



FACULTAD DE DERECHO

**SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR RAZONES
FAMILIARES: PUNTOS CRÍTICOS**

Autor: Beatriz García-Ferrer Giménez

4º E-1, BL

Derecho Laboral

Tutor: Ana Matorras Díaz-Caneja

Madrid

Abril, 2019

1. ABREVIATURAS.....	4
2. INTRODUCCIÓN.....	6
3. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL. DERECHOS Y VALORES CONSTITUCIONALES IMPLICADOS	7
3.1. Contenido normativo.....	7
3.1.1. Desde una perspectiva constitucional	7
3.1.2. Desde una perspectiva de regulación específica aplicable. Su contenido típico y atípico	13
3.2. Cuestiones relativas al derecho a conciliar la vida laboral y familiar.	18
3.2.1. Deberes familiares y corresponsabilidad entre sexos.....	18
3.2.2. La libertad empresarial.....	19
4. LA SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR RAZONES FAMILIARES.....	24
4.1. Supuestos previstos legalmente.	24
4.1.1 Nacimiento y guarda con fines de adopción y acogimiento.....	24
4.1.3. Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses.	32
4.2. Excedencias.	35
4.2..1. Excedencia por cuidado de los hijos o familiares.	35
4.3. Reincorporación al trabajo y posibles situaciones patológicas	39
5. CONCLUSIONES.....	42
6. BIBLIOGRAFÍA.....	43
7. ANEXO JURISPRUDENCIAL	45

RESUMEN:

En la actualidad la conciliación de la vida laboral y familiar constituye un tema que está en continuo desarrollo y a la orden del día. En este sentido, surge la necesidad de adoptar medidas orientadas a una efectiva armonía entre el trabajo y la familia. Además, la corresponsabilidad se configura como un instrumento fundamental para alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

En este trabajo se van a presentar los derechos conciliadores relativos a la suspensión de un contrato de trabajo. En concreto se va a tratar las causas previstas legalmente y sus aspectos más controvertidos. Así como, la consiguiente reincorporación al trabajo y situaciones patológicas.

PALABRAS CLAVES:

Conciliación, familia, infancia, suspensión del contrato, igualdad, mujeres, hombres, corresponsabilidad, trabajo, maternidad, embarazo, paternidad.

ABSTRACT:

Nowadays the reconciliation between work and family life it's a topical issue in continuous development. In this matter, the need arises to adopt measures aimed at an effective harmony between work and family. In addition, co-responsibility is configured as a fundamental instrument to achieve equality of opportunities between men and women.

In this paper, the conciliating rights related to the suspension of an employment contract will be presented. Specifically, it will deal with the legally foreseen causes and their most controversial aspects. As well as, the consequent reincorporation to work and pathological situations.

KEY WORDS:

Conciliation, family, childhood, contract suspension, equality, women, men, co-responsibility, work, maternity, pregnancy, paternity.

1. ABREVIATURAS

- Art – Artículo.
- CE – Constitución Española.
- Directiva 92/85/CEE – Directiva 92/85/CEE, 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.
- Directiva 96/34/CE – Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, cuyo objetivo es la aplicación del Acuerdo Marco sobre permiso parental.
- Directiva 2010/18/UE – Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental.
- Directiva 2006/54/CE – Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
- Directiva 2003/88/CE – Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.
- ET – Estatuto de los Trabajadores.
- Ed. – Editorial.
- LOIEMH – Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- LCVFL – Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
- LPRL – Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
- LGSS – Ley General de la Seguridad Social. (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).
- LISOS – Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto)
- Núm. – Número.
- OIT – Organización Internacional del Trabajo.
- PP – Páginas.
- Rec. – Recurso.

- RD - Ley 6/2019 – 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.
- Real Decreto 295/2009 – Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- STC – Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STSJ – Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- TC – Tribunal Constitucional.
- TS – Tribunal Supremo.
- TSJ – Tribunal Superior de Justicia.
- UE – Unión Europea.

2. INTRODUCCIÓN

La suspensión del contrato de trabajo por motivos familiares se encuentra íntimamente ligada al derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, siendo este uno de los derechos básicos en toda relación laboral, con plena vigencia y actualidad.

Históricamente, la Revolución Industrial significó un cambio importante en las relaciones de trabajo ya que supuso la incorporación masiva de la mujer en el mundo laboral, con el efecto de una separación del lugar de trabajo respecto al domicilio. Esto supuso que las mujeres pudieran aportar ingresos al hogar familiar, si bien a costa de un progresivo abandono de las responsabilidades familiares por parte de ambos progenitores.

No obstante la existencia de prejuicios sobre la capacidad de la mujer para realizar todo tipo de trabajo, lo cierto es que su incorporación al mercado laboral es una realidad.

Pues bien, el trabajo fuera del hogar como aspiración sentida por la inmensa mayoría de las mujeres que no desatienden las responsabilidades familiares y sociales ha traído consigo la necesidad de contar con una regulación que proteja y concilie ambas situaciones. Dicha implicación de la mujer en el mundo laboral tiene como contrapartida la existencia de hogares con cada vez menor presencia de mujeres, lo que se intenta paliar con medidas para que el hombre recupere su tiempo para la familia. En este sentido, cabe destacar la reciente normativa 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 (en adelante, “**RD-Ley 6/2019**”).

Por otro lado, se constata en nuestra sociedad que, como consecuencia de la extensa duración de la jornada laboral, los padres delegan, cada vez más, la educación de sus hijos en terceras personas, a veces incluso, fuera del ámbito familiar. Ello trae consigo que, tanto los deberes escolares, como el comportamiento o las responsabilidades que deben de ir asumiendo los menores, no sean orientadas por sus propios padres. Consecuentemente, la estancia con los hijos se reduce a escasos momentos de ocio durante el fin de semana o a últimas horas de la noche.

Tras lo expuesto, facilitar y otorgar a los trabajadores políticas concretas y reales para conciliar la vida laboral con la familiar, implicando en ello a las empresas y con cobertura legal y económica dispuestas por el Estado, redundará en lo que a continuación se va a exponer.

3. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL. DERECHOS Y VALORES CONSTITUCIONALES IMPLICADOS

3.1. Contenido normativo

3.1.1. Desde una perspectiva constitucional

En este apartado analizaremos cómo la conciliación debe ser considerada, por un lado, un derecho constitucional en su conjunto y, por otro, la garantía de determinados derechos reconocidos en la Constitución Española (en adelante, “CE”).

En primer lugar, efectivamente, el derecho a conciliar se configura como un derecho constitucional que ha de ser considerado como un núcleo independiente ajeno a cualquier tipo de injerencia tanto del legislador como del propio empresario.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la transformación del derecho de conciliar en diferentes derechos laborales ha favorecido a que se produzca una alteración en su esencia constitucional. La libertad empresarial, los convenios colectivos y la indeterminación de su contenido, han propiciado la obstaculización de un núcleo inalterable.

La propia Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, “LOIEMH”), remite constantemente a normativa laboral, de seguridad social y autonomía privada, dañando el intento de delimitar un contenido principal e inalterable. El simple hecho de no considerar el derecho a conciliar como un derecho constitucional supone perjudicar la convicción jurídica de la existencia de un núcleo irreductible como garantía de este derecho. Además, si a todo esto le sumamos la imprecisión de su contenido y el juego de la voluntad por parte de la autonomía empresarial y los convenios colectivos, convierten el derecho a conciliar en un núcleo de todo menos intangible¹.

¹ Ruiz-Rico Ruiz, C, *"El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal"*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 97 a 116.

Similarmente, la descomposición del derecho de conciliación en múltiples derechos también ha contribuido a no poder considerarlo como un núcleo rígido, impidiendo acotar un contenido esencial. Por lo tanto, resulta evidente que, la aplicación de estos derechos conciliatorios unido a determinadas acciones o condiciones legislativas también pueden vulnerar este contenido esencial. Es decir, cuando se aplica una norma discriminatoria también se está desvirtuando este contenido esencial, por lo que aquellas leyes que se basen en presupuestos inadmisibles o incoherentes desde la perspectiva del derecho constitucional vulneran el contenido esencial del derecho a conciliar.

En segundo lugar, como se ha adelantado, la conciliación también supone una garantía de determinados derechos reconocidos en la CE. El Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”) declaró claramente que *“la dimensión constitucional de las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”*².

En este sentido, resulta innegable, la existencia de una estrecha correlación entre aquellos derechos contemplados en la legislación laboral española, especialmente, en situaciones de maternidad, paternidad, cuidado de hijos y de familiares, y el principio constitucional reconocido en el artículo 39 de la CE, de la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos. La conciliación, por lo tanto, constituye una herramienta fundamental para garantizar que se cumpla de manera urgente e imprescindible las responsabilidades morales y legales que han de desempeñar, en este caso, los padres³.

Además, el TC ha confirmado que existe una conexión entre los derechos laborales y el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, derechos

² Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 15 de enero, núm. 3/2007 (EDJ 2007\1020).

