equilibrio entre vida profesional y vida privada”, que el pilar europeo de derechos sociales⁴ recoge en su capítulo

.....

1 Directiva (UE) 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.

2 La Directiva 2010/18/UE, del Consejo, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental derogó, a su vez la Directiva 96/34/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, primera norma derivada aprobada de conformidad con el art. 4.2 del Acuerdo de Política Social anexo al protocolo XIV del Tratado de Maastricht y la primera que se refería a condiciones de trabajo ajenas a las materias tradicionalmente competencia de la Comunidad. Véase CABEZA PEREIRO, “El contenido del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2012, p. 1.

3 Sin perjuicio de la puesta en marcha por la Comisión de la consulta con los interlocutores sociales en dos etapas y de acuerdo con el art. 154 TFUE –sobre los retos relacionados con la conciliación de la vida familiar y la vida profesional y la necesidad de adoptar nuevas medidas legislativa– tal y como reconoce el considerando decimocuarto de la Directiva. En la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo –Bruselas, 26.4.2017, COM(2017) 253 final 2017/0085 (COD)– p. 9 se constata un acuerdo sobre los retos y el objetivo de incrementar la participación de las mujeres en el mercado laboral, si bien las organizaciones patronales, aunque defendían el desarrollo de servicios asistenciales formales, no consideraban necesario, frente a la posición de los sindicatos, introducir nuevas medidas legislativas en el ámbito de la UE.

4 Aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, durante la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo, Suecia.

II, bajo el título condiciones de trabajo justas⁵. En concreto, reconoce el derecho de los hombres y mujeres progenitores o con responsabilidades asistenciales “a los permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia” en igualdad de acceso y exige que se les anime a utilizarlos de forma equilibrada.

Hasta la promulgación de la Directiva, **no se reconocía en el marco jurídico de la UE un permiso de paternidad, de titularidad del padre, de ninguna duración**, pese a su incidencia positiva, en términos de género, también por su mayor implicación en las responsabilidades de cuidado futuras⁶. Y ello frente permiso de maternidad remunerado de catorce semanas, dos obligatorias, que prevé la Directiva 92/85/CEE.

Tampoco se reconocía un permiso para cuidadores, distinto del permiso parental para padres y madres, por nacimiento o adopción de hijos, previsto en Acuerdo marco revisado. Ese permiso parental se configura en ese Acuerdo como un derecho individual de al menos cuatro meses, de los que uno debe ser intransferible, gozando el trabajador que lo solicita o lo disfruta de protección frente a un trato menos favorable y, en particular, frente al despido. No obstante, no se establece su definición, ni las condiciones de disfrute, ni se impone la obligación de retribuirlo, ni se concretan las modalidades de protección frente al trato desfavorable o al despido. Ese diseño y la libertad de los Estados miembros, que en su mayoría no prevén la retribución, ha obstaculizado el acceso al permiso de forma equitativa por ambos progenitores, de modo que principalmente lo disfrutaban mujeres, a las que, además, el otro progenitor transfiere una proporción considerable del permiso parental. De ahí la necesidad de introducir cambios sustanciales.

La Directiva incorpora también novedades relevantes en relación con las fórmulas de **trabajo flexible, el reconocimiento expreso de la discriminación por conciliación y la protección frente al despido**⁷. Y mantiene la protección de los derechos laborales del trabajador que ejercita derechos de conciliación, cuya reducción en caso de disfrute de

.....

5 Principio noveno del pilar europeo de derechos sociales. De igual modo, el principio segundo –incluido en el capítulo I, igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo– reafirma el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, también en lo que respecta a la participación en el mercado laboral, las condiciones de trabajo y de empleo y la carrera profesional.

6 Esta asunción de responsabilidades supone para las mujeres una correlativa reducción de los cuidados familiares no remunerados y mayor disponibilidad para el empleo remunerado.

7 La STJUE de 20 de junio de 2013 (asunto Nadežda Riežniece, C-7/12) había ya declarado contraria a las Directivas de igualdad y de permisos parentales tanto la evaluación de una trabajadora durante el disfrute de un permiso parental, en el marco de una amortización de puestos de trabajo debido a dificultades económicas, sobre la base de principios y criterios que la colocaban en una posición desfavorable con respecto a los trabajadores que no se habían acogido a tal permiso, como el traslado de la trabajadora a otro puesto de trabajo, al término de su permiso parental y como consecuencia de aquella evaluación, y su despido debido a la amortización de ese nuevo puesto, en la medida en que el empleador no se encontrara ante la imposibilidad de reincorporarla a su anterior puesto de trabajo o si el trabajo que se le había atribuido no era equivalente o similar y conforme a su contrato o a su relación laboral. En particular, por el hecho de que, en el momento del traslado, el empleador estaba informado de que el nuevo puesto de trabajo estaba destinado a ser amortizado.

un permiso parental podría disuadir al trabajador de tomar dicho permiso, en términos similares a los previstos en el Acuerdo marco y en consonancia con la doctrina del TJUE⁸.

Los Estados miembros deben proceder a la trasposición de la Directiva a sus ordenamientos internos no más tarde del 2 de agosto de 2022, aunque se prevé una *vacatio* de trasposición más amplia, hasta el 2 de agosto de 2024, para la incorporación de la remuneración o prestación económica de una parte del permiso parental. A los efectos de la trasposición de la regulación de los permisos de paternidad, parental y para cuidados previstos en la Directiva y del cumplimiento de los requisitos mínimos asociados a los mismos, dada la diversidad de modelos existentes entre los Estados miembros, no se les exige a estos que modifiquen la denominación o los tipos de permisos familiares previstos en sus ordenamientos internos. Los Estados miembros pueden tener en cuenta todo tipo de ausencia del trabajo relacionada con la familia, incluso permisos de maternidad⁹.

Precisamente, esa diversidad de modelos ha impedido que, en la práctica, se haya podido avanzar todo lo que habría sido materialmente deseable en la configuración de los permisos o en la protección de necesidades específicas de los progenitores en situaciones de mayor fragilidad¹⁰. **El contenido de la Directiva puede parecer excesivamente laxo o poco exigente en algunos extremos, pero permite una interpretación en clave de género transformadora. En efecto, la Directiva (UE) 2019/1158 ha perdido la oportunidad de unificar el marco normativo de la conciliación con una perspectiva de género comprometida y de reconfigurar los permisos de maternidad, paternidad, parental y para cuidadores, a fin de impulsar un disfrute equilibrado efectivo de permisos individuales e intransferibles y del acceso y promoción en el trabajo remunerado¹¹. Pero ofrece herramientas al TJUE para exigir su incorporación al Derecho interno con perspectiva de género.**

8 Véanse, entre otras, las SSTJUE de 22 de octubre de 2009 y 8 de mayo de 2019 (asunto Christel Meerts, C-116/08, en relación con la indemnización por despido a pagar a un trabajador con reducción de jornada y remuneración reducida por causa de conciliación, y asunto RE y Praxair MRC, C-486/18, que ha incluido, recientemente, junto con la indemnización por despido, el cálculo del subsidio por permiso de recolocación) y de 22 de abril de 2010 (asunto Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, respecto del mantenimiento de las vacaciones anuales retribuidas devengadas y no disfrutadas durante el año anterior al nacimiento del hijo, una vez finalizado el derecho al permiso parental de dos años).

9 En particular, los permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores ya previstos en su Derecho interno, que superen los estándares mínimos previstos en la propia Directiva o en la Directiva 92/85/CEE y permitan cumplir los requisitos mínimos exigidos para todos los permisos. Con todo, se exige que no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en los ámbitos cubiertos por dichas Directivas.

10 En efecto, sin perjuicio de la trasposición que puedan hacer los Estados miembros, no existen previsiones para proteger las necesidades específicas de familias monoparentales, nacimientos múltiples o prematuros, progenitores con discapacidad o con hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas...-, más allá de la evaluación que se requiere de algunas de estas situaciones en el art. 5.8 o que deban ser valoradas por el empleador, ante la solicitud de formas flexibles de trabajo.

11 Y ello pese a que la Comisión anunció su intención de preparar la propuesta de nueva Directiva con un planteamiento más amplio, tras la retirada de la propuesta de revisar la Directiva 92/85/CEE, sobre el permiso de maternidad.

2. HACIA LA CONCILIACIÓN DE RESPONSABILIDADES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: CONTEXTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

En este momento de tránsito entre las dos Directivas, parece oportuno examinar con una perspectiva crítica las novedades que incorpora la nueva norma. Y ello exige, con carácter previo, repasar el contexto que justifica el cambio, que requiere analizar las políticas de conciliación con perspectiva de género y conectadas a las políticas de empleo, sin olvidar la necesidad de incidir también en políticas de servicios públicos de cuidado e incluso de políticas de natalidad, dejadas, no obstante, al margen en la Directiva¹². Contexto que sitúa la conciliación *extra muros* del ámbito propiamente familiar para atribuirle una dimensión social que exige la implicación de todos.

No en vano, y más allá de las múltiples referencias al principio de igualdad de género y a los estereotipos, contenidas en varios considerandos del Preámbulo¹³, el primer párrafo del art. 1, al delimitar el ámbito de la Directiva, señala expresamente que su objeto es establecer “requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo” facilitando la conciliación de responsabilidades a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores. En concreto, según el propio artículo, mediante derechos individuales relacionados con permisos de ausencia (los permisos de paternidad, parental y para cuidadores, a los que debe añadirse el de fuerza mayor) y fórmulas de trabajo flexible. Parece, pues, que **el objeto de la Directiva es más que la conciliación propiamente dicha, la consecución de la igualdad a través de una individualización de los derechos de conciliación y fórmulas de trabajo flexible**, para lograr una distribución equilibrada de la titularidad de los derechos. La exigencia de unos requisitos mínimos en los derechos individuales de conciliación es el medio para la consecución de la igualdad. Requisitos mínimos que pueden ser superados por los Estados miembros, y que, además, no puede justificar, más allá de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la reducción del nivel de protección de que gozan ya los trabajadores, en los términos que fija el art. 16.

Las políticas de conciliación llamadas de nueva generación exigen, en efecto, avanzar en la consecución de una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, al margen de estereotipos sexistas y con un **reparto intrafamiliar más equitativo y equilibrado** de las tareas domésticas y de cuidados, para poder **atender tam-**

.....

12 Salvo la alusión que se hace en el considerando duodécimo de la Exposición de motivos a la oferta de servicios de guardería y de cuidados de larga duración accesibles y asequible y otras medidas adecuadas, fundamentales para permitir la conciliación a progenitores y cuidadores dentro del mercado laboral.

13 Muy en particular, los considerandos primero, segundo, sexto, octavo, noveno, undécimo, decimosexto, cuatragésimo quinto, quincuagésimo segundo.

bién un **trabajo remunerado, con similar dedicación**. Un enfoque que debe contribuir a minorar la brecha laboral de género existente en el mercado de trabajo, especialmente elevada por la infrarrepresentación en el empleo de mujeres con mayores responsabilidades de cuidados, bien por su condición de madres con hijos de corta edad, o por su rol de cuidadoras de familiares mayores o dependientes. Distantes quedan, en su configuración ideológica, las políticas de conciliación llamadas de primera generación, concebidas para permitir a la mujer trabajadora compatibilizar sus responsabilidades familiares con su actividad laboral, sin perder su rol tradicional como cuidadora en exclusiva del hogar, lo que dificultaba o incluso paralizaba su carrera profesional¹⁴.

Con todo, los avances en políticas de conciliación son lentos y **la distancia ideológica y temporal entre las políticas de primera y segunda generación no ha impedido que la brecha laboral entre las tasas de empleo femenina y masculina siga siendo una característica inherente al mercado laboral actual**, especialmente persistente cuando se analiza la tasa media de mujeres con hijos pequeños o con responsabilidades familiares¹⁵, sin que las perspectivas de futuro sean más halagüeñas, si no se actúa incisivamente para garantizar un equilibrio real en la conciliación de responsabilidades entre hombres y mujeres¹⁶.

Ante esta realidad, parecen precisas políticas adecuadas y firmes de conciliación, capaces de revertir la situación, de proteger la carrera profesional de las mujeres y de mejorar, en definitiva, el empleo femenino cuantitativa y cualitativamente. Las medidas de conciliación son herramientas imprescindibles para la incorporación de mujeres al mercado de trabajo, pero **su implementación debe garantizar una corresponsabilidad real para hacer efectiva la igualdad de hombres y mujeres en el mercado de trabajo**.



14 Políticas que, al convertir la conciliación en un problema, fundamentalmente, de la mujer trabajadora, facilitaban su apartamiento prolongado de la relación laboral y la asunción por la mujer de dobles jornadas, laboral y familiar, con la renuncia inherente a su promoción profesional y una mayor propensión a la precariedad laboral, con discriminación salarial y altas tasas de parcialidad y temporalidad. Los hombres, en cambio, mantenían su rol de principales, muchas veces únicos, sustentadores económicos de la familia, centrados en el trabajo productivo y en su promoción profesional y desvinculados, frecuentemente, de la atención del hogar y del cuidado de la familia, por la realización de prolongadas jornadas laborales.

15 Numerosos estudios estadísticos coinciden al afirmar que el impacto de los hijos en la participación en el mercado laboral es muy diferente para las mujeres, a quienes supone un entorpecimiento de su carrera profesional, y para los varones, para quienes lejos de representar un factor de conflicto con su progresión profesional, incluso la favorece, en su rol tradicional de sustentador económico de la familia. Las mujeres, cuanto son madres o cuidadoras, se ven obligadas a trabajar menos horas en empleos retribuidos y a atender, durante más tiempo, responsabilidades de cuidado, o incluso a abandonar por completo el mercado de trabajo. Y la disminución de ingresos que la situación comporta es compensada con horarios y calendarios laborales ampliados y una mayor implicación en el trabajo del varón, que, a su vez, comporta una menor atención de sus responsabilidades de progenitor o cuidador. Y ello pese a que la tasa de mujeres que se gradúan actualmente supera a la de los hombres.

16 Este contexto, agravado notoriamente por el desequilibrio en el diseño de permisos de conciliación y ausencias o interrupciones de las carreras profesionales de hombres y mujeres y, en definitiva, por su diferente grado de corresponsabilidad –por prejuicios de género pero también por condicionantes económicos, como señala CABEZA PEREIRO, J., “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre mujeres y hombres”, en VV.AA. *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 81 ss.–, contribuye, sin duda, de manera sustancial a incrementar los estereotipos y la brecha salarial de género y, a más largo plazo, a la brecha en materia de pensiones y al mayor riesgo de pobreza y exclusión social para las mujeres, en especial de edad avanzada. Véase Propuesta de Directiva cit. p. 1 s.

Ello implica, en primer lugar, en materia de conciliación, **un equilibrio en el diseño y titularidad de permisos y ausencias del trabajo para hombres y mujeres**, para que unos y otros asuman la misma cantidad de responsabilidades familiares¹⁷, sin posibilidad de transferencia o, cuando menos, con cuotas de reserva e incentivos, incluso en su duración, para su disfrute equilibrado¹⁸.

En segundo lugar, para sortear los elevados costes de desprofesionalización que comportan las ausencias prolongadas de la relación laboral, **se debe reforzar el uso de fórmulas de trabajo flexible**, con posibilidad de adaptaciones en la ordenación, distribución o duración del tiempo de trabajo o en la forma de prestación¹⁹. Mayores dudas pueden provocar otras medidas, como el trabajo a tiempo parcial de mujeres en sectores poco cualificados y remunerados, que produce un impacto inverso en el empleo de calidad –nivel de salario, perspectivas de promoción, futuras pensiones...–.

Con la misma finalidad de potenciar la permanencia en el mercado laboral de las personas trabajadoras con responsabilidades de cuidado y remover obstáculos que dificulten la igualdad real, es necesario, en tercer lugar, dotar de un adecuado entramado de servicios públicos asequibles y de calidad para el cuidado de menores y de mayores o dependientes en general –principalmente de guarderías y residencias geriátricas²⁰–.

.....

17 No está de más recordar, en este sentido, el análisis de la titularidad de los permisos parentales de cuidado de hijos en perspectiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo y corresponsabilidad, que introduce ya el TJUE en el año 2010, en relación al permiso de lactancia, en el asunto Roca Álvarez, para no perpetuar roles sexistas y mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. El permiso era de titularidad de la madre trabajadora asalariada, que podía ceder su disfrute al otro progenitor si ambos trabajaban, pero no existía un derecho individual de este al permiso. Véase STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto Roca Álvarez, C-104/09. En sentido similar, para los funcionarios públicos, STJUE de 16 de julio de 2015, asunto Konstantinos Maïstrellis, C-222/14.

18 En este sentido, es importante la concesión de permisos paralelos y de titularidad individual, así como de incentivos suficientes para que los hombres disfruten de los mismos y puedan ocuparse de sus hijos u otros familiares a cargo, cuando resulte conveniente a los intereses familiares pasar del trabajo retribuido al cuidado de la familia. Incentivos que pueden ser incluso en tiempo, como condicionar la mayor duración de un permiso parental a un disfrute intransferible por el otro progenitor. En este sentido, CABEZA PEREIRO, J., “¿En qué debe cambiar el Derecho español para adaptarse al Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental?”, *AS*, núm. 6, 2010. Sobre el debate planteado en clave constitucional y comunitaria –art. 14 CE y a la Directiva 2006/54/CE–, desde la perspectiva del varón trabajador, cuando se le deniega el ejercicio de un permiso parental, en la medida en que no solo se le priva de su papel de cuidador sino que, indirectamente, se contribuye a consolidar el papel de la mujer como cuidadora, FERNÁNDEZ PRIETO, M., “La tutela judicial del varón en el ejercicio de los derechos de conciliación para garantizar un empleo femenino de calidad”, en AA.VV. (Coord. CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, 2012, pp. 311–330. Véase también CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo”, *Relaciones laborales*, núm. 2, 2011, pp. 811–840.

19 En definitiva, ajustes laborales personalizados para los trabajadores con responsabilidades familiares, tales como horarios flexibles, con posibilidad de adaptación de la hora de entrada y/o salida, recuperación de horas, distribución irregular de la jornada, bolsa de horas, jornadas intensivas, e incluso fórmulas de flexibilidad espacial o teletrabajo... Entre otros, CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de vida privada y laboral”, *Temas Laborales*, núm. 103, 2010; QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “Las mejores prácticas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Madrid”, en AA.VV., *Sobre la conciliación de la vida familiar y laboral*, *AS*, núm. 1, 2010, BIB 2011\425, p. 11 s.; y más recientemente, CASAS BAAMONDE, M.*E., “Conciliación de la vida familiar y laboral. Constitución, legislador y juez”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2018, pp. 1065 ss.

20 VIQUEIRA PÉREZ, C., “Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas aplicativos”, *AS*, núm. 10, 2010, BIB 2010\1899, p. 11.

La conciliación no afecta solo al ámbito privado de las familias²¹. Preocupa el envejecimiento de la población. Para combatirlo, **debe fomentarse la natalidad y los cuidados y socializar sus costes**. Es preciso garantizar mediante políticas igualitarias el desarrollo de la carrera profesional de progenitores y cuidadores²², su presencia en el mercado laboral²³ y el reparto de las cargas familiares entre todos los miembros de familia. Para que la simbiosis entre el trabajo y la familia funcione es necesario construir una estrategia de socialización con el compromiso de los poderes públicos y de la propia sociedad para **garantizar la indemnidad de los trabajadores que precisan conciliar y para minimizar los perjuicios que el ejercicio de los derechos reporta a las empresas**.

Antes de analizar los derechos individuales relacionados con la conciliación de responsabilidades que establece la Directiva, conviene hacer una somera alusión a su ámbito subjetivo de aplicación, al que se refiere el art. 2. La Directiva se aplica, con independencia de la estructura de la tipología de familia²⁴, a las personas trabajadoras que tienen un contrato de trabajo o relación laboral definida en el Derecho interno, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE. Se entiende que esta doctrina es la relativa a los criterios para determinar la condición de trabajador y a la irrelevancia de la clase de vínculo o de la atipicidad del trabajo²⁵. Esa jurisprudencia avoca a la existencia de un concepto autónomo de trabajador y rechaza interpretaciones que permitan la trasposición de la Directiva al Derecho interno utilizando un concepto restrictivo de trabajador²⁶.

21 CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de vida privada y laboral” cit., p. 47.

22 Las políticas de conciliación deben incentivar y proteger el ejercicio de los permisos parentales por los varones mediante permisos igualitarios e intransferibles para hacer tangible la corresponsabilidad. Deben evitar perpetuar el tradicional mantenimiento de patrones sociológicos entre mujeres y hombres mediante excedencias o permisos que fueren al trabajador –en general a la trabajadora– a escoger entre trabajo o familia y que, en ocasiones, incluso suponen un apartamiento definitivo del mercado laboral o precarizan su situación laboral y pueden entrañar una discriminación de género, o, cuando menos, una discriminación basada en el estereotipo.

23 Sobre la oportunidad de promover el derecho a la presencia a través de mecanismos de flexibilización y adaptación de la jornada a las necesidades de conciliación, BALLESTER PASTOR M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 170. Más en concreto, sobre la reciente modificación del art. 34.8 ET por el RD-Ley 6/2019, de la misma autora, “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*, núm. 146, 2019, pp. 36 ss.; BLASCO JOVER, C., “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 Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 64 ss.

