

La protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables: sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española

Protection against dismissal and other unfavorable consequences: transposition from EU Directive 2019/1158 to Spanish Legislation

JULIA DORMIDO ABRIL*

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla / Universidad Pablo de Olavide
ORCID ID: 0000-0001-6740-6417*

Recibido: 21/03/2022

Aceptado: 31/03/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6942>

Resumen. La Directiva (UE) 2019/1158 establece la obligación de que los Estados miembros adopten las medidas que sean necesarias para prohibir el despido y cualquier preparación de éste cuando los trabajadores quieran hacer efectivos los derechos reconocidos en los diferentes ordenamientos jurídicos con relación a la conciliación de la vida laboral y familiar. Se trata de establecer mecanismos de protección específicos contra las represalias que pueda emprender la empresa desde el momento en el que se solicitan o se disfrutan por parte de cualquiera de los progenitores los permisos relativos al ejercicio corresponsable de los derechos de la vida familiar y laboral.

Sin duda, el reparto equitativo de las cargas familiares es un instrumento que fomenta la igualdad real y efectiva entre ambos géneros, por lo que, resulta imprescindible que se establezcan en la legislación nacional cuáles son las consecuencias que tendrá que asumir la empresa que haya actuado de forma ilícita. Nos referimos, por tanto, a la imposición de unas sanciones que deberán tener una entidad suficiente como para ser efectivas y disuasorias, de manera que la parte empleadora no trate de despedir a las trabajadoras y los trabajadores que pretendan solicitar un permiso de conciliación para atender a un familiar que dependa de ellos o necesite de cuidados, por cualquiera de las circunstancias especialmente protegidas en la normativa europea.

Palabras clave: conciliación de la vida familiar y profesional, protección contra el despido, nulidad, improcedencia, trato menos favorable, indemnización.

Abstract. The EU Directive 2019/1158 requires the Member State to adopt the necessary measures to prohibit the dismissal of workers and any preparation for their dismissal when they want to exercise their rights to reconcile their working and family life as recognised in the different legal systems. It is about establishing specific safeguards against the legal re-

*jdormido@us.es

tributions the company can take from the moment either parent asks for or has permissions related to the co-responsible exercise of the rights of family and work life.

Undoubtedly, the equitable distribution of family responsibilities is instrumental in promoting real and effective equality between both sexes, so it is essential that the national legislation establishes the consequences that a company will have if it has acted illegally. Therefore, the imposition of sanctions must have a sufficient magnitude to be effective and dissuasive, so that the employer is not tempted to dismiss workers by any of the circumstances specially protected by European legislation, who intend to request permission for leave to care for a family member who depends on them or needs care.

Keywords: work-life balance, protection against unfair dismissal, nullity, inadmissibility, less favourable treatment, compensation.

1. Introducción

El reparto igualitario de las cargas familiares entre los progenitores es uno de los mantras que viene repitiendo la Unión Europea y que se trasladan a sus disposiciones a través del fomento de la corresponsabilidad, lo que conllevará a que la igualdad entre mujeres y hombres sea real y efectiva, aunque, sin duda, ésta sigue siendo una tarea difícil.

Si bien, tal y como expresan los considerandos de la Directiva 2019/1158, para poder hacer efectiva la igualdad de trabajo entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, en consonancia con lo dispuesto en el art. 153.1, i del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como en el art. 23 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y que constituye un principio fundamental de la Unión Europea, se hace imprescindible adoptar medidas que incidan más en la consecución de aquella¹. El reparto de las responsabilidades en el cuidado de los familiares tiene que hacerse de manera natural e igualitaria entre hombres y mujeres, aunque para ello aún falta que la sociedad termine de concienciarse de que no se trata de un trabajo exclusivo del género femenino. La conciliación de tales obligaciones con la vida profesional sigue siendo una tarea pendiente que repercute de forma negativa en las mujeres que, en muchas ocasiones, se ven obligadas a abandonar sus empleos o a resignarse a no seguir avanzando en su carrera profesional (Gómez-Millán, 2008). La Directiva 2019/1158, en su considerando núm. 11, pone el foco de atención en “los pocos incentivos” dirigidos a los hombres para que asuman las responsabilidades que recaen por excelencia exclusivamente en las mujeres. Para ello se ha avanzado en el desarrollo legislativo de permisos que dejan de considerar de forma independiente la maternidad y la paternidad, pasando a desarrollar un permiso parental que no diferencia entre sexos para determinar su duración, así como también se han introducido otra serie de cambios más, todos ellos muy significativos que procuran que sea también el trabajador el que opte por tales derechos.

No obstante, la casuística ha demostrado que no solo es imprescindible regular los derechos de conciliación partiendo del principio de igualdad entre hombres y mujeres, sino que también es muy importante que se establezcan los mecanismos adecuados para

¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), DOCE núm. 346, de 18 de diciembre de 2000.

evitar que las empresas emprendan conductas que puedan atentar contra el ejercicio corresponsable de los derechos de la vida familiar y laboral. Por tanto, estas son las medidas que se analizarán en las próximas líneas, haciendo especial hincapié en la traslación de la prohibición de despedir contenida en la Directiva 2019/1158, la cual ha transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

2. Derechos reconocidos en materia de conciliación de la vida familiar y profesional

La Directiva (UE) 2019/1158 establece una obligación para que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para prohibir el despido y cualquier preparación para éste cuando las trabajadoras y los trabajadores de las empresas quieran hacer efectiva *la conciliación de la vida familiar y la vida profesional* a través del ejercicio de los derechos que tanto la norma europea como los diferentes ordenamientos de los Estados miembros establezcan².

De esta forma, se garantizan en la Directiva el permiso de paternidad, el parental, el permiso para cuidadores y, en el artículo 9, las fórmulas de trabajo flexible. Estos derechos tienen su correspondencia, en parte, en el Estatuto de los Trabajadores, encontrándose en algunos casos mejorados en la legislación española y, en otros, aún no han llegado a ser incorporados de forma literal³. El primero de los derechos de conciliación protegido que establece la Directiva en su artículo 12 es el permiso de paternidad que, según la norma europea, deberá tener una duración de diez días laborables por el nacimiento del hijo, sin que se vea condicionado a ningún requisito establecido por el ordenamiento interno. Como es sabido, este permiso se corresponde con el nacimiento y cuidado del menor que, con motivo del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, modificó el anterior art. 48.4 ET, eliminado el permiso de maternidad y el de paternidad para aglutinarlos en uno solo con igual duración para ambos progenitores⁴. Se trata de una medida que, aunque tuvo una implantación paulatina, de conformidad con la disposición transitoria decimotercera del ET, desde el 1 de enero de 2021 cuenta con la total equiparación del permiso de 16 semanas para la madre y para el otro progenitor con las correspondientes seis semanas de permiso obligatorio para cada uno de ellos. Por tanto, el contenido de la Directiva se ha visto superado con creces en nuestro ordenamiento interno, al igual que ocurre con el siguiente de los derechos de conciliación, el relativo al permiso parental que, de conformidad con el art. 5 de la Directiva, será de cuatro meses para cada trabajador (de manera individualizada) y que se disfrutará antes de que el hijo alcance una determinada edad, la cual como máximo será de ocho años y que será con-

² DIRECTIVA (UE) 2019/1158 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. DOUE núm. 188, de 12 de julio de 2019.

³ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 255, de 24/10/2015 (en adelante, ET).

⁴ BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019 (en adelante RDL 6/2019).

cretada por cada Estado miembro o por los convenios colectivos (Maneiro, 2013). En este sentido, se resulta conveniente traer de nuevo a colación el art. 48.4 ET, relativo al permiso establecido para la madre biológica que, con relación al nacimiento, comprende el parto y el cuidado del menor de doce meses y que se disfrutará durante 16 semanas (cuatro meses), de las cuales las seis primeras serán ininterrumpidas y a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre. Para el progenitor el periodo es exactamente igual, salvo que su disfrute comienza una vez que se ha producido el parto⁵. Asimismo, cabría indicar que en el propio precepto se establece una ampliación de dicho permiso para aquellas situaciones en las que o bien, se produzca un parto múltiple, en cuyo caso la ampliación será de dos semanas más a partir del segundo hijo, o con motivo de la hospitalización por diversas circunstancias⁶. En este sentido, la Directiva no permite que en los dos meses de permiso iniciales éste se pueda transferir. No obstante, nuestro propio Estatuto ha venido a señalar que al tratarse de un derecho individual del que gozan los dos progenitores no cabe transferencia, en ningún momento⁷.

En segundo lugar, el permiso para cuidadores que establece el art. 6 de la Directiva y al que se remite el art. 12 de dicho texto legal, viene a configurar un derecho de cinco días laborables al año por trabajador, pudiendo estar supeditado a su justificación, entiendo que por parte de la persona trabajadora. Lo relevante de este permiso es que no tiene por qué estar conectado con el nacimiento, la guarda, adaptación o cuidado de un menor, sino que amplía los sujetos que necesitan de atención al indicar que se trata de “*persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso*”, por lo que, la norma europea parece estar pensando en cualquier familiar con la consideración de dependiente al que la persona trabajadora tenga que atender. No indica la Directiva la consideración de este permiso, al igual que tampoco lo hacía con los anteriores, es decir, si debe estar retribuido o si debe ser el Estado el que sufrague esa pérdida de percepción salarial por la suspensión del contrato, dado que considera la norma que han de ser los Estados miembros los que configuren este permiso, serán estos los que concreten los subsidios pertinentes. Si acudimos a la legislación española, encontramos en el artículo 37.6 ET un permiso consistente en la 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 a quienes por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida. Se extiende tal derecho a quienes precisen encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo

⁵ Cabría en este momento recordar que, con relación a la suspensión del contrato de trabajo, en el art. 48.5 ET se ha hecho una traslación del permiso de nacimiento y cuidado del menor a los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d ET.

⁶ Esto mismo ocurre cuando, según lo establecido en el art. 48.6 ET, se da el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, en cuyo caso la suspensión del contrato del art. 48. 4 y 5 ET tendrá una duración adicional 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.

⁷ En este sentido, les destaco el voto particular de la Sentencia del Tribunal Constitucional 138/2018, de 17 de diciembre, BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019, en la que la magistrada reflexiona acerca de la finalidad del permiso de maternidad de 16 semanas (antes de la equiparación) que, a su juicio, no es solo la conciliación, sino la garantía de la igualdad en el acceso, promoción y desarrollo de la actividad laboral entre hombres y mujeres.

grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida, así como también existe la posibilidad de que el progenitor, guardador con fines de adopción o acogedor permanente reduzca su jornada de trabajo, y su sueldo en proporción, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), 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 informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el hijo o persona que hubiere sido objeto de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción cumpla los veintitrés años. Por ende, considero que también existe esta correspondencia en nuestro ordenamiento jurídico laboral con la exigencia de la Directiva del citado art. 6.

Por último, en el citado art. 12 de la Directiva queda garantizado el derecho a solicitar las fórmulas de trabajo flexible para que los trabajadores puedan ocuparse de sus obligaciones de cuidado de hijos menores, de una determinada edad concretada por la legislación nacional que como mínimo deberá comprender los ocho años. En la norma europea esta fórmula podría estar limitada a un periodo razonable y en caso de negación por parte de la empresa se da la exigencia de justificación, teniendo en cuenta que se trata de un derecho que ha de atender a las necesidades de las dos partes de la relación laboral. Por ello, la propia Directiva ve con buenos ojos que pueda exigirse el requisito de la antigüedad la persona trabajadora en la empresa, aunque tal periodo no podrá ser superior a seis meses. Ahora bien, dicha fórmula de trabajo flexible está contemplada dentro de nuestro ET en el art. 34.8 no como un derecho reconocido, sino como una posibilidad, dado que la redacción actual del precepto establece 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”, lo que comporta que queda a discrecionalidad de la empresa la decisión acerca de si efectivamente lo concede, realiza una contrapropuesta o si lo deniega, debiendo en el último caso motivar la respuesta. En este supuesto la legislación española se halla en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 9 de la Directiva, dado que el derecho a solicitar la adaptación alcanza hasta que los hijos o hijas cumplan doce años. Este último permiso en materia de conciliación de la vida laboral y familiar se introdujo en nuestro Estatuto a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y se vio modificado por el anteriormente citado RDL 6/2019 que dejó de contemplarlo como un derecho/exigencia de adaptación de las condiciones de trabajo para pasar a regularlo como un derecho a solicitar las adaptaciones, lo que en la práctica comporta diferencias de enorme calado al no hablar de un derecho subjetivo⁸.

⁸ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007 (en adelante, LOIEMH). En concreto, la redacción de la disposición adicional décimo primera, tres, se establecía que “*el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral...*”

Estos derechos relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar habían sido introducidos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, para hacer efectiva la igualdad real de hombres y mujeres en el ámbito económico y social que promueve nuestra Constitución española en nuestro artículo 9.2, siendo un deber de los poderes públicos la promoción de las condiciones para que tal hecho se haga efectivo, así como la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud⁹. Asimismo, en el art. 39.1 CE se establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia que, junto con el art. 14 de nuestra Carta magna queda garantizado el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición, tal y como aseguraba la propia exposición de motivos de la citada norma¹⁰.

Por tanto, en cuanto a la obligación por parte de nuestro Estado de transponer a nuestro ordenamiento los permisos que en la Directiva gozan de una especial protección frente al despido, se puede concluir que sí, que efectivamente están incorporados al ET y que, incluso, la mayor parte de estos, supera las exigencias de la norma europea. No obstante, la cuestión será la de determinar si todos estos derechos gozan de la misma protección o no.

2. Instrumentos de reacción frente a la vulneración de los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional

La Directiva 2019/1158 ha pretendido seguir la línea establecida en la anterior norma de Derecho de la Unión Europea, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), donde se había establecido una protección especial a través de la cual se garantizaba a las trabajadoras que no serían objeto de ningún tipo de represalia o de actuación ilícita por parte de la empresa por ejercitar los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en la norma europea, tal y como era el permiso de maternidad y el permiso para exámenes prenatales¹¹.