³ Cuesta López, V, “Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la Unión Europea”. (disponible en: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/09VCuesta.htm>, última consulta en: 01/04/2019)

reconocidos en el artículo 14 de la CE. Este Tribunal recalcó en numerosas ocasiones, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que la discriminación por razón de sexo concurre en los supuestos donde existe un *“tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo”* y se despliega en los casos donde no hay *“un tratamiento neutro”*, es decir, perjudicando a la mujer trabajadora y creando una situación de desigualdad con respecto al hombre.⁴

Cabe destacar al respecto la STC de 15 de enero, núm. 3/2007 (EDJ 2007/1020) que supuso la declaración de existencia de discriminación de sexo al denegar a una trabajadora la reducción de jornada de guarda legal.

Esta sentencia recalca una diferencia importante, esto es, la existente entre discriminación directa e indirecta. Mientras la primera concurre cuando hay un trato diferenciado por razón de sexo, la segunda consiste en *“aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo”*. Detalla el Tribunal, que cuando nos encontramos con una discriminación indirecta no es necesaria la existencia de un beneficio a favor de los varones, sino el hecho de que exista una aplicación de la norma que desfavorece a un determinado colectivo, en la mayoría de las ocasiones, formado por mujeres. El Tribunal acaba considerando que en concurre discriminación de sexo, sentenciando que *“El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo "no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado”*.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre, núm. 240/1999 (RTC 1999/240).

Pues bien, en este sentido, las medidas tendentes a conciliar la vida laboral y familiar o personal se relacionan, en su mayoría, con garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, aceptando como presupuesto que las mujeres tienen más problemas para acceder y, sobre todo, permanecer en una situación laboral, a diferencia del trabajo que han ido ejerciendo en el hogar de acuerdo con las responsabilidades familiares.⁵

Así, según las estadísticas del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, los últimos datos de 2017 confirman lo analizado hasta el momento: de las 43.899 excedencias que se concedieron, sólo 3.363 corresponden a padres, mientras que 40.536 fueron otorgadas a las madres, es decir, el 92,34 %⁶.

En este sentido, es importante señalar que la atribución de las responsabilidades familiares a las mujeres ha supuesto, desde siempre, “*la causa última de discriminación*”, como afirma Pérez del Río. Por ello, es absolutamente necesario alcanzar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en aras a conseguir una igualdad entre ambos, lo que significa, implicar al hombre en estas funciones de cuidado e integrar a la mujer en la cadena productiva del trabajo. La doctrina ha considerado, en numerosas ocasiones, que para conseguir una mayor corresponsabilidad por parte de los hombres en el cuidado de los hijos era necesario adoptar medidas legislativas fuertes que supusieran un cambio en la sociedad. La solución pasaba por otorgar el permiso de paternidad como algo obligatorio e independiente a las semanas que la madre puede cederle de su permiso.

Con la aprobación del nuevo RD-Ley 6/2019, las posiciones de la madre y el padre se acercan para garantizar un reparto equitativo de las responsabilidades en la familia y, en consecuencia, una igualdad en la sociedad y en la empresa, evitando así el efecto discriminatorio en las mujeres⁷.

Constituye una realidad que se ha incrementado, dentro del colectivo de mujeres trabajadoras, lo que se conoce como “doble jornada de trabajo”, es decir, la dedicación

⁵ J. Trillo Párraga, F 2009, *La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 1/2009, de 12 de enero 2009)*: Bomarzo nº45, 2009.

⁶ Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

⁷ Pérez de Río, T, “La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad”, en Jaime Cabeza Pereiro y Belén Fernández Docampo (Coordinadores). *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Ed: Tirant lo Blanch Valencia, 2011, págs. 51-76.

en sus responsabilidades profesionales y familiares. Esta doble jornada laboral ha supuesto un impedimento para la constancia y, sobre todo, la estabilidad de la mujer en el trabajo. Es por ello por lo que, en los últimos años, han ido creándose medidas tendentes a evitar esta situación, conocidas como medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral. El objetivo de estas medidas es doble: por un lado, garantizar la igualdad de oportunidades en el trabajo y, por otro, la distribución equilibrada de las responsabilidades familiares entre mujeres y hombres⁸.

Debe destacarse que, en la ya comentada STC de 15 de Enero de 2007, núm. 3/2007 (EDJ 2007/1020), se estableció que la denegación, en este caso, de la reducción de la jornada por creer que sobrepasaba los límites del derecho reconocido en el Estatuto de los Trabajadores *“prescinde de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex Art. 14 CE de la cuestión que se planteaba. [...] A ello contribuye el propio precepto legal que no contiene ninguna precisión sobre la concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego”*.

Dicho esto, debe notarse que, históricamente, las mujeres han sufrido en el ámbito de las relaciones laborales, una desventaja con respecto a los hombres. No obstante, considero

⁸ Aguilera Izquierdo R, Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 2007., *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* Extra-2, 2007, págs. 69-119.

importante hacer referencia a la significación constitucional, dentro de este contexto, de los derechos conciliadores ejercidos por el hombre.

Pues bien, han sido muchos los pronunciamientos judiciales que han resuelto sobre el deber del hombre de ajustar o suspender su jornada laboral por el cuidado de un hijo. En este sentido, el TC evaluaba si la negativa al varón de ejercer algún derecho de conciliación suponía una discriminación por razón de sexo o si estuviésemos ante otra causa de discriminación no admitida por el artículo 14 de la CE.

Entrando en el debate sobre a cuál de los padres corresponde las responsabilidades parentales, el propio Tribunal consideró que no nos encontrábamos ante una discriminación por razón de sexo reconocida por el artículo 14 de la CE, en la medida en que *“la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo”*⁹. En este caso, el TC argumentó que no se tuvieron en cuenta las circunstancias personales y familiares del demandante y las consecuencias de la no disponibilidad del hombre en el cuidado de los hijos y, sobre todo, no poder asumir su parte en las responsabilidades familiares. La citada sentencia, tiene gran relevancia, ya que fue la primera vez que el TC hizo alusión a las circunstancias familiares como una condición específica y discriminatoria que, sin estar mencionada expresamente en el artículo 14 de la CE, debemos entenderla incluida, atendiendo a la referencia constitucional relativa a *“cualquier otra condición o circunstancia social”*¹⁰.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 14 de marzo, núm. 26/2011 (RTC 2011/26).

¹⁰ Cuesta López, V, “Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la Unión Europea”. (disponible en: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/09VCuesta.htm>, última consulta en: 01/04/2019)

3.1.2. Desde una perspectiva de regulación específica aplicable. Su contenido típico y atípico

La regulación del derecho a conciliar la vida laboral y familiar se caracteriza por tener un contenido indeterminado, flexible y adaptable¹¹. Sin embargo, debo precisar que el contenido típico ha experimentado, en los últimos años, una gran evolución contando con verdaderas medidas que procuran la efectiva conciliación de la vida laboral y familiar. A continuación enumeraré cuales son estas medidas a nivel internacional, europeo y nacional.

A nivel internacional, la protección de la familia ha supuesto el objeto, en numerosas ocasiones, de diferentes textos. Así, tanto en los artículos 16.3 y 25.2 la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el artículo 10.2 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, se le da gran relevancia al cuidado de la infancia y la maternidad, y a la aspiración de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres. En lo relativo al marco de las naciones Unidas, la Convención de la ONU de 1979 también asume, como compromiso, adoptar las medidas necesarias para una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, adoptando medidas que cambien el papel de estos en nuestra sociedad. De igual forma, la Organización Internacional de Trabajo (“OIT”) también se ha encargado de proteger instituciones como la maternidad y la familia, evitando todo tipo de discriminación entre hombres y mujeres.

Desde una perspectiva europea, todas las medidas adoptadas han estado igualmente encaminadas a una igualdad efectiva entre hombres y mujeres. En este sentido, debe destacarse la Directiva 92/85/CEE, 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 (en adelante, “Directiva 92/85/CEE”) 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. Esta Directiva prevé una protección única a la maternidad,

¹¹ Ruiz-Rico Ruiz, C, *"El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal, op. cit., pp. 97 - 116.*

concediendo un permiso concreto para la misma, así como una protección frente al despido cuando tenga por causa el embarazo o la maternidad.

Asimismo, es destacable la Directiva 96/34/CE, suscrita el 14 de diciembre de 1995, por los interlocutores sociales a nivel europeo (UNICE, CEEP Y CES) cuyo objetivo es la aplicación del Acuerdo Marco sobre permiso parental (en adelante, “**Directiva 96/34/CE**”). Dicha Directiva, actualmente derogada, permitió la adopción del permiso parental como un derecho individual de los hombres y las mujeres. También supuso la adopción de medidas admitiendo, como supuesto, permitir que los trabajadores se ausentaran del trabajo por casos de fuerza mayor relacionados con el cuidado de familiares por motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente, siendo indispensable la presencia del trabajador.

No obstante, debe indicarse que esta Directiva planteaba numerosas carencias como, entre otras, la ausencia de incentivos a los padres para que pudiesen disfrutar de este permiso. Es por eso, por lo que se promulgó la Directiva 2010/18/UE del Consejo, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental (en adelante, “**Directiva 2010/18/UE**”) y se deroga la Directiva 96/34/CE. El dato más característico de la actual Directiva 2010/18 es que elimina la referencia ejemplificativa de situaciones justificativas de la oposición empresarial¹² que anteriormente se contenían en la Directiva 96/34¹³.