24 Aunque en los considerandos vigesimotercero y trigésimo séptimo y en el art. 5.8 parece animarse a los Estados a adaptar su regulación a las necesidades específicas de los progenitores en situaciones particularmente adversas o al menos a valorar esa adaptación y el art. 9 exige tener en cuenta, al estudiar y atender las solicitudes de fórmulas de trabajo flexible, las necesidades de trabajadores y empresas.

25 En este sentido, véase el considerando decimoséptimo de la Directiva, que incluye expresamente los contratos a tiempo parcial, los contratos de duración determinada y los contratos con empresas de trabajo temporal, a los que también se refiere la cláusula 1.3 del Acuerdo marco.

26 Ampliamente sobre el tema, CABEZA PEREIRO, J., “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Documentación laboral*, núm. 113, 2018, pp. 45–58.

3. LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE AUSENCIA

3.1. El permiso de paternidad

El art. 4 de la Directiva introduce en la regulación de la UE normas mínimas para el permiso de paternidad, a fin de permitir al padre –o a un “segundo progenitor equivalente”, cuando la legislación interna reconozca esta figura²⁷–, acogerse a una ausencia del trabajo “con ocasión del nacimiento de un hijo a fin de facilitarle cuidados”, tal y como se desprende de la definición del art. 3.1.a). **Se configura, pues, como un permiso de cuidado de hijo biológico –un permiso parental, en sentido amplio– de titularidad exclusiva o preferentemente masculina, inexistente hasta ahora en la regulación de mínimos de la UE**, frente a los permisos vinculados a la maternidad biológica²⁸, lo que, sin duda, merece una valoración positiva. Responde a una demanda, en absoluto novedosa, sobre la necesidad de individualizar la titularidad de los permisos, sin permitir su transferencia al trabajador o trabajadora corresponsable de las obligaciones familiares, para que su ejercicio sea compartido por mujeres y varones con responsabilidades familiares de modo real y efectivo. No se contempla, no obstante, la protección de necesidades específicas para las familias monoparentales²⁹, nacimientos múltiples, partos prematuros, personas con discapacidad... sin perjuicio de que, como ha reconocido el TJUE, deba garantizarse a los beneficiarios del permiso un trato que tengan en cuenta sus necesidades especiales³⁰.

El art. 4 exige que los Estados miembros garanticen un período, ciertamente breve de ausencia, de diez días laborables –dos semanas naturales³¹–, en un modelo de tra-

.....

27 El “progenitor distinto de la madre biológica” al que se refiere el art. 48.4 ET, que permite el disfrute del permiso por nacimiento por un beneficiario distinto del padre en las unidades familiares homoparentales. El permiso de maternidad se asocia, en cambio a la madre biológica, sin posibilidad de sustitución, sin perjuicio de la posibilidad de disfrute del permiso de adopción, comprendido en la Directiva en el permiso parental, con una regulación ciertamente distinta.

28 Puesto que la Directiva 92/85/CEE prevé, por razones de seguridad y salud laboral, permisos de titularidad de la madre biológica, en quien recae la función fisiológica de la reproducción, como consecuencia del parto y del nexo especial creado por el embarazo con su hijo, para avanzar hacia la igualdad entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación, se hacía necesaria la concesión en paralelo de derechos de conciliación de titularidad masculina o del otro progenitor. El permiso de paternidad permite, también, crear un vínculo temprano entre padre e hijo, que, probablemente, contribuirá en el futuro a un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares. Y ello al margen de acciones positivas que puedan impulsar la corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación.

29 Téngase en cuenta, no obstante, que la imposibilidad de acumular permisos de uno y otro progenitor en el caso de las familias monoparentales, aunque favorece la corresponsabilidad, perjudica el cuidado del menor. Véase GALA DURÁN C., “El permiso de paternidad. Un balance tras casi diez años desde su implantación”, *Revista de Trabajo y de Seguridad Social. CEF*, 2017, núm. 406, p. 67. Probablemente la solución no deba pasar en estos casos por la duplicación de los permisos, pero sí quizás por un incremento moderado razonable.

30 STJUE de 16 de septiembre de 2010, asunto Zoi Chatzi, C-149/10, en relación con nacimientos múltiples.

31 Aunque la posibilidad del cómputo del permiso en unidades temporales distintas de los días laborables no se especifica en el articulado, se deduce del considerando decimonoveno de la Directiva.

bajo a tiempo completo³², que, en principio, parece que deben disfrutarse en torno al momento del nacimiento del hijo, con motivo del mismo y con la finalidad de prestarle cuidados. Esta finalidad queda, no obstante, en entredicho en el propio art. 4, que faculta a los Estados a permitir que el permiso pueda disfrutarse, aunque solo “en parte”, antes del nacimiento, probablemente con la finalidad de atender y acompañar a la madre en el parto pero sin establecer un límite máximo. Por lo demás, **la duración mínima de diez días, no obligatorios, en contraposición a las catorce semanas –dos de ellas obligatorias– reconocidas a la madre en la Directiva 92/85/CEE³³ parece claramente insuficiente**, aunque es un primer avance en los Estados miembros que no reconocen este permiso y un avance moderado en los sistemas que prevén una duración inferior³⁴. Nada se dice del plazo para acogerse al permiso, que parece que lo podrán concretar los Estados. Estos pueden también admitir fórmulas flexibles de disfrute del permiso, que, aunque no se definen, parece que podrían consistir en el disfrute en régimen de trabajo a tiempo parcial, en períodos de permiso alternos, separados por tiempos de trabajo, u otras fórmulas.

Más categórica se muestra la Directiva en otras tres previsiones. En primer lugar, en relación con la imposibilidad de supeditar el derecho al permiso a períodos de trabajo anteriores ni a la exigencia de un antigüedad mínima. En segundo término, respecto a su concesión, cualquiera que sea el estado civil o familiar del trabajador³⁵. Y el tercer extremo, fundamental, se refiere a la remuneración o prestación económica que debe garantizarse a los trabajadores que ejercen su derecho, equivalente al menos a los ingresos que percibiría el trabajador en caso de interrupción de sus actividades por motivos relacionados con su estado de salud. No obstante, la garantía queda supeditada “a cualquier límite que establezca la legislación nacional” y, en particular, se admite la exigencia, para el pago, de períodos previos de trabajo, aunque no superiores a los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el nacimiento del hijo.

El derecho a percibir una remuneración o prestación suficiente, una renta de sustitución del salario, es trascendental, incluso más que su duración, para incentivar a los hombres a disfrutar del permiso y que este sea ejercitado en la práctica. Frente al art. 8

.....

32 Parece importante la precisión del art. 3.2 de la Directiva, que, en su segundo párrafo aclara que cuando el modelo de trabajo especificado en el contrato o relación laboral sea otro, el “permiso podrá calcularse proporcionalmente”.

33 Catorce semanas, seis obligatorias, según el art. 4 del más moderno Convenio núm. 183 OIT (2000), sobre protección de la maternidad.

34 Entre otros, LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018, pp. 93 ss.

35 Para evitar, parece, cualquier tipo de discriminación entre parejas de progenitores –casadas o de hecho, heterosexuales u homosexuales–. Y sin perjuicio de que la definición del estado familiar y civil así como la determinación de quién ha de ser considerado progenitor, padre o madre, sea competencia de los Estados miembros, como reconoce expresamente el considerando 18 de la Directiva.

de la Propuesta de Directiva de 2017, considerado el “más utópico³⁶”, que preveía ingresos adecuados equivalentes, al menos, a los que recibiría el trabajador en caso de baja por enfermedad también para los permisos parental y para cuidadores, la Directiva mantiene solo para el permiso de paternidad el contenido de la propuesta, y ni siquiera en sus mismos términos, al permitir supeditarlo a “cualquier límite” que establezca la legislación nacional. La remuneración o prestación se reconoce, en cambio, en la Directiva, de forma limitada en tiempo y sin fijar cuantía alguna de referencia, para el permiso parental y no se exige en absoluto ya para el permiso para cuidadores.

Con todo, la redacción del art. 8.2 guarda ahora un innegable paralelismo con los apartados 2, 3 y 4 del art. 11 de la Directiva 92/85/CEE, que regulan la remuneración o prestación del permiso de maternidad, aunque con dos matices. Uno, que este exige una prestación “adecuada”, aunque considera tal la que garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de suspensión por motivos de salud, dentro de un posible “límite máximo” determinado por las legislaciones nacionales, que, parece, debería garantizar una prestación adecuada. Y dos, que permite a los Estados establecer requisitos de acceso a la prestación o retribución, sin más límite que la imposibilidad de exigir períodos de trabajo previo superiores a los doce meses anteriores a la fecha prevista para el parto. El art. 8.2 de la Directiva no exige prestaciones “adecuadas”, aunque sí unos ingresos equivalentes a los previstos por la Directiva de maternidad, dentro también de los límites que pueda establecer el Derecho interno. Y, en cuanto al período de trabajo previo que puede requerirse, no puede ser superior a los seis meses anteriores a la fecha prevista para el nacimiento.

Puesto que el permiso de paternidad comparte con el de maternidad biológica el objetivo de crear un vínculo especial con el niño y fomentar la corresponsabilidad desde el momento del nacimiento, quizás **lo más acertado, desde una perspectiva de género, habría sido exigir a los Estados miembros garantizar en el permiso de paternidad unos ingresos iguales a los previstos, no en la directiva, sino en la legislación de cada Estado miembro, para el permiso de maternidad.** Sin embargo, al fijar las Directivas límites mínimos de ingresos, aunque sean equivalentes, pueden ser traspuestas a los ordenamientos internos asociando ingresos diferentes para los permisos de maternidad y paternidad. Mucho más si los Estados miembros pueden supeditar tales ingresos a los límites que establezca la legislación interna y esos límites pueden ser diferentes para maternidad y paternidad. Cuestión distinta es la valoración que esas medidas debería merecer en una interpretación de la Directiva en clave de género, como la que se defiende.

.....

36 BALLESTER PASTOR, M.^aA., “La conciliación de responsabilidades: Estado de la cuestión a la luz de la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017”, *Lan Harremanak*, núm. 38, 2017-II, p. 76, que destaca su alto coste económico, difícil de asumir.

Precisamente, **desde una óptica de género sería más igualitario crear un permiso de maternidad obligatorio, por razón de seguridad y salud laboral, vinculado a la función fisiológica de la reproducción y al estado de salud de la madre tras el parto, y un permiso de paternidad equivalente y coincidente en el tiempo, por razón de conciliación, para que el padre pueda ocuparse del hijo mientras la madre se recupera del parto.** Un permiso obligatorio en ambos casos por el tiempo estricto que, desde un punto de vista médico, se estime en general conveniente para la salud de la parturienta. Un permiso más amplio obedece a una protección paternalista que entraña una discriminación sexista, que excede del hecho biológico diferencial y redundante en un perjuicio para la mujer³⁷. Ese exceso debería configurarse como permiso parental, con derechos individuales, intransferibles y retribuidos para los dos progenitores para poder atender al hijo durante los primeros meses de vida. Y probablemente deberá revisarse, al menos, la doctrina del permiso de maternidad del TJUE, a la luz de la nueva Directiva.

En este sentido, el art. 20.6 permite, con carácter general, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para los permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores y por fuerza mayor, computar cualquier período de ausencia relacionado con la familia y cualquier remuneración o prestación económica que supere los estándares exigidos³⁸. Por lo demás, el art. 20.7 de la Directiva, teniendo en cuenta la eficacia de los sistemas que ofrecen a los padres “permisos parentales” con remuneraciones o prestaciones con una tasa de sustitución, respecto del salario, relativamente alta, **permite mantener estos sistemas, sin necesidad de regular un permiso de paternidad remunerado, en los términos del art. 4, siempre que se cumplan dos requisitos: que los ingresos representen al menos el 65% del salario neto del trabajador –aunque pueden estar sujetos a un límite máximo– y que se garanticen al menos durante seis meses del permiso parental de cada progenitor.**

37 En este sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coord.), CABEZA PEREIRO, J., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Curso de igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 140.

38 En el Derecho interno, la comparación debería hacerse con la regulación vigente tras la reforma del RD-ley 6/2019 y llamados ahora permisos por nacimiento de hijo o hija y por adopción, guarda o acogimiento, véase CORDERO GORDILLO, V., “La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el RDL 6/2019, de 1º de marzo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. 3, 2019, pp. 5 ss., que valora el carácter intransferible, la equiparación en la duración de los permisos para ambos progenitores y la atribución de una prestación de Seguridad Social, pero critica la falta de exigencia o de incentivo para el disfrute no simultáneo por ambos progenitores, la rigidez en el disfrute obligatorio por el progenitor distinto de la madre biológica o la no existencia de un derecho subjetivo perfecto al disfrute del permiso a tiempo parcial, así como la falta de adaptación de la normativa de conciliación a las familias monoparentales, también en el caso de fallecimiento de uno de los progenitores. Un análisis más crítico de la reforma en BALLESTER PASTOR, M.^aA, “El RDL 6/2019...” cit., pp. 26-31.

3.2. El permiso parental

La cláusula 2 del Acuerdo marco prevé actualmente un derecho individual de una duración mínima de cuatro meses para el permiso parental, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser de hasta ocho años. Ha de estar, pues, vinculado a la edad del niño, que debe ser suficiente para permitir que ambos progenitores, si lo desean, puedan disfrutar el permiso. Aunque en principio el permiso debe concederse con carácter intransferible, se exige solo que uno de los cuatro meses sea intransferible. Además, no se garantiza una prestación económica. Esta regulación se ha mostrado insuficiente para incentivar, especialmente a los padres, sustentadores principales de la familia, a implicarse en las responsabilidades familiares y permitir que ambos progenitores ejerzan sus derechos por igual³⁹. **La Directiva de conciliación mantiene la configuración del permiso parental como un derecho individual de ausencia del trabajo de cuatro meses, del que pueden disfrutar los trabajadores que sean progenitores, por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo, para cuidar de este⁴⁰, antes de que alcance los ocho años⁴¹ y mejora, si bien solo ligeramente, su regulación en los arts. 5 y 8.**

Así, en primer lugar, **amplía el período no transferible a dos meses**, frente a los cuatro que inicialmente preveía la propuesta. Ese período se añade al del permiso de paternidad, que se configura como derecho individual, de titularidad del padre. La deficiencia de la regulación puede observarse cuando la duración de los permisos implementados en el Derecho interno sea prolongada⁴² o existan varias modalidades de permiso parental. En principio, con que solo uno de los permisos se configure como derecho individual de ausencia de al menos cuatro meses, dos intransferibles, se cumpliría el requisito mínimo exigido por la Directiva. No se exige que en todos los permisos parentales establecidos en el ordenamiento interno se respeten los requisitos mínimos, si bien una interpretación con perspectiva de género impedirá igualmente que la regulación pueda incurrir en discriminación directa o indirecta por razón de género .

En segundo término, **para facilitar su ejercicio, trata de promover formas flexibles de disfrute cuya solicitud se configura como un derecho del trabajador que los Estados miembros deben garantizar**. De nuevo no queda claro si ese derecho debe permitirse en

.....

39 La falta de ingresos adecuados para mantener un nivel de vida digno impide que muchas familias puedan disfrutar el permiso y, cuando se acoge al mismo alguno de los miembros son mayoritariamente las madres, a las que los padres, en general principales perceptores de ingresos de la familia, incluso transfieren una proporción considerable del permiso.

40 Art. 3.1.b).

41 Frente a la mayor edad (doce años) que establecía la Propuesta de 2017.

42 Obviamente, la limitación pierde eficacia práctica cuando el permiso parental previsto por el Derecho interno es excesivamente largo y el período no transferible se limita a los dos meses exigidos por la Directiva.

todos los permisos parentales o sería suficiente con que uno de ellos admitiese formas flexibles. Además, no se especifican las modalidades flexibles que pueden utilizarse, aunque, al definirse el permiso como ausencia del trabajo, no debe entrañar una mera adaptación de la jornada. Caben supuestos de reducción de jornada o trabajo a tiempo parcial, de fraccionamiento del permiso en períodos alternos, interrumpidos con períodos de trabajo o sistemas de crédito de tiempo u otras formas flexibles⁴³. Por otra parte, el derecho a la solicitud no entraña automáticamente la obligación de su concesión. Y aunque se exige que los empleadores, estudien y atiendan las solicitudes, se matiza que deben tener en cuenta tanto sus necesidades como las de los trabajadores y que en caso de denegación, esta debe ser motivada, por escrito y en un plazo razonable. También se les insta, por otro lado, a que antes de aplazar motivadamente la concesión de un permiso parental al trabajador, le ofrezcan, en la medida de lo posible, formas flexibles de disfrute. Ello parece que se exigiría en cualquier permiso parental.

Y en tercer lugar, **aborda, si bien demasiado tímidamente, la remuneración o prestación económica del permiso**, de la que depende, en gran medida y como en el caso de la paternidad, que los progenitores y en particular los padres se acojan al permiso. En cuanto a la exigencia de ingresos a modo de tasa de sustitución al menos relativa del salario dejado de percibir, el art. 8 de la Directiva, frente al art. 8 de la Propuesta de 2017⁴⁴, la limita solo al período mínimo no transferible de permiso parental de dos meses que prevé el art. 5 y, además, **no fija un nivel mínimo** para la retribución o prestación –ni la cuantía de la baja por enfermedad ni ninguna otra–, ni siquiera exige un “nivel adecuado”, que, no obstante, sí prevé el considerando trigésimo primero del preámbulo.

Además, el art. 20 prevé otras dos precisiones importantes en orden a la trasposición, que evidencian la existencia de sistemas nacionales muy diversos cuya armonización resulta compleja. Amplía, en su apartado 2, el plazo de trasposición respecto de la exigencia de ingresos de las dos últimas semanas del período no transferible en dos años más⁴⁵. Y permite, en su apartado 7, que, en los sistemas más avanzados, el permiso parental que cumpla determinados requisitos de duración y cuantía absorba el permiso de paternidad. Ello es posible porque este sería una especie dentro del género de los permisos parentales, un subconjunto dentro del conjunto más amplio de los permisos parentales⁴⁶. Esta dispo-



43 Cláusula 3 del Acuerdo marco y considerando vigésimo tercero de la Directiva.

44 Que establecía unos ingresos idénticos a los previstos para la paternidad, quizás excesivos, al no estar vinculados a períodos máximos y existir sistemas nacionales que configuran permisos de muy larga duración, lo que podría propiciar incluso un apartamiento prolongado del trabajador del mercado laboral.

45 Lo que pone de manifiesto la enorme dificultad de avanzar en la exigencia de un nivel adecuado y mínimo de ingresos vinculados a los permisos de conciliación, aplicables a todos los Estados miembros.

46 El permiso de paternidad permite, en efecto al padre biológico, o a un segundo progenitor equivalente facilitarle, cuidados al hijo con ocasión de su nacimiento. El parental posibilita al padre y a la madre, biológicos o adoptivos, cuidar al hijo, cualquiera que sea su filiación. La finalidad de cuidado de ambos permisos por nacimiento se solapa realmente.

sición se complementa con otra más genérica, contenida en el apartado 6, que **permite computar, a efectos del cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos por la Directiva en relación con los permisos de paternidad, parental y de cuidados e incluso del permiso de maternidad de la Directiva 92/85/CEE, “cualquier período de ausencia del trabajo relacionada con la familia y cualquier remuneración o prestación económica por esta” a que pueda acogerse el trabajador en el ámbito nacional**⁴⁷, siempre que se respeten aquellos mínimos y no se reduzca el nivel de protección garantizado en las Directivas.

Por lo demás, **se deja un importante margen de decisión a los Estados miembros en la configuración del permiso en otros extremos**. En particular, para fijar, teniendo en cuenta las necesidades de empleadores y trabajadores, el plazo razonable de preaviso que ha de cumplir el trabajador⁴⁸; para supeditar o no el derecho al permiso a un período de trabajo o a una antigüedad no superior a un año⁴⁹; así como para decidir o no adaptar las condiciones de acceso y las modalidades de disfrute del permiso parental a las necesidades específicas de los progenitores adoptivos, de los progenitores con una discapacidad o de los progenitores con hijos con una discapacidad o una enfermedad de larga duración⁵⁰. También para definir las circunstancias en las que el empleador, tras las consultas que correspondan, puede aplazar la concesión de un permiso parental, si bien se exige que el disfrute, en el momento solicitado, altere seriamente el buen funcionamiento de la empresa, que el aplazamiento sea por un período razonable, que sea motivado y por escrito y, si el permiso pretende ejercitarse a tiempo completo, que se le ofrezcan antes al trabajador, en la medida de lo posible, formas flexibles de disfrute.

Siendo definido como un permiso de ausencia por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para cuidar de este, **no queda claro que el permiso deba configurarse en los**

.....