⁹ BOE núm. 266, de 06 de noviembre de 1999. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 (en adelante, CE).

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo, BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011. El objeto de la controversia se centraba en el derecho a la adaptación de la jornada por cuidado de hijos que le permitiese conciliar la vida laboral y profesional, según lo establecido en el art. 36.3 y 34.8 ET. La empresa no accedió a la petición y el asunto llega ante nuestro Tribunal Constitucional debido a que el trabajador consideraba que se estaba vulnerando el derecho a la no discriminación del art. 14 CE, en este caso por razón de sexo, dado que si a él no se le concedían tendrían que solicitarlo su esposa con la consiguiente obstaculización a su desarrollo profesional. El máximo intérprete de la Constitución considera que no solo ha de interpretarse la norma de la manera más favorable al trabajador, sino que, además, ha de tenerse en cuenta que el mandato constitucional del art. 39.1 CE debe servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

¹¹ DOCE núm. 348, de 28 de noviembre de 1992.

Ahora bien, en relación con la materia que ahora nos ocupa y una vez que se ha definido la correspondencia de permisos que se han articulado en la Directiva 2019/1158 y con los que contamos en nuestra legislación laboral, cabría señalar cuáles de ellos quedan protegidos por esa tutela reforzada que el legislador europeo ha querido conceder y cuáles se quedan fuera. En tal sentido, el art. 12 de la Directiva, en concreto en su apartado primero, enumera los derechos en materia de conciliación para los que los Estados miembros adopten las medidas que sean necesarias para prohibir el despido y cualquier preparación para el despido, de la persona trabajadora desde el momento en el que los solicite hasta el final de su disfrute. Tales derechos son: el permiso de paternidad, el permiso parental, el permiso para el cuidador y el derecho a solicitar las fórmulas de trabajo flexible.

Pese a que la Directiva habla de una prohibición expresa, el tenor del precepto no llega a sugerir qué fórmulas podrían ser suficientes para que quede incorporada en la legislación nacional la protección reforzada de tales derechos. Dicho en otras palabras, la norma de la Unión Europea no ha venido a establecer de forma concienzuda los instrumentos que han de ponerse en práctica en cada uno de los Estados miembros para evitar que se produzca un despido en los casos de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y la vida profesional, situación que redundaría en perjuicio sobre todo de las mujeres ante el temor de ver extinguido su contrato de trabajo. Por ende, atendiendo a su propia naturaleza jurídica, la Directiva ha considerado que deben ser los propios países los que evalúen y estudien qué fórmulas son las más efectivas, proporcionadas y disuasorias para evitar que las empresas traten de forma menos favorable a las trabajadoras y a aquellos trabajadores que quieran ejercitar las medidas de conciliación (Fernández, 2020).

En nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la Ley 39/1999, se establece en el art. 55.5 (a partir del segundo párrafo) ET una regla de nulidad que es diferente a la establecida en dicho precepto, en su apartado primero. En el segundo de los supuestos, es decir, en el art. 55.5, párrafo primero, en el caso de que se produzca un despido que “tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, éste se considerará nulo porque se encontrará relacionado con cualquiera de las causas de discriminación y, por tanto, recaerá sobre la parte empleadora la obligación de probar que la extinción del contrato de trabajo a instancias suyas se ha producido por otro motivo diferente al sugerido por la parte trabajadora, ya que he de recordar que en este tipo de supuestos el trabajador tan solo tiene que presentar una prueba indiciaria (Velasco, 2018)¹².

Sin embargo, el legislador ha querido reforzar una serie de supuestos en los que, no teniendo que concurrir de forma directa la discriminación, se ha considerado que puede ser objeto de represalias por la parte empleadora y que, en atención al anteriormente cita-

¹² STSJ Castilla y León (Valladolid), 31 de mayo de 2018, (ECLI: ES: TSJCL:2018:1539).

do art. 39 CE, merecen de una tutela reforzada por parte del ordenamiento¹³. Dicha tutela aparece a través de la nulidad objetiva automática (Elorza, 2009).

Se le otorga esta consideración a todos los despidos que se produzcan en trabajadoras en los que se de alguno de los siguientes supuestos: En primer lugar, a las trabajadoras que hayan suspendido su contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos, así como también a las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

A continuación, la norma no utiliza un género concreto y considera que deben quedar protegidas las personas trabajadoras (ambos progenitores) que hayan solicitado o estén disfrutando de los permisos contemplados en los artículos 37.4, 5 y 6 ET, además de la excedencia del art. 46.3 ET. Asimismo, cuando se trate de 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.

Por último, en la letra “c” del art. 55.5 ET se establece la tutela reforzada para las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento. Esta última situación conectaría directamente con lo establecido en la Directiva 2019/1158 cuando en su art. 11 hace referencia a la adopción de las medidas necesarias por parte de los Estados miembros con respecto al trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado de cualquiera de los permisos que dicha norma enumera y define. Por ende, la Directiva condena todo tipo de actuaciones que infieran un trato menos favorable en los trabajadores, no solo por el disfrute de sus derechos, sino también por su solicitud. Se trata de una prohibición de despedir que se encuentra a su vez relacionada con la discriminación por razones familiares, tal y como acredita el propio título del precepto, cuyo contenido se centra en el trato menos favorable por haber solicitado a disfrutado los citados permisos¹⁴.

El legislador español ha querido diferenciar en nuestro ET dos situaciones que pueden conducir a la nulidad del despido: la primera, comprende una situación de discriminación prohibida en la Constitución o en la ley, o bien que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador y, una segunda, relativa al

¹³ En este sentido cabría señalar que la cuestión de la discriminación por vulneración del derecho fundamental del reparto de las cargas familiares no es pacífica, ya que en la jurisprudencia y en la doctrina vemos diferentes posturas con respecto a tal consideración, aunque no terminan de ser del todo nítidas. Con relación a la consideración del derecho fundamental, la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007). En dicha Sentencia no se trata la cuestión del despido porque lo que se pedía era una reducción de la jornada para atender al cuidado de los hijos, pero sí que reflexiona nuestro Tribunal acerca de la no discriminación por razón de sexo.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019, Praxair, C-486/18.

ejercicio de los derechos de conciliación. La diferencia entre un apartado y otro del art. 55.5 ET radica en la dificultad de calificar la represalia de la empresa ante la solicitud o disfrute de los derechos anteriormente citados como discriminatoria. Por ello, la norma establece para estos supuestos la nulidad automática objetiva, o lo que es lo mismo, una tutela reforzada para aquellos supuestos en los que se presume que la parte empresarial incurre en una actuación ilícita.