Debe tenerse en cuenta que esta última Directiva puede ser dentro de poco derogada por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para la conciliación de la vida familiar

¹² La cláusula 2 en su apartado 3 letra e) establecía: “*definir las circunstancias en que el empresario, previa consulta con arreglo a la legislación, los convenios colectivos y los usos nacionales, estará autorizado a posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa (por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el período objeto del permiso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al mismo tiempo un permiso parental, si una función determinada es de importancia estratégica). Cualquier dificultad resultante de la aplicación de esta disposición deberá resolverse conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales.*”

¹³González Rodríguez, S. “Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes en su regulación y análisis de la directiva 2010/18/UE”. Anales de la Facultad de Derecho, 2011, pp.227-249. (disponible en: https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/2387/AFD_28_%282011%29_11.pdf?sequence=5&isAllowed=y; última consulta en: 3/04/2019).

y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Su exposición de motivos establece las razones de la nueva propuesta y sus objetivos, considerando que *“El objetivo general de la presente Directiva es garantizar la implementación del principio de igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y el trato en el trabajo. Mediante la adaptación y la modernización del marco jurídico de la UE, esta Directiva permitirá a los progenitores y demás personas con responsabilidades familiares conciliar mejor sus tareas profesionales y familiares. Dicha Directiva parte de los derechos existentes y los refuerza o añade otros nuevos. Mantiene el nivel de protección que ya ofrecía el acervo de la UE.”*. Esta Directiva, aprobada el pasado 4 de abril de 2019, introduce cambios en el permiso de paternidad, el parental y el de cuidadores. Es destacable el permiso de paternidad, donde los padres o progenitores equivalentes (reconocidos por la legislación nacional) tendrán el derecho a un mínimo de 10 días laborables de permiso de paternidad, que será retribuido al nivel de incapacidad temporal.

Por último, es importante hacer mención a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, (en adelante, **“Directiva 2006/54/CE”**). Se trata de una Directiva que promueve la corresponsabilidad entre hombres y mujeres y el cuidado de los hijos y la familia, estableciendo medidas efectivas para la conciliación de la vida laboral y familiar¹⁴.

A nivel nacional, lo regulado a nivel europeo también se plasma en nuestro ordenamiento jurídico y la conciliación de la vida laboral y familiar se canaliza como una preocupación que atañe al ordenamiento laboral.

En una primera aproximación, es reseñable la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (en adelante, **“LCVFL”**). Esta Ley supuso la transposición de normativa europea en nuestro

¹⁴ Ballester Pastor, MA, "Permisos parentales y conciliación," Ballester Pastor, M A (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 139 - 164.

Derecho e introdujo cambios importantes en materia de suspensión por maternidad y excedencias, así como la facilidad en la asunción del padre de las responsabilidades familiares mediante el permiso parental. Sin embargo, fue criticada por la doctrina ya que se limitó a introducir medidas de carácter técnico sin haber “*afrentado el reto de la igualdad real por medio de medidas de acción afirmativa, potenciando realmente la asunción masculina de las responsabilidades domésticas y familiares*”¹⁵.

No podemos pasar de largo que el ET regula, en toda su extensión, derechos conciliadores. Así, contempla las causas de suspensión del contrato de trabajo y otros derechos como la reducción de la jornada.

Un gran paso en esta materia fue la LOIEMH donde, en su Exposición de Motivos, se estableció que “*la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad*”.

En este sentido, debemos abordar la cuestión que se deriva de dicha Ley y que nos permite preguntarnos sobre si son admisibles o no los derechos atípicos de conciliación, es decir, aquellos derechos no previstos expresamente por el legislador.¹⁶

Pues bien, el artículo 44 de la LOIEMH establece que los derechos de conciliación se “*reconocerán en forma que fomenten la asunción equilibrada de responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio*”, es decir, se entiende que no existe una lista rígida y tasada de derechos de conciliación.

Esta formulación tiene sentido por dos principales motivos: por un lado, a través de dicho precepto, se pretende una clara efectividad a la hora de hablar de

¹⁵ Ballester Pastor, M A, *Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 9 y 10.

¹⁶ Ruiz-Rico Ruiz, C, “*El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*”, *op. cit.*, 97 – 116.

corresponsabilidad familiar, materializada en derechos y medidas negociales y legales y, por otro, el carácter abierto, moldeable, transformable y evolutivo del derecho de conciliar, permite la inclusión de derechos atípicos permitiendo la actualización del derecho.

No obstante, ello no quiere decir que consideremos nuestro derecho como algo dispositivo y a merced únicamente de la libertad empresarial, sino que, por ejemplo, en los planes de igualdad lo que se pretende es desarrollar medidas de conciliación garantizando así la igualdad sobre la base de un diagnóstico previo.

En este sentido, debe notarse que, en ocasiones, existe una primacía de los derechos atípicos derivados de la autonomía privada sobre el propio contenido legal, en la medida en que suponen un perfeccionamiento de los derechos tipificados en la ley. Así se puede observar en numerosos convenios colectivos. A modo de ejemplo, cabe señalar el Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, S.A. y Forns Valencians Forva, S.A. Unipersonal.¹⁷ En dicho Convenio se prevé que el periodo de excedencia (3 años desde el nacimiento) se puede ampliar, estableciéndose al respecto lo siguiente: *“Para las excedencias de cuidado de hijos/as, se podrá ampliar el tiempo máximo de duración, hasta que el menor cumpla doce años. Durante el primer año se reservará el mismo puesto de trabajo, y el tiempo restante, un puesto dentro del mismo grupo profesional. Si la duración de la excedencia es superior a ocho años, el período que exceda a los 8 años no computará a efectos de antigüedad.”*

En conclusión, podemos afirmar que la normativa aplicable permite la aplicabilidad de derechos atípicos de conciliación, al no existir un contenido mínimo tasado legalmente. En este sentido, el principio de autonomía de la voluntad se configura como el principal artífice para generar derechos que no se encuentran previstos legalmente¹⁸.

¹⁷ Código de convenio nº 90100183012014), que fue suscrito, con fecha 11 de diciembre de 2018, de una parte, por los designados por la Dirección de dicho Grupo de empresas, en representación de las mismas, y de otra por los sindicatos UGT y CC.OO.

¹⁸ Ruiz-Rico Ruiz, C, *“El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal”*, op. cit., 97 -116.

3.2. Cuestiones relativas al derecho a conciliar la vida laboral y familiar.

Llegados a este punto, también es importante hacer referencia a cuestiones que han suscitado, a lo largo de los últimos años, una gran evolución y desarrollo.

3.2.1. *Deberes familiares y corresponsabilidad entre sexos.*

Resulta evidente como, las responsabilidades familiares y la protección del menor, suponen la esencia de los derechos conciliadores, y por lo tanto, un punto analizar en este trabajo.

La igualdad entre hombres y mujeres pasa por la existencia de medidas efectivas en la corresponsabilidad entre ambos pues, como he mencionado anteriormente, la asunción por las mujeres de las funciones de cuidado ha supuesto la causa última de discriminación.

Ya en la Exposición de Motivos de la LCVFL se estableció que *“la incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo. Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada”*.

El permiso de paternidad, el régimen igualitario en términos de Seguridad Social y demás derechos conciliadores a favor de la figura del padre, han supuesto una gran evolución en la corresponsabilidad entre sexos, pudiendo el hombre acceder a un régimen conciliatorio con el que antes no contaba.

Dicho esto, si bien los últimos datos en materia de derechos conciliadores siguen siendo determinantes a la hora de mostrarnos la realidad de las mujeres en el mundo laboral, las soluciones no pasan por conceder más derechos a las mujeres, pues sería confirmar que las responsabilidades familiares corresponden únicamente a ellas. Además, las estadísticas no muestran resultados positivos respecto a la transferencia de la madre a favor del padre de estos derechos.

Los derechos de titularidad neutra, como son las excedencias para el cuidado de hijos y familiares donde, en teoría, pueden ser solicitadas tanto la madre como el padre, tampoco han supuesto una solución en este aspecto porque no han eliminado la utilización por parte de las mujeres de este tipo de excedencia. Según Pérez del RÍo, en definitiva, es generalmente admitido y demostrado estadísticamente que resulta mucho más eficaz, en óptica de corresponsabilidad, el reconocimiento de derechos de titularidad individual e intransferible a favor de los hombres¹⁹.

En este punto, es importante hacer referencia a la colisión que puede producirse entre los deberes familiares y la libertad de empresa. Ruiz Ruiz-Rico afirma que *“no cabe alegar la primacía del derecho constitucional a la libertad empresarial sobre la tutela de la familia, menores o mayores. En particular, la protección de la familia como principio rector de las políticas ha alcanzado la consideración de principio general del derecho, informador del ordenamiento jurídico, y por tanto, valor de fuente del derecho. La transversalidad de este principio jurídico permite incluso, su anteposición a la libertad de empresa cuando al ponderar el conflicto no es posible la armonización entre ambos”*.

De hecho, estos deberes familiares han de ser considerados incluso de fuerza mayor, lo que hace que puedan limitar la libertad empresarial. Es por eso por lo que, como hemos mencionado anteriormente, la negociación colectiva no puede suponer una restricción al cumplimiento de las responsabilidades familiares, sino todo lo contrario, ha de intentar incluir mejoras respecto de los mínimos legales, atendiendo a distintos casos o circunstancias no previstas expresamente por la norma.