47 Dentro de los permisos parentales con ingresos podrían incluirse, en el Derecho español, como permisos retribuidos por el empresario, el permiso del lactante, modificado por el RD-ley 6/2019 para establecer la titularidad individual e intransferible del permiso y un incentivo a la corresponsabilidad, o el de ausencia de una hora diaria por hospitalización de neonato, y como permisos con prestación de Seguridad Social, el de adopción o el de reducción de jornada por cáncer o enfermedad grave del hijo, este último con prestación solo para uno de los progenitores. También podría computarse el exceso del permiso por nacimiento sobre los mínimos exigidos para los permisos de maternidad y paternidad en las Directivas 92/85/CEE y (UE) 1158/2019. En el caso de la excedencia –también modificada por el RD-ley 6/2019 para fomentar la corresponsabilidad– y la reducción de jornada por guarda legal, no existe una prestación económica sino de tiempo cotizado o cotización ficticia y en el de reducción hasta un máximo de dos horas por hospitalización de neonato no se prevé prestación alguna.

48 Plazos excesivamente cortos o demasiado prolongados pueden dar origen a controversias si se entiende que puedan perjudicar desproporcionadamente a una de las partes.

49 Para el cálculo del período de trabajo, cuando existan sucesivos contratos de duración determinada con el mismo empleador, el art. 5.4 exige expresamente la suma de todos ellos, de acuerdo con la Directiva 1990/70/CE. Aunque no se menciona expresamente, lo mismo debe entenderse, de acuerdo con la doctrina del TJUE, cuando el contrato sea a tiempo parcial, en estricta aplicación de las Directivas 97/81/CE y 2006/54/CE y del principio de igualdad, sin que quepan cómputos diferentes que puedan exigir períodos temporales superiores al año de contrato, cuando la jornada sea a tiempo parcial.

50 Sin perjuicio de que, con independencia de lo que el Estado miembro en cuestión decida, debe garantizarse a los progenitores que solicitan un permiso parental un trato que tengan en cuenta sus necesidades especiales. Véase STJUE de 16 de septiembre de 2010, asunto Zoi Chatzi, C-149/10, respecto de los progenitores de gemelos.

ordenamientos internos de forma uniforme para los casos de nacimiento y adopción. Parece suficiente que, en ambos casos, se respete la regulación de mínimos de la Directiva, pudiendo establecerse requisitos de acceso, plazos de preaviso, modalidades de disfrute, duraciones y retribuciones o prestaciones diferentes. En especial, si se tiene en cuenta la existencia de permisos adicionales, de maternidad y paternidad, que permiten también el cuidado de un hijo en los casos de nacimiento. No puede decirse lo mismo en relación con **la titularidad exclusiva o preferentemente femenina de algún permiso parental, que resulta contraria a la normativa antidiscriminatoria** por razón de género, al contribuir a perpetuar estereotipos de género, **más allá del ámbito de la Directiva 92/85/CEE, interpretada restrictivamente**⁵¹, aunque el ordenamiento nacional garantice la regulación de mínimos también al otro progenitor⁵². Ni siquiera de otros beneficios vinculados al cuidado de los hijos, incluso si se formulan en términos aparentemente neutros y pueden producir discriminación indirecta⁵³, salvo justificación objetiva, atendiendo a la finalidad y proporcionalidad de la medida⁵⁴. No existe, en cambio, jurisprudencia sobre la legiti-

.....

51 Parece preciso revisar la doctrina sentada ya en la temprana STJUE de 12 de julio de 1984, asunto Hofmann, 184/83, a la luz de los arts. 3 y 20.6 de la nueva Directiva de conciliación, pues el tiempo del permiso que excede del preciso para que la trabajadora pueda recuperarse del parto y, por tanto, del hecho biológico diferencial, comporta desigualdad de oportunidades en el mercado laboral y redundante en un trato discriminatorio para la mujer. La sentencia consideró legítimo conceder a la madre, tras la expiración del plazo legal estricto de protección, para la recuperación de su salud tras el embarazo y del parto, un período de descanso retribuido por maternidad voluntario y complementario, reservado también a la madre, para proteger el vínculo especial con el hijo que surge con el parto, pese a que, propiamente, debería considerarse un permiso de cuidado. Esta jurisprudencia se ha mantenido en pronunciamientos posteriores respecto de los permisos de maternidad configurados en otros ordenamientos internos, como el español, previo a la reforma del RD-ley 9/2019, de titularidad de la madre trabajadora por cuenta ajena y posibilidad de cesión, en la STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto Marc Betriu Montull, C-5/12, para denegar la titularidad del padre cuando la madre era trabajadora por cuenta propia –Procuradora de los Tribunales– y no podía ceder un derecho que no le correspondía. En el ámbito interno, la más reciente STC 111/2018, de 17 de octubre, desestimó un recurso de amparo basado en la diferente duración de los permisos de paternidad y maternidad (trece días frente a dieciséis semanas en el momento en que se inicia la controversia) por considerar igualmente justificada la diferencia en trato teniendo en cuenta el fundamento dispar de los permisos (conciliación y condición biológica de la madre, respectivamente). Sobre el tema, RON LATAS, P.R., “Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad (año 2018)”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 4, núm. 2, 2019, pp. 217 ss. No obstante, existe un voto particular que centra su atención en el impacto desfavorable en el empleo y la promoción profesional que la diferencia produce en las trabajadoras y, por tanto, en la desigualdad de oportunidades discriminatoria que causa. Véase un comentario crítico a la sentencia en GARCÍA CAMPÁ, S., “Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 433, 2019, pp. 1–22.

52 SSTJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto Roca Álvarez, C-104/09, y de 16 de julio de 2015, asunto Konstantinos Maïstrellis, C-222/14.

53 Véanse, en relación con la discriminación salarial respecto de bonificaciones en el cálculo de la pensión de jubilación de un sistema profesional, las SSTJUE de 29 de noviembre de 2001, asunto Griesman, C-366/99 – en relación con una bonificación en favor de las madres, que excluye a los varones, aunque hayan asumido el cuidado de sus hijos– y de 17 de julio de 2014, asunto Leone, C-173/13 –que considera discriminación indirecta una bonificación de antigüedad vinculada a la interrupción de la actividad profesional por cuidado de hijo, pero a la que acceden con más dificultad los hombres–. Se presentó también cuestión prejudicial por la redacción del art. 37.4 ET antes de la reforma del RD-ley 9/2019, pues aunque se configuraba como un derecho individual de los trabajadores, solo se permitía su ejercicio a uno de los progenitores cuando los dos trabajasen, situación que, en principio parece perjudicar a los hombres, al ser habitualmente las mujeres las que renuncian al trabajo retribuido para asumir responsabilidades familiares. Con todo, el ATJUE de 21 de marzo de 2018, asunto Vadillo González, C-252/17, inadmitió la cuestión al no considerar acreditada esa mayor afectación femenina en el caso planteado.

54 Como en el asunto Lommers, STJUE de 19 de marzo de 2002, C-476/99, con la exclusividad femenina, salvo motivos de urgencia, en el disfrute de plazas de guardería que, en un contexto de insuficiencia notoria de guarderías

midad o no de medidas en beneficio de los hombres, como medida de acción positiva inversa⁵⁵. En todo caso, parece exigible, además de una finalidad legítima –cual promover el reparto de responsabilidades–, que la medida cumpla los estándares de necesidad, adecuación y proporcionalidad, como sucede con el permiso de paternidad, que regula la propia Directiva.

El permiso parental debería individualizarse, sin posibilidad de transferencia, al otro progenitor trabajador, corresponsable de las obligaciones familiares, salvo quizás excepcionalmente, cuando existan necesidades específicas. El carácter intransferible evita la acumulación de permisos en uno de los progenitores, habitualmente la madre y pretende un reparto homogéneo de responsabilidades familiares. O, al menos, si hay posibilidad de transferencia, deberían fijarse cuotas de reserva a cada progenitor, o incluso duraciones máximas cuando el permiso sea disfrutado solo por uno de los trabajadores con responsabilidades familiares, ampliables temporalmente si el permiso lo ejercita también el otro trabajador con responsabilidades familiares⁵⁶. Las mejoras en conciliación no deben asociarse a períodos más amplios de duración de los permisos sino a fórmulas de trabajo flexible y a permisos individuales, intransferibles y que garanticen ingresos adecuados, al menos durante los primeros meses de vida del hijo. El uso del permiso por el otro progenitor fomenta también la reincorporación de la mujer a su trabajo tras el disfrute de sus permisos.

3.3. El permiso para cuidadores

La Directiva de conciliación introduce en su art. 6 un derecho de ausencia del trabajo de carácter anual –cinco días laborables al año en un modelo de trabajo a tiempo completo–, para que los trabajadores puedan prestar cuidado o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que precise asistencia importante por un motivo médico grave, que corresponde definir a los Estados miembros. Estos pueden también concretar detalles adicionales relativos al ámbito de aplicación del permiso, condiciones de ejercicio o exigencia de una adecuada justificación, así como configurar los permisos por persona necesitada de cuidado o apoyo o por caso y, por tanto, parece, teniendo en cuenta el considerando vigesimoséptimo del preámbulo, sobre una base distinta del cómputo anual. Frente a los permisos de paternidad y parental, la Directiva



adecuadas y asequibles, pretende paliar la infrarrepresentación de mujeres entre el personal, entendiendo que se permite su disfrute cuando los varones asumen solos la guarda de sus hijos.

55 En este sentido, BALLESTER PASTOR, M.ªA., “La conciliación de responsabilidades...” cit., p. 82.

56 Así, en algunos ordenamientos de derecho comparado se aprecia una tendencia a disminuir la duración de los permisos parentales y a condicionar su mayor duración a un disfrute intransferible por el otro progenitor. CABEZA PEREIRO, J., ¿En qué debe cambiar el Derecho español para adaptarse al Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental?, AS, núm. 6, 2010.

simplemente “ánima” a los Estados a que introduzcan una remuneración o prestación económica en este permiso, a fin de que los cuidadores, en particular los hombres, ejerzan realmente este derecho⁵⁷.

En principio, como estrategia antidiscriminatoria, merece una valoración positiva la definición de familiar que recoge el art. 3.1.e), en cuanto exige vínculo de parentesco, por naturaleza o adopción, pero no contempla la afinidad, más allá del propio cónyuge –o de la pareja de hecho, cuando esté reconocida en el Derecho interno–. Es cierto que se restringe al parentesco de primer grado. Y que, además, pueden ser sujetos pasivos, a tenor del art. 3.1.c), otras personas –que no entren, por tanto, en el concepto de familiar–, que vivan en el mismo hogar que el trabajador y que necesiten asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave. Parece una especie de cajón de sastre, que incluiría parientes por consanguinidad o adopción a partir del 2º grado, a los que incluso se anima a extender el concepto de familiar a los Estados miembros en el considerando vigesimoséptimo –de forma expresa, “a familiares adicionales, como abuelos y hermanos”–. Pero también parientes por afinidad que, aunque nada se dice ni en el articulado ni en el preámbulo, no hay impedimento expreso, más allá de que pueda considerarse discriminación por razón de género por contribuir a perpetuar roles sexistas, para que los Estados miembros los incluyan también en el concepto de familiar. La Directiva protege también a personas sin parentesco con el trabajador, que convivan con el trabajador y precisen cuidados importantes desde un punto de vista médico. Ello facilitaría la protección de parejas de hecho no reconocidas como tales por los ordenamientos internos. Obviamente, al ser normas mínimas, nada obsta a que los Estados puedan ampliar el ámbito del permiso, sin exigir la convivencia o la existencia de motivo médico grave.

Por lo demás, **la breve duración mínima del permiso y su carácter, en principio, anual** o, en el caso de sujetos pasivos no subsumibles en el concepto de familiar, su vinculación a la existencia de un motivo médico grave, parecen pretender **configurar un permiso que permita atender imprevistos o acompañar al sujeto pasivo a consultas médicas, pero sin necesidad de acreditar una situación de fuerza mayor y para facilitar la conciliación, más que un permiso de cuidado y apartamiento continuado a tiempo completo o parcial de la relación laboral.** Pero como ello no siempre encaja bien con las divergencias entre los sistemas nacionales, se permite a los Estados miembros establecer

.....

57 Considerando trigésimo tercero. En el mismo sentido y para corregir la distribución desigual de las responsabilidades de cuidados, el CESE solo considera satisfactoria la introducción de un derecho individual a un permiso para cuidadores mínimo de cinco días al año “y remunerado al nivel de la baja por enfermedad”. Véase Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores”, DOUE 12.4.2018.

el permiso por referencia al sujeto pasivo o por caso, que suele servir para configurar permisos de cuidado de familiares más continuados. Con todo, el ordenamiento español no contiene un permiso de estas características⁵⁸.

Por lo demás, para gestionar adecuadamente las tendencias demográficas en la UE, los esfuerzos deben concentrarse en garantizar suficientes estructuras de acogida de larga duración que puedan cubrir las necesidades crecientes y en dotar de fondos para crear servicios de cuidado de larga duración⁵⁹.

3.4. El permiso por fuerza mayor familiar

El art. 7 reconoce el derecho de ausencia por causa de fuerza mayor, ya previsto en la cláusula 7 del Acuerdo marco, y entiende por tal los “motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”. No fija una duración mínima, pero permite a los Estados miembros que lo limiten a un tiempo determinado por año y/o por caso⁶⁰. Tampoco se exigen ingresos para este tiempo de ausencia.

El titular del derecho es cualquier trabajador, no solo los progenitores o los cuidadores, tal y como los define la Directiva, pero **el adjetivo familiares parece hacer pensar que los sujetos pasivos protegidos son aquellos definidos como familiar en el art. 3.e) de la propia Directiva** –hijo, hija, padre, madre, cónyuge o pareja de hecho–, sin perjuicio de las mejoras que puedan establecer en su trasposición los Estados miembros. Se ha eliminado la referencia del Acuerdo marco a la posibilidad de estos de precisar las condiciones de acceso y las modalidades de aplicación del permiso, por lo que parece que no puede limitarse en ese sentido. También se han suprimido las menciones expresas a los interlocutores sociales, en relación con la trasposición del precepto, para dejar únicamente la referencia a los Estados miembros, aunque ello no obsta que la trasposición puedan hacerse a través de la negociación colectiva.

58 En efecto, un permiso para facilitar la conciliación, más que el cuidado continuado de la persona, no existe en nuestro ordenamiento interno, que prevé, en cambio, como permisos de cuidado de familiar la reducción de jornada y las excedencias, configurados en principio para permitir una atención prolongada en el tiempo –sin límite en el caso de las reducciones y por dos años, que no garantiza un mínimo anual, para las excedencias, sin perjuicio de la posibilidad de fraccionamiento y salvo mejora por convenio colectivo–. El problema es que estos permisos ofrecen cobertura únicamente para el cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida. En cambio, la Directiva, en el art. 3.1.c) no parece exigir ningún requisito adicional para el cuidado del familiar, frente al de otras personas que vivan en el mismo hogar que el trabajador y que necesiten asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, aunque matiza “conforme a lo definido por cada Estado miembro”.

59 Véase, en este sentido, Dictamen del Comité Europeo de las Regiones “La conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores” (2018/C 164/11), DOUE 8.5.2018.

60 Por caso parece ser la limitación del art. 37.3.b) ET. Sobre la insuficiencia de esta previsión, NIETO ROJAS, P., “Responsabilidades familiares, contrato de trabajo y trayectoria laboral de las mujeres. Algunos puntos críticos”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 4, 2018, pp. 89 ss.

4. FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE

La cláusula 6 del Acuerdo marco obliga ya a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para permitir, al trabajador que se reincorpora tras un permiso parental, solicitar cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período de tiempo determinado. El art. 9 de la Directiva de conciliación amplía el ámbito de aplicación personal y material del derecho a solicitar la adaptación del modelo de trabajo para animar a los trabajadores progenitores o cuidadores a organizarse y permanecer en el mercado laboral, si bien permite que se supedite a períodos de trabajo previos o a una antigüedad no superior a seis meses.

En cuanto al ámbito subjetivo, **se reconoce el derecho a solicitar el permiso tanto a los trabajadores con hijos hasta una determinada edad –como mínimo, ocho años– como a los cuidadores y se elimina lo que el TJUE había interpretado como exigencia de reincorporarse de un permiso parental**⁶¹ o, ahora también, de un permiso para cuidadores. Y respecto del ámbito objetivo, los potenciales beneficiarios pueden solicitar “fórmulas de trabajo flexible”, expresión que, a tenor de su definición en el art. 3.1.f), comprende calendarios laborales flexibles, reducción de las horas de trabajo y fórmulas de trabajo a distancia⁶². Posibilidad, por tanto, de adaptación del tiempo de trabajo, de ausencia parcial en el trabajo y de flexibilización del lugar de trabajo.

El derecho del trabajador se corresponde con la **obligación del empleador de estudiar y atender las solicitudes en un plazo razonable, teniendo en cuenta tanto sus necesidades como las de los trabajadores y motivando cualquier denegación o aplazamiento del disfrute**. Mantiene, en cambio, la Directiva la posibilidad de prever una limitación temporal, si bien “razonable” y garantizando el derecho del trabajador a volver al modelo previo de trabajo al término del período. La limitación temporal puede ser incluso congruente, desde una perspectiva de género, en el caso de reducción de la jornada, teniendo

61 Como preveía la cláusula 6. En este sentido, la STJUE de 16 de junio de 2016, asunto Rodríguez Sánchez había declarado la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial porque la solicitud de reducción de jornada y adscripción al turno de mañana no se producía tras la reincorporación de un permiso parental sino tras el disfrute del permiso de maternidad. Más recientemente, en el asunto Ortiz Mesonero, C-366/18, la STJUE de 18 de septiembre de 2019 tampoco consideró aplicable la cláusula a la solicitud del trabajador de adscripción a un turno fijo, sin reducción de jornada, al no haberse producido la situación previa de reincorporación de un permiso parental.

62 La vinculación del trabajo a distancia y conciliación se recogía ya en nuestro Derecho interno, antes de la reforma del at. 34.8 ET por el RD-ley 9/2019, en algunos convenios colectivos, como el de la empresa Repsol, y en muchos de los decretos específicos sobre la implantación del teletrabajo en la Administración pública autonómica. Véase MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.), *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, La Ley, Madrid, 2016, pp- 30 ss; y, de la misma autora, “El trabajo a distancia como medida de flexibilidad y conciliación laboral”, *Ius Labor*, núm. 2, 2017, p. 2. Una visión con perspectiva de género en FERNÁNDEZ PROL, F., Teletrabajo en clave de género: ¿Herramienta de corresponsabilidad o foco de segregación?”, en AA.VV., *El futuro del trabajo: Cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones Y Seguridad Social, 2019, pp. 575 ss.

en cuenta que son las mujeres mayoritariamente las que se acogen a la reducción y que períodos excesivamente prolongados de horarios reducidos tienen una repercusión negativa en la cuantía o incluso en el acceso mismo a futuras pensiones, como se reconoce en el considerando trigésimo quinto. El trabajador puede solicitar incluso el retorno al modelo anterior antes de finalizar el plazo acordado por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Con todo, el empleador simplemente se obliga a estudiar y atender la solicitud, teniendo en cuenta sus necesidades y las del trabajador.

Podría plantear dificultades distinguir cuándo una reducción de las horas de trabajo de un progenitor o cuidador es permiso parental o para cuidadores y cuándo es fórmula de trabajo flexible. Siempre que se garantice los requisitos mínimos que para el permiso parental exige la Directiva –en particular, la duración del mismo y la retribución del período de dos meses intransferibles–, la cuestión no parece relevante⁶³.

5. LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA POR CONCILIACIÓN

Los derechos individuales relacionados con los permisos de ausencia y las fórmulas de trabajo flexible que la Directiva establece pretenden proporcionar apoyo durante un período de tiempo específico a los trabajadores progenitores o cuidadores y facilitar su continuación en la relación laboral. Por ello, los arts. 10 a 15, tratan de proteger sus derechos y combatir la discriminación con una regulación más minuciosa que la cláusula 5 del Acuerdo marco revisado.

Para garantizar la continuidad de la carrera profesional, el art. 10 reconoce, en términos similares a los previstos en el Acuerdo marco para los permisos parentales, el **derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a reintegrarse al puesto de trabajo o a un puesto equivalente tras un permiso de ausencia** de paternidad, parental, de cuidado y **a que las condiciones de su contrato de trabajo o relación laboral no sufran un menoscabo** como consecuencia de dicho permiso. Se han de **conservar**, además, hasta el final de esos permisos o de la ausencia por fuerza mayor familiar, los **derechos ya adquiridos o que se encuentren en proceso de adquisición en la fecha de inicio del permiso**⁶⁴,

.....

63 En todo caso, si el Estado miembro concede un derecho a la reducción de la jornada por guarda legal hasta que el hijo alcance una edad superior a ocho años, como prevé el art. 37.6 ET, que lo extiende hasta los doce años del hijo, el tiempo que excede de los ocho años necesariamente tendría que concebirse como fórmula de trabajo flexible.

64 Expresión que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, “comprende la totalidad de los derechos y ventajas, en dinero o en especie, derivados directa o indirectamente de la relación laboral, a los que el trabajador puede tener derecho frente al empresario en la fecha de inicio del permiso parental”. Entre estos derechos y ventajas figuran los

y se aplicarán, entonces, **con los eventuales cambios** derivados de la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales⁶⁵.

