

Dirigido a la conversación "Trabajo y sociedad"

Autor: Emilio de Castro Marín, Doctor en Derecho, Abogado, Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -Universidad Complutense de Madrid (Facultad de Derecho)-

Correo electrónico: ecm178@hotmail.com

CONCILIACIÓN Y FUTURO DEL TRABAJO: REGULACIÓN ACTUAL Y ASPECTOS A DEBATIR

ABSTRACT

La conciliación, derecho subjetivo de los trabajadores, más allá de constituir una figura de protección a la familia y al menor y para alcanzar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en la esfera laboral, se presenta igualmente como un instrumento necesario para posibilitar un adecuado desarrollo de la personalidad en el ámbito laboral y personal. Desde esta concepción amplia de la conciliación, la implementación y desarrollo de efectivas políticas de conciliación debe constituir objetivo común de poderes públicos, interlocutores sociales y representantes de empresas y trabajadores. Pese a los esfuerzos y avances realizados, de los que son una buena muestra los experimentados en los derechos de conciliación en nuestra actual regulación, resulta imprescindible continuar avanzando en el desarrollo de nuevas medidas que permitan alcanzar aquéllos objetivos, incluida una mayor corresponsabilidad.

I.- PUNTO DE PARTIDA: LA CONCILIACIÓN COMO VÍA PARA ALCANZAR LA IGUALDAD REAL

La efectiva conciliación de la vida personal, familiar y laboral, -entendida como derecho de la ciudadanía y condición fundamental para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres-, se presenta como una de los retos más importantes de futuro en el actual panorama del Derecho del Trabajo en el Siglo XXI ¹.

Partiendo de la configuración del derecho a la igualdad como valor superior del ordenamiento, que se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad resulta incompatible con los valores constitucionales ², -art. 1 de la CE-, corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud ³, -art. 9.2 CE-.

¹ Puede definirse como *"la participación equilibrada entre mujeres y hombres en la vida familiar y en el mercado de trabajo, conseguida a través de la reestructuración y reorganización de los sistemas, laboral, educativo y de recursos sociales, con el fin de introducir la igualdad de oportunidades en el empleo, variar los roles y estereotipos tradicionales, y cubrir las necesidades de atención y cuidado a personas dependientes"* http://www.gizartelan.ejgv.euskadi.eus/r45conccont/es/contenidos/informacion/conc_que_es/es_info/que_es_conciliate.html

² Sentencia del Tribunal Constitucional número 8/1983, de 18 de febrero de 1983, F.J. 4º: *el superior valor que en el régimen democrático tiene el principio de la igualdad básica de todos los ciudadanos y de lo que esto supone en orden a la supresión de toda desigualdad de trato. La igualdad se configura como un valor superior que, en lo que ahora importa, se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama."*

³ STC 39/1986: *"el artículo 9.2 de la CE es un precepto que compromete la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial de los individuos, con independencia de su situación social"*

Y en este contexto promocional del derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación, -art. 14 CE-, en el que juega papel determinante el principio rector de la protección social, económica y jurídica de la familia y de los hijos, -art. 39 CE-, las políticas de conciliación juegan un papel determinante para alcanzar esa deseada igualdad real en el ámbito laboral.

Ahora bien, pese a los importantes avances experimentados, no parece discutible que aún no se dan las condiciones para una plena efectividad de la misma. En parte, porque en muchas de las ocasiones las políticas de conciliación se dirigen básicamente hacia el colectivo de las mujeres trabajadoras *“perpetuando el histórico olvido de que somos los hombres quienes tenemos que conciliar nuestros tiempos de trabajo”*. El planteamiento evidencia un sesgo de género de la propia política “oficial” de conciliación que *“lejos de quebrar perpetúa la división sexista del trabajo”* ⁴, incidiendo en la falta de corresponsabilidad. Pero también, porque aún hoy se percibe la conciliación desde un enfoque limitado del concepto que no permite alcanzar sus plenos objetivos.

II.- LA NECESARIA CONCEPTUACIÓN AMPLIA DE LA CONCILIACIÓN

Conciliar significa mantener el equilibrio en las diferentes dimensiones de la vida con el fin de mejorar el bienestar, la salud y la capacidad de trabajo personal ⁵. Y desde esta perspectiva, no podemos permanecer estancados en una concepción estricta de la conciliación, entendida ésta como la compatibilidad de los tiempos dedicados a la familia y al trabajo, debiendo avanzar hacia una comprensión amplia del fenómeno, comprensiva tanto del desarrollo pleno de las personas en el ámbito del trabajo, como del afectivo, del familiar e incluso del personal. En este sentido, conciliar no es sólo disponer de más tiempo para cuidar a los hijos, sino también tener conciencia de la existencia de vida propia yendo más allá del cuidado de la familia. En definitiva, disponer de tiempo para sí .