3.2.2. La libertad empresarial

Como ya hemos mencionado, la negociación colectiva se encuentra regulada en el Título III del ET. En su artículo 82, se establece que los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los

¹⁹ Pérez del RÍo, T” La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad”, Cabeza Pereiro, J y Fernández Docampo, B, (Coordinadores), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos, op. cit.*, pp. 51 - 76.

empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva.

Es por ello que la libertad empresarial constituye una cuestión importante en el derecho a conciliar, ya que depende de las decisiones y de los acuerdos que se adopten en la propia empresa. Ruiz Ruíz Rico estableció que *“la afectación directa de la conciliación en el derecho constitucional a la libertad de empresa y en el poder organizativo o de dirección del empresario, ha contribuido, sin duda, a contener la respuesta jurídica del legislador y a mantener a salvo la esfera de acción de los empleadores. Desde esta perspectiva, la conciliación aparece como un derecho condicionado al requisito de un previo acuerdo con el empresario o que el derecho cuestionado haya sido reconocido en la norma convencional de aplicación, porque solo así cabe que se lleve a cabo una adaptación de la jornada de trabajo en aras a una mejor coordinación de la vida familiar, personal, y laboral”*.²⁰

Desde una perspectiva europea, la ya citada Directiva 2018/18/UE, consagra este límite en el derecho a conciliar, estableciendo en su cláusula 3.1 de modalidades de aplicación, lo siguiente: *“Las condiciones de acceso y las normas de aplicación del permiso parental se definirán por ley o convenio colectivo en los Estados miembros con arreglo a las disposiciones mínimas del presente Acuerdo. En particular, los Estados miembros o los interlocutores sociales podrán: [...] c) definir las circunstancias en que se permite que un empleador, previa consulta conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, posponga la concesión del permiso parental por razones justificables relacionadas con el funcionamiento de la organización; cualquier dificultad resultante de la aplicación de esta disposición deberá resolverse conforme a la legislación, a los convenios colectivos o a los usos nacionales”*.

Como ya sabemos, las directivas poseen la característica de lo que se conoce como transposición obligatoria, es decir, *“para que una directiva surta efecto a escala nacional, los países de la UE deben adoptar una ley que la trasponga. Esta medida nacional debe*

²⁰ Ruiz-Rico Ruiz, C, “Contenido y límites del derecho de conciliación”, Ruiz-Rico Ruiz, C *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, op. cit., 97 -116.

ajustarse a los objetivos establecidos por la directiva. Las autoridades nacionales deben comunicar estas medidas a la Comisión Europea²¹”.

Con la mención a esta Directiva se pretende resaltar la importancia de los convenios colectivos también en la esfera europea, como límite al derecho de conciliación también en una vertiente positiva, ya que, como he mencionado anteriormente, pueden suponer una mejora en los derechos reconocidos en la ley. En este sentido, cobra especial importancia el principio de subsidiariedad, conocido como aquél donde se precisa el nivel de intervención más adecuado en los ámbitos de las competencias compartidas entre la UE y los Estados Miembros. La UE intervendrá cuando su actuación sea mejor, más eficaz, que la de los Estados Miembros.²² Ya en la Carta Comunitaria de los derechos Sociales de los Trabajadores se estableció en su penúltimo considerando que *“considerando que en virtud del principio de subsidiariedad las iniciativas que hay que tomar para la aplicación de estos derechos sociales corresponden a los Estados miembros ya las entidades que los constituyen y, en el marco de sus competencias, son responsabilidad de la Comunidad Europea; que esta aplicación puede revestir la forma de leyes, de convenios colectivo o de prácticas existentes en los distintos niveles adecuados y que requiere, en numerosos ámbitos, la participación activa de los interlocutores sociales.”*

En el ámbito nacional, la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres es una materia genuina dentro de los convenios colectivos. La entrada en vigor de la LOIEMH supuso la introducción de una serie de medidas y sugerencias con el objetivo de evitar la discriminación entre mujeres y hombres.

Sin embargo, nuestro derecho laboral no establecía ningún tipo de exigencia a las pequeñas y medianas empresas a la hora de regular el derecho de conciliar en su negociación colectiva. Únicamente, el artículo 45 de la LOIEMH, establecía que *“En el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y*

²¹ Síntesis del Artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Directivas. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114527>

²²“El principio de subsidiariedad” (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=legissum:ai0017>, última consulta: 8/04/2019).

aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral”.

Pues bien, con la introducción del RD-Ley 6/2019, se ha modificado este artículo para establecer la obligatoriedad de las empresas de introducir planes de igualdad, independientemente de su tamaño.

Así, en el caso de las empresas que cuentan con un número de trabajadores de 50 a 100 trabajadores, tendrán un periodo de 3 años para establecer un plan de igualdad. Si la empresa tiene más de 100 trabajadores y hasta 150 trabajadores, contarán con un periodo de 2 años para aprobar un plan de igualdad. Finalmente, las empresas de más de 150 trabajadores y hasta 250 trabajadores, tendrán un periodo de un año para establecer un plan de igualdad. Además, debe indicarse que la infracción de esta nueva redacción constituye una infracción grave, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 7.13 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, “**LISOS**”).

Desde una perspectiva legal, Ruiz Ruiz-Rico considera que es posible denegar un derecho a conciliar la vida laboral y familiar por razones empresariales, es decir, *“la organización interna de la empresa se muestra infranqueable incluso, para un derecho constitucional con un nivel superior de protección como la igualdad”*. Sin embargo, nuestra jurisprudencia se mostró más tendente a constreñir la libertad de empresa como límite al derecho de conciliación, teniendo únicamente en cuenta *“los supuestos de absoluta necesidad empresarial y no de mera incomodidad”*.²³

En este sentido, cabe citar la STC (Sala Social) de 20 de Julio de 2000 R: 3799/1999, RJ 2000\7209 que admite, en relación al artículo 37.5 del ET, la existencia de *“una aparente laguna legal, posiblemente dejada de propósito, con el fin de que se compatibilicen los intereses del menor (y por tanto del padre o madre trabajadores), con las facultades empresariales de organización del trabajo. Es evidente que la forma de ejercicio del derecho por ambas partes puede ser determinante de que, en cada caso, proceda una u otra solución, según las circunstancias concurrentes”*.

²³ Ruiz-Rico Ruiz, C, “Contenido y límites del derecho de conciliación”, Ruiz-Rico Ruiz, C *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, op. cit., 97 -116.

Desde esta perspectiva, debemos hacer mención el criterio de ponderación de intereses a tenor del artículo 34.8 del ET, introducido en la Reforma de 2012. Este artículo dispone que *“Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa”*.

Este derecho dio lugar a la necesidad de las empresas a volverse más flexibles teniendo en cuenta las necesidades del trabajador. En el comentario de la STSJ de Andalucía de 1 de febrero de 2018, Rodríguez Copé²⁴ consideró que *“En el segundo caso, el artículo 34.8 ET, por modificación operada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres introdujo un elemento clave: la negociación. A través del acuerdo, existe una posibilidad de que la persona trabajadora pueda adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectiva la conciliación de la vida personal familiar y laboral. Esto no quiere decir que se delegue sin límites en ella la configuración de la jornada de trabajo, pero sí implica que el empresario deberá aceptar una negociación de buena fe, planteando cambios que faciliten el ejercicio del derecho a conciliar”*.

Esta sentencia²⁵, donde una trabajadora solicita la reducción de jornada y la concreción horaria con cambio de turno de trabajo, discute si el hecho de negar a una trabajadora la concreción horaria (la reducción de jornada si fue aceptada) supone una negación a un derecho de conciliación y, por consiguiente, se está ante una vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 10 y 14 de la CE.

Pues bien, el Tribunal admitió la posibilidad de que la trabajadora pudiese modificar su turno de trabajo, en aras a una mayor compatibilidad de las responsabilidades familiares,

²⁴ Rodríguez Copé, ML, “Poder de dirección. El alcance del derecho a adaptar la jornada y a la elección de turno de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: una controversia aún por resolver”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº141, 2018, p. 184.

²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social Sección 1ª), nº 343/2018, AS\2018\97.

en atención al artículo 34.8 del ET. La finalidad última de la reducción de jornada y de su concreción es, sin lugar a dudas, la conciliación de la vida laboral y familiar y así es como ha de interpretarse. Por lo tanto, concluye Rodríguez Copé que este artículo 34.8 del ET da pie: *“a un reconocimiento legal de un poder de iniciativa de la parte trabajadora que desencadenará un proceso de negociación al que debe quedar sujeto el empresario; ello con el fin de buscar la adaptación del tiempo de trabajo que resulte compatible con los diferentes intereses que mantienen las partes”*²⁶.

En definitiva, podemos llegar a la conclusión de que, si bien la libertad empresarial tiene un cierto margen de maniobra de cara a la limitación de los derechos a la conciliación laboral, no puede suponer una restricción a las responsabilidades familiares, como ejercicio intrínseco de dicho derecho. En efecto, las meras incomodidades para la organización del empresario no pueden suponer el impedimento al derecho a conciliar.

4. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR RAZONES FAMILIARES.

4.1. Supuestos previstos legalmente.

4.1.1 Nacimiento y guarda con fines de adopción y acogimiento.

La maternidad, como causa de suspensión del contrato de trabajo, se encontraba regulada en el artículo 45.1 del ET. Respecto a la maternidad, afirma Beltrán de Heredia Ruiz que *“Se trata de una institución en la que la voluntad de proteger la continuidad del negocio jurídico no constituye su único fin, pues, se simultánea con la tutela de otros valores concretos del trabajador y de la sociedad: la salvaguarda de la institución familiar, la promoción de una determinada política demográfica, la protección del trabajo femenino en general y la promoción de la entrada y permanencia de la mujer en el mercado de trabajo”*²⁷.

²⁶ Rodríguez Copé, ML, “Poder de dirección. El alcance del derecho a adaptar la jornada y a la elección de turno de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: una controversia aún por resolver”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, op. cit., p. 185.

²⁷ Beltrán de Heredia Ruiz, I, *La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por paternidad a la luz de la LO 3/2007*, Bomarzo nº 40, 2008

La paternidad también suponía, de acuerdo con el artículo 45.1 del ET, una causa de suspensión del contrato de trabajo. La incorporación de este derecho al ordenamiento laboral español tuvo lugar gracias a la LOIEMH que, en su artículo 44.3, prevé el reconocimiento a los padres de un permiso y una prestación por paternidad con el objetivo de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares.

En virtud del citado artículo, *“La introducción de la paternidad como causa suspensiva del contrato de trabajo supone el reconocimiento de un derecho necesario a fin de obtener una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, conllevando la posibilidad de un mejor reparto en las obligaciones familiares, fomentando, al mismo tiempo, el protagonismo del padre en el cuidado de los hijos. Cuestión que es de relevancia, puesto que cuando hablamos de igualdad entre mujeres y hombres, no sólo debemos buscar la equiparación de las mujeres hacia los hombres, sino la obtención de una igualdad entre ambos géneros”*²⁸.

La duración del permiso de paternidad ha sufrido, en los últimos años, numerosas reformas. La LOIEMH estableció que el periodo máximo legal sería de treces días ininterrumpidos, extensibles en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días por cada hijo a partir del segundo. Sin embargo, en la misma Ley Orgánica, su disposición transitoria novena recogió la ampliación de forma progresiva y gradual hasta alcanzar el objetivo de cuatro semanas, como compromiso del Gobierno.

Después de sucesivas ampliaciones que tuvieron lugar en los años 2008, 2009, 2019, 2011 y 2013, nos encontrábamos con la regulación que se recogía en el artículo 48.7 del ET, en virtud de la cual *“el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad durante cinco semanas, 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 es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso regulados en los apartados 4 y 5”*.

²⁸ López Roca, C, “Hacia una mejor conciliación de la vida familiar y laboral: la paternidad como causa suspensiva del contrato de trabajo”, Cabeza Pereira, J y Fernández Docampo, B *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Valencia: Tiran Lo Blanch, 2011, pág. 329 a 348.

Sin embargo, tras la reforma del R-D Ley 6/2019, el ET ha sufrido numerosos cambios en aras a una efectiva igualdad entre hombres y mujeres. Es por ello que, tras su entrada en vigor el día 8 de marzo de 2019, resulta fundamental hacer referencia a los principales cambios introducidos por dicha normativa.

Pues bien, mientras que, bajo la versión anterior, los supuestos protegidos eran conocidos como maternidad y paternidad, en el R-D Ley 6/2019 reciben la denominación conjunta de “nacimiento”, que se configura como la nueva causa legal de suspensión. Los supuestos protegidos, por lo tanto, son el nacimiento (que comprende el parto y el cuidado de menor de 12 meses), la adopción y el acogimiento, preadoptivo, permanente o simple, siempre que su duración no sea inferior a un año. Además, en los casos de adopción y acogimiento deben concurrir los siguientes requisitos y condiciones: (i) menor de 6 años, (ii) menor de edad, pero mayor de 6 años y discapacitado, y (iii) menor de edad mayor de 6 años con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes²⁹.

En cuanto a la titularidad del permiso, que también ha sido objeto de modificación, ahora ambos progenitores son titulares a nivel individual. Resulta relevante hacer hincapié que, dado que se trata de un derecho de titularidad individual y su disfrute no puede ser transmitido, le corresponden solo y exclusivamente a cada uno de los progenitores.

No existe ya la posibilidad de ceder una parte de este derecho al otro progenitor. La posibilidad de que la madre cediese parte de su derecho se conocía como suspensión por paternidad derivada y se diferenciaba de la suspensión por paternidad. En este sentido, se ha configurado un nuevo disfrute correspondiente a la madre y al padre que será de aplicación transitoria, es decir, la madre podrá ceder parte de este derecho pero solo hasta el 1 de abril de 2021, año en el que ambos progenitores disfrutarán de un periodo de suspensión igualitario de 16 semanas³⁰.

²⁹ Modificación Real Decreto-Ley 6/2009 del artículo 45, apartado 1 letra d) del ET.

³⁰ Asesores Labor10, Real Decreto- Ley 6/2019 de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades (disponible en “<http://labor10.com/real-decreto-ley-6-2019-de-medidas-urgentes-para-garantia-de-la-igualdad-de-trato-y-de-oportunidades/>”, última consulta: 8/04/2019)

En efecto, el nuevo Decreto prevé una nueva redacción para el artículo 48.7 del ET, al establecer que el nacimiento de un hijo supondrá la suspensión de contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas. Esta medida se aplicará paulatinamente, según establece la disposición transitoria decimotercera del ET, de la siguiente forma:

- A. A partir de 1 de abril 2019: la suspensión del contrato por nacimiento tiene una duración de 8 semanas, de las cuales las 2 primeras, deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto. La madre biológica podrá ceder al otro progenitor hasta 4 semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio. Es decir, el progenitor distinto a la madre podrá disfrutar hasta 12 semanas de permiso por paternidad.
- B. A partir de 1 de enero de 2020: el otro progenitor tendrá derecho a la suspensión de su contrato de trabajo con una duración de 12 semanas, de las cuales, las 4 primeras serán ininterrumpidas. La madre biológica podrá ceder hasta 2 semanas.
- C. A partir de 1 de enero de 2021: el progenitor distinto a la madre biológica tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo durante 16 semanas, de las cuales las 6 primeras deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida. A partir de este momento ninguno de los progenitores puede transferir este derecho al otro.³¹

Esta aplicación será gradual ya que la citada disposición del ET establece que *“en tanto no se produzca la total equiparación en los periodos de suspensión de ambos progenitores, y en el periodo de aplicación paulatina, el nuevo sistema se aplicará con las siguientes particularidades: 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.”*

³¹ *Medidas para la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y la ocupación.* La Ley Digital. Actualidad Legislativa Comentada, 2019. <https://laleydigital.laley.es/Content/Inicio.aspx>.

En cuanto a la duración de la suspensión, en términos generales, la suspensión del contrato de trabajo tiene una duración de 16 semanas. Aquí también debo destacar cambios introducidos en el Decreto: de estas 16 semanas, las 6 semanas inmediatas posteriores al parto serán, en todo caso, de descanso obligatorio y de manera ininterrumpida.

Las 10 semanas restantes además de ser disponibles y voluntarias, podrán disfrutarse en principio en los términos decididos libremente por los titulares del derecho, es decir, los progenitores. Llegados a este punto, se abren dos posibilidades:

- A. Hasta que el menor cumpla 12 meses, el disfrute podrá ser manera ininterrumpida o de manera fraccionada y discontinua, por semanas completas o períodos de varias semanas completas.
- B. Disfrute a tiempo completo o a tiempo parcial, previo acuerdo al efecto con el empresario y con sujeción a la normativa reglamentaria.

Todo esto habrá de ser comunicado a la empresa con una antelación mínima de 15 días y, en todo caso, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta 4 semanas antes de la fecha prevista de parto.

Por otro lado, en el caso en que se produzca el fallecimiento del hijo al nacer, ambos progenitores podrán contar con el mismo plazo, esto es, 16 semanas, si bien podrá elegir reincorporarse al trabajo una vez hayan transcurrido las primeras 6 semanas después del parto, sin ser posible en este momento la opción a favor del otro progenitor. Este mismo régimen se prevé para el caso en que se produzca el fallecimiento del adoptado o guarda con fines de adopción o acogimiento³².

Dicho esto, también existen casos de ampliación de ese período de tiempo -16 semanas-. Así, por ejemplo, si nos encontramos con un parto o adopción múltiple, la duración de la suspensión podrá ampliarse en 2 semanas más por cada hijo a partir del segundo. Además, si se produce el nacimiento de hijos prematuros o que deben permanecer hospitalizados

³² García Testal, E y López Belaguer, M, *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 pp. 17 - 40.

después 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. Se excluyen de dicho cómputo las 6 semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica, segundo lo dispuesto en el Art. 48.4. 3º del ET. Además, en los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a 7 días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de 13 semanas adicionales. (Art. 48.4. 4º del ET).