Se exige, por otra parte, que los Estados miembros definan el régimen de la relación laboral durante el período de permiso parental, incluidos los derechos a la Seguridad Social, asegurándose de que se mantiene la relación laboral, incluso en suspenso⁶⁶ y sin necesidad de asimilar, al menos en todo caso, el período de disfrute del permiso a tiempo efectivo de trabajo⁶⁷. Y ello sin perjuicio de que, durante el período de permiso, el trabajador que disfruta del permiso parental continúe siendo un trabajador en el sentido del Derecho de la Unión⁶⁸.

No se refiere expresamente el art. 10, en ninguno de sus apartados, a las fórmulas de trabajo flexible, previstas en el art. 9. Frente a los permisos de paternidad, parental, de cuidadores o por fuerza mayor familiar, que se configuran como tiempos de ausencia, el **trabajo flexible** permite a los trabajadores adaptar sus modelos de trabajo, no solo para

relativos a las condiciones laborales, el derecho a un preaviso en caso de extinción del contrato o al cálculo de una indemnización por despido a partir del salario que se percibía a jornada completa –STJUE de 22 de octubre de 2009, asunto Christel Meerts, C-116/08 y de 8 de mayo de 2019, asunto RE y Praxair MRC SAS, C-486/18–, las vacaciones devengadas y no disfrutadas –STJUE de 22 de abril de 2010, asunto Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08– o los que se desprenden de disposiciones que establecen los requisitos de acceso a un nivel superior de la jerarquía profesional –STJUE de 7 de septiembre de 2017, asunto H. y Land Berlin, C-174/16–. 65 En este sentido, la STJUE de 7 de septiembre de 2017 (asunto H. y Land de Berlín, C-174/16) consideró contraria al Acuerdo marco una norma que somete la promoción definitiva a un puesto directivo en la función pública al requisito de que el candidato seleccionado supere con éxito un período de prácticas previo en ese puesto, sin que sea posible prorrogar el plazo de prácticas por el disfrute de un permiso parental, y obliga a la interesada a reincorporarse al puesto de nivel inferior que ocupaba. En caso de imposibilidad objetiva de ocupar aquel puesto de trabajo, debería adjudicársele un puesto equivalente o similar, conforme con su nombramiento o relación de servicio, sin la celebración previa de un nuevo proceso selectivo. Por lo demás, es conocida, en relación con la maternidad, la doctrina de la STJUE de 30 de marzo de 2004, asunto Alabaster, C-147/02, trasladable a los permisos de conciliación, que considera que cualquier aumento de salario que se produzca antes o durante el disfrute del permiso de maternidad debe integrarse en los conceptos salariales que se utilizan para calcular el importe de la retribución percibida por la trabajadora durante ese permiso.

66 La protección y mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores que hacen uso de los permisos no obsta que, como ha declarado el TJUE, cuando la relación laboral ha estado suspendida sobre la base del Derecho nacional, se interrumpan correlativamente, con carácter temporal, las obligaciones recíprocas del empresario y del trabajador en materia de prestaciones. En particular, la obligación de este de ejecutar las tareas que le incumben en dicha relación –STJUE de 8 de noviembre de 2012, asuntos Heimann y Toltschin, C-229/11 y C-230/11–.

67 Como ha declarado recientemente la STJUE de 4 de octubre de 2018 (asunto Dicu, C-12/17), que considera que el período de permiso parental que disfrutó el trabajador no puede asimilarse a un período de trabajo efectivo a efectos de determinar su derecho a vacaciones anuales retribuidas con arreglo al artículo 7 de la Directiva 2003/88. El pronunciamiento, no exento de críticas doctrinales, contrasta con situaciones asimilables al trabajo a efectos del devengo de vacaciones, como los procesos de incapacidad laboral por enfermedad –en principio, imprevisibles y ajenos a la voluntad del trabajador, como declaran las SSTJUE de 20 de enero de 2009 (asuntos Schultz–Hoff y otros C-350/06 y C-520/06) y de 29 de noviembre de 2017 (asunto King, C-214/16)– o de maternidad –permiso que tiene por objeto la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y tras el parto, así como de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones, como señala la STJUE de 18 de marzo de 2004, asunto Merino Gómez, C-342/01–. Aunque el asunto Dicu no alude a la existencia o no de una remuneración o prestación económica, esta doctrina parece difícilmente trasladable, cuando menos, al permiso de paternidad y a la parte del permiso parental intransferible para los que el art. 8 de la Directiva de conciliación de progenitores y cuidadores exige a los Estados miembros garantizar una remuneración o prestación económica.

68 STJUE de 20 de septiembre de 2007, asunto Kiiski, C-116/06, en relación con la modificación de la duración de un permiso parental de cuidado por razón de un nuevo embarazo, que obstaculiza la realización de dicha finalidad de cuidado, y para poder ejercitar el derecho al permiso de maternidad.

sustituir presencialidad en el centro de trabajo por trabajo a distancia o para flexibilizar el tiempo de entrada y salida sino también los propios calendarios laborales o reducir las horas de trabajo, que comportan tiempos de ausencia parcial. Y, aunque el art. 9 reconoce, en todo caso, su derecho a retornar al modelo de trabajo original, **convendría haber reforzado expresamente el mantenimiento de sus derechos laborales en el art. 10**⁶⁹.

Frente al Acuerdo marco⁷⁰, **la Directiva de conciliación incorpora expresamente preceptos que trasponen provisiones típicas de las Directivas antidiscriminatorias**⁷¹. De especial interés resulta el art. 11, que recoge el principio de no discriminación por conciliación y ordena a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para prohibir tratos peyorativos a los trabajadores como consecuencia de la solicitud o el disfrute de alguno de los permisos de conciliación, incluida la fuerza mayor familiar y el trabajo flexible. **La discriminación por conciliación se configura como una causa de discriminación autónoma**, no vinculada expresamente a la discriminación por razón de género⁷², pero, al menos, íntimamente conectada con ella *ex arts. 1 y 15 de la Directiva*⁷³ y sin que deba descartarse *a priori* la discriminación por razón de género por asociación.

En este sentido, la jurisprudencia reconoció ya en el asunto Coleman la posibilidad de incurrir en discriminación por razón de discapacidad por asociación, para extender la protección de la igualdad de trato a una trabajadora que no pertenecía a la categoría social discriminada pero que recibió un trato desfavorable por razón de los cuidados dispensados a un familiar⁷⁴. Se proyecta, así, la tutela antidiscriminatoria por discapacidad sobre un tercero que se encuentra estrechamente asociado con el sujeto discapacitado –le presta cuidados y asistencia–. Esta doctrina jurisprudencial de la discriminación por asociación,

.....

69 No obstante, la protección frente a cualquier trato desfavorable por haber ejercido los derechos del art. 9 encuentran amparo expreso en los arts. 11 a 15, con una importante salvedad en la protección contra el despido respecto de la carga de la prueba.

70 La cláusula 5.4 se limitaba a exigir sin mayor concreción protección a los trabajadores contra un trato menos favorable o el despido por haber solicitado o disfrutado de un permiso parental,

71 Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE.

72 Especialmente crítica con la falta de vinculación expresa se muestra BALLESTER PASTOR, M.ªA., “La conciliación de responsabilidades...” cit., p. 73 s., que considera que la discriminación por conciliación aplica estereotipos de género y constituye discriminación directa también para el varón que sufre un trato peyorativo por asumir una actividad de cuidado atribuida generalmente a las mujeres y que, en todo caso, aplicando parámetros estadísticos, la discriminación por conciliación podría reconducirse siempre a una discriminación indirecta por razón de sexo, al ser las mujeres quienes desarrollan mayoritariamente las actividades de cuidado. Sobre la discriminación por razón de sexo que entraña el trato peyorativo al hombre que asume actividades de cuidado, LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 399 ss.

73 El art. 15 encomienda expresamente la lucha contra la discriminación por conciliación a los organismos nacionales de fomento de la igualdad, designados conforme al art. 20 de la Directiva 2006/54/CE.

74 STJUE de 17 de julio de 2008, asunto C–303/06, que considera discriminada por razón de discapacidad a una trabajadora que recibe un trato desfavorable por el cuidado de un hijo discapacitado, aunque no es ella sino su hijo la persona con discapacidad.

creada en el ámbito concreto de la discapacidad y trasladada a otros ámbitos⁷⁵, parece haberse aplicado recientemente en el asunto Vandebon a la discriminación por razón de sexo, para proteger a personas trabajadoras cuando concurren razones o circunstancias que tengan con la causa de discriminación por razón de género de un tercero una conexión directa e inequívoca⁷⁶. Aunque en el supuesto controvertido el trato desfavorable no se produce por razón de conciliación, parece que, a la luz de la nueva Directiva, **podría también extenderse la discriminación por asociación por razón de sexo cuando exista un vínculo o conexión directa e inequívoca** del trabajador progenitor o cuidador que sufre el trato discriminatorio **con la causa de discriminación directa o indirecta que concurre en un tercero, que puede ser la mujer**, condicionada por prejuicios de género a abandonar el trabajo o hacer uso de permisos de conciliación para asumir las cargas familiares, perpetuando roles de género.

Es cierto, no obstante, que la discriminación por asociación se ha utilizado para ofrecer protección a una persona trabajadora que sufre un trato desfavorable cuando, sin la mediación del tercero discriminado, no habría una conexión directa e inequívoca con una causa de discriminación y que la Directiva reconoce ahora la discriminación por conciliación como causa autónoma. Pero la apreciación de discriminación por razón de género, además de enlazar con la primera de las causas de trato diferenciado peyorativo mencionada expresamente en el art. 19 TFUE⁷⁷, permitiría fundamentar una doble discriminación⁷⁸, conectar con el art. 157.3 TFUE⁷⁹ y **aplicar una definición moderna del principio**

75 La STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, entiende que la Directiva 2006/54/CE protege también, frente a posibles represalias del empleador, a las personas trabajadoras, distintas de la persona discriminada, que han prestado apoyo a esta de manera formal o informal. En concreto, a una trabajadora despedida, tras intervenir en un proceso de selección para un puesto de vendedora en favor de una aspirante, cuya candidatura fue finalmente rechazada por la responsable de recursos humanos por razón de su embarazo y a la que la trabajadora proporcionó información al respecto.

76 La STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, entiende que la Directiva 2006/54/CE protege también, frente a posibles represalias del empleador, a las personas trabajadoras, distintas de la persona discriminada, que han prestado apoyo a esta de manera formal o informal. En concreto, a una trabajadora despedida, tras intervenir en un proceso de selección para un puesto de vendedora en favor de una aspirante, cuya candidatura fue finalmente rechazada por la responsable de recursos humanos por razón de su embarazo y a la que la trabajadora proporcionó información al respecto.

77 “Sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”–, lo que permitiría justificar la adopción, por el Consejo y el Parlamento, de acciones adecuadas para luchar contra la discriminación e incluso la tutela antidiscriminatoria de la Directiva 2006/54/CE. Véase BALLESTER PASTOR, M.ªA., “La conciliación de responsabilidades...” cit., p. 74 s., que afirma que, en otro caso, tal vez debería considerarse la discriminación por conciliación una causa de discriminación surgida a partir de la cláusula antidiscriminatoria abierta del art. 21 CDFUE.

78 Una discriminación basada en varios motivos, sin que el TJUE admita, hasta el momento, la discriminación interseccional, basada en la combinación de dos o más motivos de discriminación, pero que no permita constatar una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado. Véase STJUE de 24 de noviembre de 2016, asunto Parris, C-443/15. Ampliamente sobre este tipo de discriminación, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, pp. 125–140; CARDONA RUBERT, B., CABEZA PEREIRO, J., “La discriminación por edad sobre las mujeres mayores”, *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019, pp. 1–15.

79 Que permite también al Consejo y al Parlamento adoptar medidas para garantizar la igualdad por razón de género en asuntos de empleo y ocupación, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario.

de discriminación, que integra la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades, para remover los prejuicios que condicionan las vidas de mujeres y hombres⁸⁰. Y lograr la igualdad de oportunidades y de trato facilitando la conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores es precisamente el objeto de la Directiva.

Estrechamente vinculados con la tutela antidiscriminatoria por conciliación están los arts. 10 a 15 de la Directiva, que ahora se analizan. Y de modo singular, el art. 12, en relación con la protección frente al despido o cualquier medida de preparación del mismo⁸¹ que ha de dispensarse a los trabajadores acogidos a los permisos o fórmulas de trabajo flexibles amparadas por la Directiva, más allá de la genérica protección que otorga el apartado 4 de la cláusula 5 del Acuerdo marco.

El precepto se aproxima al art. 10 de la Directiva 92/85/CEE⁸². Aunque el art. 12 de la Directiva de conciliación no especifica el tiempo durante el que se ha de garantizar la protección frente al despido, al vincularse a la solicitud o disfrute del permiso, necesariamente comprenderá el período incluido entre la solicitud y el final del permiso o del uso de fórmulas de trabajo flexible correspondiente, y algo más, pues protege a quien “haya” disfrutado el permiso. Exige también que el empleador proporcione los motivos del despido por escrito, si bien solo en los supuestos de que el trabajador haya solicitado o disfrutado de un permiso de paternidad, paternal o para cuidadores, no cuando el trabajador haya ejercido el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible. No obstante, reconoce el derecho de los trabajadores que se consideren despedidos por cualquiera de las causas prohibidas a pedir al empleador que fundamente debidamente las causas del despido. Estos motivos, se entiende, han de ser admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y distintos a los prohibidos por la Directiva, aunque, a diferencia del art. 10 de la Directiva 92/85/CEE, no se prevé expresamente, como habría sido de desear. Con todo, **la genérica obligación de los Estados miembros de establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias frente a las infracciones de las disposiciones nacionales de trasposición de la Directiva recogida en el art. 13 debería obligar a que, en estos casos, el despido sea procedente o nulo**⁸³.

80 Sobre este concepto jurídico moderno, véase LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coord.), CABEZA PEREIRO, J., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Curso de igualdad...*, cit., pp. 33 ss. y 110 ss.

81 De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE que ya en STJUE de 11 de octubre de 2007, asunto Nadine Paquay, C-460/06, se pronunció sobre la adopción de medidas preparatorias de un despido por embarazo o nacimiento de hijo antes de expirar el período de protección establecido en el art. 10 de la Directiva 92/85.

82 Que prohíbe el despido de las trabajadoras protegidas (trabajadora embarazada, que haya dada a luz o en lactancia), durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en “casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales” y exige que el empresario dé motivos justificados del despido por escrito.

83 En este sentido, art. 55.5 ET. Con todo, quizás corresponderá rectificar, a la luz de la nueva Directiva, alguna doctrina jurisprudencial, como la establecida en la STS de 28 de abril de 2010, rec. 1113/2009, la falta de sanción efectiva y disuasoria cuando el despido afecta a una relación temporal que concluye durante la tramitación del proceso de despido. Véase BALLESTER PASTOR, M.ªA., “La conciliación de responsabilidades...” cit., p. 91 s.

No establece, en cambio, **la Directiva 2006/54/CE** protección específica frente al despido discriminatorio, salvo la que otorga genéricamente en su art. 16 a los trabajadores –hombres y mujeres– a quienes los Estados miembros reconocen derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción frente al despido motivado por el ejercicio de esos derechos. Protección por conciliación mucho más modesta que la que regula la Directiva de conciliación. Pero sí **regula minuciosamente** aquella Directiva en su art. 19 **la inversión de la carga de la prueba, propia de una tutela antidiscriminatoria, frente a cualquier acto discriminatorio y no solo frente al despido**⁸⁴. Esa tutela comprende el despido discriminatorio por paternidad o adopción, prohibido en el art. 16 y **se extiende expresamente a las situaciones de discriminación por razón de género cubiertas por la Directiva 92/85/CEE o por la Directiva de permisos parentales**. Por consiguiente, **también a las cubiertas por la Directiva de conciliación**⁸⁵, **ante situaciones de discriminación por razón de género, respecto de los permisos parentales, las fórmulas de trabajo flexible y los permisos de ausencia por fuerza mayor**⁸⁶.

No obstante, **la Directiva de conciliación ha querido, con buen criterio, incorporar de forma expresa la inversión de la carga de la prueba a la protección contra el despido del trabajador** que ha solicitado o disfrutado de un permiso de paternidad, parental o para cuidador y que considera que ha sido despedido por esos motivos⁸⁷. Sin necesidad, por tanto, de acudir a la tutela antidiscriminatoria por razón de género. Ciñe, sin embargo, la protección al despido discriminatorio por razón de conciliación, sin extenderla a otros tratamientos discriminatorios por los mismos motivos.

Parece, pues, que aunque la Directiva prohíbe la discriminación por conciliación derivada del ejercicio de cualquiera de los derechos individuales que otorga, quiere establecer **diferentes niveles de protección frente al despido del trabajador que los ejercita. Una protección propia de la tutela antidiscriminatoria en el caso de los permisos de paternidad, parental o para cuidados**, pero solo en relación con el despido. Una protección



84 Sin perjuicio del establecimiento de regímenes probatorios más favorables para la parte demandante y con las salvedades que los Estados pueden establecer en los procesos penales y en los procedimientos con instrucción por el órgano competente, basta con que la persona que se considere perjudicada aporte indicios para que sea la parte demandada la que tenga que demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

85 A la que, de acuerdo con su art. 19, se entenderán hechas, a partir del 2 de agosto de 2022 y con arreglo a la tabla de correspondencias del anexo I, las referencias a la Directiva 2010/18/CE. Aunque la referencia es a la Directiva 96/34/CE, debe entenderse hecha a la Directiva 2010/18/CE en virtud de su art. 4.

86 Incluidos en la tabla de correspondencias del anexo I. Se entiende, con todo, que si hay un acto discriminatorio por razón de sexo, la tutela operará directamente *ex art. 19*, esté o no el supuesto incluido en el ámbito de las citadas Directivas. También respecto de los permisos por paternidad y para cuidadores.

87 Deja fuera los despidos discriminatorios por conciliación que puedan traer su causa en la solicitud y disfrute de fórmulas de trabajo flexible o de permisos de ausencia por fuerza mayor familiar, que podrían subsumirse, junto con los permisos parentales, en la protección más genérica, frente a tratamientos presumiblemente discriminatorios, del art. 19 de la Directiva 2006/54/CE, pero solo ante situaciones de discriminación por razón de género.

más débil, que no comporta inversión de la carga de la prueba, para el despido del trabajador que se acoge a fórmulas de trabajo flexible, aunque el trabajador puede pedir al empleador que fundamente, no necesariamente por escrito, las causas del despido. Y una protección menor, sin inversión de la carga de la prueba ni motivación del despido, en el caso de trabajadores que ejercitan su derecho a permisos de fuerza mayor familiar. Y todo ello sin perjuicio de que si hay trato discriminatorio por razón de género pueda aplicarse la tutela del art. 19 de la Directiva 2006/54/CE⁸⁸.

.....

88 La tutela antidiscriminatoria por conciliación se completa en los arts. 13 y 14. El primero, como se ha dicho, exige establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias frente a la infracción de las disposiciones nacionales de trasposición de la Directiva o relativas a los derechos que entran en el ámbito de aplicación de la misma. Pueden ser sanciones administrativas y económicas, como multas o el pago de indemnizaciones, o de otro tipo. El art. 14 trata de garantizar una protección judicial adecuada contra cualquier trato desfavorable por parte del empleador o contra cualquier represalia resultante de una denuncia o procedimiento relacionado con los derechos contemplados en la Directiva.

UN PASO MÁS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD REAL: LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NACIMIENTO DE HIJO O HIJA, POR ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO TRAS EL REAL DECRETO-LEY 6/2019

*ONE MORE STEP TOWARDS REAL CO-RESPONSIBILITY:
THE EMPLOYMENT CONTRACT SUSPENSION DUE TO
CHILDBIRTH, ADOPTION, GUARDIANSHIP FOR ADOPTION
AND FOSTER CARE AFTER THE ROYAL DECREE-LAW 6/2019*

Rocío MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA

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

Fecha de recepción: 12 de diciembre de 2019

Fecha de aceptación: 15 de enero de 2020

SUMARIO: I. EL NUEVO PERMISO POR NACIMIENTO DE MENOR DE DOCE MESES. 1. DERECHO INDIVIDUAL Y DURACIÓN DEL MISMO. 2. EJERCICIO DEL DERECHO TRAS LA REFORMA. 3. SITUACIONES ESPECIALES. 3.1. Supuesto del menor con discapacidad. 3.2. Supuesto de parto múltiple. 3.3. Supuesto de parto prematuro y de hospitalización del menor. 3.4. Supuesto de fallecimiento del hijo o hija. 3.5. Familias monoparentales. 4. REGIMEN TRANSITORIO. II. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO. 1. CONTENIDO DEL DERECHO. 2. SUPUESTOS PARTICULARES. 3. RÉGIMEN TRANSITORIO.

RESUMEN: La pasada primavera, con la aprobación 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, se introdujeron modificaciones en la regulación de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, en clave de corresponsabilidad. En este artículo, hacemos una valoración positiva de dichas reformas, en cuanto que suponen un avance en la promoción de la corresponsabilidad familiar de los trabajadores hombres y mujeres. Sin embargo, no dejamos de señalar carencias importantes que adolece. Por otra parte, y a lo largo del mismo, apuntamos algunas propuestas que consideramos son importantes para lograr una corresponsabilidad real.