Asimismo, hay otro elemento de debate entre la Directiva 2019/1158 y nuestra legislación nacional, dado que no hay una correspondencia en cuanto al derecho a solicitar las fórmulas de trabajo flexible entre ambos textos. Dicho en otras palabras, el derecho del art. 9 de la Directiva sí que queda bajo el paraguas de la prohibición de despedir y, por ende, de la tutela reforzada para la persona trabajadora¹⁵. Sin embargo, en España no se ha incorporado el art. 34.8 ET (que es el permiso equivalente) al art. 55.5 del mismo cuerpo legal, centrándose la norma nacional en los supuestos citados en los párrafos anteriores¹⁶. Con ocasión de tal circunstancia nuestros Tribunales han tenido que pronunciarse acerca del derecho a las fórmulas de trabajo flexible a través de las reclamaciones formuladas por los trabajadores que pretendían conciliar, llegando incluso el debate en sede judicial a considerar si efectivamente puede ser considerado el derecho de conciliación como fundamental al amparo de los artículos 9.2, 14 y 39 CE y si, por tanto, se incurre en algún tipo de discriminación con relación a la protección de la familia y la infancia¹⁷. De esta forma, pese a que el derecho a solicitar las fórmulas de trabajo flexible sí que está previsto en el art. 34.8 ET, no se puede afirmar que se encuentre reforzado con la regulación jurídica del despido nulo del art. 55.5 ET, al no formar parte del listado de supuestos especialmente tutelados. Así se ha puesto de manifiesto en los supuestos en los que los trabajadores han solicitado a la empresa la adaptación de su jornada laboral para dedicarse al cuidado del menor y la empresa, lejos de concederles tal permiso, los ha denegado incurriendo en un posible caso de discriminación por razón de las circunstancias familiares (Nieto, 2021).

¹⁵ Con relación al trato menos favorable, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2016, asunto Guberina contra Croacia, párrafo 79 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2008, Comenta, C-303/06.

¹⁶ Sentencia del Juzgado de lo Social de Palencia 4881/2019, de 23 de julio de 2019, núm. de Recurso 685/2019 (ECLI:ES:JSO:2019:4881). En esta resolución se pone de manifiesto como el trabajador solicitó a la empresa la adaptación de jornada para compatibilizar su vida familiar y laboral, queriendo desempeñar su turno de mañana, ante lo que la empresa respondió que no era posible por resultar incompatible con la organización de los turnos y del trabajo, aunque se le ofreció reducir la jornada. El argumento fue avalado por el Juzgado de lo Social, ya que no encontró en los datos alegados por el trabajador fundamento suficiente para instar a la empresa a aceptar la fórmula de trabajo flexible planteada por la parte asalariada.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo, BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011 (Antecedentes de hecho tercero). Esta Sentencia versa sobre un ayudante técnico educativo en una residencia de educación especial que quiere que se le adscriba al horario nocturno para poder conciliar la vida laboral con la familiar, al amparo de los artículos 36.3 y 34.8 ET. Alega el trabajador una discriminación indirecta por razón de sexo a su esposa que sería quien se vería obligada a reducir su jornada para atender al cuidado de los hijos. Nuestro Tribunal Constitucional consideró que el trabajador tenía un derecho fundamental a la no discriminación por razón de sus circunstancias familiares, de conformidad con el art. 14 CE.

A mi juicio, ese reconocimiento del derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias familiares es la adaptación que la jurisprudencia ha realizado del "trato menos favorable" incorporado al art. 11 de la Directiva 2019/1158.

Por ende, se desprende una carencia en la norma laboral con relación a las represalias que pueda ejercitar la empresa ante la previsión de que sus empleados puedan solicitar sus derechos de conciliación¹⁸. Así ha podido apreciarse en un pronunciamiento reciente de nuestro Tribunal Supremo en el que se declaraba nulo el despido de una empleada del hogar, pese a que la parte empleadora no conocía de la situación de embarazo de aquella. No obstante, la Sala ha considerado que debía extenderse la tutela reforzada del art. 55.5, párr. segundo ET al despido por razón de embarazo cuando se trataba de una situación desconocida por las dos partes de la relación laboral¹⁹.

3. El despido, los actos preparatorios para el despido y el trato menos favorable en el marco de la Directiva (UE) 2019/1158

La Directiva 2019/115 ha identificado una serie de conductas empresariales que considera ilícitas porque considera que son constitutivas de un trato menos favorable hacia los trabajadores por el mero hecho de solicitar o disfrutar de una serie de permisos que están establecidos como derechos laborales relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar, lo que entronca directamente con el reparto de las cargas familiares anteriormente mencionadas, o lo que es lo mismo, la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones de trabajo. Por tanto, para contribuir con esta labor de redistribución del cuidado de familiares menores y dependientes entre ambos sexos se han sancionado en la norma de la Unión Europea a todas aquellas actuaciones que puedan repercutir negativamente en las trabajadoras y los trabajadores.

Así se pronuncia el art. 11 de la Directiva cuando se refiere a que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado” el permiso de paternidad, parental, para el cuidador, ausencia por causa de fuerza mayor o solicitud de las fórmulas de trabajo flexible²⁰. En tal sentido, el trato desfavorable ha de ser considerado aquel que menoscabe

¹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 16 de abril de 2021, rec. núm. 754/2021. En el supuesto concreto, la empresa alegaba una disminución en su rendimiento, es decir, un motivo que (en principio) no se hallaba en conexión con ninguna de las situaciones expuestas en el art. 55.5 ET, asumiendo la empresa, además, que se trataba de un despido improcedente, por lo que ponía a disposición del trabajador la indemnización pertinente. En este caso se considera que se ha producido una discriminación por asociación (o refleja), ya que el despido se había practicado por la empresa a los pocos días de conocer que uno de sus trabajadores iba a ser padre a través de WhatsApp.

Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2020, de 29 de junio, (BOE núm. 207, de 31 de julio de 2020). Con relación al permiso de dos días de licencia solicitado por una enfermera por hospitalización de su hermana por razón de parto, el cual le fue denegado por entender que el parto no está incluido en las previsiones del art. 47 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en el Servicio Vasco de Salud, por lo que tendría que acreditar la existencia de causa para la hospitalización o la concurrencia de enfermedad grave, lo que venía a suponer una discriminación refleja, dado que no concurría en la solicitante ninguna de las causas relacionadas con el art. 55.5, apartado primero.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero 2022, nº rec. 2099/2019.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2021, de 13 de septiembre de 2021, BOE de 20 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:153). En la resolución se pone de manifiesto las represalias tomadas por la trabajadora (trato menos favorable) tras haberse reincorporado de los correspondientes permisos primero y de la excedencia maternal después y tras haber solicitado la reducción de jornada por cuidado de hijo menor de doce años, momento en el que fue apartada de la plaza que ocupaba en el servicio de la UCI pediátrica, siendo designada a diversos puestos a diferencia de otras trabajadoras. Asimismo, alega la trabajadora que las condiciones económicas eran peores en com-

las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras por el mero hecho de conciliar la vida personal con la profesional.

Estas conductas empresariales ilícitas repercuten, por ejemplo, en la imposibilidad del trabajador de continuar con su carrera profesional, debido a la modificación en sus condiciones de trabajo a instancias de la empresa, tal y como puede ser el desempeño de funciones diferentes a la que se venían realizando con carácter previo a la solicitud y disfrute de los permisos de conciliación²¹. No tiene porqué tratarse de una movilidad funcional, si no simplemente se trata de los poderes de dirección que tiene la empresa. Asimismo, un trato menos favorable sería todo aquel que impida u obstaculice la conciliación sin que se den motivos razonablemente justificados para ello²².