Por último, en los supuestos de discapacidad del menor o hijo adoptado o acogido, la suspensión del contrato tendrá una duración agregada de dos semanas, una para cada uno de los progenitores. Igual ampliación procederá en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero.

La jurisprudencia ha reiterado que la madre no podrá ceder este derecho cuando no lleve a cabo una actividad laboral. Así, en la STC de 19 de Mayo de 2011 núm. 75/2011 (RTC 2011/75) estableció que: *“en el supuesto de parto, dada la finalidad primordial de protección de la salud de la mujer trabajadora que persigue desde siempre el legislador, es perfectamente coherente la configuración legal del derecho a la suspensión del contrato de trabajo y de la prestación por maternidad como un derecho originario de la madre trabajadora, que puede ceder en parte al padre, cuando éste también trabaje, con ciertas limitaciones de donde se sigue la consecuencia de que si la madre biológica no es trabajadora en alta en la Seguridad Social no tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto y no es sujeto causante del subsidio por maternidad, por lo que no puede ceder un derecho inexistente al padre, aunque éste sí sea trabajador por cuenta ajena, en alta en la Seguridad Social.”* Es decir, cuando la madre no lleve a cabo una actividad laboral no podrá ceder este derecho, porque directamente, se trata de un derecho que no existe.

En lo que se refiere a la adopción o acogimiento, la suspensión, en estos supuestos, podrá producir efectos, bien a partir de la resolución judicial o bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, y de tratarse de una adopción internacional, el

periodo de suspensión del contrato podrá disfrutarse hasta 4 semanas antes. La suspensión también tendrá una duración de 16 semanas y según recoge el artículo 48.5. 1º del ET “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 en períodos semanales, de forma acumulada o interrumpida, dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.” Por último, en el caso de que se suceda un periodo de acogimiento con otro de adopción de un mismo menor, queda prohibido que pueda disfrutarse de varios derechos de suspensión³³.

En cuanto a los requisitos formales, la Ley contempla que el trabajador deberá de comunicar al empresario con la debida antelación y, por supuesto, estar a lo dispuesto en los convenios colectivos.

Por último, conviene hacer referencia al régimen de la Seguridad Social, que también ha sido modificado por el RD- Ley 6/2019. Su regulación se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, “**LGSS**”), donde el capítulo llamado “maternidad” ha pasado denominarse “nacimiento y cuidado del menor” y se regula en los artículos 177 a 181. El artículo 178 exige unos periodos mínimos de cotización para poder ser beneficiarios del subsidio:

- A. *“Si la persona trabajadora tiene menos de veintiún años de edad en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización.*

- B. *Si la persona trabajadora tiene cumplidos veintiún años de edad y es menor de veintiséis en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de*

noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, acredita ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

C. *Si la persona trabajadora tiene cumplidos veintiséis años de edad en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de ciento ochenta días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, acredita trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.”*

Si nos encontramos en una adopción internacional, la edad será la que los interesados tengan cumplida en el momento en el que se inicia en periodo de suspensión del contrato de trabajo y se toma como referencia “*el momento de la resolución a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda*”.

La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente. Esta base corresponderá a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, como se desprende del artículo 179 de la LGSS.

Por último, en aquellos supuestos en lo que solamente exista un progenitor, adoptante o acogedor, que ya percibe un subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad.³⁴

³⁴ Artículo 23.3 del Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

4.1.3. Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses.

Nos encontramos ante dos causas de suspensión del contrato por razones familiares contempladas en el artículo 45.1 del ET, que debemos de estudiarlas también, a la luz de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante, “LPRL”).

Es importante determinar que solo se incluirá aquellos supuestos donde los riesgos estén relacionados con las condiciones del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada. De tratarse de otros riesgos durante el embarazo, nos encontraríamos ante una incapacidad temporal.

Es importante en este punto mencionar, según se desprende de muchas sentencias, como la STSJ Cataluña de 16 de marzo de 2010, Rec. 8214/2008 (AS 2010/1690), que se trata del riesgo de generar un daño a la salud de la mujer o del feto, es decir, que existe un alto grado de probabilidad para que el riesgo pueda realizarse pero siempre atendiendo a las características del puesto (o incluso centro) de trabajo y, por supuesto, a las funciones y tareas que realiza.

Para evitar la exposición a este riesgo, el empresario debe llevar a cabo una serie de medidas que consistirán en la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora, como la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

El propio artículo 26 de LPRL establece que, en el caso de que esta adaptación no fuese posible o en el caso de que si lo haya sido pero las condiciones sigan afectando negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, el propio empresario deberá de concretar la relación de los puestos de trabajos exentos de riesgos a estos efectos. Por lo tanto, la adaptación consistiría en un cambio en el puesto o función que lleva a cabo la trabajadora (de acuerdo con las reglas de movilidad funcional) y, en el caso de que no existiese un puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo. Ahora bien, si todos estos cambios no fueran objetivamente posibles, podrá decretarse la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

Asimismo, lo expuesto también será aplicable durante el periodo de lactancia natural, cuando las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo. Además, también podrá declararse el pase de la mujer trabajadora a la situación de suspensión de contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de 9 meses, siempre que se den las circunstancias previstas en el párrafo anterior.

A) Riesgo durante el embarazo

En esta causa de suspensión del contrato, el titular es la trabajadora embarazada. En este sentido, la duración de la suspensión queda conectada al sostenimiento del riesgo que existe para la salud de la madre o del feto así como al mantenimiento del embarazo.

Además, esta duración puede verse interrumpida o finalizada bien por el inicio de la suspensión del contrato por nacimiento, por interrupción del embarazo o por el fallecimiento de la trabajadora. En el supuesto de que la madre trabajadora comience la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y se produzca su reincorporación al trabajo, se requerirá un nuevo estudio de riesgo que, en este caso, tendrá que valorarse si está relacionado a un riesgo para la lactancia natural.

En cuanto al régimen de la Seguridad Social, la prestación económica se encuentra regulada en los artículos 186 a 187 de la LGSS. Esta prestación consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente. Esta base, específica el propio artículo, es la de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Por lo tanto, se puede apreciar como el legislador ha igualado la situación de riesgo durante el embarazo a la misma situación de la trabajadora llevando a cabo su actividad laboral, bien en su puesto habitual o en otro como consecuencia de una movilidad funcional (retribuciones originales).

B) Riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses

Nos encontramos, nuevamente, con la introducción por parte de la LOIEMH de la lactancia natural, como causa de suspensión del contrato de trabajo. El régimen jurídico

se encuentra establecido en el artículo 48.5 del ET junto con el de la suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo.

Esta causa contempla una situación protegida muy similar a la causa que acabamos de estudiar. En suma, se trata evitar que el puesto de trabajo de la trabajadora pueda influir negativamente tanto en su salud como en la del hijo, y por supuesto, este riesgo no puede ser omitido por algunos de los métodos previstos en el artículo 26 de la LPRL.

La titularidad de esta causa de suspensión les corresponde a las madres trabajadoras de un hijo menor de 9 meses en situación de lactancia natural. La duración del derecho de suspensión de contrato de trabajo concluye, como resulta obvio, cuando cese el riesgo en el puesto de trabajo o exista dentro de la empresa otro puesto de trabajo carente de riesgo al que pueda incorporarse. Con todo, el legislador ha incorporado un límite temporal para el caso de que estas circunstancias no se den, es decir, el cumplimiento por parte del lactante de los 9 meses.

Los riesgos que la trabajadora puede sufrir durante el periodo de lactancia pueden ser muy diversos. La Directiva 92/85/CEE considera en su artículo 4 que *“para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención mencionados en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE, deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, para poder:*

- *apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2;*
- *determinar las medidas que deberán adoptarse.”*

Resulta importante resaltar que el empresario está obligado a llevar a cabo una evaluación de riesgos y aprobar medidas de carácter preventivo, siempre y cuando conozca la situación de la mujer trabajadora. Así, *“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencias de 4 de octubre de 2001, (Asunto Tele Danmark C-109/2000), y 27 de febrero de 2003, (Asunto Busch C-320/2001), se manifestó en el sentido de que la ocultación del estado de embarazo pertenece al ámbito de la intimidad de la trabajadora, sin que pueda*

entenderse como un incumplimiento de lealtad (susceptible de justificar como despido) el hecho de que no informó a su empresario de su embarazo, a pesar de que ya lo conocía en el momento en que se celebró el contrato de trabajo³⁵.”

Con respecto al trabajo nocturno y a turnos, según ha confirmado la Asociación de Pediatría, este desorden en el horario puede suponer un perjuicio para el lactante, ya que se trastorna las horas de alimentación, y pone en riesgo la calidad y la cantidad en la leche materna.

Establece Romeral Hernández que *“A la hora de resolver los conflictos planteados, el Tribunal Supremo tiene en cuenta que el trabajo a turnos y nocturno no son condiciones laborales prohibidas por la LPRL, luego para que sean considerados riesgos hay que demostrar el perjuicio que conllevan para la madre o el hijo. Según la doctrina del Tribunal para que cualquier característica de la distribución horaria supongan un riesgo para la lactancia natural, debe quedar demostrado que el horario de trabajo resulta inadecuado con los periodos regulares de alimentación del lactante, precisando que esto es así siempre y cuando la incompatibilidad de la «toma» directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche y su conservación, dadas las circunstancias particulares del lugar de trabajo en que se desarrolle la prestación del servicio”*.