ABSTRACT: The approval of Royal Decree – Law 6/2019, of March 1, “on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation”, has amended in a co-responsability key the regulation of the employment contract suspensión for maternity, paternity, adoption, guardianship for adoption and foster care purposes. In this article, we make a positive assessment of these reforms, due to that they represent an advance in the promotion of family co-responsibility of male and female workers. However, we highlight that some relevant shortcomings. Likewise we suggest some proposals to achieve real co-responsibility.

PALABRAS CLAVE: Corresponsabilidad, conciliación, suspensión del contrato de trabajo.

KEY WORDS: Co-responsability, work-life balance, the employment contract suspension.

En la primavera de 2019, la regulación de las suspensiones del contrato de trabajo por maternidad y por paternidad, sufrieron modificaciones que provocaron un gran interés social, con destacada repercusión en los medios de comunicación. Dichas modificaciones fueron producto de una reforma que se llevó a cabo mediante 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 hombre en el empleo y la ocupación (en adelante RD–L 6/2019)¹, en un contexto político nacional enmarcado en un entorno europeo, en el que se estaban y se están tratando de orientar las políticas de conciliación hacia una corresponsabilidad real.

Del RD–L 6/2019, hacemos en general una valoración positiva, y en concreto respecto a los permisos en los que nos vamos a detener, ya que supone un avance destacado en la promoción de la corresponsabilidad familiar de los trabajadores hombres y mujeres; sin embargo adolece de carencias importantes, que lo hacen insuficiente respecto al gran objetivo que declara persigue, la elaboración de “un nuevo texto articulado integral y transversal en materia de empleo y ocupación, que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo” el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en la línea marcada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI)².

Desde hace ya más de tres décadas, en concreto desde la aprobación de la ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo³, se han ido produciendo profundos cambios en nuestra legislación laboral y en la Seguridad Social sobre la maternidad de las trabajadoras por cuenta ajena, con repercusión en las relaciones funcionariales y el trabajo autónomo, y la igualdad. Esta ley destaca por su plena

.....

1 BOE de 7 de marzo de 2019. Norma convalidada por la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados en su reunión de 3 de abril de 2019 [Cortes generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, XII Legislatura, Sesión de la Diputación Permanente núm. 9 celebrada el miércoles 3 de abril de 2019 (BOE de 10 de abril)], quedando de esta forma inalterados los textos normativos que aprobó el Gobierno y en concreto la nueva regulación del permiso por nacimiento y el de adopción, guarda o acogimiento.

2 BOE de 23 de marzo de 2007.

3 BOE 8 de marzo de 1989. Sobre esta importante Ley y sus efectos, véase entre otros, SEMPERE NAVARRO, A.V., “La ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1989, pp. 85–97; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros”, *La Ley–I*, 1989, pp. 1141–1173; LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J., “Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo”, *Revista de Treball*, núm. 10, 1989, pp. 29–48.

identidad en principios y objetivos con las reformas posteriores en la materia⁴. Por ella se amplían de catorce a dieciséis semanas la suspensión del contrato por maternidad, el hombre comienza a compartir con la mujer el derecho a la interrupción de la jornada por lactancia y parte del permiso por maternidad, contribuyendo esta nueva orientación de las normas protectoras de la maternidad a debilitar el *efecto boomerang* que el reconocimiento de ciertos derechos solo a las mujeres desataba en su propio perjuicio⁵. Mediante la reforma introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁶, se trató de dar un paso más para alcanzar una situación de igualdad real entre trabajadores y trabajadoras. Fue una norma destacada e importante aunque más que por sus logros en materia de corresponsabilidad e igualdad, porque impulsó la utilización de criterios que acabarían guiando la evolución de las soluciones normativas hasta las actuales⁷. La LOI ha sido la norma más importante en la evolución de la materia que nos ocupa; su contenido transversal buscaba para los trabajadores y las trabajadoras que, a través de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se asumieran por ambos, de forma equilibrada las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio, una auténtica corresponsabilidad. Una de las medidas más innovadoras y destacadas en esta línea fue la creación de un permiso de paternidad independiente del de maternidad.

Podemos afirmar que el RD-L 6/2019 constituye un paso más hacia esa corresponsabilidad. No obstante, y a pesar de sus avances y de ser una muestra clara de una mayor apuesta política por una corresponsabilidad real, no logra que se produzca una reforma integral y transversal de la materia; quizá mucho de ello debido a su elaboración precipitada y desigual, según las materias tratadas, e incluso por carencias en materias importantes para su mayor eficacia como medidas que fomenten y obliguen al padre u otro progenitor a disfrutar de los permisos que se le conceden e incluso a disfrutarlos en solitario; muy relacionado con ello, se producen carencias en medidas sancionadoras, procesales y algunas de seguri-

.....

4 Al respecto, CABERO MORÁN, E., “La conversión de las situaciones de maternidad y paternidad en la de nacimiento y cuidado de menor por el principio de corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho, La Ley 5538/2019*, núm. 53, mayo 2019, p. 1.

5 MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, CES, Madrid, 2004, p. 110.

6 BOE de 6 de noviembre de 1999. Sobre esta Ley véase, entre otros, RODRÍGUEZ-PINERO, M., “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I), (II) y (y III)”, *Relaciones Laborales*, núm. 17, 18 y 19, 1999, pp. 1-9; GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, 1999, pp. 10-53; PÉREZ DEL RÍO, T., “La Ley 39/99 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, *Temas Laborales*, núm. 52, 1999, pp. 39-68; RIVAS VALLEJO, M.P., “La relación entre trabajo y familia: la Ley 39/99, una reforma técnica”, *Tribuna Social*, núm. 108, 1999, pp. 9-43; BALLESTER PASTOR, M.A., *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, Colección Laboral, núm. 94, 2000; ALBIOL MONTESINOS, I., *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Tirant Lo Blanch, Valencia, Colección Laboral, núm. 107, 2001.

7 Vid. CABERO MORÁN, E., “La conversión de las situaciones de maternidad y paternidad en la de nacimiento y cuidado de menor por el principio de corresponsabilidad”, *cit.*, p. 2.

dad social; también echamos en falta, entre otras, una regulación específica para los casos de familias monoparentales. Por otro lado cuestionamos su calidad técnica⁸; el Gobierno tiene competencia para aprobar este tipo de normas, cuando se produzcan situaciones de extraordinaria y urgente necesidad⁹, y no parece sea la situación ni el marco adecuado el del reciente real decreto. No es clara la urgente necesidad ni lo extraordinario de la situación¹⁰, tampoco se ha dado pie al debate y apoyo parlamentario de dicha reforma, cuando de hecho ya se habían producido con anterioridad trabajos parlamentarios al respecto. Asimismo, nos parece importante señalar, que todo cambio en esta materia dirigido a lograr una mayor corresponsabilidad, debería ir acompañado para su mayor eficacia y efectividad, de políticas públicas dirigidas a aumentar y mejorar los servicios públicos de atención a las personas, tanto menores como dependientes mayores o con discapacidad, como venimos manteniendo hace años¹¹; extremo en el que insiste, para el ámbito comunitario, la reciente Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo¹². Se trata de un instrumento fundamental de apoyo a las familias que facilita la conciliación familiar y profesional corresponsable.

Centrándonos ya en la materia objeto de nuestro trabajo, el permiso por nacimiento de menor, como medida más novedosa y popular, y de la que la reforma se ha ocupado más en profundidad, se ha regulado por el RD-L 6/2019 unificando en él los permisos conocidos como por maternidad biológica y paternidad preexistente; estableciéndose, como regulación independiente, la del permiso por adopción, guarda o acogimiento.



8 Véase una visión crítica muy interesante del RD-L 6/2019 en BALLESTER PASTOR, M.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” *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Vol.4, nº 2 (2019), pp. 14–38. También sobre la cuestionable calidad técnica, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 11 (julio 2019), p. 96.

9 Artículo 86 de la Constitución Española.

10 En los últimos años, se han presentado iniciativas que ponen de manifiesto que los políticos o sus diferentes partidos, y las instancias públicas son conscientes de la necesidad de que el régimen jurídico de los permisos destinados al cuidado de los hijos sea reformado, al objeto de conseguir una verdadera.

corresponsabilidad; en esta línea destacamos algunas de las más recientes proposiciones de Ley: la Proposición de Ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento presentada por el del Grupo Confederal Unidos Podemos–En Marea–En Comú Podem (BOCG de 7 de mayo de 2018), la Proposición de Ley de Conciliación, Igualdad y Apoyo a las Familias, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG de 22 de junio de 2018), la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG de 7 de septiembre de 2018) y la Proposición de Ley de tiempo de trabajo corresponsable (BOCG de 16 de noviembre de 2018) del Grupo Confederal Unidos Podemos–En Marea–En Comú Podem. El RD-L 6/2019 se basa en gran medida en la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista.

11 Vid. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., “El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, p. 78. De manera más extensa véase, MOLERO MARRAÑÓN, M.L., “Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. Especial, 2019, p. 178–180

12 DOUE de 12 de julio de 2019.

I

EL NUEVO PERMISO POR NACIMIENTO DE MENOR DE DOCE MESES

En el ordenamiento laboral español se reconocía ya en las primeras normas laborales¹³, el derecho a la suspensión del contrato de trabajo a la trabajadora embarazada o que hubiera dado a luz¹⁴, con el fin de proteger y facilitar el restablecimiento de su salud, propiciar el mantenimiento de su puesto de trabajo y la prolongación de su carrera profesional más allá de la edad fértil, sin olvidar, y no por citarlo en último lugar menos importante, la atención y cuidados del recién nacido.

En la actualidad y tras la reciente reforma, es causa de suspensión del contrato de trabajo el nacimiento del menor tanto para la madre como para el padre u otro progenitor según se recoge en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)¹⁵ en su artículo 45.1 d). La novedad más importante es que se configura como un derecho individual en el sentido de que su ejercicio y disfrute no puede transferirse, principalmente por motivos de corresponsabilidad familiar; ya no es un derecho de la madre que puede ceder o disfrutar con el padre u otro progenitor. Esta suspensión se justifica en el parto para la madre biológica y para ambos progenitores, madre, padre u otro progenitor, en las necesidades de cuidado del menor de doce meses, edad que ha sido introducida por el RD-L 6/2019. En principio, parece que la norma persigue fines ya presentes en la regulación anterior: proteger la salud de la madre y su recuperación tras el embarazo y el parto; favorecer la atención y el cuidado del menor y la relación del niño/a con sus progenitores en sus primeros meses de vida; contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, quizá destacando esa búsqueda de la corresponsabilidad familiar; sin embargo, criticamos¹⁶ que la reforma centra la regulación y la protección en el nacimiento y cuidado del menor y deja en un segundo plano el hecho de la maternidad biológica que, como hecho diferencial



13 De hecho, fue en 1900, con la ley conocida como Ley Dato de 13 de marzo, sobre condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños (Alcubilla 1900, pp. 265–266) cuando se reguló por primera vez la protección de la maternidad de manera expresa. Esta ley se considera punto de partida y de verdadera referencia para la elaboración de las normas posteriores relacionadas con la maternidad. Como dato a tener en cuenta, fue la Ley Dato la primera norma que recogió un supuesto suspensivo en la legislación laboral (VIDA SORIA, J., *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, p. 15).

14 Para un estudio en profundidad de la materia véase, NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Universidad Pontificia de Comillas–ICADE y Dykinson, Madrid, 2002, pp. 27 y ss y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., pp. 63 y ss y 217 y ss.

15 BOE de 24 de octubre de 2015.

16 En este mismo sentido LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, cit. p. 71.

femenino, debe ser objeto de protección desde la perspectiva de la salud laboral y frente a las consecuencias negativas que para ella puede conllevar, no hay que olvidar que es una causa destacada de discriminación de las trabajadoras¹⁷. Son situaciones que la nueva denominación no refleja. Podría haberse mantenido la denominación precedente de suspensión o permiso por maternidad biológica y como derecho individual el de la suspensión o permiso por paternidad mejorando su contenido en clave de corresponsabilidad, como en gran parte se ha hecho, y así lograr mantener esa protección especial no discriminatoria de la maternidad biológica. En esta línea, destacada doctrina¹⁸ considera que dicho cambio terminológico “da una falsa (o, al menos, confusa) sensación de que su función primordial es el cuidado, aunque insista en su carácter intransferible. No puede olvidarse que las normas deben elaborarse pensando también en quienes podrían encargarse de legislar y gobernar con posterioridad, y cabe la posibilidad de que éstos carezcan de las mismas convicciones de quienes las hicieron. Si no se refuerza el término paternidad nada impide que posteriores Gobiernos, no tan conscientes de la cuestión corresponsabilizadora, eliminen sin plantearse la referencia a la intransferibilidad considerando que el bien principal es el cuidado del menor. De este modo, el permiso de nacimiento terminaría siendo disfrutado en su totalidad por las madres, lo que empeoraría considerablemente su situación laboral respecto a la actual”. Llamamos la atención asimismo, de como en el derecho comunitario se sigue utilizando esta terminología en materia de conciliación y corresponsabilidad; una muestra clara la encontramos en la reciente Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio, posterior por cierto al real decreto que analizamos.

Para aplicar la reforma, por su transcendencia, el propio RD-L 6/2019 prevé reglas transitorias de aplicación, que han sido incorporadas a la disposición transitoria 13ª del ET y que afectan sobre todo al otro progenitor, no tanto a la madre biológica. Por otro lado y mientras no se proceda al desarrollo reglamentario de las nuevas reglas legales, es el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural¹⁹, la norma reglamentaria de desarrollo, a pesar del gran desajuste que se produce.

Es de destacar, de igual forma, que la suspensión que tratamos, se complementa con la prestación por nacimiento y cuidado de menor, denominada así tras el RD-L 6/2019, y

.....

17 Así lo venimos defendiendo hace años, entre otros en MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., “El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999”, *cit.*, pp. 86–89 y en *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, *cit.*, pp. 252–322.

18 BALLESTER PASTOR, M.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”, *cit.*, p. 26. Postura que defiende también, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.*, p. 72.

19 BOE de 21 de marzo de 2009.

hasta entonces, como prestación por maternidad y prestación por paternidad²⁰; sin olvidarnos del derecho a la asistencia sanitaria durante ese tiempo para el recién nacido/a y en su caso para la madre biológica.

1. DERECHO INDIVIDUAL Y DURACIÓN DEL MISMO

Como novedad importante de la reforma, la titularidad del derecho a la suspensión del contrato de trabajo en caso de nacimiento de niño/a pasa de ser únicamente de la madre biológica a ser también del padre u otro progenitor distinto de la madre; se convierte, por tanto, en un derecho individual de la persona trabajadora, de modo que no puede transferirse su ejercicio al otro progenitor, favoreciendo de esta manera la corresponsabilidad en las responsabilidades familiares. No obstante, no debemos olvidar que todavía habrá que esperar un tiempo para que la reforma sea plenamente efectiva; será a partir del 1 de enero de 2021, si no se retrasa su aplicación progresiva, extremo que, dada la inestabilidad política imperante, podría ocurrir. Desde ese momento ya no será posible que el padre u otro progenitor disfrute de parte del permiso de la madre al tener su propio derecho, como ocurre en la actualidad.

Existe una relación clara y evidente entre la maternidad y las especiales dificultades que presentan las mujeres en el acceso y consolidación de sus carreras profesionales²¹, la corresponsabilidad en el disfrute de los permisos trata de evitar esa situación²². La corresponsabilidad real se sustenta en unas políticas de conciliación de la vida familiar y laboral que favorezcan un reparto equilibrado de las cargas familiares, impida la feminización de los permisos y fomente la existencia de permisos igualitarios, individuales, intransferibles y obligatorios.

El que se haya convertido la suspensión por nacimiento de hijo/a en un derecho individual tanto de la madre como del padre u otro progenitor, es quizá uno de los

20 Art. 177 y siguientes del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS).

21 PERAN QUESADA, S., “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, pp. 180 y ss.

22 Sobre corresponsabilidad véase, entre otros, ALAMEDA CASTILLO, M. J.: “Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad”, en MERCADER UGUINA, J. (Dir.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 495–538; AAVV (CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, P., Dirs.) *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011; PERÁN QUESADA, S., “La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva”, *cit.*, pp. 180–203; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (Tras la aprobación del RD-L 6/2019)*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 15 y ss.

elementos más positivos de la reforma, supone un claro avance hacia dicha corresponsabilidad.

No obstante, cuando los dos progenitores que ejerzan el derecho que tratamos trabajen para la misma empresa, la dirección de la misma “podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito”²³; al referirse la norma únicamente al ejercicio simultáneo, parece que la empresa lo que no podrá es denegar definitivamente el ejercicio del derecho a ninguno de los dos, e incluso esa limitación consideramos debe estar muy justificada y ser excepcional. En todo caso, serán los progenitores quienes decidirán quien disfruta el derecho en cada momento, pues la facultad concedida a la empresa no parece abarque dicha elección²⁴. Sin embargo, consideramos que la empresa no podrá limitar su ejercicio en el caso del permiso obligatorio ya que de poder hacerlo se invalidaría la eficacia del fin para el que fueron creados ambos, protección de la salud de la madre principalmente para la mujer tras el parto, y cuidado del menor para el otro progenitor, con el fomento de la corresponsabilidad de marco regulador.

No debemos olvidar que en los casos de disfrute de este derecho, los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a que hubieran podido tener derecho si, en lugar de la suspensión del contrato de trabajo, hubieran seguido prestando servicios efectivamente²⁵; extremo introducido por la LOI.

El nacimiento de hijo/a, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante dieciséis semanas²⁶, de las cuales son de descanso obligatorio 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. Sin olvidar, aunque la norma no lo recoja expresamente, que de esta forma se protegen las relaciones entre madre e hijo/a y el cuidado posible durante ese periodo después del parto, tan necesario para el menor “evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”²⁷.

Por su parte, el contrato de trabajo del padre o progenitor distinto de la madre biológica, como gran novedad y avance hacia una mayor corresponsabilidad, se suspenderá durante dieciséis semanas para el cuidado del menor de doce meses, siendo asimismo obligatorio el descanso durante las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto (pasando hasta enero de 2021 por un periodo de aplicación transitorio), que habrán de disfrutarse igualmente a jornada completa, pero en este caso por razón de

23 Artículo 48.4 último párrafo del ET.

24 En sentido similar, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.* p. 76.

25 Artículo 48.9 del ET.

26 Según se dispone en artículo 48.4 del ET.

27 STC 111/2018, de 17 de octubre (BOE de 20 de noviembre de 2018).

cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil (en adelante CC)²⁸; sin olvidar lo dispuesto en el artículo 39 de nuestra Constitución. Con este nuevo derecho desaparece el permiso de dos días por nacimiento a cargo de la empresa, que establecía el artículo 37.3 b) del ET.

En ambos casos, tanto para la madre biológica como para el padre u otro progenitor, la nueva redacción del permiso establece que el contrato se suspenderá, es decir que no es una mera posibilidad sino un efecto inmediato del nacimiento. Esta nueva redacción, en principio, favorece la corresponsabilidad y el respeto por parte del empresario del mismo, sin embargo, al no llevar aparejada sanción alguna por su no disfrute, cuestionamos su plena eficacia.

Respecto al permiso obligatorio de seis semanas del padre u otro progenitor, no compartimos la necesidad de que deba disfrutarse a continuación del parto de forma simultánea con la madre; el de ésta tiene sentido por razones de salud principalmente, pero el del otro progenitor podría perfectamente disfrutarse unos días, quizá una o dos semanas después del parto, para atender al menor y a la madre en esos momentos y el resto, disfrutarlo a continuación del permiso de la madre o en otro momento no coincidente con el de la madre; de esta forma se garantizaría una atención y cuidado del menor por el otro progenitor real, asumiendo toda la responsabilidad del cuidado, no siendo un mero colaborador o ayudante de la madre, y un permiso total de mayor duración en el tiempo, que beneficiaría al menor y sería una muestra de auténtica corresponsabilidad. No dudamos que con esta propuesta se complicaría quizá la eficacia de su utilización ante cualquier problema con la organización empresarial, sin embargo, podrían buscarse mecanismos eficaces que garantizaran dicho disfrute, entre otros, sancionar al trabajador por su no disfrute. No debemos olvidar que el carácter obligatorio de dichas seis semanas es relativo, ya que no existe sanción alguna para el caso de incumplimiento de dicha previsión²⁹, lo que puede hacer que el trabajador decida no disfrutarlas sin más o ante la presión laboral las disfrute solo en parte.

Señalar que, con la reforma, al unificarse los antiguos permisos por maternidad biológica y paternidad en uno, la referencia legal al otro progenitor distinto de la madre biológica sustituye a lo dispuesto antes de la reforma que correspondía al permiso por paternidad.

El derecho a la suspensión del contrato por paternidad en el ET fue introducido por la LOI como permiso independiente del disfrute compartido del permiso de maternidad regulado en el artículo 48.4 del mismo texto legal³⁰. Este nuevo permiso fue la medida

.....

