

Últimos pronunciamientos judiciales sobre conciliación y corresponsabilidad

Latest judicial pronouncements on conciliation and co-responsibility

ANA DE LA PUEBLA PINILLA*

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

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-4850-928X

Recibido: 6/4/2021

Aceptado: 8/4/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6143>

I. Introducción

La finalidad de permitir la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras estaba ya implícita en algunas medidas recogidas desde las primeras versiones del Estatuto de los Trabajadores. La noción de corresponsabilidad es, sin embargo, mucho más reciente. La corresponsabilidad apela al reparto equilibrado de las tareas domésticas y de las responsabilidades familiares, tales como su organización, el cuidado, la educación y el afecto de personas dependientes dentro del hogar, con el fin de distribuir de manera justa los tiempos de vida de mujeres y hombres. Tal objetivo estaba ya contemplado en las primeras normas sobre conciliación –la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ya señalaba en su Exposición de Motivos la finalidad de facilitar que “los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia”–. Pero solo se ha materializado en normas relativamente recientes –significativamente, a través del RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación– en las que se incorporan instrumentos que pretenden fomentar el efectivo ejercicio por los trabajadores varones de los derechos de conciliación. Con esta finalidad, el citado RDL 6/2019 recurre a diversas fórmulas.

*ana.delapuebla@uam.es

Por una parte, se homologa la duración de la suspensión del contrato por maternidad y por paternidad impidiendo además la transferencia de este derecho desde la madre hasta el otro progenitor, de modo tal que, si uno de ellos renuncia a su derecho, tal renuncia no acrece la duración de la suspensión del contrato del otro progenitor. Lo mismo ocurre con la ampliación de la suspensión en caso de parto o adopción múltiple: el incremento ya no es de dos semanas para que ambos progenitores se las distribuyan según su voluntad o interés sino de una semana para cada progenitor. Y, en fin, con la de la hora de ausencia al trabajo en caso de nacimiento prematuro. Se corrige así una práctica que, ideada como medida para fomentar la participación de los trabajadores varones en la conciliación, se ha revelado poco eficaz puesto que, como acreditan las estadísticas, el número de hombres que disfrutaban de la baja por maternidad cedida por la madre o del resto de derechos reconocidos para su reparto entre los dos progenitores era muy reducido.

Por otra parte, se bonifica en algunos casos el ejercicio por ambos progenitores de los derechos de conciliación. Esto ocurre con el permiso por lactancia que, si es ejercido por ambos progenitores con la misma duración y régimen, se extiende hasta que el lactante cumpla doce meses, aunque con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses.

El alcance y contenido de los derechos de conciliación suscita problemas interpretativos a los que la doctrina judicial da respuestas cuyo conocimiento es imprescindible para conocer el efectivo alcance de tales medidas. La excedencia por razones familiares ha planteado, por una parte, el problema de delimitar el concepto de “familiar” que genera el derecho y, por otra, las obligaciones del trabajador durante la situación de excedencia. La supresión del permiso por nacimiento de hijo, derogado por el RDL 6/2019, ha planteado el problema de la vigencia y eficacia de las cláusulas convencionales que reconocen, y en ocasiones mejoran, un permiso por esta misma causa. El alcance del derecho a la adaptación de la jornada por motivos de conciliación reconocido en el art. 34.8 ET, que también fue reformulado por el citado RDL 6/2019, resulta igualmente controvertido en cuanto a las condiciones y posibilidades para su ejercicio.

Además, el ejercicio de los derechos de conciliación no puede analizarse prescindiendo de la perspectiva de género. Son todavía las mujeres trabajadoras las que mayoritariamente utilizan las posibilidades que las normas laborales ofrecen para conciliar la vida laboral con las responsabilidades familiares y las que soportan, por tanto, el impacto que ello genera en su trayectoria profesional y en sus condiciones laborales. Pero el ejercicio de estos derechos por los hombres también suscita la cuestión de su protección frente a tales consecuencias negativas. En este sentido, la finalidad de fomentar la corresponsabilidad que caracteriza a las medidas de conciliación incide en la valoración y calificación de las decisiones o prácticas empresariales que, de alguna manera, perjudican a los trabajadores varones que las ejercen. Si el objetivo es evitar que la conciliación suponga una consolidación del papel de la mujer como cuidadora y principal responsable de las necesidades familiares, es preciso ampliar la tutela para los trabajadores varones que solicitan o ejercen derechos de conciliación, porque cualquier obstáculo a tal ejercicio puede suponer un freno a la corresponsabilidad.