Sólo desde esta comprensión amplia del problema será posible conseguir la plena efectividad de las medidas conciliadoras, cuya efectiva implementación no es discutible que otorga importantes beneficios para la organización. Entre otros, incremento de la productividad en la empresa por el aumento de la implicación del personal, mejora del ambiente de trabajo, mayor facilidad para la captación y para la retención del talento, reducción del absentismo laboral, con lo que implica de disminución de costes laborales , mejora de la concepción e imagen externa de la empresa, etc....

Siendo así, en las siguientes líneas proponemos un breve recorrido por algunos de los derechos de conciliación reconocidos en nuestro actual ordenamiento jurídico laboral como paso previo para un futuro debate en el que poder seguir avanzando en esa necesaria consecución del objetivo deseado, el de la plena consecución de la igualdad real y, con él, del pleno desarrollo de la personalidad en el ámbito laboral.

En todo caso, dos apuntes previos antes de entrar a abordar las principales instituciones al efecto. En primer lugar, al hablar de los derechos de conciliación, resulta necesario siempre y en todo caso valorar la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE) ⁶. En segundo lugar, en materia de conciliación, es posible analizar la controversia desde la perspectiva del derecho a la no discriminación no

⁴ MOLINA NAVARRETE, C. :*Conciliación de la vida laboral y familiar*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Guías de negociación, año 2006, pág. 11

⁵ <https://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/iEmpleo/corresponsabilidad.htm>

⁶ Así se viene señalando la jurisprudencia ordinaria y constitucional al menos desde la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 3/2007, de 15 de enero, recurso de amparo 6715/2003, Ponente María Emilia Casas Bahamonde.

ya sólo y exclusivamente desde la perspectiva del género sino, más allá, en relación con otro de los motivos concretos de prohibición de discriminación enumerados en el art. 14 CE, el referido a circunstancias personales o sociales, por ende, a circunstancias familiares ⁷.

III.- LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN NUESTRA ACTUAL REGULACIÓN

1.- EL PERMISO DE LACTANCIA

Sin duda nos encontramos ante uno de los derechos de conciliación sobre los que más se ha avanzado en los últimos años, el regulado en el art. 37.4 ET dedicado a la lactancia del menor hasta que cumpla nueve meses. Tras una regulación inicial consistente en la opción de la madre entre una hora de ausencia del trabajo, divisible en dos fracciones, o una reducción de la jornada en media hora, incrementable en casos de parto, adopción o guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, la actual regulación del precepto legal presenta avances importantes como consecuencia de la incorporación a la norma de la jurisprudencia recaída tanto a nivel europeo como interno.

Así, en lo que se refiere a la previsión legal de posibilidad de acumulación del permiso en jornadas completas en los términos que se prevean en la negociación colectiva o en el acuerdo alcanzado con el empresario, destacar que esta posibilidad no es sino la incorporación a la norma de la jurisprudencia recaída sobre el particular tras impugnación por la Dirección General de Trabajo de determinado convenio colectivo en el que se preveía esta posibilidad. En aquél momento la jurisprudencia del Supremo concluyó a favor del pleno ajuste de la previsión, que posteriormente se incorpora a la norma con base en los siguientes argumentos: interpretación de la norma conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, precepto de derecho necesario relativo que podía ser mejorado por norma convencional, la regulación legal alternativa primigenia no sólo se mantenía en su totalidad sino que se ampliaba o mejoraba no regulándose la alternativa negociada como una imposición sino como una mera opción⁸.

Posteriormente, y como consecuencia de determinada resolución del Tribunal Europeo ⁹, y sobre la premisa de la desvinculación del permiso de lactancia del hecho biológico del amamantamiento natural así como de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, el legislador español configura el derecho de lactancia como un derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres ¹⁰. En este sentido, la jurisprudencia europea había dictaminado que la normativa española no se ajustaba a la europea al establecer la titularidad del derecho sobre la madre y el padre pero, en este último supuesto, exclusivamente en el supuesto de que la madre trabajara. Tal y como había dictaminado la jurisprudencia constitucional ¹¹, y partiendo de la premisa de que en la lactancia no concurre la necesidad de proteger la salud de la mujer trabajadora después del embarazo y del parto, al haberse desvinculado del hecho biológico el permiso de lactancia debía considerarse como un tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida laboral y familiar, siendo por tanto posible que el padre disfrutara de dicho permiso ¹².

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 26/2011, de 14 de marzo, recurso de amparo 9145/2009 Ponente Manuel Aragón Reyes.

⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 20 de junio de 2005, en recurso 83/2004, Ponente Mariano Sampedro Corral.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09 -Roca Álvarez-.

¹⁰ Disposición final 1.1 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, por la que se da nueva redacción al art. 37 ET.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 75/2011, de 19 de mayo de 2011, Ponente Manuel Aragón Reyes.

¹² Aplicando este criterio, Sentencia 702/2015 de fecha 5 de octubre de 2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 5ª, en recurso 425/2015, Ponente Begoña Hernani Fernández.