Por otra parte, además del trato menos favorable, la Directiva de forma expresa en su art. 12 prohíbe el despido y cualquier acto preparatorio del mismo de un trabajador por haber solicitado o disfrutado de los permisos anteriores. Ha de considerarse como acto preparatorio del despido, por ejemplo, la realización de una serie de entrevistas para cubrir el puesto de trabajo al que la persona trabajadora que se halla disfrutando de sus permisos tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo²³. Sin embargo, como ya se dijo anteriormente, el concepto de prohibición se manifiesta en la norma europea en un sentido muy amplio, dado que no se define ni se hace mayor hincapié en el mismo, pudiendo ser reconducida esta cuestión en los diferentes ordenamientos a través de una improcedencia, sin que se haga necesario que el despido tenga una calificación específica.

4. El despido por vulneración de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral en el Estatuto de los Trabajadores

En el caso español, la vulneración de los derechos de conciliación lleva tiempo abordándose de la misma forma, toda vez que la Ley 39/1999 incorporó al ET la consideración del despido como nulo ante un (en aquel momento) corto listado de situaciones. En todo caso, se trataba de condenar la conducta empresarial ilícita con la reincorporación obligatoria de la persona trabajadora con el abono de los salarios dejados de percibir, de conformidad con el art. 55.6 ET.

Nuestro máximo intérprete de la Constitución ha tenido ocasión de manifestarse sobre esta tutela reforzada que se ha establecido para aquellos derechos de conciliación por

paración con la del resto de la plantilla, dado que no se le permitía realizar horas extraordinarias que tenían una mejor compensación en horas de descanso, pero sí podía realizar horas nocturnas extraordinarias de diez horas.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2007, de 5 de noviembre, BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007 (ECLI:ES:TC:2007:233).

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), de 18 de septiembre de 2019, (ECLI:EU:C:2019:757). En la sentencia se pone de manifiesto la supeditación de la concesión del permiso parental a la reducción de la jornada laboral, con una disminución proporcional del salario. El trabajador contaba con un trabajo a turnos con un horario variable y pedía un horario fijo a fin de ocuparse de sus hijos menores de edad. Se trata de una discriminación indirecta, aunque la normativa de aplicación en este caso era la Directiva 2006/54/CE, relativa a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2007, Paquay, C-460/06.

los que se presume una actitud atentatoria al principio rector de protección de la familia del art. 39.1 CE que por estar en el capítulo tercero del Título I de nuestra Carta Magna parece tener una menor relevancia que otros derechos subjetivos, pero nada más lejos de la realidad. Así lo ha razonado, aunque con ciertas dudas el Tribunal Constitucional, cuando en algunas de sus sentencias más destacadas ha aunado el citado precepto con los artículos 14 y 9.2 de nuestra norma suprema.

Toda esta argumentación nos ha conducido a descartar completamente la posibilidad de que el despido pueda ser calificado como improcedente, ya que el ET señala que la extinción a instancias de la empresa podría ser calificada como procedente en el caso de que los motivos alegados no se encuentren relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Esa salvedad incorporada al art. 55.5 ET *in fine* se halla en total consonancia con lo dispuesto en la Directiva 2019/1158, la cual exige una justificación diferente y no relacionada con los derechos de conciliación, por lo que, considero que la obligación de transponer a nuestro ordenamiento jurídico de los artículos 11 y 12 de la Directiva 2019/1158 quedaría garantizada con la improcedencia.

Sin embargo, nuestra legislación nacional ha dado un paso más y, automáticamente, si no hay una causa ajena a las situaciones expuestas en el art. 55.5 ET, ha consagrado que la extinción del contrato de trabajo a instancia de la empresa conllevará la nulidad del despido, por lo que, no sería posible replantear que el despido pueda ser calificado como improcedente. A mayor abundamiento, no cabe la consideración de la improcedencia ni, aunque la parte empleadora no sea conocedora del embarazo de la trabajadora, tal y como ha determinado la del Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero 2022²⁴.

Así pues, el legislador ha querido dar un plus en cuanto a la tutela extendida a este tipo de supuestos o situaciones que, por su interrelación con la igualdad entre hombres y mujeres, necesitan quedar reforzados por la norma. Abundando más en la cuestión, además del art. 14 CE, debemos recordar el art. 9.2 CE relativo a la consecución de la igualdad real y efectiva en todos los ámbitos, tal y como es el laboral, tratan de proteger a los trabajadores de un trato menos favorable por el disfrute de determinados permisos, tal y como es el del nacimiento y cuidado del menor y la corresponsabilidad en el cuidado del menor lactante, de forma que su ejercicio por cualquiera de los dos progenitores no tenga un impacto negativo en las condiciones de trabajo.

Por tanto, la actuación del legislador queda recogida dentro de la idea de plasmar una tutela más enérgica a través de la nulidad automática objetiva que la que de por sí otorga la nulidad por discriminación y la que, por supuesto, conlleva a la improcedencia. De esta forma, aunque hubiese podido ser suficiente la calificación de improcedencia para dar cumplimiento al mandato de la Directiva en lo que hace a la prohibición de despedir, el legislador dio un paso en firme a través de la Ley 39/1999 y el RDL 6/2019, respectivamente, superado los niveles de protección previstos en la Directiva con creces.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 28 de noviembre 2017 (rec. 3657/2015) que aborda una causa injustificada del despido y que, en un primer momento el despido fue calificado por el Juzgado de lo Social como improcedente, lo cual se confirmó por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

5. Elementos de conexión y desconexión en materia de protección entre la Directiva (UE) 2019/1158 y el Estatuto de los Trabajadores

En lo que hace a la transposición de la Directiva, la cual está prevista como fecha límite para el 2 de agosto de 2022, de conformidad con su art. 20, habría que recordar que nuestro ET tiene incorporado en su texto una buena parte de las exigencias establecidas por el legislador europeo, aunque, a mi juicio, existen algunos aspectos que no se encuentran en total consonancia en la norma nacional, por lo que quizá sería conveniente que en los próximos meses se valorase el hecho de incorporarlos a la legislación española. Tal circunstancia nos lleva a exponer, aunque sea de forma breve, cuáles son los elementos que se encuentran por el momento en concordancia con la Directiva y cuáles necesitan de una reformulación.

En primer lugar, con respecto a los elementos de conexión, considero que el ET regula de forma similar a la norma comunitaria los derechos de conciliación de los artículos 4, 5 y 6 de la Directiva a través del ET, así como en nuestra Ley General de la Seguridad Social se encuentra incorporada la remuneración o prestación económica a la que se refiere el art. 8 de la Directiva 2019/1158²⁵. Por tanto, se garantiza a las personas trabajadoras el disfrute de tales derechos y se configura una protección reforzada para los supuestos en los que haya una vulneración de los mismos por parte de la empresa, la cual se materializa a través de la prohibición de despedir.