II. Cuestiones controvertidas sobre la excedencia por cuidado de hijo o de familiares

1. *¿Puede solicitarse una excedencia por cuidado de familiares para el cuidado de hijos mayores de tres años?*

La posibilidad de solicitar una excedencia para atender el cuidado de hijos hasta los tres años se reconocía ya en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, si bien su regulación se ha ido modificando para configurarlo como un auténtico derecho vinculado con la conciliación y para otorgar a los trabajadores la necesaria protección por su ejercicio.

La excedencia por cuidado de familiares se incorpora más tarde, fruto de la Ley 39/1999, y se define como el derecho a suspender el contrato de trabajo para “atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida” (art. 46.3 ET). Cuenta con un régimen especial de tutela que supone que, durante el primer año de excedencia, la persona trabajadora tiene reserva de su puesto de trabajo, quedando después dicha reserva referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría profesional equivalente.

Una cuestión que se plantea con cierta frecuencia en relación con esta excedencia por cuidado de familiares es si la misma puede solicitarse para atender a un hijo que, siendo mayor de tres años -y no generando, por tanto, derecho a la excedencia por cuidado de hijos- no tiene aún, por la mera circunstancia de la edad, autonomía suficiente.

En su mayoría, la respuesta de los tribunales a esta cuestión ha sido negativa (SAN de 13 de noviembre de 2017, ECLI:ES:AN:2017:4396) aunque algún pronunciamiento de suplicación se había pronunciado en sentido contrario reconociendo el derecho a la excedencia por cuidado de familiares para atender al cuidado de hijos mayores de tres años (STSJ Navarra de 23 de febrero de 2006, R^o 25/2006).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:456) ha unificado la doctrina sobre esta cuestión rechazando la posibilidad de que la excedencia por cuidado de familiares pueda utilizarse para atender el cuidado de hijos mayores de tres años. Apela el Tribunal a la función y finalidad que el legislador atribuyó a esta excedencia cuando la misma se incorporó al art. 46.3 ET. Finalidad que no es otra que la de ampliar los derechos de las personas trabajadoras “que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población”. La exigencia legal de que el familiar que da derecho a esta excedencia “no pueda valerse por sí mismo” remite por tanto, cuando se trata de la edad, a las personas mayores. Este argumento se refuerza, además, con el segundo requisito que el art. 46.3 ET exige para la excedencia (“que no desempeñe actividad retribuida”), de imposible cumplimiento cuando se trata de hijos menores.

En definitiva, la respuesta a la cuestión planteada es que la excedencia por cuidado de familiares no está pensada, ni puede ejercerse, para atender el cuidado de hijos mayores de tres años. La excepción, que el propio Tribunal Supremo contempla, remite a los casos en que la razón para atender el cuidado de un hijo mayor de tres años sea, no

meramente la edad, sino las restantes causas enunciadas en el art. 46.3 ET -accidente, enfermedad o discapacidad-.

2. Realización de actividades profesionales o laborales durante la excedencia por motivos familiares y sus consecuencias sobre la relación laboral suspendida

Una cuestión que ha venido suscitando cierta controversia es la posibilidad de que, durante la excedencia por cuidado de hijos o de familiares, la persona trabajadora realice una actividad profesional, por cuenta propia o por cuenta ajena, así como las consecuencias que esa nueva actividad pueda generar, tanto sobre la relación laboral preexistente como sobre el acceso a prestaciones de la Seguridad Social.