En la misma línea, -permiso de lactancia como derecho de conciliación., se había pronunciado anteriormente determinada doctrina de suplicación al entender que, de no concederse el derecho al disfrute del permiso al padre en un supuesto en el que la madre no trabajaba, se podía incurrir en dos tipos de discriminación: la primera, la que hacía al varón de distinta condición en la índole del ámbito familiar; la segunda, aquélla que repercutía en la índole del ámbito familiar vetando al trabajador la posibilidad de conciliar y encasillando a la mujer en el papel reproductor ¹³.

No obstante, cierto es que, aún a día de hoy, existe doctrina judicial contradictoria por la que se sigue denegando el derecho al permiso de lactancia al padre en el supuesto de que la madre no trabaje ¹⁴, situación esta que desde nuestro punto de vista exigiría una vuelta de tuerca más del legislador sobre la cuestión. Y no ya sólo por un elemental principio de seguridad jurídica sino, más allá, por el necesario avance en la corresponsabilidad familiar entre mujeres y hombres.

2.- LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL

Continuando nuestro breve recorrido por la regulación de los principales derechos de conciliación, tres son las modalidades de ejercicio del derecho a la reducción de la jornada de trabajo por guarda legal reconocido en el art. 37.6 del ET.

En primer lugar, la reducción de jornada y salario de quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, -derecho a la reducción de su jornada diaria, con disminución proporcional del salario, entre al menos un octavo y un máximo de la duración de aquélla-. En segundo término, mismo derecho para el cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y siempre que no desempeñe actividad retribuida. En tercer lugar, derecho del progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente, a reducir su jornada de trabajo durante al menos la mitad de aquélla con la reducción proporcional del salario para el cuidado durante la hospitalización y tratamiento continuado del menos afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el servicio público de salud y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años.

A partir de esta regulación legal, son muchas las cuestiones que se suscitan en la aplicación e interpretación de estos derechos.

Como punto de partida, aclarar que nos encontramos ante un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, que sólo se va a poder limitar en el escenario de que dos o más trabajadores de la misma empresa generasen el derecho por el mismo sujeto causante. En este sentido, la configuración del derecho a la reducción de la jornada de trabajo por guarda legal como derecho individual se instaura en

¹³ Sentencia nº 2387/2011 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 4 de octubre de 2011, en recurso 2005/2011, Ponente Florentino Eguaras Mendiri.

¹⁴ Sentencia nº 2762/2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de fecha 5 de noviembre de 2015, en recurso 1634/2015, Ponente María Gracia Martínez Camarasa: *“ el derecho de que se trata solo es protegible cuando ambos progenitores trabajan hasta el punto de que si uno de ellos lo disfruta, el otro no tiene derecho a ese disfrute, luego no es ampliable al supuesto en que solo trabaje uno de ellos por cuenta ajena o propia, de modo que si la madre no trabaja, no procede el citado reconocimiento, ya que el cuidado del menor está garantizado, no siendo discriminatoria la denegación.”* En sentido contrario, Juzgado de lo Social nº 1 de León en Sentencia nº 280/2016 de 18 de mayo de 2016 Autos 1040/2015.

la norma a partir de la modificación del tenor literal del art. 37 ET llevado a cabo por la Ley de conciliación de la vida laboral y familiar de 1999 ¹⁵.

En todo caso, varias e importantes son las novedades introducidas en los últimos años en la regulación legal del precepto sobre las que, siquiera brevemente, nos debemos detener.

Así, en lo que se refiere a la reducción por guarda legal del menor, y en un paso más en el intento de favorecer la conciliación por cuidado de hijos, hemos asistido en los últimos años a un paulatino y constante proceso de incremento de la edad límite para el reconocimiento del derecho a la reducción de la jornada de trabajo por cuidado del menor ¹⁶, límite que en la actualidad se regula de modo que va a ser posible hacer uso del derecho hasta que el menor cumpla la edad límite de doce años ¹⁷, a salvo por supuesto mejora de la previsión legal en el convenio colectivo.

Del mismo modo, tras la entrada en vigor de la reforma laboral en febrero de 2012, en lo que concierne a la reducción de la jornada por guarda legal del menor o de una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, el legislador introduce en la norma el término “diaria” a la hora de referirse a la reducción de la jornada de trabajo ¹⁸. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina científica, la modificación no es menor, otorgando ventajas e inconvenientes. Entre las primeras, podría argumentarse que la modificación proporciona seguridad jurídica en un debate bastante controvertido. En segundo término, obligar a reducir la jornada dentro del parámetro diario en principio minora el impacto que el ejercicio de ese derecho pudiera tener en la organización del personal en la empresa. Entre los inconvenientes, la modificación legal no deja de ser una clara restricción a las opciones que hasta ése momento tenían los trabajadores, hasta el punto de que para algunos autores esta reforma

¹⁵ CHARRO BAENA, P.: “La concreción horaria en la reducción de jornada por cuidado de hijo menor: ¿la búsqueda de un justo equilibrio de los intereses en juego?, Comunicación presentada a la ponencia “Conciliación y corresponsabilidad en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social” a cargo de la Prof. Dra. Amparo Ballester Pastor, www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=191, pág. 3: “En relación a la reducción de jornada de trabajo, la LCVFL supuso un avance considerable en la configuración de este derecho. Por una parte, amplía el derecho a la reducción de jornada a los supuestos de cuidado directo de un “familiar, hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida”. Por otra, declara expresamente que se trata de un derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres, aunque establece una limitación en orden a su ejercicio, al disponer que si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, “el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”.”