De otra parte, y por lo que respecta a los elementos de desconexión entre norma europea y nuestro ET, estos se concretan en los siguientes aspectos. En un primer lugar, lo relativo a las fórmulas de trabajo flexible contempladas en el artículo 9 de la Directiva y su correspondencia con el art. 34.8 ET. Como ya se viniera indicando desde el principio del presente trabajo, para el legislador europeo se trata de un derecho de conciliación de la vida laboral y familiar que también ha de gozar de una especial tutela en la legislación nacional, a través de los mecanismos que se adopten con posterioridad por los diferentes países. No obstante, en nuestro ordenamiento no hay una conexión entre el derecho a solicitar las fórmulas de trabajo flexible y la nulidad automática objetiva del art. 55.5 ET, pudiendo dar origen tal circunstancia a represalias por parte de la empresa que no encuentra en la legislación ningún óbice al hecho de despedir a un trabajador que pida adaptar su jornada de trabajo o, incluso, teletrabajar una serie de horas o días para poder dedicarse al cuidado de sus familiares (Benito, 2021). Sin duda, deberá producirse una incorporación al citado precepto o de lo contrario las personas trabajadoras que soliciten una adaptación de la jornada o que pretendan acogerse a la modalidad de teletrabajo para poder conciliar su vida familiar con la laboral podrán experimentar un trato menos favorable con respecto a aquellos compañeros y compañeras que no tengan ningún tipo de responsabilidad o personas de aquellos dependientes.

²⁵ Nos referimos, en concreto, a las prestaciones en su modalidad contributiva de la Seguridad Social, tales como: nacimiento y cuidado del menor, corresponsabilidad en el cuidado del lactante y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, reguladas a partir del art. 177 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 (BOE» núm. 261, de 31/10/2015). Las no citadas tienen su correlación con los permisos retribuidos del art. 37 ET.

Asimismo, la Directiva exige a los Estados miembros, no solo que adopten las medidas necesarias para proteger a los trabajadores frente al despido, sino también frente a cualquier acto preparatorio del mismo. Este aspecto podría abordarse desde una doble perspectiva, ya que son dos las cuestiones que considero que entroncan con esa definición de “los actos preparatorios”. La primera de ellas es la relativa al momento en el que comienza la protección frente al despido, o lo que es lo mismo, cuándo se habla de un acto preparatorio. Nuestra legislación entiende en el art. 55.5 ET que éste comienza en el momento en el que, o bien, se disfruta de los permisos de suspensión del contrato del artículo 45.1.d) y e) ET, o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos, o bien, desde el momento del embarazo hasta el periodo anterior, así como desde la solicitud de los permisos de los arts. 37.4, 5 y 6 y el art. 46.3 ET y, por último, desde la reincorporación de la persona trabajadora del disfrute de los permisos del 45.1.d ET²⁶. Si bien, de conformidad con esta regulación, quedarían fuera del paraguas de la nulidad los supuestos en los que se produzca el despido sin que tan siquiera se halla llegado a solicitar aquellos, tal y como en la práctica ha venido ocurriendo. Esta laguna jurídica puede derivar en conductas empresariales ilícitas que, a lo sumo, podrán calificarse como improcedentes por parte del Juez o del Tribunal si es que no consigue la empresa justificar con suficiencia que no tiene una interrelación con la conciliación y, por ende, no estará ni tan siquiera obligador a elegir entre la readmisión o la indemnización correspondiente.

La segunda de las cuestiones, relacionada con los actos preparatorios tal y como los expresa la Directiva, merece una aclaración. A mi juicio, la incorporación realizada por el legislador europeo parece pensar en las contrataciones causales de interinidad o sustitución de la persona trabajadora con derecho a la reserva del puesto de trabajo, situaciones en las que, si tras la incorporación del titular se produce la extinción de su contrato de trabajo, debería quedar contemplada con la especial protección indicada en el art. 12 de la norma europea. Este hecho se contextualiza en nuestro Estatuto en el art. 15.3, párrafo primero, en virtud del cual se podrán celebrar contratos de duración determinada, siempre que se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución, entendiéndose que el contrato de trabajo de la persona sustituta llega a su fin con la incorporación de la que tenga el derecho de reserva²⁷. En todo caso, el supuesto que prevé la Directiva no encuentra su reflejo en el art. 55.5 ET, porque ha entendido el legislador que si se despide a la persona que tiene en suspensión su contrato de trabajo ya quedaría protegido por la nulidad. No obstante, la casuística puede ser muy amplia, y más teniendo en cuenta los puntos de desconexión entre las dos disposiciones en comparación, por lo que, creo que sería interesante que quedase especialmente recogida esta circunstancia en la legislación laboral española.

²⁶ Tal y como señala el ET el periodo de protección automática por medio del despido nulo es de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento, según el art. 55.5, c.

²⁷ Redacción vigente de conformidad con Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.

Por último, otro de los puntos que merece ser comparado entre las mencionadas normas es el del despido colectivo relacionado con la motivación exigida por el art. 12.2 de la Directiva en los supuestos de despido conectados con los permisos de paternidad, el parental, el del cuidador, así como por haber solicitado las fórmulas de trabajo flexible, teniendo en cuenta que el precepto establece que son los trabajadores los que podrán pedir al empleador que fundamente debidamente las causas del despido, debiendo proporcionar la empresa los motivos por escrito. En tal sentido, la norma europea realiza una referencia general a la motivación en términos generales en dicho apartado, pese a que en los considerandos parecía ser más atrevida e innovadora con respecto a su predecesora del año 2010, tal y como parecía desprenderse del considerando número 41, de lo que finalmente lo ha sido en el propio articulado²⁸. No obstante, pese a que no se ha incorporado de forma expresa en la prohibición de despedir del art. 12 de la Directiva los despidos colectivos que afecten a las trabajadoras y trabajadores que ejerciten un derecho de conciliación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recordado esta exigencia de justificar la selección de la trabajadora que estuviese embarazada o se encontrase disfrutando de cualquiera de los derechos relacionados con la conciliación en alguna que otra sentencia destacada²⁹.

Por nuestra parte, en la legislación española, el despido es causal, o lo que es lo mismo, siempre ha de estar justificado (Ballester, 2019). Sin embargo, cuando se trata del despido colectivo contemplado en el art. 51 ET la cuestión varía sustancialmente, dado que, en este sentido, tendríamos que remitirnos a lo dispuesto en el art. 53.1,a ET que tan solo requiere de la notificación por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos, entendiéndose por tales las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a las que se refiere el art. 51.1 ET (Ballester, 2019)³⁰. En el caso de que la motivación no estuviera expresada en la carta de despido se podría poner de relieve la vulneración del derecho a la tutela judicial, dado que se desconocería la causa por la que se opta por amortizar los puestos de trabajo en los casos de despido colectivo. A mayor abundamiento, cuando este último precepto hace referencia a los documentos sobre los que negociará durante el periodo de consultas, la referencia a las circunstancias personales de la plantilla de trabajadores se encuentra únicamente en la letra “e” del art. 51.2 ET, relativa a “los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos”, pero, se debe recordar, que esta información no se traslada a la persona trabajadora despedida, tal y como se aprecia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2016 que constituye un buen ejemplo de lo expuesto en tanto que, no se exige la motivación individual en la carta de despido al ser considerado tal hecho como un exceso con respecto a lo que exige la propia norma (Morales, 2016).

²⁸ 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, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE núm. 68, de 18 de marzo de 2010.

²⁹ STJUE de 11 de octubre de 2007, Paquay, C-460/06.