Los artículos 188 y 189 de la LGSS se encargan de regular esta prestación económica, consistente en una remisión a lo establecido en la prestación económica por riesgo durante el embarazo, es decir, un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora³⁶.

4.2.Excedencias.

4.2..1. Excedencia por cuidado de los hijos o familiares.

Regulada en el artículo 46.3 del ET, se trata de una causa de suspensión del contrato de trabajo relativa al disfrute de los trabajadores para el cuidado de hijos. Es decir, podrán solicitar la excedencia aquellos que necesiten atender a sus hijos menores de 3 años, a

³⁵ Romeral Hernández J., “El riesgo durante la lactancia natural: prevención y protección social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.217/2019, ed. Aranzadí, 2019.

³⁶ García Testal, E López Balaguer, M: *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa, op. cit.*, pp. 79 - 90.

contar desde el nacimiento en caso de parto natural, y en caso de adopción o acogimiento la duración empezará a contar desde la resolución judicial o administrativa, siendo posible que el adoptado sea mayor de edad.

El otro supuesto protegido es el cuidado de familiares hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad. Para esto se exige que, por razón de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no realicen ningún tipo de actividad retribuida.

Desde la perspectiva constitucional el derecho a la excedencia por cuidado de hijos y su ejercicio "*pueden quedar comprometidos por prácticas discriminatorias*". Ello es así porque aunque se haya configurado como un derecho de los trabajadores, hombres y mujeres, "*por lo que podría decirse que estimula cambios en la cultura familiar, sensibilizando el reparto de las responsabilidades*", sin embargo "*hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para cuidar a hijos*" (STC de 5 de noviembre, núm. 233/2007 RTC 2007/233)³⁷.

La excedencia por cuidado de los hijos constituye un derecho que se tiene por cada hijo, ya sea por parto natural o por adopción o acogimiento. Como único requisito es necesario que el hijo viva, pudiendo estar ante hijos matrimoniales o extramatrimoniales, sin necesidad de establecer ninguna distinción entre ellos.

Es importante resaltar, en palabras de De Cossío Rodríguez que: "*La excedencia constituye un derecho individual de los trabajadores, con independencia de su sexo, por lo que podrá disfrutarse indistintamente por cualquiera de los padres o por ambos, tanto de forma consecutiva como fraccionada (alternando períodos de excedencia y períodos de trabajo). No obstante, con la finalidad de evitar que los períodos de excedencia se superpongan en el tiempo, el ET permite al empresario limitar, por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, el ejercicio simultáneo del derecho por dos*

³⁷ Sala Franco, T, Pedrajas Moreno, A y Moliner Tamborero, G. *Manual de Jurisprudencia Laboral*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 307-334.

*trabajadores de la misma empresa que lo soliciten para atender al cuidado del mismo hijo*³⁸”.

Como puede resultar evidente, se trata de una excedencia especialmente importante, no solo porque su principal objetivo consiste en la protección y el cuidado de la infancia y la familia sino también porque, consecuentemente, su régimen jurídico es diferente con respecto a la excedencia voluntaria común, reconociendo determinados derechos en el campo laboral y en respecto a la Seguridad Social.

Nos encontramos pues que dos importantes garantías: el cómputo de antigüedad y la conservación del puesto de trabajo.

Así, en primer lugar, se reconoce el derecho al cómputo de tiempo de excedencia a efectos de antigüedad. Este derecho a la antigüedad, además, engloba cualquier reconocimiento o, igualmente, derecho vinculado a la misma: *“El cómputo de antigüedad del periodo de excedencia por cuidado de hijos establecido en la ley alcanza al premio de antigüedad, dado que este periodo tiene los mismos efectos que la permanencia real en la empresa”*³⁹

Además, al trabajador se le concede el derecho a garantizarle la continuidad en su mismo puesto de trabajo durante el primer año. En el caso de encontrarnos en el cuidado de un familiar o de un hijo, durante los 2 y 3 años siguientes respectivamente, se ha de reservar un puesto de igual o equivalente categoría. Por último, se prevé el derecho a la asistencia a cursos de formación, convocado por el empresario.

La duración de esta excedencia trata de beneficiar al trabajador adoptando un régimen que no se produce en la excedencia voluntaria. En este sentido, en la STSJ de 19 de noviembre de 1999, núm. 8344/1999 (AS 1999, 3999) se estableció que en este tipo de excedencia, el trabajador no tiene un deber de fijar un plazo de duración concreto, teniendo la posibilidad incluso de solicitar prórrogas. En contraste, la excedencia voluntaria si tiene un plazo de duración automático, sin la posibilidad de dichas prórrogas.

³⁸ De Cossío Rodríguez P., “La excedencia por cuidado de los hijos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 74/2011, ed. Aranzadi, 2011.

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 28 de junio de 2002, Rec. 1274/2001(RJ 2002, 9080).

Aun así, resulta lógico que, en el caso de que la situación protegida por la excedencia llega a su fin antes de agotar el plazo máximo, no se mantendrá el derecho a la excedencia.

Por otro lado, en relación con los derechos en el campo de la Seguridad Social, existe una diferencia entre la excedencia por cuidado de los hijos y por cuidado de los familiares. Tendrán la consideración de cotización efectiva y ficticia, en el caso de cuidado de hijo, los periodos de hasta 3 años y en relación con el cuidado de los familiares, el primer año del periodo del disfrute de la excedencia, de acuerdo con el artículo 237 de la LGSS. En el caso del cuidado de los hijos, ese periodo puede ser ampliado en caso de familia numerosa, a tenor del artículo 180.1 de la LGSS.⁴⁰

Llegados a este punto, es importante hacer mención a una cuestión respecto de la cual, a día de hoy, ni la doctrina ni la jurisprudencia han logrado ponerse acuerdo, y es el caso relativo a la posibilidad de que el trabajador compatibilice esta excedencia con otro trabajo.

En este sentido, mientras sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo (de 10 de febrero de 2015, Rec. 25/2014 (RJ 2015/673) considera que *“en la medida en que el nuevo trabajo resulta compatible con el cuidado del menor, no se le deben anular a la legítima aspiración de la madre trabajadora de obtener algunos ingresos -que ha dejado de obtener precisamente por la excedencia para el cuidado de hijos - unas consecuencias tan negativas como las que antes hemos referido”*, otras como la STSJ del País Vasco de 26 de Febrero de 2008, Rec. 3076/2007 (AS 2008/1119) establece que, utilizar el mecanismo de la excedencia para trabajar en otra empresa, ha de ser considerado como despido procedente ya que *“se optó por el mecanismo que le era más beneficioso: conservación del puesto; cómputo de la antigüedad; asistencia a cursos de formación; calificación de nulidad del posible despido; y demás ventajas derivadas del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores . Y además optó por esta clase de excedencia sin previo aviso a la empresa y sin pausa alguna empezó a trabajar para la otra empresa, lo que evidencia que su conducta respondía a una estrategia premeditada. Es decir, se acogió a un régimen ventajoso de excedencia a sabiendas de que, en lugar de dedicarla a su fin legal que era el cuidado del hijo menor, la iba a emplear en ponerse a trabajar para otra*

⁴⁰ Ballester Pastor MP, “De nuevo sobre la naturaleza de la excedencia por cuidado de hijos y familiares”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.38/2011, ed. Aranzadi, 2011.

empresa y, además, de la competencia. Todo ello no merece sino la calificación de procedencia del despido”.

4.3.Reincorporación al trabajo y posibles situaciones patológicas

El propio ET prevé el derecho que tiene el trabajador a la reincorporación al puesto de trabajo reservado, una vez hayan cesado las causas de suspensión del contrato de trabajo. La regla que ha de seguirse, en este sentido, es que la reincorporación ha de realizarse en los mismos términos y las mismas condiciones que gobernaban con anterioridad a la suspensión de contrato de trabajo.

El artículo 48.9 además establece una protección, garantizando que los trabajadores que haya disfrutado de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad o riesgo durante el embarazo o la lactancia se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho.

Una cuestión importante a analizar es la relativa a si el hecho de que el empresario introduzca cambios en las condiciones de los trabajadores que han disfrutado de medidas de conciliación ha de considerarse lícito o no.

Es posible, no obstante, que las modificaciones llevadas a cabo por el empresario se refieran a motivos totalmente imparciales y, por lo tanto, sin causar una decisión discriminatoria que provoque la nulidad de la modificación. En efecto, resulta lógico encontrarnos con supuestos en los que el empresario ha modificado las condiciones de un trabajador (que previamente ha disfrutado de derechos de conciliación) y que le haya afectado negativamente, sin que por ello estemos ante un panorama discriminatorio, debiendo presentar una correspondiente justificación de su decisión tomada.⁴¹ En este sentido, la jurisprudencia ha entendido que es necesario la existencia de una conexión temporal entre la reincorporación de la trabajadora y la decisión empresarial.

⁴¹ García Testal, E y López Balaguer, M, *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa, op. cit.*, pp. 17 – 40.