¹⁶ En este sentido, para ilustrar este paulatino incremento de la edad recordar que, por ejemplo, en la Ley 39/1999 la redacción del art. 37 ET, se establecía el límite en la reducción de la jornada para el cuidado directo del menor en los seis años. Posteriormente, con la promulgación de la LO 3/2007, para la IEMH, se aumenta el límite de edad hasta los ocho años vigente hasta febrero de 2012.

¹⁷ Artículo 1 apartado cuarto del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, que procede a dar nueva redacción al apartado 5 del art. 37 ET: “5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.”

¹⁸ Disposición final primera. Modificaciones en materia de conciliación de la vida laboral y familiar introducida en el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral por la que se da nueva redacción a los apartados 4, 5 y 6 del art. 37 ET quedando como sigue: “5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.”

va a suponer un freno a la flexibilidad y a la conciliación de la vida laboral y familiar ¹⁹, pudiendo quedar el derecho reducido a un mero ajuste del horario laboral ²⁰. De este modo, *“Se abandona por tanto el uso de parámetros superiores al diario, quedando limitada la reducción de jornada por guarda legal exclusivamente a su vertiente horizontal, en cuanto que sólo podrán elegirse las horas en que se prestarán servicios dentro del día”* ²¹.

Con el tenor literal de la norma tras la nueva redacción legal, las solicitudes de reducciones de jornadas de trabajo afectantes del sistema de turnos asignado al trabajador parece que no tendrían cabida en la norma, al configurar el legislador una solución homogénea que se aleja de los parámetros de adecuación que requieren las medidas de conciliación ²², debiendo, en su caso, reconducirse al derecho regulado en el art. 34.8 ET ²³. Tampoco parece que pudieran tener cabida reducciones de jornada cuando lo que se pretenda sea un ejercicio de la misma en términos superiores al diario, por ejemplo, excluyendo la prestación de servicios determinados días a la semana, al mes o al año ²⁴. No obstante, pese a la reforma, algún sector entiende que, al no haber introducido el legislador el término “diario” en el apartado 7 del art. 37 ET dedicado a la concreción horaria, la modificación legal introducida en el apartado 6 del precepto quedaría prácticamente neutralizada ²⁵.

Sea como fuere, no es discutible que con la anterior redacción de la norma, sin duda más difusa e inconcreta, los problemas a la hora de la concreción de la reducción se sucedían en Juzgados y Tribunales, sobre todo en solicitudes de reducciones sobre módulos superiores al diario concentrando la reducción en determinados días de la semana o, incluso, del año. Apuntar cómo antes de la reforma de 2012, el Tribunal Supremo había concluido que nos encontrábamos ante una *“aparente laguna legal, posiblemente dejada a propósito”* ²⁶. Dicho esto, pese a la modificación legal, los problemas a la hora de la concreción siguen surgiendo.

¹⁹ FRAGUAS MADURGA, L.: “Reducción de jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la reforma laboral de 2012”, BIB 2013 311, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 10/2013, parte Doctrinal. Ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pág. 1.

²⁰ CHARRO BAENA, P.: “La concreción horaria en la reducción de jornada por cuidado de hijo menor: ¿la búsqueda de un justo equilibrio de los intereses en juego?, Comunicación presentada a la ponencia “Conciliación y corresponsabilidad en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social” a cargo de la Prof. Dra. Amparo Ballester Pastor, www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=191, pág. 3

²¹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012 (II): reducción de jornada por guarda legal y vacaciones”, BIB 2012 1163, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2012 (Reforma Laboral) Ed. Aranzadi, Pamplona 2012, pág. 1.

²² Con una visión muy crítica BALLESTER PASTOR, M^a. A.º: “De cómo la reforma operada por el RDL 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, Revista de Derecho Social nº 57, año 2012, pág. 107 y ss.

²³ FRAGUAS MADURGA, L.: “Reducción de jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la reforma laboral de 2012”, BIB 2013 311, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 10/2013, parte Doctrinal. Ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pág. 3, con un detallado análisis de intervenciones de Juzgados y Tribunales sobre el particular.

²⁴ Se puede consultar este supuesto en HIERRO HIERRO, J.: “Reducción de jornada de trabajo por guarda legal e hijos: ¿reducción diaria del horario de prestación de servicios o acumulación del tiempo de trabajo dejando el sábado libre?, BIB 2005 489, *Aranzadi Social*, paraf. 75 (Presentación), Ed. Aranzadi, años 2005.