28 Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889.

29 En estos términos, BALLESTER PASTOR, M.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”, *cit.*, p. 29.

30 Sobre el permiso de paternidad véase entre otros, ALAMEDA CASTILLO, M. J.: “Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad”, *cit.*, pp.

más innovadora que estableció la LOI para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral³¹. Se trataba de fomentar de esta manera, una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de obligaciones familiares en un marco creado por la LOI de corrección de la desigualdad en el ámbito de las relaciones laborales. Era una medida que pretendía contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares³², liberando a la mujer de una carga que en la práctica le venía impuesta desde su incorporación al mercado de trabajo y le provocaba graves problemas a la hora de acceder, permanecer y promocionarse en dicho mercado laboral. Su duración inicial fue de trece días, ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo; y con la previsión de ampliar dicha duración inicial con el tiempo. Conforme a lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009³³, su duración se amplió hasta veinte días cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produjera en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, o cuando en la familia haya una persona con discapacidad. Esta duración se ampliaba en dos días más por cada hijo a partir de segundo, en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiple (era un incremento único, no acumulable cuando concurriera más de una circunstancia). La Ley 9/2009 de 6 octubre de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida³⁴, modificada por la Ley 48/2015 de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016³⁵, lo amplió a cuatro semanas, y la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018³⁶ a cinco semanas ininterrumpidas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión era independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso

.....

495-538; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Suspensión del contrato de trabajo por paternidad”, en GARCÍA NINET, J.I. (Dir.) y GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Igualdad*, editorial CISS, Madrid, 2007, pp. 714-732; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., *La protección de la maternidad, la paternidad y la adopción y acogimiento*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007; MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., “Disposición adicional décimo primera, once. Disposición Transitoria novena: la suspensión del contrato de trabajo por paternidad” en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 707-753; CAROLINA GALA DURÁN, C., “El permiso por paternidad: un balance tras casi diez años desde su implantación balance tras casi diez años desde su implantación”, *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*, núm. 406, 2017, pp. 57-94.

31 Exposición de Motivos de la LOI.

32 Artículo 44 de la LOI.

33 BOE de 24 de diciembre de 2008.

34 BOE de 7 de octubre de 2009.

35 BOE de 30 de octubre de 2015.

36 BOE de 4 de julio de 2018.

regulados en los apartados 4 y 5 del artículo 48: parto y adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, respectivamente.

Teniendo en cuenta dicha duración diferente según el permiso de que se tratara, maternidad o paternidad, nuestro Tribunal Constitucional declaró en su sentencia 111/2018, de 17 de octubre³⁷, que la misma no era discriminatoria, pues la finalidad de ambos permisos era diferente, mientras que para la maternidad se protege la salud de la mujer, en la paternidad se trata de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, con un voto particular en el que se considera que la diferencia de regulación constituye discriminación indirecta de las mujeres y limita su acceso al mercado laboral y su promoción profesional³⁸. La reforma provocada por el RD-L 6/2019, sigue la línea del voto particular para lograr una mayor corresponsabilidad familiar y evitar la discriminación indirecta de la mujer trabajadora madre.

En los últimos años, se han ido presentando iniciativas que ponen de manifiesto que los políticos y las instancias públicas son conscientes de la necesidad de que el régimen jurídico de los permisos destinados al cuidado de los hijos sea reformado, al objeto de conseguir una verdadera corresponsabilidad y, en consecuencia, poner fin a la diferente forma en la que están y son tratados en el ámbito laboral los hombres y las mujeres. A nivel de la Unión Europea, cabe destacar que el Parlamento Europeo y el Consejo, el 24 de enero de 2019, lograron un acuerdo provisional sobre la propuesta de la Comisión Europea de una nueva directiva relativa a la conciliación. Fruto de la misma, es la aprobación de la reciente Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo; en ella, se regula por primera vez en ámbito comunitario, el permiso de paternidad. Es una norma que pretende dar un paso más allá en la lucha contra el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y profesional entre hombres y mujeres y los estereotipos y las diferencias de

.....

37 En la misma línea, la STC 117/2018, de 29 de octubre (BOE de 6 de diciembre de 2018): “La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que la maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres. Por tanto, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre (SSTC 109/1993, FJ 4, y 75/2011, FJ 7), sin perjuicio de que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, (por todas, SSTC 65/1987, de 21 de marzo, FJ 17; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; y 75/2011, FJ 7), pueda ampliar la duración del permiso de paternidad, como en efecto lo ha hecho, hasta llegar incluso, si lo estima oportuno, a la plena equiparación con el permiso y la prestación por maternidad, con el fin de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos (art. 39.3 CE)”.

38 Un comentario crítico sobre esta sentencia en GARCÍA TESTAL, E. y ALTÉS TÁRREGA, J.A., “La discriminación por razón de género en relación con los permisos de maternidad y paternidad: La STC 111/2018, de 17 de octubre” *Diario La Ley*, núm. 9312, 2018. Este estudio analiza críticamente dicho pronunciamiento y reflexiona sobre la necesidad de cambiar la normativa sobre permisos parentales para lograr la corresponsabilidad entre los progenitores y coadyuvar a erradicar la discriminación indirecta que sufren las trabajadoras como consecuencia del actual régimen jurídico.

género. Reconoce, como factor destacado que contribuye a la infrarrepresentación de las mujeres en el mercado de trabajo, la dificultad para conciliar las obligaciones laborales y familiares, siendo como son ellas las que asumen principalmente el cuidado de hijos y familiares dependientes. “Las políticas de igualdad de trato deben orientarse a hacer frente al problema”; se intenta incentivar el que los hombres asuman la corresponsabilidad en el cuidado de familiares, fomentando la existencia de permisos remunerados, individuales y por tanto intransferibles, y cuya duración se vaya equiparando con los de las mujeres; así se establecen como derechos individuales, entre otros, un permiso de paternidad de diez días laborables de duración y remunerado y uno parental para que cada trabajador a nivel individual, disfrute de un permiso de cuatro meses para el cuidado del hijo antes de que cumpla como máximo ocho años, siendo dos de esos meses intransferibles y remunerados. Su entrada en vigor se produjo el pasado 1 de agosto, sin embargo se otorga como plazo para su trasposición hasta el 2 de agosto de 2022, momento en que quedará derogada la Directiva 2010/18/UE, sobre permiso parental. Ahora bien, las iniciativas presentadas en España son más ambiciosas que las reflejadas en la Directiva, como vemos.

2. EJERCICIO DEL DERECHO TRAS LA REFORMA

En el caso de maternidad biológica el parto es el punto de referencia en torno al cual gira el permiso y su disfrute, en principio, será después del parto; sin embargo, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha prevista de parto según dispone nuestra ley tras la reforma sufrida por el RD-L 6/2019; con anterioridad a la misma, la madre biológica podía adelantar el disfrute del permiso el tiempo que ella considerase necesario, siempre que respetase las seis semanas de descanso obligatorio tras el parto, no solo cuatro semanas.

Esta nueva posibilidad que tiene de distribución del permiso la madre, dado que el progenitor distinto a ella no puede adelantar a antes del parto el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor, parece que obedece a la tendencia imperante con la reforma de alcanzar la mayor unificación posible entre el disfrute por la madre biológica y el otro progenitor³⁹. Ante ese afán unificador del permiso, llama la atención que no se haya incluido la posibilidad de adelantar el ejercicio del permiso al padre u otro progenitor; podría habersele concedido, quizá por menos tiempo, entre otras razones por si el

.....

39 En este sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.*, p. 75.

padre se encontrase desplazado por motivos laborales, y con la finalidad precisamente de poder acompañar a la madre en el momento del parto⁴⁰. Como argumento en contra de esta concesión al padre y a favor de la reforma, se podría alegar quizá, que de esta forma el menor, si los progenitores no disfrutaban a la vez del permiso, esté más tiempo atendido directamente por ellos. En la reciente Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio, se establece la posibilidad de disfrutar parte del permiso de paternidad antes del parto si así lo permiten los Estados miembros.

Volviendo a la madre trabajadora, el que, tras la reforma, pueda adelantar únicamente cuatro semanas de permiso antes del parto, consideramos⁴¹ que es una restricción del derecho que podría ser contraria a lo dispuesto en el artículo 3.3 del Convenio OIT número 103, sobre la protección de la maternidad (1952), ratificado por España, donde primero se establece que el descanso obligatorio después del parto será como mínimo de seis semanas y se añade que el “resto del período total de descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda”; claro que remite a lo que establezca la legislación nacional.

En sentido parecido se refleja en la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992⁴², 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 lactancia⁴³, ya que en su artículo 8.1, se garantiza a la madre trabajadora un “permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”; dejando en este caso a la voluntad de la madre, el poder de distribución de dicho permiso antes y/o después del parto. No es tan claro porque matiza “con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

A favor de la nueva regulación tras la reforma, señalar que de esta forma la madre goza de un periodo mayor de descanso para el cuidado del menor de doce meses, que si parte lo alterna con el padre u otro progenitor es mejor para el menor; en realidad como ya hemos destacado con anterioridad para el caso del padre u otro progenitor.

En caso de riesgo para la salud de la madre o del feto en el periodo previo al parto, cabe decir que lo que procede es la suspensión por riesgo durante el embarazo o incapacidad temporal, según los casos. Son causas de suspensión autónomas, cuya duración no se des-

40 *Ibidem*, p. 74.

41 Para J.F. LOUSADA AROCHENA (“Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.*, p. 75) que va más allá, es una restricción frontalmente contraria al convenio OIT número 103.

42 Véase cita anterior, p. 75.

43 DOCE de 28 de noviembre de 1992.

cuenta de la de nacimiento. En el caso de la incapacidad temporal, la madre puede optar voluntariamente por el descanso maternal antes del parto, pero si no es así, la situación habrá de mantenerse en sus propios términos hasta dicha fecha, en la que habrá de pasarse necesariamente a la suspensión por nacimiento. Si al finalizar esta última, persistiera la causa de la incapacidad temporal, se reanuda el cómputo interrumpido⁴⁴.

Si se produce un error en la previsión médica de la fecha de parto, el descanso ha de prolongarse hasta la fecha verdadera, sin que pueda reducirse por esa causa “la duración del descanso puerperal obligatorio”⁴⁵. En la actualidad, con la nueva regulación, se evitan problemas que antes sí podían surgir si la trabajadora había distribuido su descanso colocando diez semanas antes del parto y dejando para después únicamente seis: el retraso de una semana en la fecha del alumbramiento obligaba a prolongar la suspensión, manteniendo intactas las seis obligatorias; de esta forma la madre disfrutaba de un periodo mayor de descanso. Con la regulación vigente como únicamente se pueden adelantar cuatro semanas de disfrute, lo que podría ocurrir en el caso de que el parto se retrase, es que se amplíe el número de semanas o días a disfrutar antes del parto restándolos del resto de semanas a excepción de las seis obligatorias, es decir de las otras seis que quedarían, si ya había disfrutado cuatro semanas. Sin embargo, no parece muy probable que el retraso del parto se extienda más allá de unos días y abarque más de las seis semanas restantes que estaban sin disfrutar aparte de las seis obligatorias; en estos momentos, los avances en las técnicas de seguimiento y protección de un embarazo permiten ofrecer una fecha probable de parto con bastante exactitud y precisión.

Otra novedad de la reciente reforma respecto al disfrute del permiso, consiste en que una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto que son de disfrute obligatorio y a tiempo completo, cada uno de los progenitores podrá distribuir el tiempo de descanso restante en periodos semanales que se pueden disfrutar de forma seguida, acumulada o interrumpida, hasta que el niño/a cumpla doce meses, en ampliándose así el periodo temporal durante el que se puede disfrutar el permiso. No obstante, el titular del derecho debe comunicar a la empresa con una antelación mínima de quince días el régimen de disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de los correspondientes períodos. Antes de la reforma citada, el disfrute del permiso debía ser ininterrumpido y el del otro progenitor o simultáneo o inmediatamente seguido al de la madre. La nueva regulación permite mayor margen de organización a los progenitores en el cuidado y atención del menor, sin embargo, no está exenta de críticas. Para la empresa, la posibilidad del disfrute de semanas interrumpidas a lo largo de un año, preavisadas cada una de ellas con quince días de antelación, puede traducirse en un problema

.....

44 Artículo 10.2 del RD 295/2009.

45 Artículo 3.4 Convenio OIT núm. 103.

en la organización empresarial del trabajo y en un menor rendimiento de la trabajadora y del trabajador; asimismo esta forma interrumpida de disfrute, podría no favorecer una desconexión del trabajo a los progenitores, lo que podría impedirles ocuparse y atender al menor con calidad, incluso no parece muy claro que puedan desentenderse, con libertad de acción, en este tipo de disfrute semanal, de las necesidades productivas de la empresa sobre todo si tenemos en cuenta la precarización en general de nuestro mercado de trabajo, y en particular del trabajo de las mujeres, y de cierta estigmatización de los trabajadores que ejercitan sus derechos de conciliación por parte no solo de la empresa sino del resto de compañeros/as⁴⁶. Asimismo, si se opta por el disfrute simultáneo del permiso, el menor estaría menos tiempo atendido y cuidado por sus progenitores, sin favorecerse de ese modo tampoco la corresponsabilidad, o un cuidado real por el otro progenitor, como ya hemos señalado. Se podría haber dispuesto un disfrute no simultáneo y en solitario de ese permiso voluntario o de una parte del mismo, por el bien del menor y por incentivar el disfrute en solitario del padre u otro progenitor, lo que produciría una mayor corresponsabilidad por la adopción de un papel más activo en el cuidado del hijo/a, evitándose así el papel de colaborador o ayudante de la madre y favoreciendo su relación con el hijo/a, como venimos manteniendo a lo largo de este trabajo.

Por otra parte, y respecto a la maternidad biológica, no parece que con la reforma en este punto concreto se garantice la adecuada protección⁴⁷; la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, obliga en su artículo 8.1, a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para que las trabajadoras disfruten de un permiso por maternidad “de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas” con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, por tanto señala que el disfrute del permiso debe ser ininterrumpido. Se podría entender siguiendo a la doctrina⁴⁸, que como con la nueva regulación española, producto del RD-L 6/2019, se establece el disfrute fraccionado como posibilidad no como obligación, la trabajadora no pierde su derecho a disfrutar el permiso de forma ininterrumpida si así lo decide, sin embargo no parece una interpretación que ayude a la mujer a disfrutar libremente de dicho permiso, al contrario, puede acabar teniendo problemas si su voluntad choca con las necesidades de la empresa, sin olvidar lo expuesto con anterioridad. Por tanto, la exigencia del disfrute ininterrumpido en la nor-

.....

46 BALLESTER PASTOR, M.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”, *cit.*, p. 29. En este sentido también, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.*, p. 75.

47 Vid. LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.*, pp. 74-75.

48 Véase BALLESTER PASTOR, M.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”, *cit.*, p. 28.

mativa comunitaria, en modo alguno se puede considerar caprichoso o rígido, sino justificado y dirigido a proteger el disfrute de dicho permiso por parte de las trabajadoras⁴⁹.

En el caso del permiso de paternidad sin embargo, no parece que haya problemas en ese disfrute fraccionado del permiso en relación con el derecho comunitario, en cuanto que en la reciente Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio, se establece la posibilidad de disfrutar dicho permiso con “arreglo a fórmulas flexibles” según determinen los Estados miembros. No obstante, y, aunque su disfrute interrumpido halle acomodo comunitario, ello no obsta a que los problemas que comentábamos con anterioridad se puedan seguir produciendo a la hora de su disfrute.

Antes de la entrada en vigor de la nueva regulación del derecho a la suspensión por nacimiento de hijo/a, en la norma reglamentaria de desarrollo, se preveían excepciones al carácter ininterrumpido del descanso, sin embargo en la actualidad con la nueva regulación ya no serían excepciones, sino situaciones en las que claramente se interrumpiría el disfrute del permiso: así el disfrute sucesivo del descanso cuando incorporada la madre al trabajo y disfrutando, por tanto, del derecho el padre u otro progenitor, éste se reincorporase voluntariamente al trabajo con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo⁵⁰; o cuando el progenitor distinto de la madre falleciese antes de completarlo⁵¹, o cuando sobreviniera alguna causa de revocación de la opción realizada a su favor⁵², supuestos todos ellos en los que la madre podría disfrutar, y por lo tanto reanudar, los períodos de descanso correspondientes hasta alcanzar la duración máxima.

Aunque el periodo de descanso por nacimiento se disfruta en principio en régimen de jornada completa, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o jornada parcial, previo acuerdo con la empresa, y conforme se determine reglamentariamente. Con la reforma se podría haber regulado la posibilidad del disfrute a tiempo parcial como auténtico derecho de la persona trabajadora, siendo como es un instrumento importante de conciliación, y sin necesidad de que su disfrute dependiera de una negociación y acuerdo con la empresa, y ello evitando el nuevo sistema fraccionado de disfrute⁵³. Dicho acuerdo que, según se recoge en la disposición adicional primera del RD 295/2009, puede celebrarse al inicio de la suspensión por nacimiento, o en un momento posterior, y extenderse a todo el período de descanso o a una parte del mismo, a excepción de las seis semanas obligatorias. Es un derecho que puede ejercitarse por la madre y/o por el padre u otro progenitor; y una

49 *Ibidem.*, p. 29.

50 Artículo 8.12 c) del RD 295/2009.

51 Artículo 8.5 del RD 295/2009.

52 Artículo 9 del RD 295/2009.

53 Al respecto, BALLESTER PASTOR, M.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”, *cit.*, p. 29.

vez iniciado, solo podrá modificarse su régimen, mediante nuevo acuerdo por iniciativa de la persona trabajadora y por causas relacionadas con su salud o la del menor. Al ser en la actualidad un permiso con posible carácter interrumpido, la situación se complica. Entendemos que se podrá negociar el disfrute a tiempo parcial cada vez que se soliciten esas semanas de permiso con un preaviso de quince días; sin embargo de esta forma pueden causarse complicaciones al empresario en su organización empresarial y dificultades más si cabe, a las personas trabajadoras que deben negociar; sin olvidar que muchas veces la situación laboral de los mismos no es precisamente de estabilidad sino más bien de precariedad y no tienen muchas posibilidades de negociación, sin ignorar la posible estigmatización; y hallándose quizá todavía en peor situación muchas mujeres, como venimos señalando.

Asimismo, el periodo durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice y durante dicho periodo no podrán hacerse horas extraordinarias, salvo las necesarias “para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes” es decir a causa de fuerza mayor⁵⁴. Tampoco en ese tiempo se podrán disfrutar los derechos reconocidos en los artículos 37.4, 5 y 6 y 46.3 del ET, es decir del derecho a un permiso para el cuidado del lactante o por cuidado de un hijo/a hospitalizado prematuro, o del derecho a la reducción de jornada por cuidado de un menor de doce años o discapacitado o de un familiar, o de un menor con enfermedad grave; tampoco del derecho a la excedencia por cuidado de hijos/as o familiares.

La persona trabajadora, debe comunicar a la empresa con una antelación mínima de quince días el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. Sin embargo, no debemos olvidar que cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección empresarial podrá poner límites a su ejercicio simultáneo, por razones fundadas y objetivas debidamente motivadas por escrito⁵⁵.

Parece que en el caso de que a la persona beneficiaria se le extinga la relación laboral a tiempo completo durante el descanso total por maternidad, hoy nacimiento de hijo/a, podrá convertir dicho descanso, una vez superadas las seis semanas posteriores al parto, en uno parcial, a fin de iniciar una nueva relación laboral a tiempo parcial o a tiempo completo⁵⁶.

.....

54 Disposición adicional primera del RD 295/2009.

55 Artículo 48.4 del ET.

56 Instituto Nacional de la Seguridad Social. Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica. Consulta de 4 enero (JUR 2019\190630 – Base Datos Aranzadi Social)Principio del formulario. Criterio de gestión: 1/2019; Fecha: 4 de enero de 2019. ASUNTO: Posibilidad de que la persona a la que se le extingue el contrato de trabajo durante el disfrute a jornada completa del descanso por maternidad, puede convertir dicho descanso en uno parcial, cuando inicie una nueva relación laboral. CRITERIO DE GESTIÓN: En el año 2009 la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica planteó a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) consulta relativa a la posibilidad de que una trabajadora a la que se le extinguió la relación laboral a

No podemos dejar de señalar, que como consecuencia del carácter intransferible del permiso por nacimiento, en la nueva regulación del mismo y cuando se aplique definitivamente, en principio a partir de enero de 2021⁵⁷, como sabemos, se elimina la posibilidad de disfrute de la totalidad de las dieciséis semanas por el otro progenitor cuando la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación conforme a las normas que regulan dicha actividad; y también se elimina la posibilidad, en el caso de fallecimiento de la madre biológica, de disfrutar de la parte que restase del descanso o de todo, con independencia de que ésta realizase algún trabajo o no. Respecto a este último supuesto podía haberse mantenido esta posibilidad e incluso extenderla al caso de fallecimiento del padre u otro progenitor. Con esta regulación se perjudica al menor, ya que no podrá tener la atención y cuidados de sus progenitores el mismo tiempo que otros menores cuyos progenitores vivan.