Al respecto, es preciso partir de que la excedencia por razones familiares (cuidado de hijos o de familiares) es un derecho absoluto de la persona trabajadora solo condicionado al cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos en cada caso. El único condicionante previsto legalmente es que dos o más trabajadores de la misma empresa generen este derecho por el mismo sujeto causante, en cuyo caso la empresa podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Fuera de este supuesto, la empresa está obligada a conceder la excedencia solicitada. Es relevante, igualmente, la finalidad de la excedencia, que no es otra que poder asumir el cuidado y la atención de los familiares que generan el derecho, cuidado que no resulta compatible con la específica prestación laboral que viene prestando el solicitante de la excedencia.

A partir de estos presupuestos, se admite que la persona trabajadora pueda desempeñar, durante la excedencia, otra actividad profesional. Ahora bien, el respeto a la buena fe contractual, como principio que inspira y rige el entero contenido de la relación laboral y que subsiste durante los periodos de interrupción y suspensión de la relación laboral, determina que tal posibilidad esté limitada a aquellos supuestos en que la actividad profesional desarrollada por la persona trabajadora durante la excedencia resulte compatible, por horario, por distancia o por cualquier otra circunstancia, con la finalidad a que responde la excedencia. Así lo viene exigiendo la doctrina de suplicación que se decanta por entender que, “si bien la naturaleza de este tipo de excedencia tiene una finalidad específica consistente en posibilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, la prestación de servicios para otras empresas, que en principio pudiera parecer que se aleja de tal finalidad (dejar de prestar servicios en una empresa para llevarlos a cabo en otra), puede rodearse de circunstancias que permitan constatar que, a pesar de ello, el trabajador, en tal situación, le es más factible una adecuada conciliación de los planos familiar y profesional en la forma pretendida por la norma” (STSJ Andalucía/Sevilla, de 25 de junio de 2015, ECLI:ES:TSJAND:2015:5666). Nada se opone, en estos casos, a la legítima aspiración de la persona trabajadora en excedencia de obtener unos ingresos que sustituyan siquiera parcialmente a los que ha dejado de obtener precisamente por ejercer su derecho a la excedencia.

Confirmado el derecho a desarrollar una actividad profesional durante la excedencia por razones familiares en las condiciones señaladas, ninguna consecuencia negativa

puede derivarse de esta situación. El despido de la persona trabajadora por desarrollar tal actividad o la negativa a la reincorporación tras la finalización de la excedencia es injustificado y merecería la calificación de nulidad por atentar contra un derecho de conciliación, a pesar de lo cual algunos pronunciamientos lo califican únicamente como improcedente (STSJ Valencia, de 3 de mayo de 2018, ECLI:ES:TSJCV:2018:1968).

En relación con las prestaciones del sistema de Seguridad Social, nada impide que, si durante la situación de excedencia por cuidado de hijos o de familiares durante la cual se prestan servicios profesionales, se produce el nacimiento o adopción de un hijo la persona trabajadora acceda a la prestación por nacimiento o cuidado de hijo, incluso si la actividad que desarrolla durante la excedencia es por cuenta propia. El acceso a estas prestaciones está garantizado para la persona trabajadora que se encuentre en excedencia durante el tiempo considerado como de cotización efectiva (DA 4ª RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural) –que, conforme al art. 237 LGSS, son los tres años de excedencia por cuidado de hijos y el primer año en la excedencia por cuidado de familiares–. Por ello, no cabe entender que al desarrollar un trabajo por cuenta propia durante este tipo de excedencias la persona trabajadora ha dejado de estar en situación de excedencia por cuidado de hijos o de familiares y ha dejado, por tanto, de estar en situación asimilada al alta a efectos de las prestaciones por nacimiento y cuidado de hijos (STS de 10 de febrero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:708). Lo mismo cabría decir de la prestación de incapacidad temporal. Del mismo modo, se ha reconocido el acceso a la prestación de desempleo a una trabajadora en situación de excedencia por cuidado de hijos que, durante dicho periodo, prestó servicios para otra entidad y vio extinguido su contrato de trabajo (STSJ Madrid de 10 de junio de 2003, Rº 2637/2003, STSJ Andalucía/Granada de 4 de julio de 2019, ECLI:ES:TSJAND:2019:9883).