²⁵ En este sentido. –interpretación restrictiva-, se pronuncia el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona en su Sentencia de fecha 23 de abril de 2014, en lo que denomina como *“La incoherencia de la interpretación restrictiva del art. 37.5 ET respecto del art. 37.6 ET”*.

²⁶ Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 20 de julio de 2000, en recurso 3799/1999, Ponente Luis Ramón Martínez Garrido, F.D. 2º: *“Pues bien, en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal*

En lo que concierne al derecho a la reducción para el cuidado durante la hospitalización y tratamiento continuado del menor afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el servicio público de salud, debemos destacar dos cuestiones que inciden en el favorecimiento del ejercicio de este derecho. En primer término, la existencia en la normativa reguladora de la Seguridad Social de una prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otras enfermedades ²⁷, que se regula en los mismos términos en cuanto a su cuantía que los establecidos para la prestación de maternidad, 100 por 100 de la base reguladora, y con los mismos requisitos de períodos de cotización en función de la edad. En segundo término, la acertada interpretación flexibilizadora de la concesión de la prestación que se viene efectuando tanto en sede de suplicación ²⁸ como muy recientemente por el Tribunal Supremo en lo que se refiere al cumplimiento del requisito de la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor que no se encuentra hospitalizado sino dado de alta y sometido a tratamiento continuado de la enfermedad por el hecho de encontrarse escolarizado ²⁹.

Ya en sede común a los tres supuestos de reducción de jornada previstos en el art. 37.6 ET, destacar que nos encontramos ante un derecho de conciliación en el que la concreción horaria corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria. No obstante, el mandato del art. 39 CE, protección a la familia y a la infancia, ha de prevalecer y servir de orientación de cualquier duda interpretativa, valorándose la dimensión constitucional del derecho en relación con el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Y en este sentido, destacar la exigencia del ejercicio del derecho conforme a las reglas de la buena fe. En este sentido, no son aislados los pronunciamientos en los que se desestiman las solicitudes de concreción por el motivo de un ejercicio abusivo y antisocial del derecho al entender los juzgadores que se exceden los límites normales del ejercicio del derecho no pudiendo dañar el interés de terceros ³⁰. Buena fe que por descontado resulta exigible de igual manera a la contraparte ³¹. En todo caso, nos encontramos ante

precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Por otra parte nada establece el precepto legal en orden a la concreción horaria de la reducción de jornada, ni si en tal actuación debe prevalecer el criterio o las necesidades concretas del trabajador o las organizativas de la empresa. 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"

²⁷ Art. 190 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, así como Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio

²⁸ Sentencia 4969/2016 de fecha 29 de julio de 2016 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en recurso 199/2016, Ponente Luis Fernando de Castro Mejuto.

²⁹ Sentencia nº 568/2016, dictada en fecha 28 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en recurso de casación para la unificación de doctrina nº 80/2015, Ponente María Luisa Segoviano Astaburuaga.

³⁰ Es el supuesto enjuiciado en la Sentencia 81/2013, dictada en fecha 15 de enero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso 3004/2012, Ponente Juan Carlos Benito-Butrun Ochoa, por la que se confirma íntegramente el criterio de instancia en solicitud de reducción de jornada por profesora que pretendía disfrutar de la misma sólo durante el período escolar, volviendo a la jornada sin reducción en el período estival en el que no se prestaba servicios en el centro educativo.

³¹ Imposibilidad de aplicar una distribución irregular de la jornada de trabajo a trabajadora que venía disfrutando de reducción de jornada por guarda legal con el fundamento de que la empresa, con esa medida, prácticamente vaciaría de contenido el derecho. Es el supuesto analizado en la Sentencia 4317/2016 dictada en fecha 14 de diciembre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 5 de Santander en Autos 605/2016.

una regulación legal que actúa como un mínimo de derecho necesario relativo disponible por la autonomía colectiva siempre que se mejore su regulación ³². En este sentido, en la regulación legal del derecho se efectúa por el legislador una llamada a la negociación colectiva para que, en su seno, se establezcan los criterios para la concreción horaria de la reducción, regulación autónoma que sin duda evitaría las controversias en esta materia.

Para terminar con estas breves reflexiones acerca del derecho a la reducción de jornada por guarda legal regulado en el art. 37.6 y 7 del ET, necesario aludir a determinadas medidas favorecedoras del uso de estos derechos. Así, por ejemplo, en materia indemnizatoria, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción, igualmente en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos según lo establecido en el tercer párrafo del artículo 48.6 y en el cuarto párrafo del artículo 48.7 ³³. En esta línea, en materia de Seguridad Social, se previene que las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, exclusivamente referido al primer año en el resto de supuestos de reducción de jornada y durante todo el tiempo de la reducción en el supuesto del cuidado de menor hospitalizado por cáncer u otra enfermedad grave ³⁴.