3. SITUACIONES ESPECIALES

3.1 Supuesto del menor con discapacidad

En el supuesto de nacimiento de un niño o niña con discapacidad, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de dos semanas⁵⁸; dichas semanas, tras la reforma llevada a cabo por el RD-L 6/2019, se atribuyen una a un progenitor y la otra al otro. Esta ampliación, junto con otras ya existentes también como veremos, con la regulación vigente, se separan y unifican en el apartado 6 del artículo 48 del ET. Tal separación no presenta mayor trascendencia salvo a efectos de los periodos transitorios, pues, por aplicación lógica de las disposiciones transitorias, mientras la madre biológica disfruta de esas ampliaciones desde 1 de mayo de 2019, el otro progenitor no las disfrutará hasta el 1 de enero de 2021, dado que durante ese periodo transitorio tienen predeterminada la duración de sus permisos y en tal predeterminación no se tienen en cuenta las situaciones de ampliación⁵⁹.



tiempo completo durante el descanso total por maternidad pudiese convertir dicho descanso, una vez superadas las seis semanas posteriores al parto, en uno parcial, a fin de iniciar una nueva relación laboral. En aquel entonces la DGOS emitía informe denegando dicha posibilidad, lo que por parte de la Subdirección General se recogió en el criterio 9/2005. Dicho centro directivo ha reconsiderado las conclusiones del mencionado informe, por lo que en caso de que a la persona beneficiaria se le extinga la relación laboral a tiempo completo durante el descanso total por maternidad, podrá convertir dicho descanso, una vez superadas las seis semanas posteriores al parto, en uno parcial, a fin de iniciar una nueva relación laboral a tiempo parcial o a tiempo completo.

57 En el periodo transitorio no ocurre así.

58 Artículo 48.6 del ET.

59 LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.*, p. 81.

En el marco de la regulación anterior al RD-L 6/2019, se entendía que la ampliación del periodo de descanso por tener un hijo o hija con discapacidad, se producía siempre que la valoración de la discapacidad resultara al menos de grado I moderado, por aplicación de la escala de valoración específica para menores de tres años (EVE) contenida en el Anexo 2 del RD 174/2011, de 11 de febrero por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia⁶⁰.

3.2. Supuesto de parto múltiple

Respecto a la ampliación del permiso en el supuesto de parto múltiple, ocurre lo mismo que en el caso anterior, la duración de la suspensión se amplía dos semanas por cada hijo o hija distinta del primero⁶¹. Asimismo tampoco en este supuesto la duración de dicha ampliación se ha visto alterada por el RD-L 6/2019, únicamente se ha repartido y se atribuye como consecuencia del mismo una semana para cada progenitor. Respecto a su regulación y efectividad, nos remitimos a lo ya expresado para el caso de discapacidad.

3.3. Supuesto de parto prematuro y de hospitalización del menor

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria, aunque de dicho cómputo se excluyen las seis semanas posteriores al parto que son de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica⁶². Al referirse solo al periodo obligatorio de la madre, que lo debe disfrutar por motivos de salud, parece que el padre u otro progenitor, excepcionalmente en este caso, podrá disfrutar de todo o parte su periodo obligatorio después del parto o más tarde, cuando le den el alta al menor, volviendo de esta forma a su trabajo antes de que transcurra dicho periodo y pudiendo retomarlo con el alta de su hijo/a. Con esta medida se trata de facilitar el que los padres puedan dedicar la suspensión a uno de sus objetivos principales: cuidar y atender, así como relacionarse con su hijo en los momentos iniciales de su vida; algo que resultará difícil mientras se encuentre en el hospital. Para permitir las visitas hospitalarias la legislación laboral prevé la reducción de jornada y el permiso por nacimiento de hijo prematuro.

En los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato

.....

60 BOE de 18 de febrero de 2011.

61 Artículo 48.6 del ET.

62 Artículo 48.4 del ET.

precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle⁶³. En este caso no se aclara si se beneficiarán los dos progenitores o uno de ellos y como se disfrutará. Quizá habrá que esperar a un futuro desarrollo reglamentario.

3.4. Supuesto de fallecimiento del hijo o hija

En el supuesto de fallecimiento del menor, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo⁶⁴.

3.5. Familias monoparentales

En este tipo de familias, la conciliación personal, familiar y laboral suele ser más difícil. En el caso de nacimiento de hijo/a, el único progenitor, tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo durante dieciséis semanas en los términos señalados, sin ninguna especialidad, lo que generalmente provoca que el menor esté menos tiempo cuidado y atendido que aquel menor que tenga a sus dos progenitores, siempre y cuando éstos no disfruten de sus permisos de forma simultánea. Consideramos que se podría haber aprovechado la actual reforma para mejorar la protección, ampliando la duración del permiso del único progenitor en el tiempo que se tendría si hubiera en dicha familia dos progenitores, por el bien del menor y para ayudar al único progenitor en su más complicada tarea de conciliar su vida personal, familiar y laboral; en consecuencia, defendemos, que su permiso debería aumentarse en diez semanas, ya que las seis de permiso obligatorio las deben disfrutar simultáneamente ambos progenitores, quedando únicamente entonces sin disfrutar las restantes diez semanas del segundo progenitor que en este caso no existe⁶⁵. Podría ocurrir que un aumento importante de la duración de dicho permiso, perjudicara al único progenitor en su trabajo, pero por otro lado las dificultades a la hora de conciliar le llevarían quizá a faltar más al trabajo, aunque fuera puntualmente, extremo que se evitaría probablemente alargando la estancia con el menor.

63 Artículo 48.4 del ET.

64 Artículo 48.4 del ET.

65 En la Proposición de Ley de Conciliación, Igualdad y Apoyo a las Familias, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG de 22 de junio de 2018), en su artículo 2, se propone: “En el supuesto de familia monoparental, la suspensión del único progenitor tendrá una duración de treinta semanas, ampliables en dos semanas más para cada uno de ellos en el supuesto de discapacidad del hijo y, por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple”.

4. REGIMEN TRANSITORIO

Como venimos comentando, existe un régimen transitorio de aplicación del cambio introducido por el RD-L 6/2019 que no afecta a la madre biológica, que puede disfrutar completamente de los periodos de suspensión regulados en esa norma desde su entrada en vigor; está regulado en la disposición transitoria 13 del ET. Sí afecta, en cambio, al otro progenitor, que a partir de esa fecha cuenta con un periodo de suspensión total de ocho semanas, de las cuales las dos primeras deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto. No obstante, la madre biológica podrá cederle en este periodo transitorio hasta cuatro semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio, que el otro progenitor habrá de disfrutar conforme a lo dispuesto en el artículo 48.4 del ET. Desde el 1 de enero de 2020, el otro progenitor contará con un periodo de suspensión total de doce semanas, de las cuales las cuatro primeras deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto, si bien la madre biológica podrá cederle hasta dos semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio, que habrán de disfrutarse en esos mismos términos. A partir del 1 de enero de 2021, cada progenitor disfrutará de igual periodo de suspensión del contrato de trabajo, incluidas las seis semanas de permiso obligatorio, con aplicación íntegra de la nueva regulación dispuesta en el RD-L 6/2019.

En tanto no se produzca la total equiparación en los periodos de suspensión de ambos progenitores, y en el periodo de aplicación paulatina, esa nueva regulación se aplicará con las siguientes particularidades⁶⁶: a) En caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de 16 semanas de suspensión previstas para la madre biológica de conformidad con el artículo 48.4 del ET; b) En el caso de nacimiento, el otro progenitor podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión inicialmente cedido por la madre biológica, aunque en el momento previsto para su reincorporación al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal⁶⁷; c) En el caso de que un progenitor no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con acceso a prestaciones de acuerdo con las normas

66 Disposición transitoria 13ª.2 del ET.

67 Con la regulación anterior al RD-L 6/2019, la jurisprudencia había sostenido que la obligación de comunicar al empresario la opción del disfrute en favor del padre se justifica por razones organizativas y no cabe confundir con la comunicación que deba hacerse a la entidad gestora para que el padre pueda disfrutar del subsidio por maternidad, siendo así que en este último caso la normativa de Seguridad Social no impone el requisito de comunicar la opción en el momento de solicitar la prestación, lo que hace posible que se comunique con posterioridad sin que ello comporte la pérdida del derecho a la prestación [Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3749/2008) y de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1352/2017)].

que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por la totalidad de dieciséis semanas, sin ninguna limitación del régimen transitorio⁶⁸.

En este caso podría ocurrir que la vigencia de estas reglas transitorias se demorara, dada la inestabilidad política que impera en la actualidad, y como no hace mucho ha ocurrido, respecto a la duración del permiso de paternidad.

Por otro lado, para el abono del periodo no obligatorio de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, tanto si lo disfruta la madre biológica como el otro progenitor distinto de la madre biológica, se establece una disposición transitoria específica⁶⁹ en la que se dispone que una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, es decir el periodo obligatorio de disfrute, si el periodo no obligatorio, es decir las diez semanas restantes en principio, se disfruta de manera interrumpida, el abono de la prestación no se producirá hasta el agotamiento total del disfrute en tanto no se realicen, por parte de la Entidad Gestora, los desarrollos informáticos necesarios en los aplicativos de gestión, trámite y pago de la citada prestación.

II

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO

Tras la aprobación y entrada en vigor del RD-L 6/2019, se estableció con una regulación independiente de la del permiso por nacimiento, la del permiso por adopción, guarda o acogimiento; permiso que con anterioridad a dicha reforma se regulaba unido al permiso de maternidad y paternidad existentes. Esta separación clarifica su regulación,

.....

68 Según recogía el artículo 48 del ET antes de la reforma, y con su régimen reglamentario de desarrollo, si la madre no realizaba prestación de servicios alguna, no podía el padre disfrutar de ningún período de descanso por paternidad salvo en el supuesto de fallecimiento. En caso de que la madre trabajara y no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulaban dicha actividad, el otro progenitor tenía derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que se entendía compatible con el ejercicio del derecho a la suspensión del contrato por el antiguo supuesto de paternidad; de esta forma quedaba sin efecto la doctrina asentada del Tribunal Supremo según la cual dado que el derecho correspondía originariamente a la madre, el supuesto de opción solo podría darse cuando se tratase de trabajadoras por cuenta ajena o funcionarias públicas, únicos colectivos que tenían derecho a suspensión de su prestación de servicios, no siendo el caso de una madre registradora de la propiedad [STS de 28 de diciembre de 2000 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1479/2000)], de una trabajadora autónoma [STS de 18 de marzo de 2002 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1042/2001)] o respecto de una abogada no incluida en la Seguridad Social [STS de 20 de noviembre de 2001 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 201/2001)].

69 Disposición Transitoria 32ª del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS).

y es razonable, ya que son permisos parecidos pero que protegen situaciones diversas de partida.

La adopción, guarda con fines de adopción y el acogimiento de menores, son causa de la suspensión del contrato de trabajo según se dispone en el artículo 45.1.d) del ET y se regulan en el artículo 48.5 del ET, donde se recogen unas reglas que también han sido modificadas por el reciente real decreto, con las consiguientes precisiones de carácter transitorio de la disposición transitoria 13 del ET. En este supuesto de suspensión, en contraste con la suspensión por nacimiento analizada, el objetivo exclusivo de nuestra norma laboral es facilitar el contacto entre la familia adoptante o que acoge y el menor adoptado o acogido, favoreciendo su integración familiar y su cuidado.

La adopción produce la extinción de los vínculos entre el adoptado y su familia de origen⁷⁰ y se constituye mediante resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes⁷¹ para el ejercicio de la patria potestad⁷². Otra situación protegida según la ley, es la guarda con fines de adopción, de conformidad con el CC o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen⁷³. Por último, nuestra ley hace referencia al acogimiento familiar. Mediante el acogimiento no se rompen los vínculos previos de parentesco, sin embargo “produce la plena participación del menor en la vida de la familia”⁷⁴. Se constituye por decisión administrativa, salvo que haya oposición de los padres o el tutor del menor, en cuyo caso será decidido por el Juez⁷⁵. Para que se produzca el derecho a la suspensión del contrato de trabajo el acogimiento protegido por nuestro ET debe ser por más de un año; de esta forma solo dan derecho a la suspensión contractual dos de las posibles modalidades de acogimiento de las establecidas por nuestra legislación civil⁷⁶: el acogimiento familiar temporal y el acogimiento permanente; el acogimiento de urgencia no, ya que es sobre todo para menores de seis años y de duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda⁷⁷.

Nuestra ley protege asimismo la adopción y acogimiento internacionales, ya que se consideran, jurídicamente equiparables a la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente o simple españoles, “aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones

.....

70 Artículo 178.1 del CC.

71 Dicha idoneidad, según se recoge en nuestro CC, es “la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción” (artículo 176.3 CC).

72 Artículo 176.1 del CC.

73 Artículo 173 ter del CC.

74 Artículo 173.1 del CC.

75 Artículo 173 del CC.

76 El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos (artículo 173 bis del CC): a) Acogimiento familiar de urgencia, b) Acogimiento familiar temporal y c) Acogimiento familiar permanente.

77 Artículo 173 bis del CC.

judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación. No se considerarán equiparables al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, otras posibles modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente”⁷⁸.

Como elemento a tener en cuenta para poder disfrutar del derecho a la suspensión del contrato de trabajo, se encuentra la edad del menor, la adopción o el acogimiento deben ser de menores de seis años, si bien cabe que se produzca a menores de edad mayores de seis años si se trata de menores con discapacidad que acrediten una minusvalía en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía⁷⁹, o cuando se trate de menores que “por sus circunstancias y experiencias personales” o “por venir del extranjero” tengan especiales dificultades de inserción social o familiar, circunstancias que habrán de ser acreditadas por los servicios sociales competentes⁸⁰. Para que se produzca la situación protegida el adoptado o acogido deberá ser menor de dieciocho años⁸¹.

Las modificaciones introducidas por el RD-L 6/2019 en la materia, se producen prácticamente en paralelo a lo establecido para el permiso por nacimiento, como a continuación se verá, y por ello, haremos únicamente una breve aproximación a ellas; de la misma forma que las críticas o reflexiones vertidas en estas páginas para aquel supuesto podemos extrapolarlas al que ahora nos ocupa en cuanto su regulación sea coincidente.

1. CONTENIDO DEL DERECHO

Para los adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores, el RD-L 6/2019 establece como hemos señalado, una regulación diferenciada del permiso por nacimiento en el artículo 48.5 del ET, donde se concede un derecho a la suspensión del contrato de dieciséis semanas para cada adoptante, guardador o acogedor. Es un derecho individual de la persona trabajadora, y por tanto su ejercicio no puede transferirse al

.....
78 Artículo 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. En este sentido lo recogió la disposición adicional quinta de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

79 Artículo 2.3 Real Decreto 295/2009.

80 Artículo 45.1.d) del ET.

81 Artículo 2.3 Real Decreto 295/2009.

otro adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor. Cuando los dos adoptantes, guardadores o acogedores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, ésta podrá limitar el disfrute simultáneo de las diez semanas voluntarias por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito. De ese periodo total de dieciséis semanas, seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Las diez semanas restantes se podrán disfrutar de la misma forma que lo expuesto para el permiso por nacimiento con la diferencia del punto de partida para su cómputo, en aquel es el parto y en éste la resolución judicial o la decisión administrativa correspondiente. En el caso de producirse una adopción internacional, y como ya ocurría antes de la actual reforma provocada, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión previsto, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

No debemos olvidar que en ningún caso un mismo menor dará derecho a varios periodos de suspensión en la misma persona trabajadora, es decir, el mismo menor no puede generar primero un permiso por guarda o acogimiento y luego otro por adopción.

Por otra parte, los trabajadores que ejerciten este derecho se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a que hubieran podido tener derecho si, en lugar de la suspensión del contrato de trabajo, hubieran prestado servicios efectivamente⁸².

2. SUPUESTOS PARTICULARES

En el supuesto de discapacidad del menor, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada uno de los adoptantes, guardadores o acogedores; esta distribución es producto de la reforma llevada a cabo por el RD-L 6/2019. Nos remitimos a lo señalado en el caso del nacimiento sobre la valoración de la discapacidad del menor.

Otro supuesto particular en el que procede ampliar la duración del permiso es el caso de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada menor distinto del primero. La ampliación también será de dos semanas por cada menor a distribuir una para cada uno de los adoptantes, guardadores o acogedores.

.....
82 Artículo 48.9 del ET.

Son situaciones reguladas en nuestro ET en su artículo 48.6, en sentido similar tanto para el caso de nacimiento de hijo/a como para los casos de adopción, guarda o acogimiento, como vemos. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la suspensión por nacimiento, el fallecimiento del menor en la regulación del permiso por adopción, guarda o acogimiento, no se contempla; aunque consideramos, siguiendo a la doctrina⁸³, que es posible el disfrute de todo el periodo suspensivo en estos casos por aplicación analógica de lo establecido para el permiso por nacimiento, y siempre que pasadas las seis semanas de descanso obligatorio, no se solicite la reincorporación al trabajo.

3. RÉGIMEN TRANSITORIO

Para la aplicación de las modificaciones del presente permiso, como ocurría en el caso de nacimiento de hijo/a, existe un régimen transitorio que se regula también en la disposición transitoria 13ª del ET; en ella se distinguen dos situaciones desde el punto de vista temporal:

- Desde la entrada en vigor del RD-L 6/2019, en el caso de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, cada progenitor dispone de un periodo de suspensión de seis semanas a disfrutar a tiempo completo de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Junto a las seis semanas de disfrute obligatorio, los progenitores/as pueden disponer de un total de doce semanas de disfrute voluntario que deberán disfrutar de forma ininterrumpida dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial o bien a la decisión administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 48.5 del ET. Cada progenitor puede disfrutar individualmente de un máximo de diez semanas sobre las doce semanas totales de disfrute voluntario, quedando las restantes a disposición del otro progenitor. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, ésta podrá limitar el disfrute simultáneo de las doce semanas voluntarias por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

.....

83 Cfr. LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.*, p. 80.

- A partir de 1 de enero de 2020, cada progenitor dispondrá de un periodo de suspensión de seis semanas a disfrutar a tiempo completo de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Junto a esas seis semanas de disfrute obligatorio, los progenitores/as podrán disponer de un total de dieciséis semanas de disfrute voluntario que deberán disfrutar de forma ininterrumpida dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial o bien a la decisión administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 48.5 ET. Cada progenitor podrá disfrutar individualmente de un máximo de diez semanas sobre las dieciséis semanas totales de disfrute voluntario, quedando las restantes sobre el total de las dieciséis semanas a disposición del otro progenitor. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, ésta podrá limitar el disfrute simultáneo de las dieciséis semanas voluntarias por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.
- A partir del 1 de z de 2021, cada progenitor disfrutará de igual periodo de suspensión del contrato de trabajo, siendo de aplicación íntegra la nueva regulación del RD-L 6/2019.

Durante el periodo de aplicación paulatina, y en caso de que ambos progenitores trabajen, el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, dentro de los límites de disfrute compartido establecidos para cada año del periodo transitorio. Tales periodos podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre empresarios y trabajadores afectados, en los términos reglamentariamente determinados.

En este caso podría ocurrir lo mismo que lo señalado respecto a las reglas de transitoriedad establecidas para el permiso por nacimiento, su vigencia puede ser demorada dada la inestabilidad política que impera en la actualidad.

Asimismo, en el supuesto que analizamos de suspensión del contrato de trabajo, se debe aplicar lo dispuesto en la disposición transitoria 32ª de la LGSS para el abono del periodo no obligatorio de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, donde se incluyen la protección por adopción, guarda y acogimiento, pues si ese periodo no obligatorio se disfruta de manera interrumpida el abono de la prestación no se producirá hasta el agotamiento total del disfrute en tanto no se realicen, por parte de la Entidad Gestora, los desarrollos informáticos necesarios en los aplicativos de gestión, trámite y pago de la citada prestación.

INSTRUCCIONES DE PUBLICACIÓN

PROCESO DE EVALUACIÓN POR PARES

La aceptación de Estudios estará sometida a revisión por pares. La recepción de un original, a incluir en la sección de estudios, no presupone la aceptación para su publicación. Los originales son, en primer lugar, leídos por el Consejo de Redacción para apreciar si cumplen tanto los requisitos formales, como unos mínimos de contenido científico y de adecuación a las líneas y objetivos editoriales de la revista.

Cumplidos los mínimos establecidos, siguiendo el sistema de cualquier revista académica, los artículos serán sometidos al dictamen de dos o más especialistas externos a los que la **Revista Derecho Social y Empresa** pedirá su colaboración.

Los dictámenes de los evaluadores serán anónimos y podrán recomendar al autor la introducción de determinadas modificaciones. En el caso de que los dos informes recibidos sobre un original sean contradictorios, se acudirá a un tercer revisor externo. Los autores cuyos artículos hayan obtenido un dictamen favorable pero con sugerencia de correcciones lo volverán a enviar a la revista, una vez incorporadas las mejoras, en el plazo de 15 días. En el caso de modificaciones de calado, el artículo será nuevamente evaluado por dos evaluadores externos y un miembro del Consejo de Redacción, antes de su eventual publicación. Si se hiciera necesaria la no aceptación de algún trabajo, la decisión será comunicada a su autor sin que la **Revista Derecho Social y Empresa** tenga obligación, por razones de confidencialidad, de hacer conocer el dictamen negativo.