Otro punto a analizar es el relativo a las vacaciones y el periodo de suspensión por maternidad. Ha sido muy discutido por nuestra jurisprudencia si la maternidad y las vacaciones no podían ambas disfrutarse en el caso de que coincidiesen. Sin embargo, ya desde la LOIEMH se modificó el ET estableciendo en su artículo 38.3º, que, para el supuesto en el que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o la lactación natural, el trabajador va a poder disfrutarlas una vez finalizada esta situación o período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que corresponden.

En este sentido, hemos de hacer referencia al derecho comunitario que en la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, donde la doctrina comunitaria estableció que su artículo 7.1 debía de interpretarse a la luz de la STJUE de 21 de junio de 2012 por el que se determinó que un trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidos cuando haya coincidido con un periodo de incapacidad temporal ligada al embarazo, parto o la lactancia natural.

En la STC (Sala Primera) de 20 de noviembre, núm. 324/2006 (RT 22006/324) se consideró que existía una clara discriminación por razón de sexo el hecho de perder el disfrute de las vacaciones anuales por haber disfrutado del permiso de maternidad y una vez finalizado el año natural. Así este Tribunal estableció: “ *En definitiva, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado*”.

La protección frente a despido debe estudiarse desde la consideración de la discriminación ya que, lamentablemente, es muy común el despido de una trabajadora embarazada o que está disfrutando de su permiso de maternidad.

Las causas no acaban aquí, el art. 55 del ET establece el despido en represalia para derechos de conciliación como el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción, el acogimiento y, por supuesto, el riesgo durante el embarazo o el riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural. Pues bien, este tipo de despidos serán considerados nulos siempre y cuando no hayan sido justificados por motivos ajenos y no relacionados al embarazo.

Así se establece en el artículo 55.5 del ET que dispone que *“Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.”*

Lo que se pretende con esta regulación es prevenir que el empresario pueda despedir a la trabajadora sin ningún tipo de justificación a cambio de una indemnización; de ahí que estos despidos sean considerados disciplinarios u objetivos. De lo contrario, en el caso de encontrarnos con despidos improcedentes, sí existiría la correspondiente indemnización pero hoy en día no existe tal posibilidad en nuestro ordenamiento⁴².

El TS, en su sentencia del 27 de Mayo de 2015, Rec.103/2014 (RJ 2015/3148) reiteró que este tipo de despidos y la desigualdad retributiva suponían los problemas más importantes en la aplicación del artículo 14 de la CE considerando que *“Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el*

⁴² Tirant lo Blanch, Puntos críticos sobre los aspectos laborales del embarazo y la maternidad., Ed. Tirant lo Blanch, 2012. Disponible en: <https://www.tirantonline.com/tol/documento/show/870353?route=ser&general=puntos+cr%C3%ADticos+sobre+los+aspectos+laborales+del+embarazo+Y+la+maternidad&searchtype=ol>, última consulta 24/03/2019).

mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia [añádase cuidado de hijos menores], hasta el punto de que, de hecho, el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante, junto a la desigualdad retributiva, con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales”

5. CONCLUSIONES.

Toda la normativa existente de conciliación de la vida familiar y laboral y su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, concretada en las causas de suspensión del contrato de trabajo que acabamos de analizar, tienden a hacer posible que el trabajo prestado tanto por hombres como por mujeres permitan una protección de la institución familiar y de los derechos y deberes que constituyen la misma.

Las políticas de conciliación suponen una expresión de la Constitución Española, ya que permite la salvaguarda de derechos reconocidos en la misma, concediendo a estos una protección especial contra su vulneración, en aras a permitir el máximo reconocimiento a los derechos a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, y a la protección de la institución de la familia y la infancia.

Nuestra práctica nos ha permitido advertir que la concesión de derechos individualizados y únicos al hombre permite una efectiva igualdad entre hombres y mujeres y, por consiguiente, una corresponsabilidad entre ambos de las responsabilidades familiares. En efecto, el R-D Ley 6/2019 ha supuesto, en este contexto, un importante avance que, si bien aún no conocemos resultados, augura un buen desarrollo en esta materia.

Una mayor implicación de todas las instituciones del Estado y una profundización en la colaboración de las empresas y las familias, así como un total reconocimiento por parte del hombre al trabajo que presta la mujer en mundo laboral contribuirá, sin lugar a dudas, a seguir avanzando en esta necesaria conciliación.

6. BIBLIOGRAFÍA.

- Aguilera Izquierdo R, Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombre, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* Extra-2, 2007, pp. 69-119.
- Asesores Labor10, Real Decreto- Ley 6/2019 de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades (disponible en "<http://labor10.com/real-decreto-ley-6-2019-de-medidas-urgentes-para-garantia-de-la-igualdad-de-trato-y-de-oportunidades/>, última consulta: 8/04/2019)
- Ballester Pastor, M A, *Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 9 y 10.
- Ballester Pastor, MA, "Permisos parentales y conciliación," Ballester Pastor, M A (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs.139 a 164.
- Ballester Pastor MA, "De nuevo sobre la naturaleza de la excedencia por cuidado de hijos y familiares", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.38/2011, ed. Aranzadi, 2011.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I, *La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por paternidad a la luz de la LO 3/2007*, Bomarzo nº 40, 2008.
- Cuesta López, V, "Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la Unión Europea". (Disponible en: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/09VCuesta.htm>, última consulta en: 01/04/2019).
- De Cossío Rodríguez P., "La excedencia por cuidado de los hijos", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 74/2011, ed. Aranzadi, 2011.
- El principio de subsidiariedad" (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=legisum:ai0017>, última consulta: 8/04/2019).
- González Rodríguez, S. "Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes en su regulación y análisis de la directiva 2010/18/UE". *Anales de la Facultad de Derecho*, 2011, pp. 227-249. (disponible en: https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/2387/AFD_28_%282011%29_11.pdf?sequence=5&isAllo wed=y; última consulta en: 3/04/2019)
- García Testal, E y López Belaguer, M, *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 pp. 17- 164.

- López Roca, C, “Hacia una mejor conciliación de la vida familiar y laboral: la paternidad como causa suspensiva del contrato de trabajo”, Cabeza Pereira, J y Fernández Docampo, B *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 329 a 348.
- *Medidas para la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y la ocupación*. La Ley Digital. Actualidad Legislativa Comentada, 2019. <https://laleydigital.laley.es/Content/Inicio.aspx>.
- Molero Manglano, C.” Interrupciones y suspensiones del contrato de trabajo”, Molero Manglano, C *Manual de derecho del trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 596-664.
- J. Trillo Párraga, F 2009, *La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 1/2009, de 12 de enero 2009)*: Bomarzo nº45, 2009.
- Pérez del Río, T” La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad”, Cabeza Pereiro, J y Fernández Docampo, B, (Coordinadores), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 51 a 76.
- Rodríguez Copé, ML, “Poder de dirección. El alcance del derecho a adaptar la jornada y a la elección de turno de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: una controversia aún por resolver”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº141,2018, p. 184 - 185.
- Romeral Hernández J., “El riesgo durante la lactancia natural: prevención y protección social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.217/2019, ed. Aranzadi, 2019.
- Ruiz-Rico Ruiz, C, “*El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 97 a 116.
- Sala Franco, T, Pedrajas Moreno, A y Moliner Tamborero, G. *Manual de Jurisprudencia Laboral*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 307-304.
- Tirant lo Blanch, Puntos críticos sobre los aspectos laborales del embarazo y la maternidad., Ed. Tirant lo Blanch, 2012. Disponible en: <https://www.tirantonline.com/tol/documento/show/870353?route=ser&general=puntos+cr%C3%ADticos+sobre+los+aspectos+laborales+del+embarazo+Y+la+maternidad&searchtype=ol>, última consulta 24/03/2019).

7. ANEXO JURISPRUDENCIAL.

- STSJ de 19 de noviembre de 1999, núm. 8344/1999 (AS 1999, 3999).
- STC de 20 de diciembre, núm. 240/1999 (RTC 1999/240).
- STC (Sala Social) de 20 de Julio de 2000 R: 3799/1999, (RJ 2000\7209).
- STS (Sala de lo Social) de 28 de junio de 2002, Rec. 1274/2001(RJ 2002,908)
- STC (Sala Primera) de 20 de noviembre, núm. 324/2006 (RT 22006/324).
- STC (Sala Primera) de 15 de enero, núm. 3/2007 (EDJ 2007\1020).
- STC de 5 de noviembre, núm. 233/2007 RTC 2007/233).
- STSJ del País Vasco de 26 de Febrero de 2008, Rec. 3076/2007 (AS 2008/1119).
- STSJ Cataluña de 16 de marzo de 2010, Rec. 8214/2008 (AS 2010/1690).
- STC (Sala Primera) de 14 de marzo, núm. 26/2011 (RTC 2011/26).
- STC de 19 de Mayo de 2011 núm. 75/2011 (RTC 2011/75).
- STS de 10 de febrero de 2015, Rec. 25/2014 (RJ 2015/673).
- TS de 27 de Mayo de 2015, Rec.103/2014 (RJ 2015/3148).
- STSJ de Andalucía (Sala de lo Social Sección 1ª), nº 343/2018, (AS\2018\97).