3.- LA ADAPTACIÓN DE LA DURACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

Tras promulgación de la LOIEMH en el año 2007, el legislador incorpora en el precepto estatutario dedicado a la jornada de trabajo determinada previsión por la que se establece el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la misma para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Ahora bien, dicho esto, a continuación restringe muy significativamente su ámbito de actuación al establecer que deberá ejercitarse en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella -art. 34.8 ET-.

Nos encontramos, sin duda alguna, ante la herramienta de conciliación más potente de las que el legislador ha instaurado en la norma, no sólo porque no se establece la servidumbre de la reducción proporcional del salario prevista para las reducciones de jornada del art. 37.6 ET sino, sobre todo, porque claramente el legislador opta por una perspectiva amplia del ejercicio de los derechos de conciliación, no sólo limitada a la vida laboral y familiar, sino también a la vida laboral y personal.

³² Por todas, Sentencia número 49/2015 dictada en fecha 17 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en recurso 16/2015, Ponente Emilia Ruiz-Jarabo Quemada, que concluye a favor de una relación de suplementariedad entre la regulación convencional y legal.

³³ Disposición adicional decimonovena del texto refundido del ET, -Cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida-

³⁴ Art. 237 del Real Decreto Legislativo 8/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En todo caso, como tempranamente se ha encargado de aclarar la jurisprudencia ordinaria y constitucional, a salvo esa regulación convencional o el acuerdo con el empresario, el derecho ha quedado prácticamente postergado a “papel mojado”, cuestión esta que hace imprescindible una reformulación legal del precepto en aras de dotarle de la necesaria efectividad.

Así, el Tribunal Supremo, en una primera resolución ³⁵, seguida de otras confirmando criterio ³⁶, en un supuesto de reclamación fija de turno de trabajo sin reducción de jornada con amparo en el art. 34.8 ET, se posiciona en el sentido de que con el precepto alegado en mano, el legislador ha configurado una nueva “expectativa” a partir de la cual no se delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración del derecho contemplado. A mayor abundamiento, se señala que la concesión al demandante de tal derecho supondría tanto como vulnerar el principio de legalidad pues concederlo sería tanto como asumir por los órganos judiciales funciones legislativas ³⁷.

Ya en sede constitucional, en una primera resolución, la Sala Segunda del máximo intérprete constitucional desestima el amparo al haberse valorado la dimensión constitucional del precepto en las resoluciones de instancia, desestimando por tanto la solicitud de concreción horaria al no existir regulación convencional o acuerdo de empresa que diera cobijo a la pretensión de la actora, descartando la existencia de discriminación por razón de sexo ³⁸. No obstante, no es éste el argumento que se sigue por la Sala Primera en Sentencia de la misma fecha ³⁹, resolución en la que se concede el amparo al entender que no se había ponderado la importancia para la efectividad del derecho a la no discriminación pudiera tener la pretensión actora de desempeñar su jornada siempre en el mismo turno nocturno, aún sin reducción de jornada. Por lo tanto, la controversia está servida.

En todo caso, resulta importante destacar que, a la luz de la última de las resoluciones apuntadas, el intérprete constitucional parece que abre el camino a otra posible causa de discriminación a la luz de lo previsto en el art. 14 CE, la que denomina como “*discriminación por circunstancias familiares*”, “*dando carta de naturaleza a una nueva característica protegida (la responsabilidad parental)*” ⁴⁰.

Con posterioridad a estas resoluciones, en el año 2012 el legislador introduce en el precepto del art. 34.8 ET determinada previsión en el sentido de que se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas. La nueva regulación en nada afecta al debate de fondo planteado, pues sigue quedando el derecho a la concreción vía negociación colectiva o

³⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 18 de junio de 2008, en recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1625/2007, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea.

³⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 2009, en recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2286/2008 o Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 19 de octubre de 2009, en recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3910/2008, Ponente en ambas Luis Ramón Martínez Garrido

³⁷ El voto particular, propugnaba una aplicación e interpretación del derecho teniendo en cuenta la especial naturaleza y trascendencia del derecho reclamado y la realidad social del tiempo, existiendo una laguna legal que debería integrarse siguiendo el espíritu de las normas a partir de la Ley 39/1999 y valorando la dimensión constitucional del precepto.

³⁸ Sentencia dictada por la Sala 2ª del Tribunal Constitucional con el nº 24/2011 en fecha 14 de marzo de 2011, Ponente Luis Ignacio Ortega Álvarez.

³⁹ Sentencia dictada por la Sala 1ª del Tribunal Constitucional con el nº 26/2011 en fecha 14 de marzo de 2011, Ponente Manuel Aragón Reyes.