STJUE de 22 de febrero de 2018, Porras Guisado, C- 103/16.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2016, nº rec. 138/2015 (ECLI:ES:TS:2016:3596).

6. Las consecuencias jurídicas de la prohibición de despedir en la Directiva (UE) 2019/1158 y en el Estatuto de los Trabajadores

En primer lugar, debo señalar que en la Directiva no vienen establecidas las consecuencias de la prohibición, dado que han de ser los Estados miembros los que se encarguen de su determinación a través de la incorporación de aquellas en sus respectivas disposiciones. Partiendo de dicha premisa, he podido analizar que en España se califica como nulo al despido que practique la empresa cuando los trabajadores se encuentren en alguna de las situaciones establecidas en el art. 55.5 ET.

No obstante, en la Directiva sí que aparecen definidos de forma meridiana algunos aspectos importantes relacionados con la prohibición de despedir, tal y como son: los requisitos del procedimiento establecido y los efectos de tal actuación empresarial ilícita.

Con relación al primero de los aspectos, el relativo al procedimiento, la norma europea ha exigido que se produzca una motivación por parte de la empresa donde quede suficientemente acreditado que el despido no se ha producido con ocasión de la solicitud y el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar reconocidos en la Directiva 2019/1158 y, además, se le impone a la parte empresarial que lo justifique por escrito, de conformidad con el art. 12.2 de la norma europea. En este sentido, es la parte trabajadora la que podrá requerir a la empresa dicha justificación, aunque son los Estados miembros los que tendrán que adoptar las medidas necesarias para que en la norma se establezca un régimen probatorio que sea más favorable al trabajador y que haga que la carga de la prueba recaiga sobre el empleador.

Si se analiza cómo se encuentra la cuestión en nuestro ordenamiento, una de las características que tiene precisamente la calificación de la nulidad automática objetiva del despido es que, a la parte asalariada, se le dispensa de tan siquiera tener que acreditar ningún tipo de indicio de que se le está despidiendo de la empresa por ejercitar cualquiera de sus derechos de conciliación, como sí que ocurre en los supuestos de nulidad del apartado 5 del art. 55, pero del primer párrafo. A través de esta medida, se corrige la dificultad que pueda conllevar tener que aportar cualquier tipo de prueba que acredite que la empresa está actuando de mala fe, tal y como ocurre, de conformidad con el art. 96 LRJS, en aquellos casos en los que proceso judicial se encuentra motivado en la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, en cuyo caso, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, lo que comporta a todos los efectos que la parte actora invoque alguna prueba que permita la apertura del procedimiento judicial (por mínima que sea)³¹. A mayor abundamiento, la nulidad objetiva no se extiende solo en los supuestos en los que la persona que ha sufrido el perjuicio es una mujer, lo cual podría interpretarse como una discriminación por razón de sexo, sino que el ámbito sub-

³¹ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS), BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

jetivo no entiende de género e incluye también a los trabajadores corresponsables, de ahí la objetividad y la presunción mantenida por el Tribunal Constitucional de un trato menos favorable con relación a las cargas familiares de los trabajadores³².

De otro lado, en el art. 13 de la Directiva se insta a los Estados miembros a que establezcan un régimen de sanciones aplicable a las infracciones de las disposiciones adoptadas en aplicación de la norma europea citada o de las disposiciones pertinentes ya en vigor relativas a los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional. Sobre este aspecto el legislador es claro en cuanto que, exige que aquellas sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Cabría pensar si el hecho de declarar el despido nulo y tener que reincorporar de manera inmediata a la persona trabajadora y pagarle los salarios dejados de percibir es suficientemente disuasorio como que no se produzcan las extinciones.

Con respecto a esta cuestión, nos gustaría traer a colación un argumento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 8 de mayo de 2019 en la que venía a establecer la fórmula que había que aplicar para el cálculo de la indemnización por despido del trabajador cuando éste estuviese disfrutando de una reducción de jornada para atender a un familiar (en el supuesto de hecho, un menor)³³. Argüía la Sala que la cantidad indemnizatoria debe siempre ajustarse a la jornada completa o a aquella que tuviese establecida la persona trabajadora con carácter previo al disfrute del permiso correspondiente, ya que ha de entenderse que se trata de una circunstancia transitoria, o lo que es lo mismo, que tiene un tiempo máximo de duración y que las condiciones laborales a tener en cuenta a todos los efectos son aquellas que se hubiesen pactado o convenido en el contrato de trabajo o convenio colectivo³⁴. Este argumento, a mi juicio, ha de tenerse muy presente porque, tal y como reconoce la propia sala, la reducción de los derechos derivados de la relación laboral podría tener un doble efecto: en primer lugar, el disuasorio para el trabajador que no los solicite o los disfrute y, en segundo, el de incitar a la empresa a despedir, dado que “le saldría más barato” (si se nos permite la expresión) extinguir el contrato a un trabajador con cargas familiares y que está con una reducción de jornadas por el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional, que a otra persona de la plantilla que no tenga hijos ni familiares a los que atender (Sánchez-Urán, 2019).

Asimismo, con relación al establecimiento de una sanción disuasoria y efectiva, considero que la imposición de una indemnización a la empresa que despidiera de manera ilícita

³² Así lo interpreta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias nº rec. 3120/2017, donde en su Fº Dº octavo, b la Sala reflexiona acerca de si en un supuesto de trabajador con reducción de jornada por guarda legal de su hija el despido injustificado debe ser declarado improcedente o nulo, dado que, de decantarse por la primera opción, “la protección que el ET otorga a estos derechos quedaría vacía de contenido si no conllevara la nulidad objetiva de las conductas que atentan contra él”. Así como también, recuerda el Tribunal cuál es el motivo de la diferencia entre la nulidad del apartado primero del art. 55.5 y la del segundo del ET.

³³ Op. Cit. STJUE Caso Proxair.

³⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de octubre de 2003, nº 6742/2003, rec. 2873/2003. En dicha Sentencia la Sala viene a recordar un pronunciamiento anterior con fecha de 26 de enero de 2001 en el que se manifestaba acerca de la interpretación que ha de hacerse del disfrute del derecho del art. 37.5 ET en relación con la prestación por desempleo que le corresponde a la trabajadora para lo que se tomará como referencia la jornada completa y no la de la reducción, puesto que se entiende que ésta es provisional y motivada por la guarda legal o cuidado de un familiar directo. El disfrute de tal derecho no puede ocasionar ningún tipo de perjuicio al trabajador y más teniendo en cuenta la protección tan intensa que el legislador otorga a los permisos de conciliación, los cuales, según el Tribunal, se sancionan con la calificación de nulidad del despido, de conformidad con el art. 55.5, b ET.

podría reunir las características exigidas por el legislador de la Unión Europea, dado que lo que se busca no es más que evitar este tipo de conducta (Igartua, 2019). En este sentido, se aprecia la existencia de alguna que otra sentencia que ha venido a imponer a la empresa una indemnización por daño moral, motivado por la imposibilidad de conciliar la vida laboral y familiar debido a la negativa de la empresa de negociar la adaptación de la jornada, al amparo de lo dispuesto en el art. 34.8 ET, entre otros ejemplos³⁵. Por ende, creo que pueden servir de ejemplo las resoluciones con las que contamos hasta la fecha para futuras sentencias relacionadas con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (Beltrán De Heredia, 2018). La cuestión podría versar sobre el lugar en el que incorporar el derecho al percibo de tal indemnización. La propuesta que, salvo mejor criterio, desde estas páginas formulo versaría en incorporar en el propio artículo 55 un incremento de días por año de servicio, de un modo similar a como está fijada la indemnización de 33 días para los supuestos de declaración de despido improcedente, tal y como se aprecia en el art. 56.1 ET.