La revista se compromete a comunicar a los autores la decisión positiva o negativa sobre la publicación de sus originales en el plazo de 2 meses desde que se hayan recibido.

POLÍTICA DE ACCESO ABIERTO

Pertenece a los autores la propiedad intelectual de los artículos que en ella se contienen. Los derechos de edición y publicación corresponden a la **Revista Derecho Social y Empresa**, que provee acceso libre a su contenido por entender que esta medida apoya a un mayor intercambio de conocimiento global.

Después de haber publicado el artículo en la revista, se podrá disponer libremente de los artículos y otros materiales contenidos en la revista solamente en el caso de que se usen con propósito educativo o científico y siempre y cuando se incluya la mención expresa al año y número en el que fue publicado en la revista. Queda expresamente penado por la ley cualquier aprovechamiento comercial.

CONTROL DE PLAGIO

La **Revista Derecho Social y Empresa** con el fin de garantizar la integridad académica de la publicación utiliza la aplicación Feedback Studio que permite revisar los documentos detectando citas incorrectas o plagios.

INDEXACIÓN

La **Revista Derecho Social y Empresa** se encuentra indexada en las siguientes bases de datos:

- Incluida en el Catálogo **LATINDEX** (Versión 1.0).
- Referenciada en **Dialnet** (Universidad de La Rioja).
- Analizada en **MIAR** (Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes).

DECLARACIÓN ÉTICA Y BUENAS PRÁCTICAS

El código ético de la **Revista Derecho Social y Empresa** se inspira en los principios de transparencia y buenas prácticas en publicaciones académicas establecido por el Committee on Publication Ethics (COPE).

La Directora, la Secretaria y el equipo editorial actuarán en el respeto de dicho Código de Conducta. La **Revista de Derecho Social y Empresa** no divulgará aquellos textos ya hayan sido publicados y denunciará los casos sospechosos de plagio o de cualquier actitud inadecuada por parte de los/as autores/as, todos los artículos serán sometidos a un control antiplagio.

Por su parte, también se comprometen a garantizar que el proceso de evaluación será justo, garantizando el anonimato, la imparcialidad y que se realizará respetando los plazos establecidos. Asimismo, la selección de los/as evaluadores/as se hará atendiendo los criterios de integridad, calidad y conocimiento de la temática objeto del texto remitido. Finalmente se garantizará en todo momento la confidencialidad tanto de autores como de evaluadores de los artículos.

Respecto a las responsabilidades de los/las autores, deben garantizar la originalidad de sus obras y ser conscientes de las consecuencias de una mala praxis científica. Por lo tanto, en su texto deben indicar siempre sus fuentes y proporcionar citas detalladas de todas las publicaciones que ha empleado para su elaboración siguiendo el método de citación fijado por la **Revista Derecho Social y Empresa**. Finalmente, enviando el artículo, aceptan el proceso de revisión utilizado por la revista (de doble ciego).

Respecto a la responsabilidad de los/as revisores/as, deberán mantener la confidencialidad del texto recibido, evaluar atendiendo a los criterios científicos de fiabilidad y rigurosidad, e informar en el caso en que detecten posibles plagios o mala praxis.

ENVÍOS

Para poder enviar artículos como autor se deberá, bien hacer un envío a través de la web de la Revista, o bien escribir un correo electrónico a la dirección revista@centrosagardoy.com indicando el título de la Revista en el Asunto.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES/AS

Cuestiones Generales para la Publicación

La **Revista Derecho Social y Empresa** publica artículos originales e inéditos.

Los artículos serán el resultado de una investigación original y deberán contener conclusiones novedosas apoyadas en una metodología debidamente planteada y justificada. Solo se admitirán trabajos inéditos que no estén en proceso de evaluación en otras revistas. Se valorará especialmente aquellos artículos que sigan la siguiente estructura: Introducción, Métodos, Resultados y Conclusiones (Método IMRC).

Se deben entregar en soporte informático PC Word, RTF o Wordperfect a las direcciones electrónicas de la Revista (revista@centrosagardoy.com) o a través de la web de la Revista (www.revistaderechosocialyempresa.com). Para facilitar el anonimato en el informe externo, se deberá incluir:

- Una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo (tanto al inicio como al final del artículo, así como cualquier referencia en las citas que se realizan en el artículo).
- Otra copia donde existan todas estas referencias.
- Y en un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.

Normas de edición e Instrucciones de Publicación

Las Instrucciones para los autores son establecidas de acuerdo con la Norma AENOR UNE 50-133-94 (equivalente a ISO 215:1986) sobre Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie y la Norma AENOR UNE 50-104-94 (equivalente a ISO 690:1987) sobre Referencias bibliográficas.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 20 a 25 folios a espacio 1,5 aprox.

Se debe incluir en castellano y en inglés todo lo que se indica a continuación:

- Un título/*title*.
- Un resumen/*abstract* de 10 líneas con un máximo de 125 palabras.
- Unas palabras clave/*key words* (máximo cinco).

Los originales deberán presentarse en español, inglés o en cualquiera de las lenguas de los países pertenecientes a la Unión Europea.

Los autores deben señalar en negrita aquella frase o frases más relevantes de cada epígrafe de su trabajo.

La **Revista Derecho Social y Empresa** establece el uso de las siguientes reglas de cita como condición para la aceptación de los trabajos:

- **Libros:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61–91.
- **Artículos contenidos en publicaciones periódicas:** GARCÍA VIÑA, J., “Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 101–124.
- Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, *cit.*

Las tablas deben presentarse en un formato compatible con Microsoft Word (PC). Se generará un documento específico para las tablas y figuras. Cada tabla y figura se presentará en hojas separadas. Las figuras (ilustraciones, diagramas, fotografías y gráficos) deben presentarse en formato imagen (JPG, TIFF o EPS). Las figuras (gráficos, cuadros, mapas, fotografías, etc.) deberán tener gran calidad de resolución, con un mínimo de 300ppp.

Nunca han de entregarse solo las imágenes incrustadas en el documento Word; siempre han de suministrarse también de forma independiente en cualquiera de los formatos mencionados.

Las tablas irán enumeradas con numeración arábiga consecutiva según su aparición en el texto. Igualmente las figuras irán enumeradas con numeración arábiga consecutiva según su aparición en el texto.

La referencia a las tablas e imágenes en el texto se hará en la forma: (Tabla 1), (Tabla 2), (Figura 1), (Figura 2). Deberá indicarse claramente en el manuscrito el lugar del texto en el que debe intercalarse cada figura o tabla.

Cada tabla y figura irá acompañada de un pie de tabla o de figura que la explique brevemente. Dichos pies de tabla y de figura deberán añadirse, de manera ordenada, en una nueva página al final del manuscrito. Deberán estar escritas en Times New Roman 10 e interlineado sencillo.

Las notas a pie de página referidas a fuentes y bibliografía se señalarán antes de cualquier signo de puntuación. Figurarán numeradas correlativamente y escritas en tipo de letra Arial, tamaño 10, a simple espacio de interlineado. La veracidad de las citas de fuentes y de referencias bibliográficas será responsabilidad del autor o autores del artículo.

La bibliografía se habrá de presentar al final de los artículos, ordenada alfabéticamente por autores/as.

Normas para las reseñas bibliográficas

Se aceptan reseñas de publicaciones de investigación jurídico laboral y de empresa cuya fecha de publicación esté comprendida en los últimos tres años. Se seguirán las mismas normas de edición que para los artículos.

Las reseñas tendrán una extensión de 2 folios a espacio 1,5. El contenido de las reseñas deberá abordar los siguientes puntos:

- Un resumen que dé cuenta del tema abordado por el autor del libro, señalando sus principales aportaciones y el enfoque adoptado; se recomienda también la referencia a las fuentes utilizadas en la investigación.
- Una contextualización de la obra analizada en un debate más amplio, estableciendo comparaciones con otras investigaciones que hayan abordado temas similares o que hayan adoptado enfoques parecidos.
- Una valoración crítica de la obra que permita establecer las aportaciones del trabajo reseñado pero también sus posibles fallas o las nuevas preguntas que plantea dentro del debate en que se sitúa. No se publicará ninguna reseña que haga una presentación sin valoración crítica.

Las reseñas, una vez evaluadas y revisadas podrán ser devueltas a sus autores para que incorporen las mejoras sugeridas.

Proceso de evaluación y revisión por pares

La recepción de un original no presupone la aceptación para su publicación. Los originales son, en primer lugar, leídos por el Consejo de Redacción para comprobar si cumplen tanto los requisitos de las normas de edición, como unos mínimos de contenido científico y de adecuación a las líneas y objetivos editoriales de la revista.

Los originales serán sometidos a informes externos anónimos que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Estos informes son la base de la toma de decisiones sobre su publicación o no, que corresponde en última instancia al Consejo de Redacción (Comité Editorial) de la Revista y a la Dirección de la misma. La **Revista Derecho Social y Empresa** no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a **Revista Derecho Social y Empresa** comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de **Revista Derecho Social y Empresa**. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Los/las autores/as reciben una notificación detallada y motivada donde se expone el contenido de los informes originales, con indicaciones concretas para la modificación si es el caso.

El informe emitido por los/as revisores/as incluye:

- Una valoración global del artículo y de los resúmenes.
- Una valoración cuantitativa de la calidad (alta | media | baja) según estos índices evaluadores: originalidad e interés del tema; estructura definida; Rigor metodológico y articulación expositiva; Redacción estilística; y Bibliografía significativa y actualizada.
- Unas sugerencias del evaluador al autor y unas modificaciones concretas propuestas por el evaluador.

Los/as autores/as cuyos artículos hayan obtenido un dictamen favorable pero con sugerencia de correcciones lo volverán a enviar a revista@centrosagardoy.com, una vez incorporadas las mejoras, en el plazo de quince días. En el caso de modificaciones de calado, el artículo será nuevamente evaluado por dos evaluadores externos. Si se hiciera necesaria la no aceptación de algún trabajo, la decisión será comunicada a su autor/a justificando los motivos en que se basa.

La Revista se compromete a comunicar a los/as autores/as la decisión positiva o negativa sobre la publicación de sus originales en el plazo de dos meses desde que se hayan recibido.

Lista de comprobación de preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, se les requiere a los autores que indiquen que su envío cumpla con todos los siguientes elementos, y que acepten que envíos que no cumplan con estas indicaciones pueden ser devueltos al autor.

1. El envío no ha sido publicado previamente ni se ha enviado previamente a otra revista (o se ha proporcionado una explicación en Comentarios al / a la editor/a).
2. El fichero enviado está en formato Microsoft Word, RTF, o WordPerfect.

NOTA DE COPYRIGHT

La **Revista Derecho Social y Empresa** es una Revista del Centro de Estudios Sagardoy, perteneciente al Despacho Sagardoy Abogados.

Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento–Sin obras derivadas 3.0 *España* de Creative Commons. Permite Atribución–NoComercial–SinDerivadas 3.0 España.

La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

DECLARACIÓN DE PRIVACIDAD

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

PUBLISHING INSTRUCTIONS

PEER REVIEWING PROCESS

The acceptance of studies will be subjected to peer revision. The reception of an original, to be included in the study section, does not anticipate the acceptance of the publication. Originals are, in first instance, read by the Editorial Department Board to esteem if the papers accomplish the formal requirements, as a minimum scientific content and an adaptation to the Magazine's editorial lines and objectives.

When the minimum is accomplished, following the procedure of any academic magazine, articles will be subdued to judgement of two or more external specialists who the **Revista Derecho Social y Empresa** will ask for collaboration.

The judgement from the evaluators will be anonymous and could recommend the author to introduce certain modifications. In the case both reviews received of an original are contradictory, a third external specialist will be asked for collaboration. Authors whose articles have obtained a positive review but with correction suggestions, will resend the article, with the corrections fulfilled, in a due date of 15 days. In the case of significant modifications, the article will be evaluated once more by the external specialists and a member of the Editorial Department Board, before its supposed publishing. If necessary, the non-acceptance of a paper will be communicated to its author without the **Revista Derecho Social y Empresa** having the obligation, due to confidentiality reasons, to give acknowledgement of the negative judgement of the article.

The magazine commits to communicate the authors the positive or negative resolution for the publishing of the originals in the due date of 2 months from the reception.

OPEN ACCESS POLICY

Authors have the intellectual property contained in the articles. Editing and publishing rights belong to the **Revista Derecho Social y Empresa**, who provides free access to its content due to understanding that this procedure guarantees greater exchange of global knowledge.

After the article is published in the magazine, articles and other contents in the magazine will be available freely only in case of scientific and educational purpose always having an express reference to the year and number of the magazine. Any commercial use will be punished by the law.

PLAGIARISM CONTROL

The **Revista Derecho Social y Empresa** with the purpose to guarantee the academic integrity of the publication uses the application Feedback Studio which allows to review the documents detecting incorrect citations and plagiarism.

INDEXING

The **Revista Derecho Social y Empresa** is currently indexed in the following databases:

- Included in the Catalogue **LATINDEX** (1.0 Version).
- Referenced in **Dialnet** (Universidad de La Rioja).
- Analyzed in **MIAR** (Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes).

ETHICAL STATEMENT AND GOOD PRACTICES

The ethical code of the **Revista Derecho Social y Empresa** is inspired in the principles of transparency and good practices in academic publications established by the Committee on Publication Ethics (COPE).

The director, secretary and editorial team will act in consequence of this code of conduct. The **Revista Derecho Social y Empresa** will not spread articles already published and will report those situations suspicious of plagiarism or any inadequate attitude from the authors, all the articles will be subdued to antiplagiarism control.

They also commit to guarantee the evaluation process will be fair, guaranteeing the anonymity, neutrality and will keep to the designated due dates. The designation of the copy editors will be attended due to the criteria of integrity, quality and knowledge of the subject, object of the text submitted. Finally, it will guarantee the confidentiality at any moment from authors and copy editors.

Regarding the responsibilities of the authors, they must guarantee the originality of their articles and to be aware of the consequences of scientific mala praxis. Therefore, their articles must indicate always their sources and provide detailed citations of all their publishing used for the elaboration of the article following the citation method determined by the **Revista Derecho Social y Empresa**. Finally, sending the article, they accept the revision procedure used by the magazine (double-blind).

Regarding the responsibility of the copy editors, they must keep confidentiality of the received articles, evaluating with the scientific criteria of reliability and accuracy, as well as reporting in case of plagiarism or mala praxis.

CONSIGNMENT

To being able to send articles as an author it will be necessary to either sending a mail in the Magazine or sending an e-mail to revista@centrosagardoy.com with the title of the Magazine as Theme of the e-mail.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

General issues for publishing

The **Revista Derecho Social y Empresa** publishes original and unpublished articles.

Articles shall be the result of an original research and will have new conclusions supported by properly posed and justified methodology. Only unpublished assignments that are not in review for other magazines will be admitted. Assignments with the following structure will be specially evaluated: Introduction, Methods, Results and Conclusions (IMRC Method).

Only PC Word, RTF or Wordperfect formats will be accepted in the Magazine e-mail (revista@centrosagardoy.com) or through the Magazine's webpage (www.revistaderechosocialyempresa.com). To ease the anonymity in the external report, there shall have included:

- A copy where the references to the author of the article must be omitted (from beginning to end, as well as any reference in the citations in the article).
- Another copy with all those references.
- In another file, author's data, University's address, e-mail and a short cv in 5 lines must be included.

Edition rules and Publication Instructions

Instructions for authors are established in accordance with the AENOR UNE Standard 50-133-94 (equivalent to ISO 215: 1986) on the Presentation of articles in periodical and serial publications and the AENOR UNE Standard 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1987) on bibliographic references.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12, will be from 20 to 25 pages at a space of 1.5 approx.

Everything in the following must be included in Spanish and English:

- A title/*título*.
- An abstract/*resumen* of 10 lines with a maximum of 125 words.
- A key words/*palabras clave* (maximum five).

Originals should be submitted in Spanish, English, or in any of the languages of the countries belonging to the European Union.

The authors should indicate **in black colour that phrase or phrases most relevant** of each section of their work.

Revista Derecho Social y Empresa establishes the use of the following reference's rules as a condition to accept the articles:

- **Books:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2^a ed., Madrid, 2011.
- **Articles included in collective works.** : SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.),. *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, , Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61–91.
- **Articles included in periodic publications:** HOWELL, J. H., “Industrial Relations: A Field in Search of a Future? But Don't Worry, Bruce Kaufman Has Done the Past”, *Industrial & labor relations review*, Vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 501–505.
- In order to avoid the repetition of references it is strongly recommended the use of the expression cit.. As for instance, (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, cit.).

The tables must be presented with a Microsoft Word (PC) compatible format. A specific document will be created for tables and figures. Each table and figure will be separated in different pages. The figures (images, diagrams, photos and graphs) must appear in an image format (JPG, TIFF or EPS). Figures (graphs, charts, maps, photos, etc.) must have a great resolution with at least 300ppp.

Images must not be only in the Word document; they must also be sent in any of the mentioned ways in another document.

Charts will be numbered with consecutive Arabic numerals due to their order of appearance in the document. As well, figures will have the same numbering depending on the appearance in the document.

References to charts and images in the text will be: (Table 1), (Table 2), (Figure 1), (Figure 2). It will have to be clearly indicated where in the text the tables and images will be put.

Each table and figure must have a board or figure foot explaining them briefly. These board and figure foot must be added in orderly manners, in a new page at the end of the document. They must be written in Times New Roman 10 and simple line spacing.

Footnotes referred to sources and bibliography will be signed before any punctuation. They will be numbered correlatively and written in Arial, size 10, in simple line spacing. Veracity in citation sources and bibliographic references will be responsibility of the author or authors of the article.

Bibliography must be presented at the end of the article, alphabetically arranged for authors' names.

Bibliographic reviewing rules

Reviews of publications from legal labor and from enterprise which have a publishing date of less than 3 years will be accepted. Editing rules will be the same as for the articles.

Reviews will have 2 pages of extension with 1,5 spacing. The content in the review must comply the following steps:

- A summary showing the content of the issue approached in the author's book, marking the main contributions and the point of view used; it is also recommended references to the sources used in the investigation.
- A contextualization of the article analyzed in a broader discussion, stablishing comparisons with other investigations approaching similar issues or with similar points of view.
- A critical valuation of the article allowing to stablish contributions to the work reviewed but also its possible errors or new questions set out in the discussion it is included. No review will be published without a critical valuation present.

Reviews, once valuated and checked, will be sent back to the authors so they can add the suggested upgrades”.

Process of evaluation and reviewing in pairs

The reception of an original does not mean the acceptance for its publishing. Originals are firstly read by the Editorial Department Board to prove it complies the editing rules as well as a minimum scientific content and proper Magazine's editorial lines and objectives.

Originals will be subdued to anonymous external reports that can: a) Recommending your publication b) Not recommending your publication c) Proposing changes. These reports are the main decision making about publishing or not publishing the article, that is responsibility in last resort of the Magazine's Editorial Department Board (Editing Committee) and its management. The **Revista Derecho Social y Empresa** will not take on

consideration publications handed to other Magazines and the delivery of an original to **Revista Derecho Social y Empresa** means compromising the document will not be sent to any other Magazine during the consideration of publishing it in **Revista Derecho Social y Empresa**. Originals will not be returned to their authors.

Authors receive a detailed and motivated notification where the content of the original reports appear, with specified indications for its modification if needed.

The report sent by the copy editors includes:

- A global valuation of the article and its summaries.
- A quantitative evaluation of the quality (high | medium |low) following these evaluating rates: originality and interest of the issue; defined structure; methodological exactitude and demonstrative articulating; Writing style; and significance and actuality of the bibliography.
- Suggestions from the copy editor and exact modifications proposed by him/her.
- Authors whose articles have had a positive judgement but with correcting suggestions will send it again to revista@centrosagardoy.com, with the corrections, in a due time of 15 days. In case of significative modifications, the article will be reviewed by external copy editors. If a non-acceptance was necessary, the decision would be communicated to the author with the reasons its non-acceptance is based on.

The Magazine implicates to communicate to the authors the positive or negative resolution about publishing their originals in the deadline of two months from the receiving date.

Check list of consignment preparation

As a process of consignment, authors are required to indicate the consignment fulfils all of the following aspects, and to accept consignments not following them can be returned to the author.

1. The consignment has not been published previously nor has been sent to another magazine (or it has been explained in the comments to the editor).
2. The file sent is in Microsoft Word, RTF, or WordPerfect format.

COPYRIGHT NOTE

The **Revista Derecho Social y Empresa** is a magazine from “Centro de Estudios Sagardoy”, belonging to “Despacho Sagardoy Abogados”.

Published articles in this magazine are –if not indicated contrary– under the recognition license – without any work derivation– Spain from Creative Commons. Allows Responsibility–NonCommercial–WhithoutDerivation 3.0 Spain.

Complete license can be seen in: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

PRIVACY STATEMENT

E-mail names and addresses introduced in the magazine will be exclusively used for the designated purpose declared by this magazine and will not be available for any other purpose or person.