⁴⁰ MONTOYA MEDINA, D.: “Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (comentario a las SSTCO 24/2011 y 26/2011, de 14 de marzo)”, BIB 2011 1031, *Aranzadi Social*, núm. 4/2011 (Fichas de Jurisprudencia), Ed. Aranzadi SA, Pamplona 2011, pág. 10.

acuerdo individual con el empresario. Por otra parte, la nueva precisión legal se trata de una regla de *soft law* mera declaración programática sin virtualidad práctica alguna.

En estos términos, no parece discutible que se necesita una nueva y urgente intervención legislativa que garantice la efectividad de tan importante derecho a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo sin reducción de la misma. Al margen de que corresponde a los interlocutores en la negociación colectiva profundizar en la regulación de este derecho. En otro caso, seguiremos moviéndonos en el terreno de las meras declaraciones de intenciones sin contenido real alguno, a salvo obviamente interpretaciones ciertamente forzadas en relación con la necesaria valoración de la dimensión constitucional del mismo.

4.- LOS PERMISOS PARENTALES

Muchas han sido los avances en lo que se refiere al derecho de los padres a la suspensión del contrato de trabajo por cuestiones referidas al parto, a la guarda o a la adopción. Al margen de las prestaciones de Seguridad Social sobre las que obviamente no nos podemos detener ⁴¹, en los últimos años se han ido incorporando en la norma previsiones que sucesivamente han ido mejorando estos derechos. Por ejemplo, posibilidad del uso del permiso por el otro progenitor en el caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta trabajara o no, de la parte del período de suspensión computado desde la fecha del parto sin que se reste el período que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto, o a la previsión de que el período de suspensión no se verá reducido en el supuesto de fallecimiento del hijo o, en caso de que ambos trabajen, la opción de la madre porque el otro progenitor disfrute de una parte ininterrumpida del período de descanso posterior al parto de forma simultánea o sucesiva con la madre, el derecho del otro progenitor a suspender su contrato en el caso de que la madre no tuviere derecho, compatible con el permiso por paternidad, o el inicio del período de suspensión a partir del alta del neonato en caso de parto prematuro y de que hubiera tenido que permanecer hospitalizado a continuación del parto, la ampliación hasta tantos días como el neonato permanezca hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, en casos de parto prematuro por falta de peso y consecuente hospitalización por período superior a siete días o, finalmente, la posibilidad de la posibilidad de disfrute en régimen de jornada completa o a tiempo parcial previo acuerdo entre los empresarios y trabajadores afectados.

En lo que se refiere al permiso por paternidad, desde el 1 de enero de 2017 ⁴² se han eliminado las limitaciones impuestas para el disfrute del período de cuatro semanas ininterrumpidas ampliables en dos días más por cada hijo a partir del segundo, regulación que permanecía limitada por razones presupuestarias a trece días, pese a tratarse de una previsión del año 2009 ⁴³.

⁴¹ Arts. 177 a 185 del Real Decreto Legislativo 8/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en lo que se refiere a las prestaciones por maternidad y paternidad, art. 186 y 187 en lo que se refiere a la prestación por riesgo durante el embarazo y art. 188 y 189 en lo que concierne al riesgo durante la lactancia.

⁴² Incluso tras requerimiento al efecto en el año 2015 efectuado por el Defensor del Pueblo.

⁴³ Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, BOE nº 242, de 7 de octubre de 2009.

En todo caso, pese a los esfuerzos del legislador en la materia y a los avances en cuestiones como por ejemplo la del uso compartido del permiso por maternidad, la realidad de los datos ⁴⁴ demuestra que tan sólo el 7 por 100 de los hombres comparte el uso del permiso de maternidad en España ⁴⁵.

⁴⁴ Se puede consultar estudio sobre el origen y la evolución de los permisos parentales en Europa y en España en estudio de MEIL LANDWERLIN, G. , ROMERO BALSAS, P. Y MUNTANYOLA SAURA, D.: “El uso de los permisos parentales en España” http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/gmeil/espaniol/estadisticas_cambio_familiar/datospermisos.pdf así como en MEIL LANDWERLIN, G.: “La utilización por los hombres de los permisos parentales y su implicación en el cuidado de los niños”, www.unav.edu/matrimonioyfamilia/.../uploads/31149_FES-MEIL_Utilizacion-XI.pdf

⁴⁵ Noticia publicada en periódico El Mundo versión digital el pasado día 8 de febrero de 2017

5.- VACACIONES Y MATERNIDAD

En un recorrido como el presente por la regulación de los principales derechos de conciliación, no podía faltar la alusión a la actual regulación del disfrute de las vacaciones en el caso de lo que el legislador, no sin cierta confusión terminológica, denomina en el art. 38.3 ET como coincidencia del período de vacaciones fijado en el calendario de la empresa con el tiempo de una incapacidad temporal derivada del embarazo, del parto, de la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo en supuesto de parto, de adopción, de guarda con fines de adopción o acogimiento o de paternidad.