Por último, con relación a los efectos, una vez que se ha declarado por parte del juzgado o Tribunal la declaración del despido como nulo, la empresa tendrá que reincorporar de manera inmediata a la persona trabajadora a su puesto de trabajo, debiéndose reintegrar a la persona trabajadora a su mismo puesto de trabajo, de conformidad con el art. 55.6 ET. La Directiva había abordado esta cuestión tan concreta de la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, tratándose como una exigencia, en los considerandos 36 y 38, aunque en el propio art. 12 de la citada disposición no se concretaba nada sobre este aspecto. Como se dice, se trata de un asunto que sí que se ha reflejado en la exposición de motivos de la norma de la Unión, pero que no ha tenido su reflejo en el articulado de la misma. Sin duda, no puede darse un menoscabo en las condiciones laborales de los trabajadores que estuviesen disfrutando de los derechos de conciliación reconocidos en las disposiciones legales y que han sido víctimas de una conducta empresarial ilícita, por lo que, deberán contar con las mismas condiciones laborales que tenían antes de la solicitud y del ejercicio de los correspondientes permisos.

7. Valoración final

Tras la investigación realizada, y lo expuesto en las líneas anteriores, me gustaría finalizar el presente trabajo con la exposición de una serie de ideas sobre las que quiero llamarles la atención de cara a la transposición de la norma que completará el plazo máximo establecido en la Directiva el próximo 2 de agosto de 2022. Al respecto, la primera de las ideas versa sobre la necesidad de incorporar el derecho a solicitar las fórmulas de trabajo flexible en el art. 55.5 ET párrafo segundo para que quede blindado al igual que el resto de derecho con la nulidad automática objetiva. La segunda tiene relación con la necesidad de

³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, núm. 13/2021, de 19 de enero, nº rec. 637/2020 (ECLI: ES:TJAR:2021:41), donde se estimó parcialmente la solicitud de indemnización por daño moral, condenando a la demandada al abono a la parte actora de 1.500 euros.

reformular el artículo 51 ET en el sentido de incorporar a la carta individual que se notifique al trabajador en un despido colectivo que el motivo de su selección no se halla relacionado con ninguna de las situaciones del apartado quinto del último precepto citado antes citados. Asimismo, debo recordar que nuestra legislación laboral no establece ninguna inmunidad para aquellas personas que no se encuentren disfrutando ni hayan solicitado aun los derechos de conciliación, pero que, igualmente, pueden ser sancionados por la empresa con la extinción del contrato por conocer que van a tener hijos próximamente. Por tanto, habría que ampliar la nulidad automática objetiva a estos supuestos.

Por otra parte, se acusa en la norma una falta de identificación de cuáles son las conductas que la Directiva identifica como atentatorias de un trato menos favorable como, por ejemplo, la imposibilidad de promocionar en la carrera profesional, y considero que podrían tener cabida también en la legislación.

Por último, insistimos en la importancia de introducir en la norma un sistema indemnizatorio que sea realmente disuasorio del despido nulo y que podría formar parte del articulado del ET, del mismo modo que ya está contemplada la indemnización de los 33 días por año de servicio.

8. Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, María Amparo: “De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, en *Derecho de las relaciones laborales*, N.º 11, 2019 (Ejemplar dedicado a: Las nuevas directivas sociales).
- BALLESTER PASTOR, María Amparo: “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 146, 2019
- BALLESTER PASTOR, María Amparo: “El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º. 45, 2018.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel: “Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador”, en *Revista de derecho social*, N.º 78, 2017.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi: “Despido injustificado y embarazo desconocido: readmisión e ¿indemnización?”, en su Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”. <https://ignasibeltran.com/2018/02/11/despido-injustificado-y-embarazo-desconocido-readmision-e-indemnizacion/>
- BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, Ignasi: “Empleadas del hogar, desistimiento y embarazo/maternidad: despido nulo (STS 11/2/22)”, en su Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”. <https://ignasibeltran.com/2022/02/22/empleadas-del-hogar-desistimiento-y-embarazo-maternidad-despido-nulo-sts-11-2-22/>

- BENITO BENÍTEZ, María Angustias: La protección de la maternidad y de la corresponsabilidad, en Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, N^o. 74, 2021.
- ELORZA GUERERO, Fernando: “La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas”, en Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, N^o 98, 2009, págs. 241.
- FERNÁNDEZ PRIETO, Marta: “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, en Revista Derecho social y empresa, N^o. 12, 2020 (Ejemplar dedicado a: Reformas En Materia De Igualdad Entre Hombres Y Mujeres).
- GARCÍA RUBIO, María Amparo: “Despido por causas empresariales y conciliación familiar: Garantías de las personas trabajadoras a la luz de la actual normativa y jurisprudencia”, en Nueva revista española de derecho del trabajo, N^o. 236, 2020.
- IGARTUA MIRÓ, María Teresa: “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo: la nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N^o. 53, 2019.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda: La titularidad indiferente del permiso de lactancia; el caso Roca Álvarez. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 102, 2013.
- MILLÁN HERENCIA, María José: “Políticas selectivas de empleo para personas responsables del cuidado familiar”, en Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo: XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vigo, 10 y 11 de mayo de 2007, 2008.
- MORALES VÁLLEZ, Esther: “Sobre el contenido de la carta de extinción individual comunicada a los trabajadores afectados por el despido colectivo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2016, rec. núm. 2507/2014)”. RTSS. CEF. núm. 400, 2016.
- NIETO ROJAS, Patricia: “Despedido por ser padre. Eficacia de los derechos de conciliación y su impacto en la corresponsabilidad”, en el Foro de Labos. <https://www.elforodelabos.es/despido-por-ser-padre-eficacia-de-los-derechos-de-conciliacion-y-su-impacto-en-la-corresponsabilidad/>
- POQUET CATALA, Remedios: “Análisis del despido nulo ex Art. 55.5 ET”, en Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género, ISSN-e 2530-2442, Vol. 5, N^o. 3, 2020.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda: “Adaptación de la jornada laboral y derecho de conciliación de la vida laboral y familiar. Factores de valoración en la ponderación judicial. Sentencia núm.251/2019, del JS núm. 1 de Mataró, de 12 de septiembre”, Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 8/2019.
- VELASCO PORTERO, Teresa: “Nulidad de despido colectivo que afecta a persona con reducción de jornada para el cuidado de menores, discapacitados o familiares: la información sobre los criterios de selección: STSJ Castilla y León (Valladolid), 31 de mayo de 2018 (ECLI: ES: TSJCL:2018:1539), Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, N^o 144, 2018.