III. Derogación del permiso legal por nacimiento de hijos y efectos sobre los permisos convencionales por la misma causa

El permiso previsto en el art. 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores permitía al padre disfrutar de una licencia retribuida de dos días laborables, ampliables a cuatro en caso de necesidad de desplazamiento, por nacimiento de hijo. Se trata de un derecho que se mantuvo en vigor incluso cuando se reconoció al otro progenitor distinto de la madre el derecho a suspender su contrato de trabajo por paternidad. En estos casos, el trabajador disfrutaba su permiso retribuido con ocasión del nacimiento de su hijo y a continuación, o en un momento posterior, procedía a la suspensión de su contrato de trabajo por paternidad.

El RDL 6/2019 suprimió, con efectos de 8 de marzo de 2019, el permiso por nacimiento. La razón, aunque no se explicita en la norma, es sin duda la nueva regulación que se da a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de hijos. En la actualidad, en caso de parto, tanto la madre como el otro progenitor tienen derecho a suspender su contrato de trabajo, y obligatoriamente ambos progenitores han de disfrutar de

una parte de dicha suspensión (seis semanas) inmediatamente a continuación del parto. De esta forma, pierde sentido el permiso retribuido por nacimiento, vinculado con el momento en que se produce este acontecimiento. Además, se superpondría en el tiempo con la suspensión por nacimiento y cuidado de hijos.

Esta nueva situación plantea, sin embargo, la duda de qué ocurre con las previsiones que, al respecto, acostumbra a incluir los Convenios colectivos. Es frecuente que los convenios recojan expresamente el permiso retribuido por nacimiento de hijo que contemplaba el Estatuto de los Trabajadores e incluso mejoren su regulación ampliando el número de días de licencia. El problema es si, una vez eliminado el citado permiso del Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores tienen derecho a seguir disfrutando de las licencias retribuidas que, por esta misma causa, les reconoce el Convenio colectivo.

Hay ya algunos pronunciamientos judiciales sobre esta cuestión. La SAN de 29 de noviembre de 2019, ECLI:ES:AN:2019:4478) reconoció el derecho de los trabajadores a disfrutar del permiso por nacimiento en los términos previstos en el Convenio colectivo aplicable (cuatro días ampliables a seis) apelando, por una parte, al carácter de regulación mínima de los permisos regulados en el art. 37.3 ET y a la posibilidad de que por Convenio colectivo se mejoren dichas previsiones, y, por otra, a la diferente naturaleza del permiso y de la suspensión del contrato de trabajo.

La STS de 27 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:326), por su parte, declara inaplicable el permiso reconocido en el Convenio colectivo. Las razones para alcanzar esta solución son, por una parte, de carácter general. Se señala, en este sentido, que la supresión del permiso deriva de la equiparación de la duración de la suspensión del contrato por nacimiento de hijo reconocido a la madre y al otro progenitor y que la inmediatez de la suspensión del contrato respecto del nacimiento deja sin espacio al permiso por esta misma causa. Por otra, razones específicas, referidas a la cláusula del convenio colectivo que reconocía el permiso. Al respecto, el convenio preveía expresamente que el permiso debía disfrutarse “desde la fecha en que se produzca el parto”, previsión que no es conciliable ni compatible con las previsiones legales sobre el comienzo de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento.

Ciertamente, esta sentencia del Tribunal Supremo -dictada en un procedimiento de conflicto colectivo- no fija doctrina general. Pero sí contiene argumentos válidos con carácter general para cualquier previsión convencional sobre el permiso por nacimiento de hijo.

En principio, la desaparición de la expresa previsión legal de dicho permiso no es, en sí misma, un obstáculo para que los convenios colectivos mantengan su regulación. Una de las finalidades de la negociación colectiva es mejorar las condiciones laborales de los trabajadores y, a tales efectos, el convenio puede diseñar nuevos supuestos que generen derecho a permisos retribuidos sin necesidad de contar con una previa delimitación legal de los mismos. La negociación colectiva ofrece numerosos ejemplos de circunstancias no previstas legalmente que dan derecho a licencias retribuidas.

Sin embargo, difícilmente podría diseñarse en los convenios colectivos un permiso que atendiera a la finalidad y función que tenía el permiso por nacimiento del art. 37.3 b) ET. Este estaba pensando, en un contexto en el que el otro progenitor distinto de la madre carecía del derecho a una suspensión por paternidad o nacimiento de hijo, para asistir a

la madre y atender al recién nacido. Por ello mismo, la configuración de este permiso lo concebía como un derecho cuyo ejercicio estaba estrechamente vinculado con el momento del nacimiento de tal manera que “es totalmente lógico estimar que el disfrute de estos permisos tiene que hacerse efectivo en el tiempo inmediatamente siguiente a aquél en que tuvo lugar el correspondiente nacimiento” (STS de 17 de enero de 2008, R^o 24/2007). Siendo obligatoria la suspensión del contrato desde el momento del nacimiento, resulta materialmente imposible conceder un permiso que debería disfrutarse simultáneamente, y cuya finalidad queda cubierta además por la suspensión por nacimiento y cuidado. Obviamente, ello no impide que el convenio diseñe un permiso *ad hoc* para su disfrute tras la suspensión del contrato, para uno o para ambos progenitores, con la finalidad de atender al cuidado del hijo. Pero en estos casos, como apunta la sentencia citada, es necesario “que la norma que lo establezca disponga expresa y claramente la posibilidad de ese disfrute tardío de la misma. Si tal norma no dice nada a tal respecto, no puede admitirse ni tener por válido este cumplimiento retrasado del permiso, pues es contrario, como se vio, a la verdadera naturaleza del mismo”.

IV. El alcance práctico del derecho a la adaptación de jornada por motivos de conciliación previsto en el art. 34.8 ET

Una de las principales novedades incorporadas por el RDL 6/2019 para favorecer la conciliación entre la vida familiar y la vida laboral de las personas trabajadoras ha sido, sin duda, la nueva regulación del derecho de adaptación de jornada contemplado en el art. 34.8 ET. Teniendo en cuenta las múltiples posibilidades que este precepto contempla -adaptaciones en 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 trabajo a distancia- y las condiciones que se exigen para el ejercicio de este derecho -las adaptaciones deben “ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa”- era previsible que, al amparo de este precepto, se suscitara numerosos conflictos entre los intereses de los trabajadores y los de la empresa, cuya solución, una vez descartado el acuerdo entre las partes, terminara en sede judicial.

La realidad ha confirmado estas previsiones y existen ya pronunciamientos judiciales sobre esta cuestión. En particular, hay numerosas sentencias de diversos Juzgados de lo Social, órganos jurisdiccionales que están jugando un importante papel en la delimitación del derecho a la adaptación de jornada, dadas las limitadas posibilidades de recurso de suplicación frente a las sentencias de primera instancia (art. 139.1.b LRJS). Pero la petición por los demandantes del resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la negativa empresarial a atender el ejercicio del derecho o la alegación de discriminación ha abierto la puerta a pronunciamientos dictados en suplicación a través de los que se va construyendo una doctrina judicial sobre el alcance de este derecho. Varios son los aspectos de interés que resultan de estos pronunciamientos judiciales.

Por una parte, en relación con la negociación entre las partes con vistas a resolver de forma consensuada la solicitud planteada por la persona trabajadora. Recuérdese que el art. 34.8 ET remite a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de este derecho pero ese mismo precepto prevé que en ausencia de previsiones convencionales, “la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días”, al término del cual la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio, justificando en este último caso su decisión en razones objetivas. Aunque ciertamente la norma no prevé consecuencia alguna para el caso de inexistencia de negociación entre las partes, parece claro que el imperativo (“abrirá”) confirma la obligatoriedad de dicho periodo de negociación. Algunos Juzgados de lo Social han considerado que la falta de negociación puede ser motivo casi automático de estimación de la pretensión del trabajador (SJS Salamanca, de 9 de agosto de 2019, Proc. 545/19) y en suplicación se ha estimado también relevante a efectos del enjuiciamiento la negativa de la empresa a negociar (STSJ Madrid de 2 de julio de 2020, ECLI:ES:TSJM:2020:8115; STSJ Galicia de 11 de septiembre de 2020, ECLI:ES:TSJGAL:2020:5214). Sin embargo, hay también pronunciamientos que afirman que tal negociación constituye únicamente una “sugerencia” o “mera recomendación” de modo que la ausencia de negociación por cualquier de las partes trae como única consecuencia la necesidad de acudir al foro (STSJ Galicia de 5 de octubre de 2020, ECLI:ES:TSJGAL:2020:5689). Una propuesta interesante es la acogida en la STSJ Extremadura, de 13 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TSJEXT:2020:324) en la que se señala que la falta de negociación “no puede determinar que se de la razón a ninguna de las dos partes, es decir que se estime íntegramente la demanda, como pretende la recurrente, ni que se desestime de la misma forma, como se ha hecho en la sentencia, sino que ha de darse a las partes la oportunidad, mediante ese “proceso de negociación” omitido, de llegar a un acuerdo y, si ello no fuera posible que lleven al proceso las propuestas que en él hayan podido efectuar, para que puedan ser consideradas adecuadamente”.

En segundo lugar, se ha precisado también el alcance de la previsión del art. 34.8 ET referida a que “En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años”. Se ha señalado, al respecto, que el hecho de tener un hijo menor de 12 años no exime a la persona trabajadora de acreditar la necesidad de adaptar su jornada en los términos que solicite como condición para conciliar su trabajo con la atención y el cuidado de su hijo. Y, además, que solo los hijos menores de dicha edad permiten la solicitud de adaptación de la jornada de modo que, en caso de hijos de doce o más años, se requerirá que estos tengan necesidades especiales o padezcan una enfermedad grave (STSJ Galicia de 5 de octubre de 2020, ECLI:ES:TSJGAL:2020:5689).

Es reseñable igualmente la posición judicial que advierte sobre la necesidad de enjuiciar estos conflictos desde la perspectiva de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y sobre la necesidad de excluir del margen de apreciación judicial “la

ponderación de la incidencia de las particulares circunstancias familiares, y, por tanto, de la disponibilidad de tiempo para el cuidado del menor del otro progenitor en la adecuación y proporcionalidad de la medida de conciliación pretendida por el trabajador” poniendo límite a la práctica empresarial de requerir al trabajador, a efectos de valorar la concesión o no de la adaptación de la jornada, información sobre la situación de otros integrantes de la familia (STSJ La Rioja, de 8 de octubre de 2020, ECLI:ES:TSJLR:2020:425).

Finalmente, en cuanto a la negativa empresarial, que debe fundarse en razones objetivas, se ha rechazado que se deniegue la solicitud de adaptación de la jornada mediante la adscripción al turno fijo de mañana cuando simultáneamente la empresa está contratando trabajadores para dicho turno (STSJ Madrid de 2 de julio de 2020, ECLI:ES:TSJM:2020:8115) o en un supuesto en el que la empresa no acredita las razones por las que se opone a la solicitud del trabajador ni la perturbación que su aceptación provocaría en el buen funcionamiento del servicio (STSJ Galicia, de 22 de septiembre 2020, ECLI:ES:TSJGAL:2020:5266). Pero se ha admitido que la empresa justifique su negativa en necesidades organizativas y en el perjuicio para el resto de trabajadores, máxime si ofrece alternativas a la propuesta de la solicitante (STSJ Asturias, de 28 de abril de 2020, ECLI:ES:TSJAS:2020:1045).

V. Derechos de conciliación, impacto en la retribución y discriminación por razón de sexo: ¿también si quienes concilian son los trabajadores varones?

Una de las cuestiones más controvertidas relacionadas con el ejercicio de los derechos de conciliación es la relativa a sus consecuencias sobre la retribución. En la doctrina judicial más reciente se han analizado, en particular, los efectos que las interrupciones o suspensiones del contrato por motivos de conciliación tienen sobre el cálculo del salario variable. Pero también se ha cuestionado la retribución que corresponde percibir a la persona trabajadora durante el ejercicio de los permisos retribuidos previstos en el art. 37.3 ET y, en concreto, si de tal retribución pueden excluirse determinados conceptos retributivos. Y, en fin, no ha quedado al margen de la decisión judicial la valoración que merecen las decisiones empresariales que perjudican la remuneración del trabajador que concilia cuando este es un trabajador varón.

Por lo que se refiere al salario variable, la práctica de excluir los periodos temporales correspondientes a interrupciones del contrato vinculadas con el embarazo o la maternidad biológica, -como son las incapacidades temporales vinculadas con el embarazo, las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de la madre biológica, o la suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia-, se ha considerado nula por discriminatoria en la medida en que se trata de interrupciones de la prestación laboral vinculadas con el hecho biológico femenino y dotadas de una especial protección. El art. 8 LOIMH señala que “constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad” y el Tribunal Constitucional ha afirmado que “la trabajadora que haya dado a luz o en período de lactancia se encuentra en una situación específica de vulnerabilidad que requiere que se le conceda un permiso

de maternidad”, debiendo considerarse tal permiso a favor de las trabajadoras embarazadas como “un medio de protección del Derecho social que reviste particular importancia”; al tener “por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto”.

En este sentido, la STS de 10 de enero de 2017 (R^o 283/2015) declaró nula la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal así como la baja por riesgo por embarazo y, por tanto, no considerarlas como días productivos para tener derecho a las retribuciones variables. El problema no se plantea, en estos casos, en relación con el periodo de suspensión -pues durante el mismo se percibe una prestación para cuyo cálculo sí se ha tomado en cuenta el salario variable-. El problema surge porque, tras la reincorporación desde estas situaciones se exigía a la trabajadora estar un mes en activo -y sin percibir el variable- para devengar y cobrarlo el mes siguiente. La doctrina de suplicación ha aplicado idéntica doctrina considerando que constituye discriminación por razón de sexo no computar, a efectos del cálculo del salario variable, los periodos en que las trabajadoras no prestan actividad por circunstancias vinculadas al hecho de la maternidad biológica, baja por maternidad por parto y bajas por riesgo durante el embarazo o la lactancia (STSJ Cataluña de 6 de abril de 2018, Proc. 7434/2017).

Pero también resulta discriminatoria la exclusión, a efectos de calcular la retribución variable, de los periodos de suspensión del contrato por ejercicio de derechos de conciliación, como puede ser el permiso por lactancia, la reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares o los permisos retribuidos con finalidad de atender el cuidado de hijos o familiares. En estos casos, se trataría de una discriminación indirecta en la medida en que una decisión o práctica aparentemente neutra, puesto que potencialmente afecta por igual a hombres y mujeres -en cuanto ambos son titulares de estos derechos-, pone a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores. Y ello teniendo en cuenta que son las mujeres las que de forma absolutamente mayoritaria siguen utilizando dichos permisos para atender el cuidado de hijos y familiares. La doctrina judicial ha considerado, en este sentido, que la merma de los incentivos por descontar el tiempo no trabajado a raíz del disfrute de estos permisos constituye una discriminación indirecta por razón de sexo (SAN de 11 de febrero de 2020, ECLI:ES:AN:2020:23 y SAN de 27 de abril de 2020, ECLI:ES:AN:2020:801, STSJ de Cataluña de 6 de abril de 2018, Proc. 7434/2017).

Especial dificultad tiene la incidencia de una reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares en el cálculo de salarios variables vinculados a objetivos, resultados, productividad o cualesquiera otras condiciones que requieran una efectiva prestación de servicios. La conexión entre este tipo de reducción de jornada, el derecho a la conciliación y la discriminación indirecta por razón de sexo requiere que el cálculo del salario variable no suponga un perjuicio derivado del ejercicio de estos derechos. La solución en estos casos pasa por ajustar proporcionalmente los objetivos a la jornada real desarrollada por el trabajador que reduce su jornada por motivos familiares. Lo que no procede, al menos tal y como lo considera la SAN de 19 de febrero de 2020 (ECLI:ES:AN:2020:19) es mantener íntegro el importe del salario variable, que también deberá reducirse proporcionalmente.

Por lo que se refiere a la retribución de los permisos o licencias retribuidas previstas en el art. 37.3 ET, y asumiendo que es la negociación colectiva quien debe identificar qué conceptos retributivos deben incluirse en la remuneración de los permisos (STS de 6 de marzo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:2088), el Tribunal Supremo ha señalado que, en aquellos permisos enumerados en el art. 37.3 ET vinculados directa o indirectamente con la conciliación, no pueden excluirse conceptos retributivos si ello supone una penalización del ejercicio de los derechos de conciliación y, por tanto, un efecto negativo sobre la corresponsabilidad. Es indiferente, a estos efectos, que la exclusión de un concepto salarial afecte por igual a cualquier trabajador, hombre o mujer, que disfrute del permiso, pues ya se sabe que la prohibición de discriminación alcanza no solo a las discriminaciones directas, sino también a las indirectas, entendiendo por tales aquellas situaciones en las que “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

De este modo, determinados conceptos retributivos, que podrían excluirse de la remuneración a percibir durante el disfrute de algunos de los permisos o licencias retribuidas previstas en el art. 37.3 ET, deberán necesariamente incluirse en la retribución cuando se trata de permisos vinculados con la conciliación (STS 3 de diciembre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:4284). Tales permisos son los correspondientes a: 1º) accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y 2º) ausencia por tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad.

Finalmente, cuando son los hombres quienes ejercen los derechos de conciliación y corresponsabilidad, la cuestión que se suscita es si estos trabajadores deben ser también protegidos frente a decisiones empresariales que les perjudiquen en su desarrollo profesional o en el contenido de su relación laboral como consecuencia del ejercicio de tales derechos. Y, en su caso, cómo y sobre qué argumentos debe articularse esa protección.

Está claro que no cabe, en estos casos, apelar a la discriminación por razón de sexo que afecte directamente a los trabajadores. Como el Tribunal Constitucional ha afirmado “el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres” (STC 26/2011, de 14 de marzo).

Pero ello no impide valorar que tales actuaciones empresariales, en la medida en que limiten, dificulten u obstaculicen el ejercicio por los varones de sus derechos de conciliación, pueden suponer una discriminación por razones familiares en cuanto que menoscaban la conciliación de la vida familiar y laboral de estos trabajadores (STC 26/2011,

de 14 de marzo). El impacto de estas decisiones sobre la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres es también evidente. Esta prohibición impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Una decisión o práctica empresarial que perjudique a los hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación puede desincentivar el uso por los trabajadores de los permisos, reducciones de jornada o suspensiones por razones familiares y, por tanto, contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. Son actuaciones que, por tanto, discriminan de forma indirecta a las mujeres en cuanto ahondan en el reparto tradicional de papeles en materia de cuidados y responsabilidades domésticas.

La STS de 23 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2983) ofrece un interesante ejemplo sobre esta cuestión. La sentencia se enfrenta a una normativa empresarial que, a efectos de cuantificar la retribución variable, excluía los periodos de suspensión del contrato por paternidad -a pesar de que sí se computaban los correspondientes a la maternidad y al riesgo durante el embarazo-. El Tribunal recuerda que la finalidad del permiso de paternidad (actualmente, permiso por nacimiento y cuidado de hijos) responde a la misma finalidad que la suspensión por maternidad, al menos en lo que excede de las primeras seis semanas obligatorias en caso de parto -que responden, en el caso de las madres trabajadoras, al objetivo de proteger su salud-. Tal finalidad no es otra que la de atender al cuidado y atención del hijo, teniendo en cuenta que el permiso de paternidad atiende, además, al objetivo de fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos.

Desde esta perspectiva, el Tribunal advierte que cualquier regulación que fomente “la dedicación exclusiva o prioritaria de la mujer a las tareas domésticas y la exclusión del hombre de las mismas” la convertiría en jurídicamente inadmisibles. Y eso es lo que ocurre con una práctica como la cuestionada: excluir los periodos de paternidad del cómputo de un determinado concepto retributivo puede desincentivar a los hombres que tuvieran intención de disfrutar de dicha suspensión y, en esa medida, perjudicar el objetivo de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres.

Así pues, en la medida en que un determinado acuerdo o una práctica empresarial suponga un obstáculo o desincentivo al ejercicio por los trabajadores varones de los derechos de conciliación, tal decisión será nula en cuanto contribuye a la perpetuación de la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y del cuidado y atención de los hijos y, en esa medida, supone, para las trabajadoras, una discriminación indirecta por razón de sexo.