Con la regulación legal actual en mano, en estos supuestos se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación del concreto precepto le correspondiera al trabajador al finalizar el período de suspensión, ello con independencia de que haya terminado el año natural en que correspondan. Por lo tanto, ya no aplica el criterio jurisprudencial del “caso fortuito”.

Como es conocido, el precepto legal es el resultado de la incorporación a la norma del criterio mantenido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el denominado como Asunto Merino Gómez. Sobre la premisa de que el derecho al disfrute de las vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario respecto del cual no pueden establecerse excepciones, de su finalidad, diferente a la de la maternidad y de la de la igualdad material y no meramente formal, el Tribunal Europeo declaró el derecho a disfrutar de las vacaciones anuales en un período distinto al del permiso de maternidad de la trabajadora incluso en caso de coincidencia con las fijadas con carácter general en convenio colectivo aún cuando la normativa nacional estableciera una duración de vacaciones superior a la prevenida con carácter mínimo en la Directiva ⁴⁶.

En cuanto a la cuestión del derecho al disfrute de las vacaciones coincidentes con incapacidad temporal por contingencias diferentes ⁴⁷, en la actual regulación del art. 38.3 párr. 3º ET se determina la posibilidad de disfrute de las vacaciones una vez finalizada la situación de incapacidad coincidente con las mismas y hasta transcurridos dieciocho meses, regulación que es el resultado también de la incorporación al texto legal de determinada jurisprudencia primero europea ⁴⁸ luego nacional ⁴⁹. Incluso en el supuesto de coincidencia del disfrute de las vacaciones con una baja por enfermedad sobrevenida durante las mismas ⁵⁰.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 2004, Asunto C-342/01

⁴⁷ Se puede consultar al respecto trabajo de CASTRO CONTE, M.: “Vacaciones e incapacidad temporal: situación actual”, BIB 2010 3058, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. Núm. 76/2011, parte Presentación, Ed. Aranzadi SA, 2011.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de enero de 2009, Asunto C-350/06 y C-520/06 acumulados

⁴⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 24 de junio de 2009, en recurso 1542/2008, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de junio de 2012, Asunto C-78/2011

IV.- RREFLEXIÓN FINAL

Con independencia de que, por evidentes problemas de espacio, no hemos podido detenernos con mayor profundidad en la regulación de otros derechos o preceptos que inciden igualmente en la materia de la conciliación, y sobre los que en los últimos años se han producido significativos avances, -directamente, el permiso por nacimiento de hijos prematuros que deban permanecer hospitalizados del art. 37.5 ET, la posibilidad de distribución irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año ex art. 34.2 ET, la regulación del trabajo a distancia del art. 13 ET, los permisos para la formación regulados en el art. 23 del ET, con permisos para exámenes, preferencias para elección de turnos, derechos a adaptación de las jornada ordinaria de trabajo, concesión de permisos de formación o perfeccionamiento profesional o bolsa de horas anuales para la formación vinculada al puesto de trabajo, indirectamente, imposibilidad de realización de horas extra en contratos a tiempo parcial ⁵¹-, no parece discutible que aún queda mucho camino pendiente por recorrer.

Y en este sentido, resulta imprescindible seguir trabajando en la línea de la incorporación de otros derechos y de perfeccionamiento de los ya existentes. Por ejemplo, en la necesidad de abrir el debate sobre la necesaria regulación de algunos otros como el del denominado “derecho a la desconexión”, recientemente introducido en reforma laboral en Francia ⁵² y que, a nuestro juicio, tiene pleno encaje dentro del derecho del trabajador a la protección frente a los riesgos laborales y correlativo deber del empresario ⁵³. O, por ejemplo, en la necesidad de profundizar en la actual regulación legal en la necesidad de un adecuado control del efectivo cumplimiento de las jornadas de trabajo en los trabajos a tiempo completo a través de la obligatoriedad de registro ⁵⁴, avanzando en las medidas de control recientemente impulsadas ⁵⁵.

Para terminar, a modo de reflexión, creemos conveniente efectuar una llamada a los interlocutores sociales para que, en el campo de la negociación colectiva, se trabaje con mayor énfasis en la articulación de medidas complementarias a las previstas en la regulación legal, -señaladamente en materias como las de la adaptación y distribución de las jornadas de trabajo, concreciones horarias, horarios flexibles, etc...-. En este sentido, al margen de una adecuada regulación heterónoma, a nadie escapa que la efectiva implementación de estas medidas va a depender, en buena medida, de un adecuado desarrollo de las mismas en el seno de la autonomía colectiva.

⁵¹ Nueva redacción del art. 12.4 c) ET en art. 1 del Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre.

⁵² Introducida por la Loi 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, conocida como *Loi Travail* o *Loi El Khomri*

⁵³ Art. 14 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales.

⁵⁴ Sentencias 207/2015, 25/2016 y 77/2016 dictadas por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en recursos 301/2015, 383/2015 y 59/2016.

⁵⁵ Instrucción 3/2016 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social sobre intensificación de control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias.