

Valoración de las medidas  
de conciliación de la vida familiar  
y personal y la vida laboral  
según la regulación  
de la Ley Orgánica 3/2007  
para la igualdad efectiva  
de mujeres y hombres



CONSEJO GENERAL  
DEL PODER JUDICIAL

MANUEL CALVO  
TERESA PICONTÓ  
(Autoría y edición)

Valoración de las medidas  
de conciliación de la vida familiar  
y personal y la vida laboral  
según la regulación  
de la Ley Orgánica 3/2007  
para la igualdad efectiva  
de mujeres y hombres



CONSEJO GENERAL  
DEL PODER JUDICIAL

Autoría y edición: Manuel Calvo y Teresa Picontó  
Coordinación de la publicación: Pilar Llop Cuenca e Isabel Lozano Cortijo

© CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
C/ Marqués de la Ensenada, 8. 28071 Madrid

Diseño, maquetación e impresión: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado  
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ISBN: 978-84-617-3203-6  
Depósito Legal: Z-1728-2014

# Presentación

**Clara Martínez de Careaga García,**

*Vocal y Presidenta de la Comisión de Igualdad  
del Consejo General del Poder Judicial*

---

El libro que tiene entre sus manos contiene una investigación sobre las sentencias de nuestros Tribunales con el objetivo de evaluar la aplicación de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en el ámbito específico de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral. Se ha podido así realizar una tarea de observación y análisis, que ha permitido elaborar este estudio para reflexionar sobre cómo se han ido resolviendo los conflictos judicializados en esta materia. El grupo de investigación ha realizado una evaluación en la que podemos apreciar la sensibilidad con que los Tribunales de justicia están resolviendo los conflictos en la aplicación de estos derechos de conciliación, así como sobre la concepción de los mismos como derechos de base constitucional.

Los derechos de conciliación serán, por lo tanto, herramientas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres, ya que a través de la aplicación y ejercicio de los mismos y particularmente de la llamada *corresponsabilidad*, se insertan instrumentos jurídicos de superación de obstáculos que han impedido históricamente que las mujeres puedan alcanzar puestos de responsabilidad en igualdad de condiciones que los hombres topándose con lo que llamamos el «techo de cristal» que, a modo de obstáculo invisible, impide el logro de altas metas profesionales.

Cuando se habla de derechos de conciliación es imprescindible mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero, que asienta estos derechos sobre tres pilares básicos (1) los dota de dimensión constitucional, (2) los define como todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los/as trabajadores/as tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), (3) los concibe

con una finalidad hermenéutica de modo que el principio *pro conciliación* habrá de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

No obstante es necesario mantenernos alerta para evitar que las medidas de conciliación tengan un efecto contrario al que se pretende con la Ley Orgánica, pues la práctica está demostrando que finalmente la mayoría de las licencias y permisos de conciliación están siendo ejercitadas por mujeres; por ello, desde la Presidencia de la Comisión de Igualdad, se ha propuesto que el ejercicio de estos derechos sea tenido en cuenta como mérito en los concursos de oposición que convoca el Consejo General del Poder Judicial, evitando que la aparente neutralidad de las normas produzca efectos discriminatorios hacia las mujeres y así, aplicando sencillos correctores se apunte la igualdad entre ambos sexos.

El “techo de cristal”, al que antes me he referido, abarca todas las esferas, públicas y privadas. A modo de ejemplo, en la propia Carrera Judicial, podemos decir que según la última actualización disponible sobre datos desagregados por género de cargos de libre designación se concluye lo siguiente: En el Tribunal Supremo, el 85% de sus integrantes son varones; en las Presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia, el 94% son hombres; en las presidencias de Salas de los TSJ el 89% son hombres, las presidencias de las Audiencias Provinciales son en un 81% ocupadas por hombres. Ello a pesar de que la Carrera Judicial tiene una representación paritaria en términos de igualdad de sexos.

Estos datos esclarecedores de una situación de desigualdad en el ámbito del Poder Judicial, nos deben animar a continuar con la labor que se está desempeñando desde la Comisión de Igualdad, visibilizando tales brechas de género, analizando sus causas, adoptando acciones positivas que permitan evitar discriminaciones por razón de sexo. También nos permite, sobre una base científica, realizar propuestas de mejora en aquellas esferas que exceden de la competencia del Consejo General del Poder Judicial.

Las valoraciones y conclusiones que se extraigan del estudio nos deberían hacer reflexionar sobre qué medidas debemos implantar para cumplir con la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en la consecución del establecimiento de medidas y herramientas que permitan tener las mismas oportunidades de promoción profesional mujeres y hombres y cumplir así con los instrumentos internacionales que nos exigen adoptar todas las acciones necesarias para lograr una sociedad más igualitaria, más democrática y más justa socialmente.

# Índice

---

RELACIÓN DE TABLAS Y GRÁFICOS .....	7
LISTADO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS .....	11
INTRODUCCIÓN .....	15

## **PRIMERA PARTE: INVESTIGACIÓN EMPÍRICA**

*Manuel Calvo, Teresa Picontó, David Vila, Fernando Arlettaz  
y Jorge Gracia Ibáñez*

<b>Capítulo 1</b>	
Alcance de la investigación .....	31
<b>Capítulo 2</b>	
Primera instancia .....	45
<b>Capítulo 3</b>	
Recursos .....	65
<b>Capítulo 4</b>	
Luces y sombras en torno a la conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral para la igualdad efectiva de mujeres y hombres .....	95

## **SEGUNDA PARTE: ESTUDIOS**

<b>Capítulo 5</b>	
Reducción de jornada por cuidado de hijos e hijas y por cuidado de familiares	
<i>M.<sup>a</sup> Isabel Garrido Gómez</i> .....	117

**Capítulo 6**

Excedencia por cuidado de hijos e hijas y de familiares <i>Josefa Dolores Ruiz Resa</i> .....	145
--	-----

**Capítulo 7**

La ordenación y distribución del tiempo de trabajo y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral <i>Ruth Vallejo Da Costa</i> .....	177
--	-----

**Capítulo 8**

Licencias por maternidad y licencias por maternidad en caso de aborto <i>Noelia Igareda González</i> .....	211
---	-----

**Capítulo 9**

El permiso por paternidad: aspectos legales y problemática judicial <i>Carolina Gala Durán</i> .....	235
---	-----

**Capítulo 10**

Los derechos de igualdad asociados a la lactancia: protección de la salud y conciliación <i>Dolores Morondo</i> .....	259
--	-----

**Capítulo 11**

Principio de igualdad y derechos de conciliación ante la jurisdicción contencioso-administrativa: su aplicación en el caso de los empleados públicos <i>Beatriz Setuáin Mendía</i> .....	287
---	-----

CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE

<i>Ruth Vallejo Da Costa</i> .....	325
------------------------------------	-----

REFERENCIAS .....	333
-------------------	-----

ÍNDICE GENERAL .....	341
----------------------	-----

## Relación de tablas y gráficos<sup>1</sup>

---

- Tabla 1. *Sentencias registradas (muestra extensa) en función del órgano judicial que las dictó. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 2. *Sentencias registradas y seleccionadas en función de la materia relativa a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 3. *Sentencias registradas según fecha de la resolución. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 4. *Sentencias registradas, según su distribución territorial por Comunidades Autónomas. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 5. *Sentencias registradas según el orden jurisdiccional al que pertenecen. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 6. *Número de sentencias registradas en función del órgano judicial que las dictó. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 7. *Sentencias registradas en función de la materia relativa a la conciliación de la vida familiar y laboral. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 8. *Sentencias registradas en función del objeto específico de conciliación de la vida familiar, personal y laboral y del orden jurisdiccional. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 9. *Tipo de demandante y demandado en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 10. *Organismos públicos como demandante o demandados en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 11. *Condición como demandantes o demandadas de empresas públicas y privadas en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 12. *Objeto del procedimiento judicial en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (n, %).*

---

<sup>1</sup> Salvo indicación expresa, las Tablas y Gráficos que se recogen en esta publicación tienen como fuente la investigación realizada por el Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza para el Consejo General del Poder Judicial.



- Tabla 13. Objeto específico en supuestos de permisos de paternidad en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (n, %).
- Tabla 14. Normas invocadas en las sentencias de 1.ª instancia analizadas. Años 2010-2012 (n, %).
- Tabla 15. Sentencias de primera instancia analizadas en las que se invoca un convenio colectivo, en función de su ámbito. Años 2010-2012 (n, %).
- Tabla 16. Normas invocadas en sentencias de 1.ª instancia en supuestos de permiso de paternidad. Años 2010-2012 (n, %).
- Tabla 17. Normas invocadas en sentencias de primera instancia en supuestos de permiso de lactancia. Años 2010-2012 (n, %).
- Tabla 18. Jurisprudencia sobre la materia invocada en sentencias de primera instancia según el órgano de procedencia. Años 2010-2012 (n, %).
- Tabla 19. Resultado del fallo en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (n, %).
- Tabla 20. Imposición de costas en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (n, %).
- Tabla 21. Sentencias registradas (muestra amplia) procedentes de recursos en función del órgano que las dictó y del orden jurisdiccional correspondiente. Años 2010-2012 (n, %).
- Tabla 22. Sentencias analizadas en este capítulo (muestra reducida) procedentes de recursos en función del órgano que las dictó y del orden jurisdiccional correspondiente. Años 2010-2012 (n, %).
- Tabla 23. Partes intervinientes y posición procesal de las mismas en recursos sobre conciliación. Años 2010-2012 (n, %).
- Tabla 24. Partes en el proceso y objeto específico en recursos sobre conciliación. Años 2010-2012 (n, %).
- Tabla 25. Tipo de parte en el proceso y órgano judicial ante el que se presentan los recursos en temas de conciliación. Años 2010-2012 (n, %).
- Tabla 26. Sentencias que resuelven recursos en que es parte la Administración Pública, en función de su condición y de su situación como recurrente o recurrida. Años 2010-2012 (n, %).
- Tabla 27. Recursos ante instancias jurisdiccionales y Tribunal Constitucional en que es parte una empresa, en función del tipo de empresa y de su posición procesal. Años 2010-2012 (%).
- Tabla 28. Objeto específico del procedimiento judicial en recursos sobre conciliación. Años 2010-2012 (%).
- Tabla 29. Género de las partes según el objeto específico del procedimiento judicial en recursos sobre conciliación presentados por trabajadoras y trabajadores Años 2010-2012 (n, %).

- Tabla 30. *Concreción del objeto del procedimiento judicial en los casos de reducción de jornada por cuidado de hijos o hijas. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 31. *Concreción del objeto del procedimiento judicial en casos de excedencia por cuidado de hijas e hijos. Años 2010-2012 (n, %)*
- Tabla 32. *Concreción del objeto del procedimiento judicial en los casos de permisos de paternidad. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 33. *Concreción del objeto del procedimiento judicial en los casos de permisos de maternidad. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 34. *Concreción del objeto del procedimiento judicial en los casos de permisos de lactancia. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 35. *Concreción del objeto del procedimiento judicial en casos de embarazo. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 36. *Normas invocadas en las sentencias que resuelven recursos analizadas. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 37. *Comparativa de normas invocadas en las sentencias que resuelven recursos en función del orden jurisdiccional. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 38. *Normas invocadas en las sentencias que resuelven recursos en función del orden jurisdiccional y de la procedencia de la norma. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 39. *Normas invocadas en sentencias que resuelven recursos para supuestos de reducción de jornada por cuidado de hijas/os. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 40. *Normas invocadas en sentencias que resuelven recursos para supuestos de excedencia para el cuidado de hijas e hijos. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 41. *Normas invocadas en sentencias que resuelven recursos para supuestos de permisos de paternidad. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 42. *Normas invocadas en sentencias que resuelven recursos para supuestos de permisos de maternidad. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 43. *Normas invocadas en sentencias que resuelven recursos para supuestos de permisos de lactancia. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 44. *Normas invocadas en sentencias que resuelven recursos para supuestos de embarazo. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 45. *Sentencias que resuelven recursos en las que se invoca un convenio colectivo, en función de su ámbito. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 46. *Sentencias que resuelven recursos en las que se invoca jurisprudencia sobre la materia, en función del tipo de órgano de procedencia. Años 2010-2012 (n, %).*
- Tabla 47. *Sentencias que resuelven recursos en las que se invoca jurisprudencia, en función de la materia y del tipo de órgano de procedencia. Años 2010-2012 (n, %).*

Tabla 48. *Sentido del fallo en sentencias que resuelven recursos. Años 2010-2012.*

Tabla 49. *Sentencias registradas en función de la materia relativa a la conciliación de la vida familiar y laboral. Años 2010-2012 (n, %).*

Tabla 50. *Cuidados para los que se solicita la conciliación en recursos. Años 2010-2012 (n, %).*

Gráfico 1. *Sentencias analizadas sobre el total de sentencias registradas.*

Gráfico 2. *Sentencias analizadas según el tipo de sentencia. Años 2010-2012 (n, %).*

Gráfico 3. *Sentencias registradas según fecha de la resolución. Años 2010-2012 (n).*

Gráfico 4. *Sentencias registradas según su distribución territorial por Comunidades Autónomas. Años 2010-2012 (n).*

Gráfico 5. *Sentencias registradas en función del orden jurisdiccional. Años 2010-2012 (%).*

Gráfico 6. *Sentencias registradas en función de la materia relativa a la conciliación de la vida familiar y laboral. Años 2010-2012 (n).*

Gráfico 7. *Objeto del procedimiento judicial en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (%).*

Gráfico 8. *Objeto específico del procedimiento judicial en recursos sobre conciliación. Años 2010-2012 (n).*

Gráfico 9. *Posición en el proceso de hombres y mujeres en sentencias que resuelven recursos en temas de conciliación. Años 2010-2012 (%).*

Gráfico 10. *Excedencias por cuidados familiares desagregadas según sexo (2010-2012).*

Gráfico 11. *Cuidados para los que se solicita la conciliación. Recursos, años 2010-2012 (%).*

Gráfico 12. *Excedencias para el cuidado de familiares y el cuidado de hijos e hijas desagregado por sexo (años 2010-2012).*

Gráfico 13. *Evolución de los permisos de maternidad y paternidad. Años 2008-2011.*

Gráfico 14. *Permisos de maternidad y paternidad en 2013.*

## Listado de siglas y abreviaturas

---

AN:	Audiencia Nacional.
CC:	Código Civil.
CCAA:	Comunidad Autónoma
CE:	Constitución Española de 1978.
CEDAW:	Siglas en inglés de la <i>Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.</i>
CEDH:	<i>Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.</i>
CEEP:	Centro Europeo de Empresas Públicas y Servicios Públicos.
CENDOJ:	Centro de Documentación Judicial (CGPJ).
CES:	Confederación Europea de Sindicatos.
CGPJ:	Consejo General del Poder Judicial.
DA:	Disposición adicional.
EBEP:	<i>Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.</i>
ET:	<i>Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.</i>
Fto. jco.:	Fundamento Jurídico.
GD:	Grupo de Discusión.
INSS:	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
IT:	Incapacidad temporal.
LCVLF:	<i>Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral.</i>
LGSS:	<i>Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.</i>
LJS:	<i>Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.</i>
LMRFP:	<i>Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.</i>
LO:	Ley Orgánica.

LOIMH:	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, <i>para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.</i>
LPRL:	Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
OIT:	Organización Internacional del Trabajo.
OMS:	Organización Mundial de la Salud.
RCUD:	Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina.
RD:	Real Decreto.
RDL:	Real Decreto Ley.
RDLeg.:	Real Decreto Legislativo.
ROJ:	Repertorio Oficial de Jurisprudencia (CENDOJ).
SAN:	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SSAN:	Sentencias de la Audiencia Nacional.
SJCA:	Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo.
SJSO:	Sentencia del Juzgado de lo Social.
SOVI:	Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.
SSTC:	Sentencias del Tribunal Constitucional.
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJUE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo.
SSTS:	Sentencias del Tribunal Supremo.
STSJ:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
STSJ AND:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
STSJ AR:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
STSJ AS:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.
STSJ BAL:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares.
STSJ CANT:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
STSJ CAT:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
STSJ CL:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.
STSJ CLM:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.
STSJ CV:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
STSJ EXT:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.
STSJ GAL:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
STSJ LR:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.
STSJ MAD:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
STSJ MU:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
STSJ NAV:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.
STSJ PV:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
STSJ/SSTSJ:	Sentencia/s del Tribunal Superior de Justicia.
TC:	Tribunal Constitucional.
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS:	Tribunal Supremo.
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia.
UE:	Unión Europea.
UNICE:	Unión de Confederaciones Patronales Europeas ( <i>Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe</i> ). Desde enero de 2007 se conoce como BUSINESSSEUROPE.
UNICEF:	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia ( <i>United Nations Children's Fund</i> ).



## Introducción

---

La investigación que se presenta en este volumen ha tenido como objetivo analizar las decisiones judiciales sobre *Conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según la regulación de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* correspondientes a los años 2010-2012. En consecuencia se han investigado los conflictos en materia de derechos de conciliación de la vida familiar y laboral en el periodo mencionado<sup>2</sup>. En la primera parte del mismo se da cuenta de la investigación empírica realizada y ello permite perfilar la dimensión socio-jurídica del ejercicio de los derechos de conciliación, lo cual hace posible concluir sobre el grado de efectividad de las reformas legales que han tenido lugar sobre esta materia y también sobre la eficacia en la realización de los derechos de conciliación como derechos de igualdad. Una vez efectuada esta primera aproximación, en la segunda parte se profundizará en el análisis de los aspectos técnicos y jurisprudenciales de las decisiones judiciales sobre conciliación en el periodo de referencia analizando los supuestos relacionados con: reducción de jornada; excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares; problemas relacionados con la ordenación y distribución del tiempo de trabajo; licencias por maternidad; permisos por paternidad; y lactancia. Y ello tanto en el ámbito de la Jurisdicción social como de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Como consecuencia, puede afirmarse que esta investigación permitirá tener una evaluación amplia y rigurosa sobre la aplicación de la normativa en vigor y la realización de los objetivos relacionados con la conciliación de la vida familiar, personal y laboral en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>2</sup> Este estudio es continuación de otro previo de alcance más general, que ya se efectuó sobre *La aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, correspondiente a los años 2008-2009 (Barcelona, 2011). Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/EN%20PORTADA/20120314%20INFORME%20FINAL%20Análisis%20Ley%20Igualdad.pdf> [última visita octubre 2013].



Por lo que respecta a la investigación empírica, esta ha constado de tres fases. Durante la **primera fase o fase preliminar** se diseñó la base de datos (en formato accdb) que se ha utilizado para la recogida de datos. Para ello se avanzó en la elaboración del protocolo y las dos fichas técnicas que han sido utilizadas a tal efecto. Esas dos fichas se han informatizado en sendos formularios que han sido utilizados para recoger la información pertinente y a partir de los cuales se ha realizado el análisis de contenido cuantitativo de primer nivel.

El primer formulario (ficha 1) contiene los campos básicos y generales a efectos de identificación de la sentencia, el objeto de la misma y sus características más relevantes. El segundo formulario (ficha 2) es una profundización del anterior y contiene campos más específicos (como la identificación de las partes en el proceso judicial, el análisis más detallado de la temática abordada, las fuentes normativas y jurisprudenciales citadas, etc.) a efectos de profundizar en el análisis de contenido de las sentencias seleccionadas.

FICHA 1

Base de datos general: totalidad de sentencias recogidas

Conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral



Id nuestro:	SAN 1665/2012	Fecha sentencia:	23/04/2012
Sexo juez ponente:	M	Materias:	Permisos y excedencias en ejercicio de derechos
Sexo juez o mayoría tribunal:	H	Otras:	
Orden jurisdiccional:	Social	lección primera instanc	<input type="checkbox"/>
Órgano:	Audiencia Nacional Social	Selección recurso:	<input checked="" type="checkbox"/>
		Observaciones:	Conflicto colectivo por el cambio en plan de pensiones de la empresa. Consideración de los derechos de conciliación (percibidos o no) en el

Id nuestro:	SAN 4265/2012	Fecha sentencia:	23/09/2012
Sexo juez ponente:	H	Materias:	Lactancia (hijos naturales, adoptivos, etc.); Licen
Sexo juez o mayoría tribunal:	H	Otras:	
Orden jurisdiccional:	Social	lección primera instanc	<input type="checkbox"/>
Órgano:	Audiencia Nacional Social	Selección recurso:	<input checked="" type="checkbox"/>
		Observaciones:	Impugnación CC empresa que, entre otros, alberga cuestiones de conciliación. Industria

La **segunda fase** consistió fundamentalmente en la selección de las sentencias a partir de búsquedas realizadas en la base de datos del CENDOJ. La información de estas sentencias (muestra amplia) fue recogida a través de la *ficha 1* con el objetivo básico de obtener una información suficientemente significativa de los asuntos de conciliación de la vida familiar y laboral ante la Administración de Justicia. El protocolo para la recogida de datos mediante este formulario respondía al doble objetivo de obtener, en primer lugar, una información suficientemente significativa de los asuntos de conciliación de la vida familiar y laboral presentados ante la Administración de Justicia; por otro, con el fin de tener criterios adecuados en orden a diseñar la investigación definitiva y realizar una selección representativa de las sentencias a analizar en profundidad.

El análisis de primer nivel para la elaboración de esta parte de la investigación se realizó a partir de una primer cuerpo de sentencias que fueron registradas y analizadas con el fin de calibrar el alcance del tema estudiado en las sentencias de los órganos jurisdiccionales obrantes en la base de datos del CENDOJ y avanzar un perfil válido sobre la judicialización de los conflictos relacionados con los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (vid. *infra* cap. 1). El resultado de las tareas de búsqueda y selección de la documentación obrante en las bases del CENDOJ dio como resultado un total de 1340 sentencias a las cuales se añadieron otras 8 del Tribunal Constitucional, por su interés específico y de cara a los estudios jurisprudenciales, lo que proporcionó una muestra extensa de 1348 sentencias, que se registraron en la base de datos correspondiente a partir de la *ficha 1*.

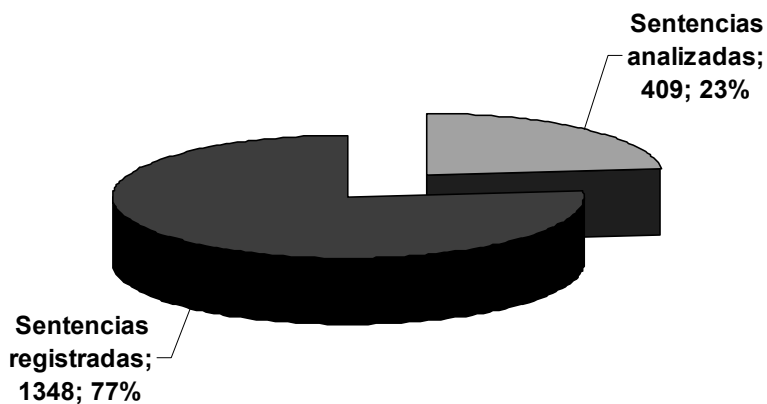
**Tabla 1. Sentencias registradas (muestra extensa) en función del órgano judicial que las dictó. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Tribunal Constitucional	8	0,6%
Tribunal Supremo	75	5,6%
Audiencia Nacional	12	0,9%
Tribunal Superior de Justicia	1.233	91,5%
Juzgados de los Social	20	1,5%
TOTAL	1.348	100%

Como puede verse en la Tabla 1 los registros realizados se distribuyen de una manera desigual entre los distintos tipos de órganos. Más concretamente, se han realizado 8 registros a partir de sentencias del Constitucional, 75 del Tribunal Supremo, 12 de la Audiencia Nacional, 1233 de Tribunales Superiores de Justicia y 20 de Juzgados de lo social y de lo contencioso-administrativo. De entrada se observa que más del 90 % corresponden a decisiones de Tribunales Superiores de Justicia. Estos datos se explican por la ausencia de decisiones de primera instancia y en particular de los Juzgados de lo Social en la base de datos del CENDOJ, donde sólo se han encontrado 76. Este desequilibrio obedece a los propios criterios del CENDOJ para la publicación de sentencias en su base de datos, dado que sólo publica las sentencias dictadas por órganos unipersonales en supuestos excepcionales de especial interés jurídico o mediático.

En la tercera fase, con el objetivo de proceder a un análisis de contenido más exhaustivo, se procedió a sentar los criterios para una nueva selección con el objeto de elaborar una muestra final reducida que permitiese el análisis en profundidad de estas sentencias con las herramientas del análisis de contenido. Con esa finalidad, una vez adelantados los primeros análisis, se procedió a una segunda selección muestral con el fin de profundizar en el análisis de contenido de las decisiones judiciales sobre los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. A tal efecto, se seleccionaron un conjunto de sentencias que representan una proporción significativa de las sentencias registradas en la primera fase para proceder al análisis en profundidad de las decisiones judiciales que conciernen a los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral.

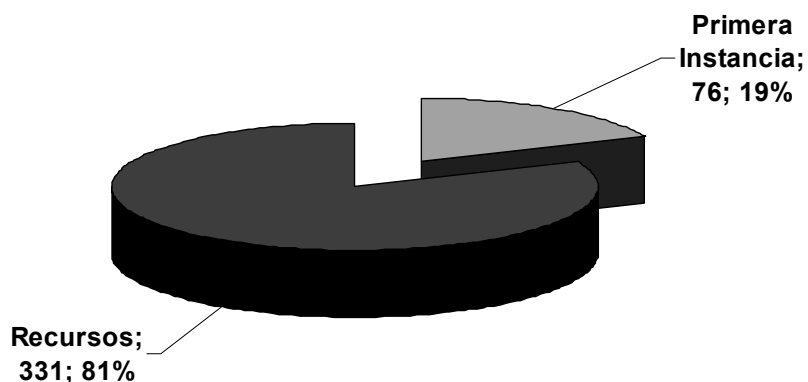
El criterio utilizado para la conformación de la *muestra reducida* fue el carácter típico en el conjunto de sentencias, corrigiéndose a tenor del interés material de la sentencia y tratando de compensar la menor existencia de casos decididos en primera instancia en la base de datos del CENDOJ. Como ya se ha advertido, las sentencias de primera instancia recogidas en la misma son muy escasas. Ello ha llevado, obviamente, a aumentar muestralmente el peso de las sentencias de primera instancia. Primero, para dar una mayor representatividad a este tipo de decisiones y, segundo, porque suelen recogerse las sentencias que son consideradas como más relevantes.

**Gráfico 1. Sentencias analizadas sobre el total de sentencias registradas**

A partir de los criterios antedichos, como muestra el Gráfico 1, se han seleccionado 407 sentencias, lo que representa un 23% sobre el total de las sentencias registradas.

Dadas las diferencias procesales de los asuntos conocidos sobre conciliación de la vida familiar y laboral, se han distinguido para su análisis en profundidad las sentencias dictadas en primera instancia de aquellas que se sustanciaban como recurso o cuestión derivada de un asunto ya conocido por otro juzgado o tribunal. Conforme al criterio expuesto y la información disponible, como se puede observar en el Gráfico 2, la mayor parte de los casos seleccionados en la muestra reducida son asuntos correspondientes a sentencias que resuelven recursos (81,33%), mientras que las sentencias de primera instancia son sólo 76 –lo que supone un 18,67% de los seleccionados en la muestra reducida–.

**Gráfico 2. Sentencias analizadas, según el tipo de sentencia.  
Años 2010-2012 (n, %)**



Por lo demás, como muestra la Tabla 2, si se analizan las materias a que se refieren las sentencias registradas inicialmente y las seleccionadas a efectos de un análisis de contenido más exhaustivo (muestra reducida), se observa como regla un mantenimiento general en la proporción que ocupan las distintas materias, con oscilaciones que sólo en un caso supera el 3,5%.

**Tabla 2. Sentencias registradas y seleccionadas en función de la materia relativa a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral.  
Años 2010-2012 (n, %)**

	Registradas		Seleccionadas	
	n	%	n	%
Reducción de jornada por cuidado de hijos/as	413	25,40%	121	24,10%
Reducción de jornada por cuidado de familiares	18	1,11%	6	1,20%
Excedencia por cuidado de hijos/as	150	9,23%	52	10,36%
Excedencia por cuidado de familiares	12	0,74%	6	1,20%
Distribución de jornada	61	3,75%	11	2,19%

	Registradas		Seleccionadas	
	n	%	n	%
Licencias por maternidad	243	14,94%	84	16,73%
Licencias por maternidad en caso de aborto	7	0,43%	5	1,00%
Permiso de paternidad	91	5,60%	37	7,37%
Lactancia	352	21,65%	90	17,93%
Permisos y excedencias en ejercicio de derechos de conciliación	48	2,95%	24	4,78%
Otros	231	14,21%	66	13,15%
<b>TOTAL</b>	<b>1.626<sup>a</sup></b>	<b>100%</b>	<b>502<sup>b</sup></b>	<b>100%</b>

Nota: Tabla de opciones múltiples (<sup>a</sup> N = 1.348; <sup>b</sup> N = 407).

La muestra final se ha analizado en profundidad a efectos de conocer los aspectos más generales de la conciliación en la Administración de justicia y se da cuenta de ella en la Primera Parte de este trabajo. Para ello, como ya se ha apuntado, se ha utilizado la técnica del análisis de contenido, recogiendo exhaustivamente la información de los casos seleccionados. Con este fin, se ha elaborado un protocolo y la correspondiente ficha técnica para la recogida de datos (*ficha 2*) que permitiese una recogida de datos más exhaustiva y nos permitiese profundizar en el fenómeno estudiado.

Mediante esta ficha se han recogido datos tanto cuantitativos como cualitativos. Los primeros se han analizado estadísticamente y representan la parte sustancial de esta investigación, mientras que los segundos han servido para contribuir a perfilar los problemas a estudiar en una aproximación técnico-jurídica.

## FICHA 2

**Base de datos: recursos seleccionados**  
*Conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral*

Logo: Consejo General del Poder Judicial

<b>Id:</b>	STC 152/2011	<b>Excedencia familiares:</b>	
<b>Sección:</b>	Pleno	<b>Excedencia familiares_otros:</b>	
<b>Fecha hechos:</b>	ene-2005	<b>Distribución de jornada:</b>	
<b>Fecha sentencia 1a instancia:</b>		<b>Distribución de jornada_otros:</b>	
<b>Pluralidad de recurrentes:</b>	<input type="checkbox"/>	<b>Permiso paternidad:</b>	Compatibilidad con otros permisos (corres):
<b>Recurrente:</b>	Trabajador/a	<b>Permiso paternidad_otros:</b>	
<b>Recurrente AP_Órgano:</b>		<b>Licencia maternidad:</b>	Compatibilidad con otros permisos (corres):
<b>Recurrente Empresa:</b>		<b>Licencia maternidad_otros:</b>	
<b>Recurrente Trabajador_Sexo:</b>	Hombre	<b>Lactancia:</b>	
<b>Recurrente Trabajador_Cantida:</b>		<b>Lactancia_otros:</b>	
<b>Recurrente Trabajador_Extranje:</b>	<input type="checkbox"/>	<b>Licencia aborto:</b>	
<b>Recurrente Nacionalidad:</b>		<b>Licencia aborto_otros:</b>	
<b>Recurrente en instancia previa:</b>	Demandante	<b>Embarazo:</b>	
<b>Pluralidad de recurridos:</b>	<input type="checkbox"/>	<b>Embarazo_otros:</b>	
<b>Recurrido:</b>	Administración Pública	<b>Otros:</b>	
<b>Recurrido AP_Órgano:</b>	Otros	<b>Norma citada:</b>	Constitución; Ley 39/1999; LO 3/2007 de Igu
<b>Recurrido Empresa:</b>		<b>Norma otros:</b>	Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia
<b>Recurrido Trabajador_Sexo:</b>		<b>Artículos citados:</b>	Art. 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública
<b>Recurrido Trabajador_Extranje:</b>	<input type="checkbox"/>	<b>Norma citada CA:</b>	Galicia
<b>Recurrido Nacionalidad:</b>		<b>Convenio colectivo ámbito:</b>	
<b>Recurrido en instancia previa:</b>	Demandado	<b>Jurisprudencia (procedencia):</b>	TC; TEDH; Tribunales UE
<b>Dirección del cuidado:</b>	A hijas/os	<b>Jurisprudencia (referencias y argumentos):</b>	Sobre admisibilidad, al centrarse en un precepto ya reformado: Por consiguiente, el óbice debe ser descartado, conclusión
<b>Dirección_otros:</b>		<b>Doctrina (autores y argumentos):</b>	
<b>Objeto del recurso:</b>	Cuestión de inconstitucionalidad 648-2006. Planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de	<b>Motivación sentencia:</b>	Sobre admisión: El precepto cuestionado se ha modificado por Ley 9/2003 Galicia, pero cabe el recurso en relación con el
<b>Motivos de impugnación:</b>	Trabajador: discriminación sufrida por los padres que tienen hijos por naturaleza frente a quienes los tienen por adopción.	<b>Fallo (contenido):</b>	Desestimación
<b>Reducc jornada hijas/os:</b>		<b>Imposición de costas:</b>	
<b>Reducc jornada hijas/os_otros:</b>		<b>Observaciones de interpretación y aplicación:</b>	Pleno, Sentencia 152/2011, de 29 de septiembre de 2011. El demandante en la vía judicial, funcionario de carrera
<b>Reducc jornada familiares:</b>		<b>Observaciones de reforma norma:</b>	
<b>Reducc jornada familiares_otros:</b>			
<b>Excedencia hijas/os:</b>			
<b>Excedencia hijas/os_otros:</b>			

Laboratorio de Sociología Jurídica - Universidad de Zaragoza - 2013

Obviamente, manejar 407 fichas ha obligado a realizar un análisis cuantitativo de la información recogida. Con todo, la investigación cuantitativa se ha completado con la realización de dos grupos de discusión cuyo análisis se ha integrado en la Primera Parte de esta memoria<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Se diseñó un tercer Grupo de discusión, pero no llegó a realizarse por problemas diversos. A la vista del contenido de los dos primeros se valoró que probablemente no aportaría mucha información relevante y que la información buscada ya había aparecido en los dos realizados.

El primero de los Grupos de discusión ha estado formado por las siguientes personas:

Nombre		Código
Rosa Beltrán	Responsable de RR. HH. en una empresa de Seguros	GD1.4
Altamira Gonzalo	Abogada de familia	GD1.3
Asun Learte	Magistrada de lo social	GD1.1
Carmen Mesa	Instituto Aragonés de la Mujer	GD1.6
Isabel Ortega	Asociación Igualar	GD1.5
Pablo Pérez-Bustamante	Inspección de trabajo	GD1.2

Y el segundo por:

Nombre		Código
Violeta Barba	Abogada laboralista	GD2.1
Oliva Carnicer	UGT Aragón. Responsable de Igualdad	GD2.2
Luisa Casares	Magistrada de lo social	GD2.3
Ylenia Cruz	Investigadora. Master Políticas Públicas y Sociales	GD2.4
Mariano Fustero	Magistrado de lo social	GD2.5
Fernando Latorre	Técnico área social e igualdad. Universidad de Zaragoza	GD2.6
Eduardo Munárriz	Vicegerente de recursos humanos. Universidad de Zaragoza	GD2.7
Sonia Saiz	Abogada. Asesoría jurídica de CONFIA. Mediadora del SAMA.	GD2.8

Ambos grupos han sido transcritos y analizados conjuntamente y posteriormente se han integrado los resultados de este análisis en el informe de investigación que se presenta en la Primera parte.

En la **2.ª parte** de esta publicación se ha profundizado en el análisis jurisprudencial de las sentencias seleccionadas. En este sentido se ha optado por realizar estudios monográficos de los principales temas que son objeto de las peticiones sobre conciliación que han aflorado en la investigación cuantitativa. Obviamente esta es una parte de la investigación en la



que nos centramos específicamente en los aspectos técnico-jurídicos de las decisiones judiciales sobre peticiones relacionadas con los derechos de conciliación en el periodo de referencia. Para ello se han analizado las sentencias seleccionadas en la muestra final, distribuidas según el objeto específico de la petición realizada.

Isabel Garrido, en su trabajo sobre «**Reducción de jornada por cuidado de hijos/hijas y de familiares**», considera que el derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos e hijas y la reducción de jornada por el cuidado de familiares se configura como un derecho individual de las personas trabajadoras en el estricto sentido del término, siendo también titulares los funcionarios y el personal laboral de la Administración pública, sin importar el sexo. En su opinión, de las decisiones judiciales se desprende que este derecho tiene una dimensión constitucional –art. 14 y 39.3 de la CE de 1978– cuya finalidad es obtener la igualdad de trato y de oportunidades para la mujer. Tras un análisis detallado, Isabel Garrido destaca algunos problemas en relación con esta cuestión y que articularían el conjunto de las numerosas decisiones sobre este tema: a) los horarios de trabajo y su concreción, que serían producto de que la forma de especificación horaria se configura con cláusula abierta –art. 37. 5 y 6 del ET–; b) la cuestión de la prueba en los requisitos que se exigen para el ejercicio del derecho de reducción de jornada; c) la prohibición de discriminación que se da en el ámbito de los contratos de trabajo en que la empleadora es la Administración; d) las cuestiones especialmente controvertidas como la retribución complementaria, los gastos y salarios o los derechos retributivos en el ejercicio de la reducción de jornada; y, por último, e) las diferencias normativas sobre las medidas de conciliación entre la legislación estatal y algunas Comunidades Autónomas.

En el capítulo 6, Josefa Ruiz Resa centra su análisis en las sentencias sobre «**Excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares**». De entrada, señala que la excedencia por cuidado de hijos/hijas y familiares es una de las medidas más importantes con las que el Estado trata de garantizar la conciliación de la vida familiar y laboral de mujeres y hombres, contemplándose tres posibilidades: a) excedencia por cuidado de hijos desde el nacimiento hasta los tres años –o a partir de la resolución administrativa o judicial en los casos de acogimiento o adopción–; b) excedencia por cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad cuando por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, siempre que no desempeñen una actividad retribuida lo que permitirá c) incluir a los hijos e hijas naturales y adoptivos que hayan superado el periodo al que se refiere la primera posibilidad. Señala, además, Josefa Ruiz que la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares

constituye un derecho individual de cada trabajadora o funcionaria, pero que es un derecho sometido a ciertos condicionamientos. El análisis de un total de 56 sentencias en las jurisdicciones social y contencioso-administrativa en el período 2010-2012 le lleva a concluir que el tipo de problemas más frecuentes están relacionados con la reserva de puesto de trabajo; la concurrencia entre la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares y otras medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral; el tiempo de excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares; la posibilidad de trabajar mientras se está de excedencia por alguna de estas causas; y la conexión entre el disfrute de prestaciones sociales y la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares. Por último, Josefa Ruiz destaca que siguen siendo las mujeres las que muy mayoritariamente solicitan este tipo de excedencias, aunque se puede hablar de una mayor igualdad en las solicitudes de hombres y mujeres en el ámbito de lo contencioso-administrativo.

Ruth Vallejo estudia, en el capítulo 7, las sentencias seleccionadas sobre **Ordenación y distribución del tiempo de trabajo y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral** en el contexto de la interpretación de la doctrina iuslaboralista y de la jurisprudencia sobre los artículos 37 y 34.8 ET –relativos al derecho de los trabajadores a reducir la jornada de trabajo por lactancia, guarda legal o cuidado familiar y el derecho de los trabajadores a adoptar la duración y distribución del tiempo de trabajo para hacer efectivo el derecho de los trabajadores a la conciliación de la vida personal, familiar o laboral–. Ruth Vallejo parte del análisis de la STC 3/2007 y de la STC 26/2011. Estas sentencias reconocen la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, unos derechos que nacen vinculados a la protección de la familia y la infancia y a la no discriminación por razón de sexo en el caso de las mujeres. Ambas sentencias afirman que los derechos de conciliación de los trabajadores y trabajadoras no son absolutos y que hay que compatibilizarlos con las necesidades productivas y organizativas de las empresas. Sin embargo, en su opinión, lo que parecía un avance no lo es tanto ya que el propio Tribunal Constitucional en su STC 24/2011 da un paso atrás al negar a una trabajadora el derecho a su reordenación del tiempo de trabajo para el cuidado de una hija recién nacida. Para ello hace una interpretación literal del art. 34.8 ET dejando con ello este derecho constitucional sin un contenido eficaz. A lo cual se suma que, según Ruth Vallejo, la reforma de los preceptos citados llevada a cabo por la Ley 3/2012, de 6 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, va a suponer en la práctica una restricción del ejercicio de los derechos de conciliación.

En su trabajo sobre «**Licencias por maternidad y licencias por maternidad en caso de aborto**», recogido como capítulo 8, Noelia Igareda destaca cómo hasta la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, la protección de la maternidad unas veces estaba conectada con la protección de la maternidad como interés general, valor o bien jurídico en sí mismo, y otras con la institución familiar. Es a partir de esta ley cuando la protección de la maternidad se vincula además al derecho fundamental a la igualdad del art. 14 de la CE, con la finalidad de prevenir y evitar formas de discriminación hacia las mujeres como resultado de su maternidad –actual o potencial–. En este nuevo contexto normativo, señala Noelia Igareda la maternidad no sólo es considerada como una fuente de discriminación, sino también como un objeto de tutela jurídica obligando a intervenir al Estado para conseguir unas mayores cotas de corresponsabilidad social. A continuación, se detiene en estudiar las medidas laborales concretas de esta protección en los casos de madre y trabajadora y en relación con éstas analiza un total de 219 sentencias judiciales sobre licencias de maternidad. El estudio de estas sentencias le lleva a concluir, entre otras cosas, que la finalidad perseguida con la licencia de maternidad es diferente en los supuestos de parto biológico, adopción o acogimiento. En el caso de parto biológico, se busca la recuperación de la salud de la madre y la protección del vínculo entre madre-hijo en sus primeros meses de vida. En el caso de adopción prima el objetivo de facilitar la integración del nuevo hijo/a en la familia y fomentar un reparto más equilibrado de los cuidados por parte de los dos progenitores –al igual que ocurre en el permiso de lactancia–. Críticamente, señala Noelia Igareda, que es cuando menos sorprendente que después de la entrada en vigor de la LO 3/2007, el interés superior del bebé –sus necesidades de ser cuidado y la promoción de la corresponsabilidad– no sea también un objetivo en los casos de maternidad biológica.

Carolina Gala Durán sostiene en su aportación sobre «**El permiso por paternidad: Aspectos legales y problemática judicial**», que figura como capítulo 9, que una de las principales novedades de la LO 3/2007 fue precisamente la de instaurar un permiso de paternidad a favor de los trabajadores incluidos en el ámbito del ET y de los funcionarios públicos. La finalidad con la que se incluyó, primero, en la referida LO 3/2007 y, después, en el Estatuto Básico del Empleado Público fue la de incrementar la presencia masculina en las labores de cuidado y atención familiares, así como fomentar la equiparación entre hombres y mujeres. De esta manera, el permiso de paternidad constituiría un primer paso en la tarea de transformar las estructuras sociales posibilitando que el padre se implique activamente en la atención personal y emocional de los hijos. Carolina Gala, después de estudiar un total de 30 sentencias judiciales, de las que un 43%

pertenecen a la jurisdicción social y un 57% a la jurisdicción contenciosa-administrativa, concluye que: a) que las reclamaciones judiciales planteadas en el marco del permiso de paternidad son escasas si se las compara con las otras medidas de conciliación y que bastantes de ellas vienen de empleados públicos; b) que dichas reclamaciones abarcan una amplia diversidad de cuestiones, entre ellas, la del posible despido por ejercer el derecho al permiso de paternidad; c) que los tribunales tienen una actitud favorable a conceder el ejercicio de este derecho y con flexibilidad; d) que es una medida de conciliación no exenta de problemas prácticos como consecuencia de su no reconocimiento por parte del empleador, la reducción de las cantidades a percibir, la duración del permiso, etc.; e) que algunos de los comportamientos empresariales reprochables presentes en el permiso de maternidad se han trasladado al permiso de paternidad: el del despido del beneficiario del permiso de paternidad una vez que se reincorpora a la empresa; f) es además preocupante las trabas existentes al acceso de la prestación por paternidad en el supuesto de parejas homosexuales.

En el capítulo 10, Dolores Morondo, analiza las sentencias sobre **lactancia** a partir de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el caso Roca Álvarez, de septiembre de 2010. Dicha jurisprudencia tiende a reconocer al padre trabajador un derecho autónomo del permiso de lactancia como forma de conciliación de la vida laboral y familiar que no reproduzca estereotipos relativos a la división de papeles entre mujeres y hombres en relación al cuidado de los hijos. Esta jurisprudencia, por otro lado, se proyectó en nuestro ordenamiento jurídico con la reforma legal del mercado laboral de 2012. A partir de lo anterior, se estudian los dos ámbitos materiales del marco normativo relativo a la lactancia: el de la salud y seguridad en el puesto de trabajo; y, en particular, el de la igualdad de oportunidades y conciliación de la vida familiar y laboral que ha sido determinante a la hora de interpretar las normas de salud y seguridad en el puesto de trabajo de las trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia. Concretamente, Dolores Morondo considera que las normas relativas a la salud y seguridad de la madre que amamanta y del lactante son residuales con respecto a los derechos relacionados con la lactancia. Los cuales se han ido progresivamente separando de la lactancia materna para asimilarse a la idea de parentalidad y cuidado de los recién nacidos. A pesar de este carácter residual, existe una abundancia de sentencias que permiten constatar una evolución interesante de la protección de quienes han decidido adoptar la lactancia materna como método de alimentación del recién nacido.

En el capítulo 11, Beatriz Setuáin aborda en su estudio el análisis de sentencias dictadas por distintos Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en relación con la **aplicación del principio de igualdad y de los derechos de conciliación en el ámbito del empleo público y, en particular, a los funcionarios públicos**. El tratamiento jurisprudencial de aspectos tan relevantes como la reducción de jornada y la excedencia por cuidado de hijas e hijos, la licencia por riesgo en el embarazo, los permisos por maternidad, paternidad, lactancia o matrimonio y la aplicación genérica del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito del empleo público son objeto de revisión en el estudio. En él puede constatarse la existencia de algunas incipientes líneas jurisprudenciales que mitigan en parte el acusado casuismo de que ha hecho gala la actividad judicial en estas materias, si bien escasean pronunciamientos de las más altas instancias judiciales, llamadas a jugar un papel importante en la deseada unidad jurisprudencial. En algunas cuestiones sustanciales como los permisos de maternidad por parto y de lactancia aún cabe encontrar contradicciones importantes entre diversas sentencias, que no coinciden en la consideración de su naturaleza y alcance. En otras, sin embargo (excedencia o reducción de jornada por cuidado de hijos) las interpretaciones son pacíficas. Se alerta por fin de la existencia de interpretaciones con un excesivo rigor formal en algunos fallos judiciales que pueden hacer perder efectividad a las medidas normativas de conciliación, mucho más amplias en espíritu y finalidad.

En definitiva, esta segunda parte incide en los aspectos técnico-jurídicos de las decisiones judiciales sobre peticiones relacionadas con los derechos de conciliación en el periodo de referencia de este estudio, completando así la aproximación esencialmente cuantitativa de la primera parte. De esta manera, en conjunto, puede afirmarse que ambas partes representan una aproximación integral a las decisiones judiciales sobre *Conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según la regulación de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* correspondientes a los años 2010-2012. Lo cual permitirá evaluar, por una parte, la efectividad de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral; y, por otra, verificar si, en la práctica, estos se realizan como derechos de igualdad.

MANUEL CALVO GARCÍA  
TERESA PICONTÓ NOVALES

# PRIMERA PARTE

## Investigación empírica

*Manuel Calvo*  
*Teresa Picontó*  
*David Vila*  
*Fernando Arlettaz*  
*Jorge Gracia*



CONSEJO GENERAL  
DEL PODER JUDICIAL



# Capítulo 1

## Alcance de la investigación

---

La investigación realizada ha permitido obtener datos y valorar las decisiones sobre *Conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según la regulación de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* correspondientes a los años 2010-2012. Por lo que respecta a la investigación empírica efectuada<sup>4</sup>, de cuyos resultados se da cuenta en esta Primera parte, se han extraído y analizado datos utilizando la técnica del análisis de contenido, lo que nos permite tener una buena perspectiva socio-jurídica sobre la conflictividad judicial relacionada con los derechos que atañen a la conciliación de la vida familiar y laboral para el periodo de referencia.

En este primer capítulo se va a reseñar el alcance de la investigación y el objeto específico de las peticiones relacionadas con el ejercicio de los derechos de conciliación ante la Administración de justicia. En ese sentido, atenderemos en primer lugar a la distribución cronológica de las decisiones sobre conciliación encontradas; en segundo lugar, a su distribución territorial; en tercer lugar, tendremos en cuenta el orden jurisdiccional y tipo de órgano judicial de los que proceden; y, por último, en cuarto lugar, nos ocupare-

---

<sup>4</sup> La dirección y coordinación de la investigación empírica ha estado a cargo de Manuel Calvo García. Por lo que respecta a la investigación cuantitativa, la preparación de la base de datos ha corrido a cargo de David Vila Viñas y el trabajo de campo ha sido realizado por David Vila Viñas, Fernando Arlettaz y Jorge Gracia Ibáñez. Los Grupos de discusión fueron diseñados por Teresa Picontó Novales, con la colaboración de David Vila Viñas. Teresa Picontó Novales se encargó también del análisis de los grupos de discusión realizados. Un primer análisis de los datos cuantitativos fue avanzado por Fernando Arlettaz, Jorge Gracia y David Vila Viñas. La redacción definitiva y el cap. 4 con las reflexiones finales han estado a cargo de Manuel Calvo García y Teresa Picontó Novales.



mos del objeto específico de los conflictos judicializados sobre conciliación de la vida familiar y laboral referidos al periodo analizado.

## 1. LA CONFLICTIVIDAD JUDICIAL EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

La cifra de 1348 sentencias localizadas (vid. *supra* Tabla 1) nos sitúa ante números aparentemente altos sobre la conflictividad judicial en el ejercicio de los derechos de conciliación<sup>5</sup>. Ahora bien, una vez apuntado lo anterior también hay que subrayar que las dificultades y la conflictividad en el ejercicio de los derechos de conciliación van mucho más allá de lo que reflejan los conflictos judicializados y más aún si solo consideramos las sentencias.

Al respecto, desde una larga experiencia como titular de un Juzgado de lo social, una Magistrada participante en el primero de los Grupos de discusión realizados, apuntó que incluso cuando llegan a los juzgados, muchos asuntos se solucionan antes de entrar en Sala, al llegar a un acuerdo las partes. Con mayor precisión, afirmó:

... un porcentaje elevadísimo se «concilia» y no necesariamente con la intervención del juez y el secretario, sino por la propia dinámica de la relación laboral ... [y] porque la ley exige la presentación de propuestas por ambas partes; cosa que facilita mucho que ya no es el puro conflicto, que ya no es estimación o no... (GD1.1).

Esta perspectiva es matizada por otra Magistrada, también del orden de lo social, en otro Grupo de discusión:

... yo la visión que tengo de estos asuntos es que llegan ya *muy enquistados*, con las partes muy enfrentadas. (GD2.3).

Con todo, esta Magistrada corrobora que no son muchos los casos que entran en los Juzgados de lo social y que al final requieren una sentencia que resuelva sobre las pretensiones de las partes:

---

<sup>5</sup> Procedentes en más de un 90% de casos recurridos, dado que las sentencias de primera instancia como regla general no se recogen en la base de datos del CENDOJ,

Yo sentencias en el 2012 he dictado dos... al final las partes se enquistan por lo que sea, entonces... se quedan cada una en su posición y bueno hay que resolver. En 2012 dos. En 2011 otras dos. En abril de este año una; pero que al final después de hablar... bueno, se desistió. (GD2.3).

Sobre esta idea referida a que los casos que se judicializan son realmente los casos difíciles insiste otro Magistrado de lo social:

... a nosotros nos llegan los casos *patológicos*, la pugna entre el interés organizativo y el interés de la trabajadora cuando ya no hay forma de compatibilizar esos horarios. (GD2.5).

El debate sobre esta cuestión emergió en los dos Grupos y, en términos generales, hubo consenso en que siempre es mejor un acuerdo como vía para solucionar el conflicto –especialmente en supuestos relacionados con ejercicio de los derechos de conciliación. Las decisiones judiciales zanjan la disputa; pero no la resuelven y en este sentido el conflicto sigue abierto, lo cual puede ser problemático dado que la relación va a persistir. En estos términos se manifiesta una participante, desde una perspectiva que integra experiencias como abogada y mediadora:

... si a final lo consigues por imposición, ... *luego tienes que volver a la empresa*. (GD2.8).

Pero, como se ha dicho ya, es una cuestión en torno a la que existe acuerdo generalizado. En el mismo sentido, una abogada laboralista insiste en la oportunidad del trámite de conciliación en estos asuntos, a pesar de que no sea obligatorio<sup>6</sup>:

Yo he de reconocer que siempre, independientemente de que la demanda judicial vaya, siempre pongo trámite de conciliación, siempre pongo papeleta en el SAMA, siempre. Con los temas de conciliación de vida familiar y laboral. (GD2.1).

---

<sup>6</sup> Sobre este tema llama la atención una abogada y mediadora: «Con la idea de dar premura a la hora de solucionar el tema, esta es una de las materias que está exenta de conciliación obligada. Yo me planteo si quizá precisamente el obligar a un trámite de conciliación previa ante el UMAC, ante el SAMA, o cualquier otro que pudiera establecerse, ayudaría a... a que estos problemas se solucionasen sin la sensación de... judicializarlos... Con la idea de buscar una solución más rápida quitamos el trámite de conciliación. Venga, demanda». (GD2.8).

Más allá de la negociación y la búsqueda de acuerdo a través del trámite de conciliación, un inspector de trabajo participante en el primero de los Grupos de discusión insistió en la importancia de la negociación para realizar los objetivos de la Ley de igualdad:

... desde mi posición de trabajo lo que aprecio es que se ha generado una gran expectativa de derecho y sin comprensión. Lo cual ha generado conflictividad donde posiblemente lo que debería haber habido es negociación... Entonces todo queda en la *conflictividad de la situación individual*.

Pero para mí lo principal es que, más allá de lo judicial, hay que buscar formas de negociación donde pudieran cumplirse las expectativas de derecho que se han creado... Y eso pasa con conciliación y en general con todo en la Ley de igualdad (GD1.2).

Pensamos que las reflexiones avanzadas son pertinentes por sí mismas; pero que tienen un interés añadido para situar las conclusiones de esta investigación en su justa medida.

La investigación realizada se basa sobre los conflictos judicializados, lo que supone que las conclusiones a las que podemos llegar no abarcan el fenómeno de la conciliación de la vida familiar y personal y laboral desde una perspectiva global. Lo cual nos lleva a precisar, en primer lugar, que los datos sobre la realidad y alcance del fenómeno que tomamos en consideración se circunscriben a la conflictividad judicial. Y, segundo, que los objetivos de este estudio van mucho más allá, razón por la cual en los capítulos siguientes se analizaran las sentencias seleccionadas desde una perspectiva técnico-jurídica y dogmática.

## 2. DISTRIBUCIÓN CRONOLÓGICA DE LAS DECISIONES SOBRE CONCILIACIÓN ANALIZADAS

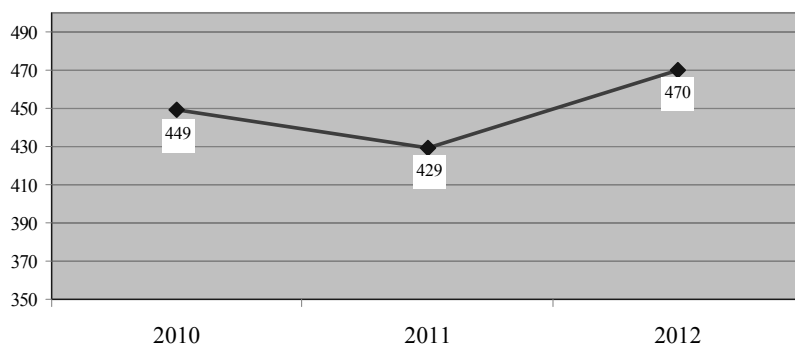
Entrando ya en el análisis más concreto de la investigación realizada, como se ha reseñado en el punto anterior, conforme a los criterios de búsqueda utilizados se seleccionaron de la base de datos del CENDOJ un total de 1348 sentencias en las que se habían abordado cuestiones relativas a derechos de conciliación de la vida familiar y laboral para el periodo comprendido entre 2010 y 2012.

**Tabla 3. Sentencias registradas según fecha de la resolución.  
Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
2010	449	33,31%
2011	429	31,82%
2012	470	34,87%
TOTAL	1.348	100%

Atendiendo a la distribución temporal de los asuntos registrados, se observa que existe una variación mínima entre los tres años en que se centra la investigación (Tabla 3), con cifras en torno a las 420-470 sentencias<sup>7</sup>.

**Gráfico 3. Sentencias registradas según fecha de la resolución.  
Años 2010-2012 (n)**



El Gráfico 3 muestra claramente la regularidad de las cifras de sentencias sobre conciliación para los años objeto de estudio. La ligera bajada en las sentencias localizadas correspondientes al año 2011 (449-429 sentencias), se compensa en el 2012 con una subida (470) que permite apreciar una tendencia al alza para el periodo objeto de estudio en esta investigación.

<sup>7</sup> Estos datos estarían en la línea de las sentencias registradas en el *Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Barcelona, 2011) correspondiente a los años 2008-2009 (vid. *supra* nota 1).

Por lo demás, como ya se ha advertido en la presentación, estas cifras representan un valor reducido de los casos sobre conciliación vistos por los órganos jurisdiccionales en el Estado español. El hecho de que la base de datos del CENDOJ solo recoja un número muy reducido de sentencias dictadas en primera instancia determina la infrarrepresentación de este tipo de decisiones en el número de sentencias registradas. En cualquier caso, los datos que se manejan ponen en evidencia la relevancia del papel de los órganos judiciales en la implementación de la normativa vigente sobre conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En este sentido, la investigación realizada ha buscado ser exhaustiva en la identificación de los supuestos de conflicto judicial por derechos de conciliación.

### 3. DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL

Como se observa en la Tabla 4, la distribución de los asuntos registrados es coherente con la heterogénea población y tejidos productivos de las Comunidades Autónomas. La Comunidad Autónoma de Madrid ofrece una excepción a la coherencia con la distribución poblacional, dado que supone hasta un 19% de los casos registrados. En términos cuantitativos, le siguen en número de sentencias encontradas Galicia con el 10,24% y Cataluña con 10,01%. En el otro extremo, entre los ámbitos territoriales en los que se han detectado menos sentencias cabe mencionar a Cantabria 0,82%; Islas Baleares 0,89%; La Rioja 1,34% Comunidad Foral de Navarra 1,48%; Extremadura 1,63% y Aragón 1,71%. Son más coherentes estos datos con la distribución poblacional que los referidos a Madrid.

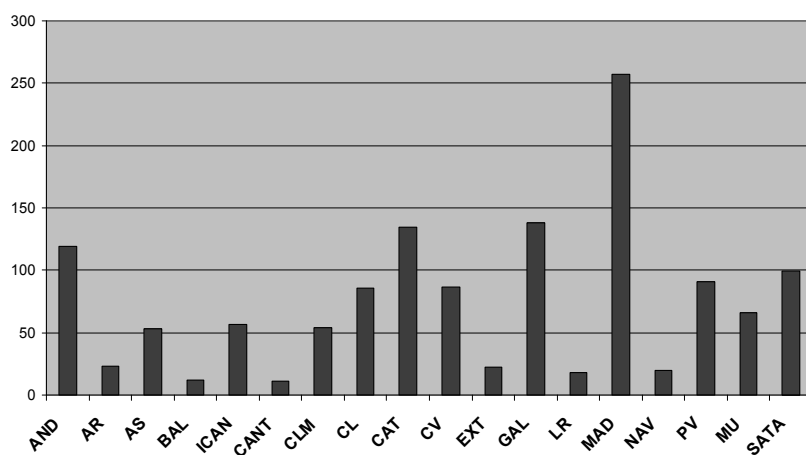
**Tabla 4. Sentencias registradas, según su distribución territorial por Comunidades Autónomas. Años 2010-2012 (n, %)**

Comunidad Autónoma	n	%
Andalucía	119	8,83%
Aragón	23	1,71%
Principado de Asturias	53	3,93%
Islas Baleares	12	0,89%
Canarias	57	4,23%

Comunidad Autónoma	n	%
Cantabria	11	0,82%
Castilla-La Mancha	54	4,01%
Castilla y León	86	6,38%
Cataluña	135	10,01%
Comunidad Valenciana	87	6,45%
Extremadura	22	1,63%
Galicia	138	10,24%
La Rioja	18	1,34%
Comunidad de Madrid	257	19,07%
Comunidad Foral de Navarra	20	1,48%
País Vasco	91	6,75%
Región de Murcia	66	4,90%
Asuntos sin adscripción territorial autonómica	99	7,34%
TOTAL	1.348	100%

En el Gráfico 4, puede verse una comparación del número de sentencias registradas, pudiéndose apreciar con mayor claridad los desequilibrios apuntados, resultando especialmente llamativo el caso de la Comunidad de Madrid.

**Gráfico 4. Sentencias registradas, según su distribución territorial por Comunidades Autónomas. Años 2010-2012 (n)**



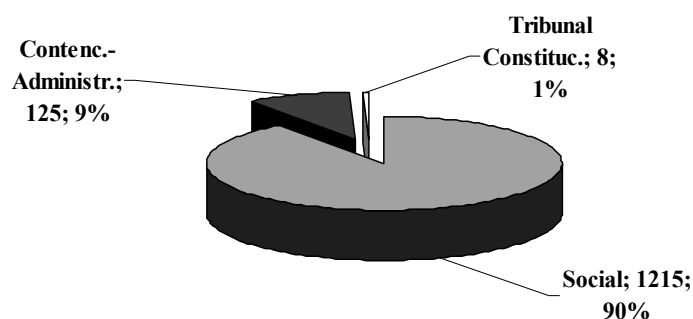
#### 4. ORDEN JURISDICCIONAL Y TIPO DE ÓRGANO JUDICIAL

En lo relativo a los órganos judiciales que conocen los asuntos de conciliación, pueden hacerse apreciaciones generales en dos tipos de cuestiones: en cuanto al orden jurisdiccional y en cuanto al tipo de órgano judicial. Respecto al orden jurisdiccional en que se sustancian los asuntos de conciliación, como muestran la Tabla 5 y el Gráfico 5, más de un 90% de los asuntos se sustancia ante órganos del orden jurisdiccional social; por un 9%, que recaen en el contencioso-administrativo. Un dato que, por lo demás, está en relación con el peso de ambos tipos de empleo en nuestra sociedad.

**Tabla 5. Sentencias registradas según el orden jurisdiccional al que pertenecen. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Social	1.215	90,1%
Contencioso-Administrativo	125	9,3%
Tribunal Constitucional	8	0,6%
TOTAL	1.348	100%

**Gráfico 5. Sentencias registradas en función del orden jurisdiccional. Años 2010-2012 (%)**



Más allá de los casos vistos ante la jurisdicción ordinaria, es oportuno destacar la actividad reciente del TC en la materia. Tanto la mis-

ma aprobación de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, como los cambios normativos y en la negociación colectiva que animó y exigió para su desarrollo, han promovido una mayor actividad del Tribunal Constitucional. Si bien, como resulta lógico, ésta no es cuantitativamente comparable a la de otros órganos, ha sido una actividad decisiva en cuanto a la concreción del reparto competencial en las materias de igualdad y regulación de las relaciones laborales entre el Estado y las Comunidades Autónomas. También ha definido las condiciones del ejercicio compartido de derechos de conciliación (corresponsabilidad) en supuestos en que alguno de los ejercientes se encontraba en situaciones laborales atípicas respecto al trabajo por cuenta ajena a tiempo completo.

El Gráfico 5 muestra la distribución de las sentencias sobre conciliación, evidenciando con claridad el mayor peso de las sentencias pertenecientes al orden de lo social. En la jurisdicción ordinaria, un 90% de los asuntos se sustancia ante tribunales del orden jurisdiccional social; por un 9%, que se hace ante el contencioso-administrativo. Lo cual, por una parte, es proporcional al peso de ambos tipos de empleo, pero quizá tiene que ver también con las mayores facilidades para conciliar en las Administraciones (ver *infra* cap. 4).

**Tabla 6. Número de sentencias registradas en función del órgano judicial que las dictó. Años 2010-2012 (n, %)**

	Social		Contenc- Administ.		Tribunal Constit.		Total	
	n	%	n	%	n	%	n	%
Tribunal Constitucional	–	–	–	–	8	100%	8	100%
Tribunal Supremo	68	90,67%	7	9,33%	–	–	75	100%
Audiencia Nacional	11	91,67%	1	8,33%	–	–	12	100%
Tribunal Superior de Justicia	1.122	91,00%	111	9,0%	–	–	1.233	100%
Juzgados	14	70,00%	6	30,0%	–	–	20	100%
<b>TOTAL</b>	<b>1.215</b>	<b>90,13%</b>	<b>125</b>	<b>9%</b>	<b>8</b>	<b>0,59%</b>	<b>1.348</b>	<b>100%</b>



Concretando un poco más, desde la perspectiva del órgano judicial que dicta las sentencias (Tabla 6), conviene destacar la centralidad de los Tribunales Superiores de Justicia en los datos recogidos (hasta un 91,59% de los casos), lo cual obviamente tendrá repercusión en los análisis realizados. Por una parte, esto resulta lógico si se atiende al gran volumen de casos que conocen, en comparación con el Tribunal Constitucional, el Supremo y la Audiencia Nacional. Además, conviene aclarar que su fuerte presencia relativa en la investigación responde al carácter minoritario que tienen todavía las sentencias de los Juzgados en la base de datos del CENDOJ (vid. *supra* Presentación).

## 5. OBJETO ESPECÍFICO DE LOS CONFLICTOS JUDICIALIZADOS SOBRE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

El objeto específico de los asuntos sobre los que han recaído las sentencias registradas nos proporcionará una perspectiva la distribución típica de los conflictos judicializados en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación. Además, no cabe duda de que este índice representa un buen indicador sobre la concreción de las peticiones sobre los derechos de conciliación de la vida familiar y personal y laboral en el periodo estudiado.

**Tabla 7. Sentencias registradas en función de la materia relativa a la conciliación de la vida familiar y laboral. Años 2010-2012 (n, %)**

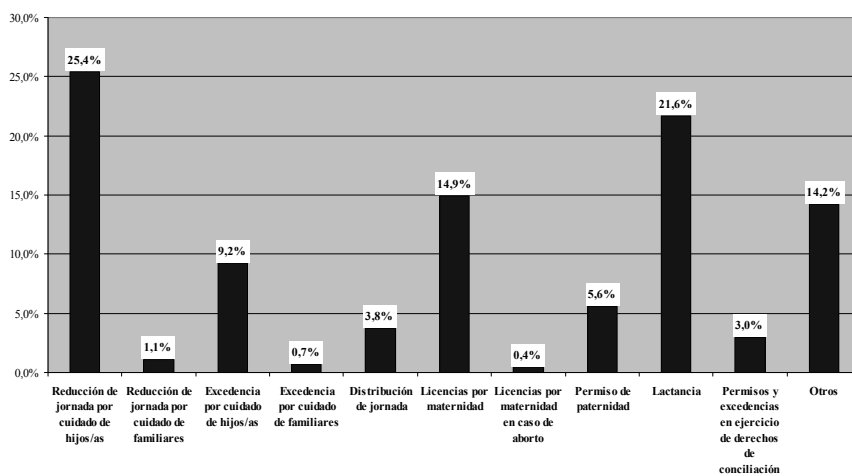
	n	%
Reducción de jornada por cuidado de hijos/as	413	25,40%
Reducción de jornada por cuidado de familiares	18	1,11%
Excedencia por cuidado de hijos/as	150	9,23%
Excedencia por cuidado de familiares	12	0,74%
Distribución de jornada	61	3,75%
Licencias por maternidad	243	14,94%
Licencias por maternidad en caso de aborto	7	0,43%
Permiso de paternidad	91	5,60%

	n	%
Lactancia	352	21,65%
Permisos y excedencias en ejercicio de derechos de conciliación	48	2,95%
Asuntos relacionados con el embarazo y otros	231	14,21%
TOTAL <sup>a</sup>	1.626	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N=1.348).

Como se observa en la Tabla 7 y aún se aprecia con mayor claridad en el Gráfico 6, la mayor parte de los temas decididos se refieren a reducción de jornada por cuidado de hijas e hijos, licencias por maternidad, cuestiones de lactancia y asuntos relacionados con el embarazo y otros. La suma de los asuntos registrados sobre estos temas supone un total del 76% de los temas que aparecen en los casos seleccionados. Sin perjuicio de que algunos temas, como las licencias de maternidad y los conflictos relacionados con la lactancia, se den a menudo en los mismos casos; resulta evidente la centralidad del cuidado a los hijos e hijas en las primeras etapas de la vida. Lo cual permite ir avanzando que esta es una cuestión importante a considerar, cuando se efectúen las reflexiones críticas más generales (vid. *infra* cap. 4).

**Gráfico 6. Sentencias registradas en función de la materia relativa a la conciliación de la vida familiar y laboral. Años 2010-2012 (n)**



Dicho lo anterior, conviene precisar algunas cuestiones. A medida que avanzaba la investigación se puso en evidencia que un primer apartado sobre «otros» se iba nutriendo fundamentalmente de asuntos relacionados con el embarazo. Esto llevó a su precodificación como categoría temática específica para la realización de los análisis en profundidad. En segundo lugar, hay que subrayar la persistencia del cuidado a los hijos como núcleo central del ejercicio de estos derechos. Los análisis efectuados confirman esta idea, que abre la cuestión para investigaciones posteriores acerca de cómo se está ejerciendo la conciliación entre la vida laboral y el cuidado de otras personas con necesidades. En cualquier caso, proporcionan datos que permiten adelantar ya un análisis específico y valorarlos críticamente, tarea que se abordará con mayor detenimiento más adelante (vid *infra* cap. 4).

Dando un paso más, a continuación vamos a desagregar el objeto específico de las peticiones sobre derechos de conciliación en función del orden jurisdiccional ante el que se sustancian.

**Tabla 8. Sentencias registradas en función del objeto específico de conciliación de la vida familiar, personal y laboral y del orden jurisdiccional. Años 2010-2012 (n, %)**

	Social		Advo.		Total	
	n	%	n	%	n	%
Reducción de jornada por cuidado de hijos/as	394	26,77%	18	12,50%	412	25,50%
Reducción de jornada por cuidado de familiares	18	1,22%	0	-	18	1,11%
Excedencia por cuidado de hijos/as	136	9,24%	14	9,72%	150	9,28%
Excedencia por cuidado de familiares	10	0,68%	2	1,39%	12	0,74%
Distribución de jornada	60	4,08%	0	-	60	3,71%
Licencias por maternidad	213	14,47%	26	18,06%	239	14,79%
Licencias por maternidad en caso de aborto	7	0,48%	0	-	7	0,43%
Permiso de paternidad	65	4,42%	25	17,36%	90	5,57%
Lactancia	320	21,74%	31	21,53%	351	21,72%
Permisos y excedencias	42	2,85%	4	2,78%	46	2,85%

	Social		Advo.		Total	
	n	%	n	%	n	%
Asuntos relacionados con el embarazo y otros	207	14,06%	24	16,67%	231	14,29%
TOTAL <sup>a</sup>	1.472	100%	144	100%	1.616	100%

<sup>a</sup>Tabla de opciones múltiples (N=1.348).

Como muestra la Tabla 8, las variaciones más significativas las encontramos en relación con la reducción de jornada por cuidado de hijos/as donde pasamos de un porcentaje de 26,77% en el ámbito de lo social a uno del 12,50% en el ámbito de lo contencioso administrativo. Por el contrario las proporciones se invierten en relación con los permisos de paternidad, tema en el que los asuntos sustanciados en la jurisdicción social se quedan en un exiguo 4,42%, mientras que en lo contencioso ascienden al 17,36% –sobre el total de los casos vistos en esta jurisdicción.

El mayor peso de los asuntos por reducción de jornada para el cuidado de hija o hijo, que como hemos apuntado es el doble en el orden social (27% frente a 12,5%), quizá trae causa de que el ejercicio de este derecho –no tanto en su reconocimiento como tal, sino en la concreción de alguno de sus aspectos, como el horario– está más sujeto a conflicto en el sector privado y en PYMEs, donde la organización del trabajo ante estos permisos puede dar lugar a mayores conflictos.

En segundo lugar, destacábamos que en el orden contencioso se conocieron más asuntos sobre permiso de paternidad (17% frente a un 4% en el social). Aunque la interpretación de estos datos se refinará en los análisis en profundidad, puede avanzarse como hipótesis que es más común encontrar empleados públicos varones que pretenden un ejercicio más extenso de su permiso de paternidad, sobre todo en supuestos en los que la madre tiene dificultades para ejercer ese derecho, sea por la posibilidad de influir negativamente en su carrera profesional, sea por encontrarse en una posición laboral atípica, como trabajadora autónoma o mutualista, en que la compatibilidad de los permisos de maternidad y paternidad resulta más problemática.



## Capítulo 2

### Primera instancia

---

Como se indicó más arriba, la especificidad en el tratamiento jurisdiccional de los casos en función de la instancia en que son conocidos por el órgano judicial aconsejó tanto una recogida de datos como un análisis diferenciado de los mismos. Respecto a los asuntos conocidos en primera instancia, de los que nos ocupamos en este capítulo, se han seleccionado para su análisis en profundidad 76 casos<sup>8</sup>. En términos comparativos apenas estamos ante un 18,5% del total de sentencias analizadas en profundidad, por ello es obligado hacer algunas precisiones y subrayar alguna cautela fundamental.

Como se insistió en la presentación, en la base de datos del CEN-DOJ solo se recogen las sentencias dictadas por órganos unipersonales en supuestos excepcionales de especial interés jurídico o mediático, lo cual determina una presencia muy escasa de sentencias de primera instancia. Obviamente, esto determina que las sentencias de este tipo a analizar en la investigación sean proporcionalmente muchas menos de las que se han dictado en el conjunto de los órganos jurisdiccionales del Estado. Aun teniendo en cuenta lo anterior, las sentencias de primera instancia localizadas se seleccionaron para su análisis en profundidad, pensando no solo en su análisis estadístico –que, como se puede colegir de lo anterior, deberá ser tomado *cum grano salis*–, sino también en su análisis cualitativo y científico.

Teniendo muy presente lo anterior, en este capítulo se va a proceder a analizar las cuestiones más técnicas relacionadas con las sen-

---

<sup>8</sup> Lo cual supone la práctica totalidad de las sentencias localizadas, por las razones que ya se adujeron al justificar los criterios muestrales en la Presentación.

tencias de primera instancia para obtener, en primer lugar, datos sobre las características de los actores en estos procedimientos y en general sobre la conflictividad judicial en temas de conciliación; en segundo lugar, el objeto específico de las peticiones sobre derechos de conciliación en las sentencias de primera instancia analizadas; y por último, en tercer lugar, algunos aspectos técnico-jurídicos relacionados con las normas invocadas, la jurisprudencia utilizada y el tipo de resolución.

## 1. LA LITIGIOSIDAD SOBRE DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA

En una primera aproximación, nos vamos a centrar en los actores de los procedimientos mediante los que se sustancian los asuntos relacionados con los derechos de conciliación de la vida familiar y personal con la vida laboral. Este indicador representa un buen punto de partida ya que ofrece una visión fiable sobre cómo se produce la reclamación de derechos de conciliación. Con todo, conviene reiterar que es necesario asumir que se ha trabajado con un escaso número de supuestos –cuya inclusión en la base de datos del CENDOJ, por lo demás, no es resultado de un criterio representativo o sistemático<sup>9</sup>–. Ello nos obligará a ir matizando los análisis que realicemos a partir de los datos obtenidos sobre los asuntos de conciliación resueltos en primera instancia que han sido objeto de esta investigación.

**Tabla 9. Tipo de demandante y demandado en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (n, %)**

	Demandante		Demandado <sup>a</sup>	
	n	%	n	%
Administración Pública	2	2,6%	59	68,6%
Trabajador/a	64	84,2%	–	–
Empresa	1	1,3%	19	22,1%
Organización	9	11,8%	8	9,3%
TOTAL	76	100%	86	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 76).

<sup>9</sup> Vid., al respecto, *supra*: Presentación.

Si se atiende a la situación de las partes (Tabla 9), se observa que la mayor proporción de demandantes son trabajadores y trabajadoras (84,2%). El hecho de que sean principalmente los y las trabajadoras quienes reclaman es lógico en un sistema que concede amplias posibilidades en la dirección de la empresa a la parte empleadora, reservando a los trabajadores y a las trabajadoras el acceso a los tribunales para la tutela de los derechos sociales. Respecto a la parte demandada, aunque existe mayor variedad, en los casos analizados hay una representación del 68% de la Administración Pública. En los casos procedentes de los Juzgados de lo Social, la empresa aparece como demandada en el 22% de los casos analizados.

La razón del escaso peso como parte demandada por parte de las empresas obviamente trae causa de un claro desequilibrio muestral, que no ha podido corregirse al no disponer de más sentencias de primera instancia en la base de datos utilizada para recoger la información ni haberse podido completar con otras fuentes de observación<sup>10</sup>. La sobre-representación de la Administración Pública se contextualiza en el hecho de que la principal fuente de sentencias en primera instancia analizadas en este apartado procede de los Tribunales Superiores de Justicia y pertenecen al orden de lo contencioso-administrativo. Lógicamente, la Administración Pública asume la posición de demandada en estos supuestos.

Al respecto hay acuerdo en que en la Administración Pública es más fácil conciliar. Así, en uno de los Grupos de discusión realizados, el responsable de recursos humanos en una Universidad, apuntó

... en la Universidad de Zaragoza [hay] dos colectivos, uno de ellos que por no tener un ajuste horario, tener que fichar, tener que cumplir una jornada encorsetada de horario, pues tiene más facilidad para poder conciliar, que es el personal docente e investigador; y el otro colectivo, que es el del personal de administración y servicios que [sí tiene horario fijo, pero] creo que tienen unas condiciones bastante favorables. Tenemos un plan Concilia (...) el Estatuto Básico del Empleado Público. En los pactos y en los convenios hay reducción horaria, hay flexibilidad horaria y por sistema no se ponen pegas –nunca–. (GD2.7).

<sup>10</sup> Para corregir esta disfunción se han realizado dos Grupos de discusión en los que se ha contado, entre otras, con la perspectiva de magistrados y magistradas que conocen asuntos en primera instancia.

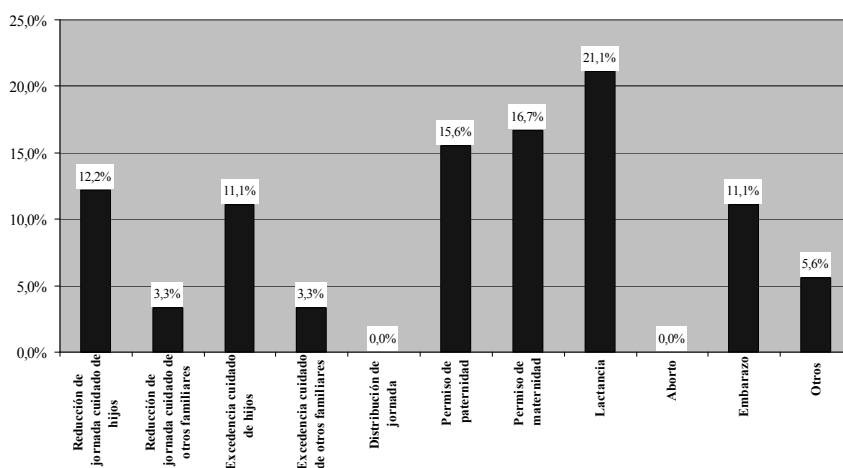


Existió un acuerdo generalizado en ese Grupo de discusión de que en la Administración por regla general es así. De hecho, en la distribución de los asuntos recurridos se pone en evidencia una mayor conflictividad en el sector privado. Como se vio más arriba, del total de sentencias encontradas en la muestra extensa solo un 9% representan casos sustanciados en el orden contencioso administrativo, mientras que las sentencias del orden de los social ascienden a cerca de un 91%.

Por lo que se refiere a peticiones de derechos de conciliación en los que un trabajador o trabajadora es demandante, aunque el número total de casos analizados es muy reducido (N = 64) y las conclusiones que extraigamos han de ser consideradas con mucha cautela, en principio puede apreciarse una distribución en la línea de lo expuesto en relación con la de la muestra extensa –salvo por lo que se refiere a un par de supuestos a los que se prestará atención seguidamente–.

Si se observa el Gráfico 7, puede apreciarse un porcentaje muy reducido, en proporción, de peticiones de reducción de jornada, donde el porcentaje de casos es prácticamente la mitad que en la muestra global (25,4%-12,4%) y, sobre todo, en relación con los permisos de paternidad, donde frente al 5,6% de los permisos de paternidad sobre los casos globales, aquí estaríamos ante un 18,1% –por encima incluso de los permisos de maternidad (15,3%)–.

**Gráfico 7. Objeto del procedimiento judicial en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (%)**



Por otro lado, si se considera el impacto del sexo en el acceso a la justicia desde la perspectiva de las peticiones específicas sobre conciliación, también se observa un acceso bastante equilibrado en términos de género. Por supuesto, esta apreciación tiene excepciones obvias en los asuntos por embarazo, maternidad y paternidad.

Con todo, hay una salvedad mucho más preocupante en los supuestos de excedencia, que son reclamados por mujeres en 7 de los 9 casos. Lo anterior permite colegir que las mujeres recurren con mucha mayor frecuencia al ejercicio de los derechos de excedencia, en la línea de lo que veremos más adelante para los recursos, donde las excedencias son solicitadas por mujeres como regla (96%).

Ni que decir tiene que el dato de las excedencias es importante por lo que supone de condicionante para la carrera profesional de la trabajadora y como indicador de avances o retrocesos en la igualdad. En este sentido se manifiesta una abogada en uno de los Grupos de discusión:

A mí un dato que me gusta mirar para ver la evolución de la corresponsabilidad es el uso de las excedencias y ahí el 95% las piden mujeres ... Esto pone de manifiesto de que hasta ahora la Ley de Igualdad no ha sido un instrumento válido para modificar la situación que afecta a la carrera profesional de las mujeres y su independencia. (GD1.3).

En cualquier caso, conviene advertir de que se trata de un volumen total de casos demasiado bajo (N = 64) para extraer conclusiones sólidas. Para más detalles y con una perspectiva más amplia nos remitimos al capítulo 4.

**Tabla 10. Organismos públicos como demandantes o demandados en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (n, %)**

	Demandante		Demandado	
	n	%	n	%
Dirección / Inspección de Trabajo	0	0%	1	1,7%
INSS / TGSS	0	0%	4	6,7%
Administración como empleadora	2	100%	55	91,7%
TOTAL	2	100%	60	100,0%

Por lo demás, como muestra la Tabla 10, en los casos en que la Administración Pública es parte del proceso, lo es casi siempre como demandada (97% de los casos en que es parte) y ello principalmente actuando como empleadora (89% de los casos en que es parte). En el resto de los casos en que la parte demandada es una Administración Pública, se demanda a la Inspección de Trabajo o a los organismos del INSS y la TGSS respecto a la concesión de prestaciones o la toma de decisiones relacionadas con la conciliación que han dictado estas instituciones.

Por otro lado, como muestra la Tabla 11, en los supuestos de primera instancia analizados en que es parte una empresa, solo en un 5% se trata de empresas de capital público mayoritario, así que casi siempre las empresas parte son enteramente privadas; si bien existe un 25% de los casos en que una empresa es parte en el proceso en los que, no obstante, su condición no aparece especificada en la sentencia. Con independencia de su titularidad, la posición procesal más común de las empresas es la de demandadas (hasta un 70% de los casos).

**Tabla 11. Condición como demandantes o demandadas de empresas públicas y privadas en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (n, %)**

	Demandante		Demandado	
	n	%	n	%
Pública	–	–	1	5,3%
Privada	1	100%	13	68,4%
No especificado	–	–	5	26,3%
TOTAL	1	100%	19	100%

Una última vía para explorar las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación es atender al acceso que los distintos tipos de agentes tienen a los diferentes órganos judiciales que pueden conocer estos asuntos en primera instancia.

La distribución de demandantes es similar en los Juzgados de Primera Instancia y los Tribunales Superiores de Justicia, donde los trabajadores y las trabajadoras constituyen el colectivo de deman-

dantes más importante. En el caso de la Audiencia Nacional, la situación es diferente, ya que los demandantes son en un 78% organizaciones. En general, se trata de organizaciones sindicales que intervienen como demandantes en conflictos colectivos.

Por su parte, la distribución de demandados fue heterogénea. Ante la Audiencia Nacional, los demandados fueron empresas y organizaciones (sindicales), lo que también se explica por el carácter colectivo de los procesos. El supuesto más habitual es la discusión sobre la legalidad de alguna disposición de un convenio colectivo.

En cuanto a los Tribunales Superiores de Justicia, casi la totalidad de los procesos de primera instancia tienen como parte demandada a la Administración Pública, lo que se explica en razón de las reglas de competencia de estos órganos jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo. Finalmente, ante los Juzgados de Primera Instancia los demandados son mayoritariamente empresas, y en menor medida la Administración, trabajadores y organizaciones.

## 2. OBJETO ESPECÍFICO DE LAS PETICIONES SOBRE DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA ANALIZADAS

Si se considera el contenido de las sentencias, pueden definirse diez materias tipo (además de una categoría de «otros») a que corresponde el objeto de las peticiones sobre derechos de conciliación. Esta clasificación permitirá obtener un perfil de las peticiones de conciliación en las demandas ante los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, hay que advertir de entrada que no es extraño que la discusión en muchos casos se centre sobre varias categorías al mismo tiempo. Así, en primera instancia, los supuestos más comunes son casos de licencias de maternidad, que ya incluyen aspectos discutidos en la fase de embarazo o continúan con discusiones en ejercicio de la lactancia o de eventuales reducciones de jornada para el cuidado de hijas e hijos.

**Tabla 12. Objeto del procedimiento judicial en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Reducción de jornada cuidado de hijos	11	12,2%
Reducción de jornada cuidado de otros familiares	3	3,3%
Excedencia cuidado de hijos	10	11,1%
Excedencia cuidado de otros familiares	3	3,3%
Distribución de jornada	–	–
Permiso de paternidad	14	15,6%
Permiso de maternidad	15	16,7%
Lactancia	19	21,1%
Aborto	–	–
Embarazo	10	11,1%
Otros	5	5,6%
TOTAL <sup>a</sup>	90	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 76).

En un primer análisis, destaca la centralidad de los derechos relacionados con el nacimiento y las situaciones inmediatamente anteriores (embarazo) y posteriores (licencias de maternidad, paternidad y lactancia). De hecho, tales materias suponen cerca de dos terceras partes de los casos analizados (Tabla 12). De los demás supuestos, la gran mayoría se refirieron a situaciones de reducción de jornada o de excedencia, ambas para el cuidado de hijas e hijos.

Dentro de los supuestos referidos al ejercicio del derecho a la reducción de jornada, conviene señalar de entrada que, en una proporción cercana al 85% de esos casos, se trata de supuestos en los que las horas de empleo (y con ello también la remuneración) se reducen para cuidar a hijas e hijos. En tales supuestos, un 64% son conflictos relativos a la «distribución horaria». Es decir, no se discute el derecho a reducir la jornada en sí misma, sino la manera en que esto va a impactar en la organización del trabajo, esto es, qué horas concretas de la jornada semanal se van a dejar de prestar.

Los supuestos referidos al reconocimiento del derecho a solicitar una excedencia del puesto de trabajo con objeto de poder desarrollar mejor las labores de cuidado a familiares siguen una distribución análoga a la de los casos de reducción de jornada analizados. Un 79% de las excedencias en conflicto también se orientan al cuidado de hijas e hijos.

Aunque muchos supuestos se refieren a conflictos laborales atípicos dentro de esta categoría, una controversia recurrente es la valoración de determinadas retribuciones y pluses dentro de los esquemas de remuneración de la empresa. Es decir, una serie de efectos negativos sobre la remuneración de la trabajadora o el trabajador que ejerce la excedencia más allá de las retribuciones durante ese tiempo: el cómputo del periodo de excedencia para el cálculo de la antigüedad, de los bonos por productividad o resultados en periodos durante los que se ha estado en situación de excedencia, etc. Así y conforme las remuneraciones han tendido a una mayor atipicidad, la protección de estos aspectos de la excedencia adquiere más relevancia para la garantía de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Dentro de las sentencias analizadas en primera instancia que tienen como objeto principal de controversia los derechos relativos al permiso de paternidad, se aprecia una distribución bastante equilibrada entre las categorías predefinidas. Cuatro sentencias se refirieron a la delimitación del propio derecho, en cuanto a su reconocimiento en el caso concreto o en cuanto a su duración. En el mismo número de sentencias, la discusión se refirió al estatuto del trabajador como funcionario público o no, lo que pudo afectar tanto a la regulación del derecho en la negociación colectiva, como al orden jurisdiccional competente para la tutela de estos derechos. El resto de asuntos se distribuyen entre las categorías expuestas en la Tabla 13, que a pesar del escaso número de casos analizados recogemos dado el carácter atípico del alto número de permisos de paternidad encontrados (vid. *supra* 2.1).

**Tabla 13. Objeto específico en supuestos de permisos de paternidad en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Duración / compatibilidad con otros permisos	4	26,7%
Estatuto aplicable (c-a)	4	26,7%
Despido o no renovación del contrato	1	6,7%
Cálculos para indemnizaciones o prestaciones de la empresa	1	6,7%
Cuestiones Procesales	2	13,3%
Otros	3	20,0%
TOTAL <sup>a</sup>	15	100%

<sup>a</sup>Tabla de opciones múltiples (N = 14).

En los supuestos relacionados con los permisos y licencias por maternidad, la distribución de las sentencias en función de su objeto ofreció resultados muy dispersos. La mayor parte de los supuestos no encajaron en las categorías precodificadas y, dentro de los que lo hicieron, la heterogeneidad temática es alta. Entre estos casos, destacan los tres supuestos en que se discute el estatuto aplicable a la madre, en sentido amplio, lo que, como se vio antes, condiciona la regulación y la competencia jurisdiccional sobre la tutela de tales derechos.

Respecto a los supuestos en que se discute el ejercicio de los derechos relacionados con la lactancia, una buena parte de los asuntos correspondieron a reclamaciones que no se referían al reconocimiento del derecho, sino a su duración (30,4%), toda vez que el ejercicio de este derecho, sobre todo en la modalidad en que se acumulan las horas de lactancia, genera controversias frecuentes sobre su ejercicio concreto en el funcionamiento cotidiano de la empresa. A la hora de categorizar las peticiones nos encontramos con un alto porcentaje en el apartado «otros» (39,1%), que quizá puede responder a conflictos en torno a la existencia de un puesto conveniente al ejercicio de los derechos de lactancia al que se pueda trasladar a la trabajadora.

Las controversias relacionadas con las situaciones de embarazo de las trabajadoras constituyen un supuesto clásico de conciliación de la vida personal o familiar y laboral. Durante décadas el embarazo ha servido como motivo de discriminación de las trabajadoras dentro del ámbito laboral pero con repercusiones sobre su derecho a la

igualdad en todos los órdenes de la vida. Los registros analizados en las distintas instancias procesales mostraron que este mecanismo se encuentra muy lejos de verse agotado.

Una proporción notable de las sentencias analizadas en primera instancia responde a supuestos en que se discute el carácter discriminatorio de un despido ordenado mientras la trabajadora se encontraba embarazada. Merece especial mención que la coyuntura definida por la gestión de la crisis económica ha incrementado la cantidad de despidos por causas objetivas (económicas), muchos de ellos de carácter colectivo en el contexto de expedientes de regulación de empleo, y que es frecuente que estos incluyan a trabajadoras embarazadas. Ello ofrece un contexto en el que la jurisprudencia propone nuevas ponderaciones de los derechos de conciliación e igualdad, por una parte, y las potestades empresariales para la organización de la empresa y la garantía de su pervivencia por otra. Seguramente y como se verá, las texturas más interesantes de esta tensión se aprecian mejor en las sentencias de instancias superiores, pero resulta oportuno indicarlo desde el inicio.

Por lo demás, en estas sentencias, incluso con un porcentaje mayor que el despido directo, son supuestos frecuentes los que discuten la existencia de situaciones de riesgo durante el embarazo (36,4%) y, en su caso, la manera de gestionarlas dentro de la empresa o con el cobro de una prestación que compense la imposibilidad de trabajar por esta contingencia.

### 3. ASPECTOS TÉCNICO-JURÍDICOS: NORMAS INVOCADAS, JURISPRUDENCIA Y TIPO DE RESOLUCIÓN

Los análisis en profundidad de las sentencias seleccionadas permiten conocer cuestiones técnico-jurídicas importantes en relación con los asuntos relacionados con las peticiones sobre conciliación. Evidentemente una de las cuestiones principales de este tratamiento se refiere a las fuentes del derecho utilizadas por los juzgados y tribunales para la resolución de estas controversias. En primer lugar, se han registrado las fuentes legales en sentido amplio; lo cual incluye diversas normas de ámbito europeo, nacional y autonómico en sus distintos rangos. Las normas registradas se refieren tanto a las que el juzgado utiliza para fundamentar su decisión conforme al



principio de *iura novit curia*, como a aquellas que, al ser alegadas por las partes, merecen la consideración del órgano juzgador, si quiera sea incidental, en su motivación. Evidentemente la cantidad de normas totales citadas es mayor que la cantidad de sentencias, ya que la motivación del fallo exige a menudo el apoyo en varias normas.

Con anterioridad, se había realizado una precodificación de las normas jurídicas cuyo contenido hacía más probable que aparecieran en estas decisiones. Como puede apreciarse en la Tabla 14, se han mantenido las normas precodificadas, incluso cuando no han sido invocadas, en el entendido de que ello también aportaba información relevante para analizar el tratamiento judicial de estos derechos de conciliación.

Al tratarse de temas relacionados con el derecho a la igualdad, las apelaciones a la Constitución Española, en particular a su artículo 14, son numerosas (n = 16). Sin embargo, en los litigios en primera instancia, siguen siendo poco frecuentes las apelaciones a normas supraestatales, sean internacionales o europeas (que se ciñen a la directiva 96/34/CEE relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental, a la 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y que ha sido antecedente de muchas innovaciones legislativas en la materia; y a la relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada).

En general, las normas más aplicadas son las leyes españolas en las que se han transpuesto buena parte de las directivas en la materia, así como las reformas de la LO 3/2007 (Estatuto de los Trabajadores (n = 24), para la Ley 39/1999 (n = 10), y para la propia LO 3/2007 (n = 16). Dado el peso que tuvo en la selección de primera instancia el orden contencioso-administrativo, es lógico también el recurso al Estatuto básico del empleo público, Ley 7/2007 (n = 16). Por otra parte, existió una proporción notable de referencias a normas que no se referían directamente a materias de igualdad (n = 37 para «otros», es decir, otras normas): entre estas son comunes las relativas a la prevención de riesgos laborales, frecuentes en supuestos de embarazo y lactancia.

**Tabla 14. Normas invocadas en las sentencias de 1.ª instancia analizadas. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
CEDAW	1	0,6%
CEDH	–	–
Carta de Derechos Fundamentales de la UE	–	–
Código Civil	10	6,4%
Constitución	16	10,3%
Convenio colectivo	11	7,1%
Directiva 2004/83/CE	–	–
Directiva 2006/54/CE	1	0,6%
Directiva 96/34/CEE	4	2,6%
Directiva 2000/43/CE	–	–
Directiva 2004/113/CE	–	–
Directiva 88/2003/CE	–	–
Directiva 75/117/CEE	–	–
Directiva 2002/73/CE	1	0,6%
Directiva 76/207/CEE	3	1,9%
Directiva 92/85/CEE	3	1,9%
Directiva 2000/78/CE	–	–
Estatuto de Trabajadores	24	15,4%
Ley 3/2003 (impacto de género)	–	–
Ley 39/1999	10	6,4%
Ley 51/2003 (discapacidad)	0	–
Ley 7/2007 (EBEP)	16	10,3%
Ley de Igualdad autonómica	–	–
Ley de impacto de género autonómica	–	–
Ley General de Seguridad Social	3	1,9%
LO 3/2007 (LOIMH)	16	10,3%
Recomendación 84/635/CEE	–	–
Tratados UE	–	–
Otros	37	23,7%
TOTAL <sup>a</sup>	156	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 76).

Una fuente del derecho de importancia singular en el derecho social es la propia negociación colectiva. Quizá debiera jugar un papel todavía más relevante en temas de conciliación<sup>11</sup>.

En las sentencias de primera instancia analizadas, los convenios colectivos han sido citados en 12 ocasiones. Ello supone una proporción de un 14% sobre el total de las sentencias de primera instancia analizadas, que da idea de que la negociación colectiva es un mecanismo de regulación relevante también para estas materias, pero quizá insuficiente.

En otro orden de cosas, como muestra la Tabla 15, la distribución de los convenios invocados da más peso a los de nivel de empresa (58% de los convenios citados), mientras que la regulación colectiva de los niveles de concertación social más altos parece tener menos influencia sobre los asuntos de conciliación (25% en los niveles europeo y estatal).

**Tabla 15. Sentencias de primera instancia analizadas en las que se invoca un convenio colectivo, en función de su ámbito. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Estatal	3	25,0%
Autonómico	1	8,3%
Provincial	1	8,3%
Empresa	7	58,3%
TOTAL <sup>a</sup>	12	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 76).

Una vez avanzadas las primeras conclusiones a partir de los datos generales, quizá puede ser interesante desglosar estos datos en función de las categorías temáticas en torno a las que ha girado el estudio. En este sentido, aunque existen diferencias entre las categorías en las que se han clasificado las peticiones referidas a los derechos de conciliación, globalmente puede decirse que las fuen-

<sup>11</sup> Así lo puso en evidencia un inspector de trabajo participante en el primero de los Grupos de discusión realizados (GD1.2). Aunque la impresión generalizada sobre el futuro de la negociación colectiva en las discusiones del grupo no era especialmente optimista.

tes normativas más comúnmente citadas siguen siendo el Estatuto de los Trabajadores, el Estatuto Básico del Empleado Público y la Ley Orgánica de Igualdad.

En los supuestos sobre reducción de jornada por cuidado de hijos e hijas, la norma más citada es el Estatuto de los Trabajadores. También son regularmente citados la Ley Orgánica de Igualdad, la Constitución, la Ley 39/1999, el Código Civil y los Convenios Colectivos. La normativa europea citada es referida al permiso parental, la protección de la mujer embarazada y la igualdad. En los supuestos que tratan de reducción de jornada por cuidado de familiares, el número de casos estudiados es muy reducido para obtener conclusiones; pero quizá, como dato más significativo, puede señalarse la presencia exclusiva de normativa interna –que es, además, la que generalmente aparece en todas las categorías–.

Con respecto a los asuntos referidos a las peticiones de excedencias por cuidado de hijos e hijas se mantienen las mismas tendencias ya apuntadas en relación con los temas anteriores. Si acaso conviene subrayar que en estos supuestos también se cita normativa europea referida al permiso parental y a la igualdad en el empleo.

En los casos de permiso de paternidad (Tabla 16), se nota un predominio del Estatuto de los Trabajadores (21,4%) y del Estatuto Básico del Empleado Público (28,6%) como fuentes normativas más citadas. Con respecto a este último dato hay que recordar que la muestra adolece de una sobre-representación de asuntos decididos en lo contencioso. Es de reseñar también la invocación en algún caso de Directivas europeas referidas al permiso parental y a la protección de la mujer embarazada. Con respecto a los permisos de maternidad, la tónica se mantiene, siendo citadas también en algún caso las Directivas antes mencionadas.

**Tabla 16. Normas invocadas en sentencias de 1.ª instancia en supuestos de permiso de paternidad. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Código Civil	1	7,14%
Convenio colectivo	1	7,14%

	n	%
Directiva 96/34/CEE	1	7,14%
Directiva 92/85/CEE	1	7,14%
Estatuto de Trabajadores	3	21,43%
Ley 7/2007 (EBEP)	4	28,57%
LO 3/2007 (LOIMH)	2	14,29%
Otros	1	7,14%
TOTAL <sup>a</sup>	14	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 14).

Las tres fuentes normativas recurrentes (Estatuto de los Trabajadores, Estatuto Básico del Empleado Público y Ley Orgánica de Igualdad) también tienen una marcada presencia en los casos de lactancia (Tabla 17). La normativa europea citada es referida al permiso parental, la protección de la mujer embarazada y la igualdad.

**Tabla 17. Normas invocadas en sentencias de primera instancia en supuestos de permiso de lactancia. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Código Civil	1	2,44%
Constitución	1	2,44%
Convenio colectivo	1	2,44%
Directiva 96/34/CEE	1	2,44%
Directiva 76/207/CEE	1	2,44%
Directiva 92/85/CEE	1	2,44%
Estatuto de Trabajadores	4	9,76%
Ley 39/1999	2	4,88%
Ley 7/2007 (EBEP)	7	17,07%
Ley General de Seguridad Social	1	2,44%
LO 3/2007 (LOIMH)	5	12,20%
Otros	16	39,02%
TOTAL <sup>a</sup>	41	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 19).

En materia de embarazo existe una gran dispersión de las fuentes normativas citadas. A reseñar la fundamentación a partir del texto constitucional y de la CEDAW en 4 casos (de los 10 analizados). Como en los supuestos anteriores, la normativa europea citada es referida, obviamente, a igualdad.

Otro elemento clave en la efectividad de los derechos de conciliación es **la jurisprudencia**. El recurso a las argumentaciones basadas en fuentes jurisprudenciales es decisivo en las resoluciones sobre esta materia, máxime cuando muchas de las cuestiones planteadas han experimentado cambios normativos recientes. Evidentemente las referencias jurisprudenciales de las sentencias analizadas son numerosas y atañen a cuestiones plurales a lo largo de las mismas, sin embargo solo se recogieron las pertinentes para motivar el fallo en los aspectos de conciliación.

Como muestra la Tabla 18, la mayor parte de las referencias citan jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales españoles (60,3%) o del Tribunal constitucional (29,3%). El recurso a la jurisprudencia del TEDH, es apenas de un 1,7% y el referido al Tribunal de Justicia de la UE, alcanza el 8,6%. Por último, hay que subrayar que un porcentaje de sentencias relativamente alto no citan jurisprudencia.

**Tabla 18. Jurisprudencia sobre la materia invocada en sentencias de primera instancia según el órgano de procedencia. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
TEDH	1	1,7%
Tribunales UE	5	8,6%
TC	17	29,3%
Tribunales españoles	35	60,3%
TOTAL <sup>a</sup>	58	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 76).

Dando un paso más vamos a finalizar este apartado tomando en consideración el resultado de las decisiones adoptadas en los casos analizados y la imposición de costas. Con respecto a la primera de las cuestiones planteadas hay que advertir que su interés no radica única y exclusivamente en el mero cómputo de estimaciones y des-

estimaciones. A diferencia de los procesos que resuelven recursos, las sentencias de primera instancia guardan una cierta coherencia entre el contenido de la controversia y la posición procesal de las partes, lo que permite, también desde una perspectiva cuantitativa, considerar el tratamiento de estos asuntos en los juzgados y tribunales en relación con las peticiones de las partes. Si consideramos, además, que en cerca del 85% de los casos analizados el demandante fue un trabajador o una trabajadora, ello nos lleva a colegir que las peticiones presentadas buscan la tutela de derechos relacionados con la conciliación de la vida personal y laboral y ello hace más significativos estos datos. En ese sentido, la Tabla 19 muestra que la orientación de los fallos fue casi equivalente entre las desestimaciones (52,6%) y las estimaciones totales y parciales (38,2%-9,2%).

**Tabla 19. Resultado del fallo en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Estimación total	29	38,2%
Estimación parcial	7	9,2%
Desestimación	40	52,6%
TOTAL	76	100%

Los datos esbozados son significativos y dan una idea del equilibrio entre el resultado positivo y negativo de estas reclamaciones. Obviamente, tener un perfil más claro de los fallos en los casos analizados tendrá que reservarse a los análisis en profundidad de estas sentencias en los estudios comprendidos en la Segunda Parte de esta publicación.

**Tabla 20. Imposición de costas en sentencias de primera instancia. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Demandante	1	1,3%
Demandado	1	1,3%
Sin imposición de costas	74	97,4%
TOTAL	76	100%

Por último, como muestra la Tabla 20, convendría destacar que sobre casi la totalidad de los asuntos (un 97% de los casos) no se decide la imposición de costas a ninguna de las partes. Este dato permitiría avanzar la hipótesis de que en general los juzgados y tribunales valoran como pertinente el recurso al orden jurisdiccional social y contencioso-administrativo.





## Capítulo 3

### Recursos

A lo largo de este capítulo, se analizarán los registros referidos a sentencias provenientes de recursos ante instancias jurisdiccionales y el Tribunal Constitucional. Este análisis se realizará a partir de una muestra reducida elaborada a partir de las sentencias registradas. Como ya se especificó más arriba (vid. *supra* Presentación), la muestra seleccionada para efectuar el análisis en profundidad se centra en este tipo de sentencias, donde se encuentran por lo demás aquellas que presentan una mayor complejidad e interés desde el punto de vista de los objetivos de investigación. Más concretamente, las sentencias sustanciadas como recurso o cuestión derivada de un asunto ya conocido por otro juzgado o tribunal representan más de las cuatro quintas partes de las sentencias seleccionadas. Para el análisis en profundidad se han seleccionado el 81% de las sentencias registradas dentro de esta categoría, tratando de elaborar una muestra representativa en función de criterios jurisdiccionales y temáticos.

**Tabla 21. Sentencias registradas (muestra amplia) procedentes de recursos en función del órgano que las dictó y del orden jurisdiccional correspondiente. Años 2010-2012 (n, %)**

	Social		Contencioso		Constit.		Total	
	n	%	n	%	n	%	n	%
Tribunal Constitucional	–	–	–	–	8	100%	8	0,6%
Tribunal Supremo	68	90,67%	7	9,33%	–	–	75	5,9%
Audiencia Nacional	3	100%	–	–	–	–	3	0,2%
Tribunal Superior de Justicia	1.096	92,41%	90	7,59%	–	–	1.186	93,2%
<b>TOTAL</b>	<b>1.167</b>	<b>91,75%</b>	<b>97</b>	<b>7,63%</b>	<b>8</b>	<b>0,63%</b>	<b>1.272</b>	<b>100%</b>

La distribución de las sentencias a analizar en esta parte presenta una distribución uniforme tanto en función del órgano judicial como del orden jurisdiccional al que pertenecen. Por otro lado, como puede apreciarse comparando las Tablas 21 y 22, la distribución de las sentencias de la muestra que se va a analizar es coherente con la del conjunto de las sentencias seleccionadas y evita algunos de los sesgos detectados en el capítulo anterior. Más concretamente, como se refleja en la Tabla 22. ..., la distribución entre el orden social y el contencioso en la muestra resultante se mantiene en una relación del 88,5% al 9% y, en ambos órdenes, obviamente por razones procesales, el mayor peso cuantitativo lo tienen los Tribunales Superiores de Justicia –más del 93% de los supuestos en ambos órdenes–. La muestra en este sentido refleja tendencialmente los datos referidos al conjunto de las sentencias seleccionadas (Tabla 21).

**Tabla 22. Sentencias analizadas en este capítulo (muestra reducida) procedentes de recursos en función del órgano que las dictó y del orden jurisdiccional correspondiente. Años 2010-2012 (n, %)**

	Social		Contencioso		Constit.		Total	
	n	%	n	%	n	%	n	%
Tribunal Constitucional	–	–	–	–	8	100%	8	2,4%
Tribunal Supremo	38	92,68%	3	7,32%	–	–	41	12,4%
Tribunal Superior de Justicia	255	90,43%	27	9,57%	–	–	282	85,2%
<b>TOTAL</b>	<b>293</b>	<b>88,52%</b>	<b>30</b>	<b>9,06%</b>	<b>8</b>	<b>2,42%</b>	<b>331</b>	<b>100%</b>

Al igual que en el capítulo anterior las fichas correspondientes a las sentencias seleccionadas van a ser analizadas estadísticamente en este capítulo, ya que permiten obtener unos perfiles generales sobre la conflictividad judicial reflejada en las peticiones sobre derechos de conciliación ante los Tribunales. A este respecto, es conveniente hacer dos matizaciones. Primero en los recursos nos vamos a encontrar con casos de una cierta enjundia y grado de conflictividad, pero la información que podemos obtener de los mismos re-

fleja perfectamente la base fáctica de los caos sustanciados en primera instancia.

Siguiendo las pautas perfiladas en el capítulo anterior, se analizarán en primer lugar un amplio abanico de datos referidos a las características y condiciones de las partes en los procedimientos relacionados con los derechos de conciliación de la vida familiar y personal. En segundo lugar, se profundizará en el análisis de las diferentes categorías temáticas en las que se han clasificado las peticiones relacionadas con los derechos de conciliación. Y, por último, en tercer lugar, se analizarán los fundamentos jurídicos –legales y jurisprudenciales– de las decisiones analizadas.

## 1. CARACTERÍSTICAS Y CONDICIONES DE LAS PARTES

En cuanto a las partes del proceso, lo primero que conviene señalar es que, al provenir estas sentencias de recursos ante decisiones judiciales anteriores, la posición de las partes no refleja su relación con las cuestiones de conciliación de manera directa, sino que es necesario conocer la trayectoria de cada proceso. Sin embargo y al igual que se observó en el segundo capítulo, cuando una de las partes es una trabajadora o un trabajador, esta ha sido parte demandante en la primera instancia: esto ocurre en 286 casos del total de 331 analizados. A su vez, y tal como ocurría en las sentencias de primera instancia, casos en los que la activación del proceso por parte de los y las trabajadoras era una característica mayoritaria de estos procesos de tutela de derechos de conciliación, ahora sigue dándose también esa particularidad con un claro predominio de los y las trabajadoras como parte recurrente.

La particular trayectoria de los procesos que se sustancian a partir de un recurso invita a desagregar los datos para hacer una valoración del rol de las partes en el proceso. A este respecto, la Tabla 23<sup>12</sup> refleja una participación de trabajadores y trabajadoras como recu-

---

<sup>12</sup> Dado que es posible que en una determinada situación procesal se encuentre más de una parte (por ejemplo que tanto la empresa como el INSS recurran el reconocimiento de una prestación en primera instancia), de los totales referidos a las partes pueden superar el total de sentencias analizadas (N).

rentes en el 54,1% de los supuestos, de la Administración Pública, en un 12,8%, de las empresas, en un 26,4% y de otras organizaciones, en un 6,7%.

**Tabla 23. Partes intervinientes y posición procesal de las mismas en recursos sobre conciliación. Años 2010-2012 (n, %)**

	Recurrente		Recurrida	
	n	%	n	%
Admón. Pública	48	12,8%	95	21,5%
Trabajador/a	203	54,1%	158	35,8%
Empresa	99	26,4%	148	33,6%
Organización	25	6,7%	40	9,1%
TOTAL <sup>a</sup>	375	100%	441	100%

<sup>a</sup>Tabla de opciones múltiples (N = 331).

Por lo que se refiere a las partes que ven recurrida la decisión favorable de primera instancia, lo que vamos a encontrar en buena medida es el negativo de los datos analizados más arriba. La preponderancia de trabajadoras y trabajadores como recurrentes se traduce en un incremento de la empresa (35,8%) y la Administración Pública (21,5%) como partes recurridas. Los recursos de estas partes a su vez se traducen en un presencia de las trabajadoras y trabajadores como parte recurrida que alcanza el 35, 8%.

En la Tabla 24 se han desagregado los datos con el fin de analizar el rol de los distintos agentes en la reclamación de los derechos de conciliación en función del objeto específico de estos procesos. En general, la distribución es coherente con el peso de los distintos temas con alguna salvedad, como la mayor representación de las empresas en procesos de reducción de jornada por el cuidado de hijas e hijos, la de la Administración Pública en procesos seguidos por licencias de maternidad y la de «organizaciones» en supuestos de lactancia. Sin embargo, se trata de registros pequeños que impiden elevar mayores conclusiones.

**Tabla 24. Partes en el proceso y objeto específico en recursos sobre conciliación. Años 2010-2012 (n, %)**

	Admin. Pública		Trabaj.		Empresa		Organiz.		TOTAL	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Reducción jornada cuidado de hijos	10	15,2%	56	26,7%	41	36,9%	2	7,7%	109	26,4%
Reducción jornada cuidado de familiares	1	1,5%	1	0,5%	2	1,8%	1	3,8%	5	1,2%
Excedencia cuidado de hijos	4	6,1%	23	11%	12	10,8%	1	3,8%	40	9,7%
Excedencia cuidado de otros familiares	1	1,5%	2	1%	2	1,8%	-	-	5	1,2%
Distribución de jornada	1	1,5%	8	3,8%	2	1,8%	1	3,8%	12	2,9%
Permiso de paternidad	8	12,1%	16	7,6%	2	1,8%	2	7,7%	28	6,8%
Permiso de maternidad	22	33,3%	41	19,5%	17	15,3%	1	3,8%	81	19,6%
Lactancia	13	19,7%	35	16,7%	16	14,4%	10	38,5%	74	17,9%
Aborto	0	0%	1	0,5%	3	2,7%	-	-	4	1%
Embarazo	5	7,6%	23	11%	14	12,6%	7	26,9%	49	11,9%
Otros	1	1,5%	4	1,9%	-	-	1	3,8%	6	1,4%
TOTAL <sup>a</sup>	66	100%	210	100%	111	100%	26	100%	413	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 331).

El análisis anterior se ha completado desagregando los datos en función de la distribución de los distintos tipos de agentes que intervienen estos procesos como recurrentes y recurridos en función de los órganos judiciales que conocían los asuntos (Tabla 25).

En general, la distribución por tribunales es coherente con la que se vio en términos generales pero resulta útil precisar tal participación ante los tribunales de mayor rango, donde la selección de las sentencias para su análisis jurisprudencial ha sido prácticamente exhaustiva en relación al total de asuntos conocidos en temas de conciliación de la vida familiar, personal y laboral (vid. *infra* 2.<sup>a</sup> Parte).

Si acaso destacar que el 50 por ciento de los recurrentes en términos generales son las trabajadoras y trabajadores, en buena medi-

da debido al alto número de recursos presentados ante los TSJ. Por razones obvias, también hay que apuntar que las trabajadoras y trabajadores están detrás de los 8 recursos ante el Tribunal Constitucional. Como contrapunto, las trabajadoras y trabajadores han visto recurridas sus sentencias en el 38,1% de los casos, siendo las empresas quienes más recurren (33,7%) y la Administración (17,2%).

**Tabla 25. Tipo de parte en el proceso y órgano judicial ante el que se presentan los recursos en temas de conciliación. Años 2010-2012 (n, %)**

		Administr. Pública	Trabajador/a	Empresa	Organización	TOTAL
Tribunal Constituc.	Recurrentes	-	8	-	-	8
		-	100,0%	-	-	100%
	Afectados recurso	7	-	1	-	8
		87,5%	-	12,5%	-	100%
Tribunal Supremo	Recurrentes	15	10	7	10	42
		35,7%	23,8%	16,7%	23,8%	100%
	Recurridos	6	20	13	4	43
		14,0%	46,5%	30,2%	9,3%	100%
Tribunales Superiores de Justicia	Recurrentes	43	151	78	16	288
		14,9%	52,4%	27,1%	5,6%	100%
	Recurridos	69	127	116	23	335
		20,6%	37,9%	34,6%	6,9%	100%
TOTAL <sup>a</sup>	Recurrentes	58	169	85	26	338
		17,2%	50,0%	25,1%	7,7%	100%
	Recurridos	82	147	130	27	386
		21,2%	38,1%	33,7%	7,0%	100%

<sup>a</sup>Tabla de opciones múltiples (N = 331).

Dando un paso más en la desagregación de los datos se ha buscado conocer la distinta posición de las Administraciones Públicas y de las empresas cuando son parte de procesos relativos a derechos de conciliación. Respecto a los procesos en primera instancia, en los casos en que la Administración Pública es parte del proceso, su posición fue más variada. Si en los casos analizados en primera instancia, era demandada en un 97% de las ocasiones, ahora su distribución entre parte recurrente y recurrida está más equilibrada, sin duda en función del fallo que se haya obtenido en instancias

anteriores. Al igual que ocurría antes, los datos deben considerarse en su conjunto y, desde esta perspectiva, la mayor participación de la Administración Pública siguió siendo como empleadora (63% de las sentencias analizadas en la Tabla 26).

**Tabla 26. Sentencias que resuelven recursos en que es parte la Administración Pública, en función de su condición y de su situación como recurrente o recurrida. Años 2010-2012 (n, %)**

	Recurrente		Recurrido	
	n	%	n	%
Dirección/Inspección de Trab.	1	2%	1	1,1%
INSS / TGSS	25	41%	29	30,5%
Admin. como empleadora	34	56%	64	67,4%
No especificado	1	2%	1	1,1%
TOTAL	61	100%	95	100,0%

En cuanto al tipo de organismo de la Administración implicado, conviene destacar que es muy marginal la intervención de la Inspección de Trabajo, cuyas intervenciones apenas tuvieron presencia entre los asuntos judicializados. La intervención del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) o de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) ante los tribunales fue mucho más numerosa (35% de los casos en la Tabla 26).

**Tabla 27. Recursos ante instancias jurisdiccionales y Tribunal Constitucional en que es parte una empresa, en función del tipo de empresa y de su posición procesal. Años 2010-2012 (%)**

	Recurrente		Recurrido	
	n	%	n	%
Pública	7	8%	6	4,6%
Privada	80	92%	122	93,1%
No especificado	0	0%	3	2,3%
TOTAL	87	100%	131	100%

Cuando en las sentencias analizadas es parte una empresa, pueden hacerse consideraciones análogas a las realizadas arriba para la Administración Pública. Tomados los datos en conjunto, se trata de



empresas privadas en un 93% de los casos (Tabla 27). Por otro lado y al margen de la titularidad, su posición procesal sigue un recorrido análogo al de la Administración Pública: si, en las sentencias analizadas en primera instancia, la posición más común era la de demandada (95% de los casos), ahora la posición se disgrega en función del contenido del fallo en instancias anteriores entre un 40% como parte recurrente y un 60% como parte recurrida.

## 2. OBJETO ESPECÍFICO DE LAS SENTENCIAS SOBRE RECURSOS

La posibilidad de indagar con mayor profundidad el contenido de las sentencias ofrece notable información sobre la concreción de los derechos de conciliación en nuestro contexto. Tal como se explicó en la parte segunda, las sentencias pueden estar encuadradas bajo distintos epígrafes temáticos, sobre todo en algunas combinaciones como las discusiones por la concreción horaria en los casos de reducción de jornada o el encadenamiento de conflictos laborales que se arrastran desde el embarazo hasta la maternidad y la lactancia.

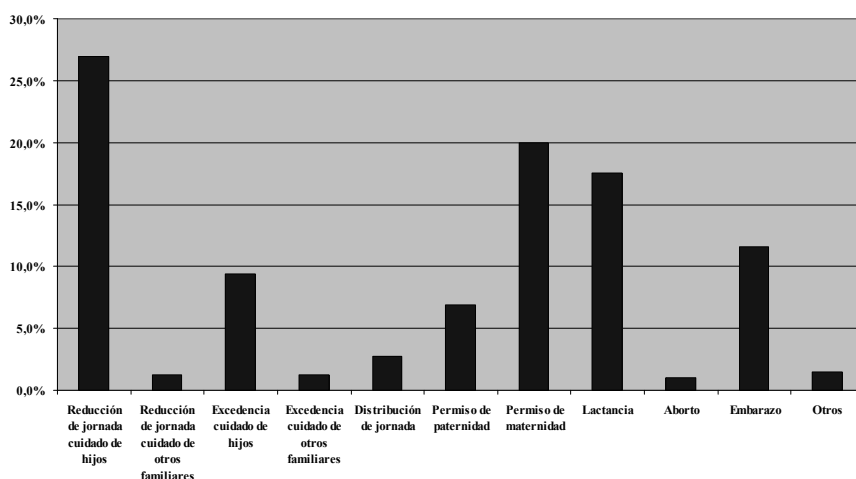
**Tabla 28. Objeto específico del procedimiento judicial en recursos sobre conciliación. Años 2010-2012 (%)**

	n	%
Reducción de jornada cuidado de hijos	109	26,9%
Red. de jda. cuidado de otros familiares	5	1,2%
Excedencia cuidado de hijos	38	9,4%
Excedencia cuidado de otros familiares	5	1,2%
Distribución de jornada	11	2,7%
Permiso de paternidad	28	6,9%
Permiso de maternidad	81	20,0%
Lactancia	71	17,5%
Aborto	4	1,0%
Embarazo	47	11,6%
Otros	6	1,5%
<b>TOTAL<sup>a</sup></b>	<b>405</b>	<b>100%</b>

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 331).

En términos generales, como se muestra en la Tabla 28, los asuntos que concentran más recursos son los relacionados con la reducción de jornada, alcanzando hasta un 26,9% de los casos (que a su vez traen como causa, en un 96%, el cuidado de hijos/as) y los permisos que se articulan en torno a derechos vinculados a la reproducción, como muestra con claridad el Gráfico 8.

**Gráfico 8. Objeto específico del procedimiento judicial en recursos sobre conciliación. Años 2010-2012 (n)**



Respecto a las sentencias de primera instancia analizadas (Tabla 12), las excedencias perdieron peso relativo ligeramente (quedándose en torno al 10%, frente al 14% de aquellas). Un descenso –muy ligero, insistimos– que seguramente guarda relación con el descenso en la proporción de asuntos pertenecientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Dicho lo anterior, para analizar estos datos, lo primero es desagregarlos según la participación de hombres y mujeres como recurrentes en los procesos que estamos considerando. Con esta finalidad, se cruzaron las variables pertinentes para analizar la distribución según el sexo de los y las trabajadoras recurrentes en

función del objeto de la petición. Con la excepción lógica de los permisos de paternidad, la distribución pone en evidencia que quienes concilian mayoritariamente son las mujeres y que además concilian para el cuidado de los hijos e hijas (Tabla 29). En términos generales puede hablarse de una proporción del 84-16%, pero en algunos supuestos como las excedencias para el cuidado de hijos o hijas puede alcanzar proporciones del 95,6-4,3%. Obviamente estos datos son un motivo de preocupación en cuanto al avance de la corresponsabilidad en la conciliación por lo que se abordarán en una reflexión más profunda en el capítulo, utilizando para su interpretación las informaciones obtenidas en la investigación cualitativa.

**Tabla 29. Género de las partes según el objeto específico del procedimiento judicial en recursos sobre conciliación presentados por trabajadoras y trabajadores Años 2010-2012 (n, %)**

	Mujer		Hombre		TOTAL	
	n	%	n	%	N	%
Reducción de jornada cuidado de hijos	46	85,19%	8	14,8%	54	100%
Red. de jda. cuidado de otros familiares	1	100%	–	–	1	100%
Excedencia cuidado de hijos	22	95,65%	1	4,3%	23	100%
Excedencia cuidado de otros familiares	2	100%	–	–	2	100%
Distribución de jornada	5	62,50%	3	38%	8	100%
Permiso de paternidad	–	–	16	100%	16	100%
Permiso de maternidad	37	90,24%	4	9,8%	41	100%
Lactancia	34	97,14%	1	2,9%	35	100%
Aborto	1	100%	–	–	1	100%
Embarazo	23	100%	–	–	23	100%
Otros	4	100%	–	–	4	100%
TOTAL	175	84%	33	16%	208	100%

En este punto hay que constatar que comienzan aparecer sentencias relacionadas con el ejercicio de derecho sobre el permiso de maternidad y con el de lactancia por parte de algunos padres. Al respecto, por regla general se trata de casos en los que las madres no cumplen los requisitos para pedir ese permiso y lo pedían los pa-

dres. La discusión en estas sentencias se centra en si la madre tiene derecho y, a partir de ahí, si puede disfrutarlo el padre. Al respecto cabe recordar que recientemente se ha reconocido que los padres podrán solicitar el permiso de lactancia, independientemente de que la madre trabaje por cuenta ajena o no<sup>13</sup>, avanzándose así hacia la consideración de la titularidad de este derecho como un derecho individual tanto de las trabajadoras como de los trabajadores. Estos supuestos aumentan significativamente en las sentencias de primera instancia analizadas, donde los permisos por lactancia solicitados por los padres han supuesto casi un 59% de los asuntos sobre lactancia recogidos en la base de datos del CENDOJ.

Dando un paso más, conviene plantearse un análisis más pormenorizado de las distintas materias o objetos específicos de las peticiones que han dado lugar a los procedimientos que se analizan en este apartado.

Dentro de los recursos relativos al ejercicio del derecho a reducción de jornada por el cuidado de hijos, los supuestos más frecuentes se refirieron a la existencia de despidos o de ausencia de renovación del contrato al solicitar el paso a esta situación o encontrándose en ella (Tabla 30). Algo por detrás, estuvieron los conflictos relativos a la «distribución horaria», que no aluden al reconocimiento de este derecho, sino más bien a su funcionamiento efectivo en el contexto de la organización empresarial. En cualquier caso, no debe extrañar que las cuestiones horarias susciten tanta controversia, ya que la dificultad de llevar a cabo la conciliación de la vida personal o familiar y laboral implica que la fijación de ciertas horas de reducción y no de otras pueda ser decisiva para la efectividad de estos derechos. En el resto de categorías temáticas codificadas existe bastante dispersión.

---

<sup>13</sup> En el capítulo 10 de la segunda parte, Dolores Morondo, analiza las repercusiones del caso Roca Álvarez (STJUE de 30 de septiembre de 2010). Dicha sentencia tiende a reconocer al padre trabajador un derecho autónomo del permiso de lactancia como forma de conciliación de la vida laboral y familiar que no reproduzca estereotipos relativos a la división de papeles entre mujeres y hombres en relación al cuidado de los hijos. Esta jurisprudencia, por otro lado, se proyectó en nuestro ordenamiento jurídico con la reforma legal del mercado laboral de 2012.

**Tabla 30. Concreción del objeto del procedimiento judicial en los casos de reducción de jornada por cuidado de hijos o hijas. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Despido o no renovación del contrato	43	39,4%
Distribución horaria	27	24,8%
Uso indebido / discusión sobre la situación de hecho	6	5,5%
Modificación de las condiciones de trabajo	3	2,8%
Cálculos para indemnizaciones o prestaciones de la empresa (antigüedad, retribución íntegra, etc.)	6	5,5%
Cálculos para Seguridad Social	5	4,6%
Cuestiones Procesales	3	2,8%
Estatuto aplicable (c-a)	–	–
Otros	16	14,7%
<b>TOTAL<sup>a</sup></b>	<b>109</b>	<b>100%</b>

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 109).

En los supuestos de excedencia (Tabla 31), tanto para el cuidado de hijos como de familiares, un momento de especial dificultad es el de la reincorporación al puesto de trabajo. A este respecto, tanto la imposibilidad misma de reincorporarse como la modificación de las condiciones de trabajo al tiempo de la reincorporación centran una proporción relevante de los casos (33% de los supuestos respecto al cuidado de hijos/as; 40% de los supuestos respecto al de familiares). Además, existe una proporción muy relevante de casos (45%) en que se discute la compatibilidad con otros derechos; lo que se refiere a situaciones en que las excedencias han seguido o se encadenan con otros permisos de maternidad, reducciones de jornada, etc.

**Tabla 31. Concreción del objeto del procedimiento judicial en casos de excedencia por cuidado de hijas e hijos. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Reincorporación. Despido, no renovación o impedimento	18	24,66%
Reincorporación. Modificación de las condiciones de trabajo	6	8,22%
Desempeño de trabajo persistente la excedencia	2	2,74%
Compatibilidad de la reducción de varios trabajadores	0	0,00%

	n	%
Uso indebido / discusión sobre la situación de hecho	2	2,74%
Cálculos para indemnizaciones o condiciones de la empresa	1	1,37%
Cálculos para Seguridad Social	4	5,48%
Compatibilidad con otros permisos	33	45,21%
Cuestiones Procesales	–	–
Estatuto aplicable	–	–
Otros	7	9,59%
TOTAL <sup>a</sup>	73	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 38).

Respecto a los supuestos de distribución de jornada, conviene aclarar que son casos que se combinan con la controversia por el ejercicio de otros derechos. No cabe concreción horaria si no hay reducción. Así, los asuntos de distribución de la jornada se suscitan a propósito del ejercicio de opciones de reducción de jornada (en 7 casos), de lactancia (1 caso) o de excedencia para el cuidado de hijos/as (1 caso). Ello no obsta para que en algunos supuestos, la discusión se centre en el derecho como tal a una distribución de jornada capaz de mantener la conciliación de la vida personal y laboral, en contraste con un reconocimiento de los derechos de conciliación al margen de este plano de concreción que resulta decisivo para su efectividad.

En los supuestos de permiso por paternidad (Tabla 32), resulta muy destacable la proporción del 25% que supusieron los casos en que la discusión se centró en la compatibilidad de este permiso con otros, en concreto con los permisos disfrutados con la madre. Como se verá en análisis más detallados, el supuesto típico es el de un padre que pretende el ejercicio de la parte de los permisos de paternidad cuando está en discusión el derecho de la madre a disfrutarlos porque no tiene una relación de empleo por cuenta ajena estable o aparecen controversias sobre esta cobertura en sistemas de mutuas que cubren a determinados trabajadores autónomos.

El resto de los supuestos tuvieron una distribución similar a otros permisos de este tipo, donde el foco de mayor controversia sigue

siendo el despido o la ausencia de renovación del contrato al solicitar, encontrarse o reincorporarse tras el disfrute del permiso.

**Tabla 32. Concreción del objeto del procedimiento judicial en los casos de permisos de paternidad. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Duración / compatibilidad con otros permisos	4	12,5%
Estatuto aplicable (c-a)	1	3,1%
Despido o no renovación del contrato	8	25,0%
Compatibilidad de la reducción de varios trabajadores	1	3,1%
Uso indebido / discusión sobre la situación de hecho	–	–
Modificación de las condiciones de trabajo	1	3,1%
Cálculos para indemnizaciones o prestaciones de la empresa	1	3,1%
Cálculos para Seguridad Social	–	–
Cuestiones Procesales	2	6,3%
Compatibilidad con otros permisos (corresponsabilidad)	8	25,0%
Otros	6	18,8%
<b>TOTAL<sup>a</sup></b>	<b>32</b>	<b>100%</b>

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 28).

La concentración en los supuestos más clásicos de conflicto judicial resultó especialmente visible en los casos de licencias por maternidad (Tabla 33). En estos temas, el 56% de los asuntos se refirieron a despidos realizados al solicitar la licencia, mientras se encontraban o al reincorporarse del ejercicio de estos derechos o bien a supuestos en que se modificaron las condiciones de trabajo al reincorporarse al puesto.

El resto de subcategorías tienen una distribución más homogénea, de entre las que conviene destacar los supuestos en que el ejercicio de estos derechos entra en conflicto con el cálculo de otras prestaciones ante el sistema de Seguridad Social o de remuneraciones atípicas en el interior de la empresa, por cuanto que estos son supuestos escasamente visibilizados, pero que condicionan el mantenimiento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el contexto de ejercicio de los derechos de conciliación.

**Tabla 33. Concreción del objeto del procedimiento judicial en los casos de permisos de maternidad. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Uso indebido / discusión sobre la situación de hecho	7	8,05%
Despido o no renovación del contrato	32	36,78%
Duración / compatibilidad con otros permisos	2	2,30%
Modificación de las condiciones de trabajo	17	19,54%
Cálculos para indemnizaciones o prestaciones de la empresa	6	6,90%
Cálculos para Seguridad Social	8	9,20%
Cuestiones Procesales	2	2,30%
Compatibilidad con otros permisos (corresponsabilidad)	1	1,15%
Otros	12	13,79%
TOTAL <sup>a</sup>	87	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 81).

En los supuestos de lactancia (Tabla 34), los casos de despido o de modificación de las condiciones de trabajo ocuparon una proporción también relevante del 35% de los subtemas suscitados en las sentencias. Sobre esta característica compartida, conviene destacar dos particularidades. La primera se refiere al peso que tienen las controversias relativas al mismo uso o ejercicio del derecho (7,8% de los temas). Y la segunda se refiere a los supuestos referidos a situaciones de riesgo durante la lactancia (16,7%). Ambos casos guardan relación probable con la propia heterogeneidad de formas en que se concreta este derecho.

**Tabla 34. Concreción del objeto del procedimiento judicial en los casos de permisos de lactancia. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Uso indebido / discusión sobre la situación de hecho	7	7,8%
Modificación de las condiciones de trabajo	9	10,0%
Cálculos para indemnizaciones o prestaciones de la empresa	7	7,8%
Cuestiones Procesales	3	3,3%
Compatibilidad con otros permisos (corresponsabilidad)	4	4,4%
Riesgo	15	16,7%



	n	%
Despido	23	25,6%
Duración	9	10,0%
Estatuto aplicable	1	1,1%
Otros	12	13,3%
TOTAL <sup>a</sup>	90	7,8%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 71).

Por último, las sentencias que conocen asuntos relativos a la protección de la igualdad efectiva en supuestos de embarazo siguieron un esquema más homogéneo (Tabla 35). Al respecto, llama singularmente la atención que un 62,7% de los casos se refirieron a supuestos de despido en situación de embarazo; un 10% de casos a la modificación de las condiciones de trabajo; y un 25,5% se refieren al tratamiento de situaciones de riesgo durante el embarazo. El resto de las categorías objeto de codificación tuvieron una presencia mucho menor en los casos de embarazo, algo obvio porque los dos supuestos antes mencionados solo dejan opciones de distribución inferiores al 12%.

**Tabla 35. Concreción del objeto del procedimiento judicial en casos de embarazo. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Modificación de las condiciones de trabajo	3	5,9%
Cálculos para indemnizaciones o prestaciones de la empresa	1	2,0%
Despido	32	62,7%
Duración	1	2,0%
Riesgo	13	25,5%
Otros	1	2,0%
TOTAL <sup>a</sup>	51	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 47).

En definitiva, si hay algo que destacar es el hecho de que los derechos de conciliación plantean problemas para la trabajadoras –y para los trabajadores– y en muchos casos se producen modificaciones de las condiciones de trabajo y, sobre todo, llama la atención el alto número de despidos sobre los que versan los conflictos deriva-

dos de su ejercicio sustanciados en sede judicial. Valgan como ejemplo algunos datos de los datos ya expuestos: casos de embarazo, 62,7%; lactancia, 25,6%; permisos de maternidad, 36,8%; permisos de paternidad, 25%; excedencias, 24,7%; reducción de jornada por cuidado de hijos o hijas 39,4%. Si a ello sumamos los altos porcentajes referidos a la modificación de las condiciones de trabajo, pensamos que son cifras para reflexionar.

### 3. ASPECTOS TÉCNICO-JURÍDICOS: NORMAS INVOCADAS, JURISPRUDENCIA Y TIPO DE RESOLUCIÓN

Las normas invocadas en las instancias superiores tuvieron una distribución similar a las de primera instancia. El Estatuto de los Trabajadores, como norma receptora de buena parte de los cambios introducidos por la legislación de igualdad en los últimos años, es la norma más citada (aparece invocado hasta en un 72% de los casos analizados). El resto de normas españolas tuvieron una cantidad mucho menor de citas, aunque la Constitución y la propia LO 3/2007 (LOIMH) se encuentran entre las más invocadas (Tabla 36).

**Tabla 36. Normas invocadas en las sentencias que resuelven recursos analizadas. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
CEDAW	0	0,0%
CEDH	1	0,1%
Carta de Derechos Fundamentales de la UE	1	0,1%
Código Civil	39	4,6%
Constitución	93	10,9%
Convenio colectivo	72	8,4%
Directiva 2006/54/CE	7	0,8%
Directiva 96/34/CEE	8	0,9%
Directiva 2000/43/CE	3	0,4%
Directiva 88/2003/CE	1	0,1%
Directiva 2002/73/CE	7	0,8%
Directiva 76/207/CEE	9	1,1%

	n	%
Directiva 92/85/CEE	25	2,9%
Directiva 2000/78/CE	1	0,1%
Estatuto de Trabajadores	238	27,8%
Ley 39/1999 (LCVFL)	42	4,9%
Otros (conciliación)	14	1,6%
Ley 51/2003 (discapacidad)	2	0,2%
Ley 7/2007 (EBEP)	22	2,6%
Ley de Igualdad autonómica	1	0,1%
Ley General de Seguridad Social	66	7,7%
LO 3/2007 (LOIMH)	79	9,2%
Tratados UE	2	0,2%
Otros	123	14,4%
TOTAL <sup>a</sup>	856	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 331).

Desde una perspectiva supranacional, el impacto de la normativa comunitaria e internacional resulta bastante reducido. A excepción de la Directiva 92/85/CEE, sobre seguridad en el trabajo, el resto de las normas precodificadas tuvieron una invocación solo ocasional.

Para analizar la aplicación del derecho en estas materias, puede resultar útil desagregar los datos según el orden jurisdiccional, tanto en lo que se refiere a normas concretas (Tabla 37) como en lo que se refiere a procedencia más general de esas normas (Tabla 38).

Aunque la comparación se hace difícil porque el peso de los asuntos conocidos en el orden contencioso-administrativo es menor, en términos generales puede decirse que las normas aplicadas no varían entre ambos órdenes. Como excepción se puede mencionar la mayor invocación del Estatuto de los Trabajadores en el orden de lo social (29,58%-5,49%) y, correlativamente, una mayor apelación al Estatuto Básico de la Función Pública en lo contencioso (14,63%-5,13%).

Por lo demás, hay que advertir que en el orden contencioso, la presencia de «otras» normas no precodificadas ha sido muy alta (46,95%), lo que indica una mayor dispersión normativa y sobre todo la presencia de normas no directamente asociadas con los temas de conciliación.

**Tabla 37. Comparativa de normas invocadas en las sentencias que resuelven recursos en función del orden jurisdiccional. Años 2010-2012 (n, %)**

	Social		Administr.		TC		TOTAL	
	n	%	n	%	n	%	n	%
CEDAW	–	–	1	0,61%	–	–	1	0,09%
CEDH	1	0,12%	–	–	–	–	1	0,09%
Carta de Derechos Fundamentales UE	1	0,12%	–	–	–	–	1	0,09%
Código Civil	43	5,05%	5	3,05%	0	–	48	4,55%
Constitución	96	11,27%	13	7,93%	8	20,51%	117	11,09%
Convenio colectivo	80	9,39%	2	1,22%	2	5,13%	84	7,96%
Directiva 2006/54/CE	8	0,94%	–	–	1	2,56%	9	0,85%
Directiva 96/34/CEE	9	1,06%	3	1,83%	1	2,56%	13	1,23%
Directiva 2000/43/CE	3	0,35%	–	–	–	–	3	0,28%
Directiva 88/2003/CE	1	0,12%	–	–	–	–	1	0,09%
Directiva 2002/73/CE	6	0,7–	2	1,22%	1	2,56%	9	0,85%
Directiva 76/207/CEE	8	0,94%	4	2,44%	3	7,69%	15	1,42%
Directiva 92/85/CEE	25	2,93%	2	1,22%	–	–	27	2,56%
Directiva 2000/78/CE	1	0,12%	–	–	–	–	1	0,09%
Estatuto de Trabajadores	252	29,58%	9	5,49%	6	15,38%	267	25,31%
Ley 39/1999 (LCVFL)	43	5,05%	8	4,88%	4	10,26%	55	5,21%
Otros (conciliación)	12	1,41%	–	–	2	5,13%	14	1,33%
Ley 51/2003 (discapacidad)	2	0,23%	–	–	–	–	2	0,19%
Ley 7/2007 (EBEP)	14	1,64%	24	14,63%	2	5,13%	40	3,79%
Ley de Igualdad CCAA	0	–	1	0,61%	–	–	1	0,09%
Ley General de Seg. Social	68	7,98%	–	–	2	5,13%	70	6,64%
LO 3/2007 (LOIMH)	81	9,51%	13	7,93%	6	15,38%	100	9,48%
Tratados UE	2	0,23%	–	–	–	–	2	0,19%
Otros	96	11,27%	77	46,95%	1	2,56%	174	16,49%
TOTAL <sup>a</sup>	852	100%	164	100%	39	100%	1055	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 331).

A su vez, la Tabla 38 permite ver con mayor nitidez el peso central de la normativa de procedencia estatal (66,26%) en relación con otras fuentes del derecho en estos supuestos. Siendo de destacar también el peso relativamente importante de los Convenios colectivos en el orden de lo social (9,39%). La comparación, por lo demás, está muy condicionada por el dato antes referido de una importante presencia de normas no categorizadas en el orden contencioso administrativo. Al igual que ocurría con la Tabla III.22, esta muestra también el escaso peso de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, en particular de la CEDAW, en la fundamentación de las sentencias sobre conciliación en lo que podríamos llamar instancias superiores.

**Tabla 38. Normas invocadas en las sentencias que resuelven recursos en función del orden jurisdiccional y de la procedencia de la norma. Años 2010-2012 (n, %)**

	Social		Administrat.		TC		Total	
	n	%	n	%	n	%	n	%
Internacional	1	0,12%	1	0,61%	–	–	2	0,19%
UE	64	7,51%	11	7%	6	15%	81	7,68%
Estatal	599	70,31%	72	44%	28	72%	699	66,26%
Autonómico	–	–	1	0,61%	–	–	1	0,09%
Convenio colectivo	80	9,39%	2	1,22%	2	5,13%	84	7,96%
Otros	108	12,68%	77	46,95%	3	7,69%	188	17,82%
TOTAL <sup>a</sup>	852	100%	164	100%	39	100%	1055	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 331).

Otra vía para completar el análisis de las normas invocadas en la resolución de estos asuntos de conciliación se dirige a concretar tales normas en las distintas áreas temáticas que se han definido. Aunque la distribución de las normas es bastante coherente con la aparecida en las Tablas más generales, de este modo es posible apreciar mejor su peso en la resolución de las distintas materias. Aunque el hecho de que muchas normas referencias a materias de conciliación no tuvieran ningún registro en estos temas puede ofre-

cer información relevante, se ha preferido omitir esos registros con la intención de simplificar las tablas ofrecidas.

En el caso de la reducción de jornada por cuidado de hijos se aprecia un claro predominio del Estatuto de los Trabajadores como fuente normativa (Tabla 39). El Estatuto aparece citado casi en el 80% de los casos analizados. La Constitución, la Ley Orgánica de Igualdad y los Convenios Colectivos tienen una frecuencia de entre el 25 y el 30%.

**Tabla 39. Normas invocadas en sentencias que resuelven recursos para supuestos de reducción de jornada por cuidado de hijas/os. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
CEDH	1	0,4%
Carta DF UE	1	0,4%
Código Civil	12	4,6%
Constitución	35	13,4%
Convenio colectivo	31	11,8%
Directiva 96/34/CEE	2	0,8%
Directiva 2000/43/CE	1	0,4%
Directiva 2002/73/CE	3	1,1%
Directiva 76/207/CEE	3	1,1%
Directiva 92/85/CEE	2	0,8%
Directiva 2000/78/CE	1	0,4%
Directiva 2006/54/CE	2	0,8%
Estatuto de Trabajadores	86	32,8%
Ley 39/1999 (LCVFL)	9	3,4%
Ley 7/2007 (EBEP)	6	2,3%
Ley General de Seguridad Social	8	3,1%
LO 3/2007 (LOIMH)	28	10,7%
Tratados UE	1	0,4%
Otros	27	10,3%
Otros (conciliación)	3	1,1%
<b>TOTAL<sup>a</sup></b>	<b>262</b>	<b>100%</b>

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 108).

Respecto de la reducción de jornada por cuidado de familiares, el número de casos analizados es demasiado pequeño como para obtener resultados concluyentes y por otro lado no aparecen variaciones significativas.

En los casos de excedencia por cuidado de hijos se mantienen las tendencias generales. Las normas internacionales aquí citadas son las relativas a la igualdad en el acceso al empleo y a la protección de la trabajadora embarazada.

**Tabla 40. Normas invocadas en sentencias que resuelven recursos para supuestos de excedencia para el cuidado de hijas e hijos. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Código Civil	3	3,6%
Constitución	9	10,7%
Convenio colectivo	10	11,9%
Directiva 2002/73/CE	2	2,4%
Directiva 76/207/CEE	1	1,2%
Directiva 92/85/CEE	1	1,2%
Estatuto de Trabajadores	32	38,1%
Ley 39/1999 (LCVFL)	2	2,4%
Ley 51/2003 (discapacidad)	1	1,2%
Ley 7/2007 (EBEP)	1	1,2%
Ley General de Seg. Social	7	8,3%
LO 3/2007 (LOIMH)	4	4,8%
Otros	11	13,1%
TOTAL <sup>a</sup>	84	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 38).

Los datos sobre la excedencia para el cuidado de familiares también son muy poco significativos por el número reducido de casos analizados; al igual que ocurre con los supuestos de distribución de jornada.

En materia de permisos por paternidad se mantienen también las tendencias generales, con dos particularidades. La primera es la cita de la normativa de seguridad social, seguramente por la relación entre la situación de paternidad y las prestaciones de este sistema. La segunda es la cita de normativa internacional, en general la referida a la igualdad en el empleo y más limitadamente a la ordenación del tiempo de trabajo.

**Tabla 41. Normas invocadas en sentencias que resuelven recursos para supuestos de permisos de paternidad. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Código Civil	2	2,6%
Constitución	6	7,7%
Convenio colectivo	3	3,8%
Directiva 88/2003/CE	1	1,3%
Directiva 2002/73/CE	1	1,3%
Directiva 76/207/CEE	2	2,6%
Directiva 2006/54/CE	2	2,6%
Estatuto de Trabajadores	21	26,9%
Ley 39/1999 (LCVFL)	3	3,8%
Ley 7/2007 (EBEP)	7	9,0%
Ley de Igualdad autonómica	1	1,3%
Ley General de Seg. Social	8	10,3%
LO 3/2007 (LOIMH)	7	9,0%
Otros	12	15,4%
Otros (conciliación)	2	2,6%
TOTAL	78	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 28).

Algo parecido sucede en materia de permisos de maternidad. Aquí se mantienen las citas a la normativa sobre seguridad social, así como a la normativa internacional en materia de igualdad, y se agrega la normativa internacional sobre permiso parental y protección de la mujer embarazada.



**Tabla 42. Normas invocadas en sentencias que resuelven recursos para supuestos de permisos de maternidad. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Carta DF UE	1	0,5%
Código Civil	8	3,9%
Constitución	27	13,2%
Convenio colectivo	12	5,9%
Directiva 96/34/CEE	2	1,0%
Directiva 2000/43/CE	3	1,5%
Directiva 2002/73/CE	3	1,5%
Directiva 76/207/CEE	5	2,5%
Directiva 92/85/CEE	4	2,0%
Directiva 2000/78/CE	1	0,5%
Directiva 2006/54/CE	5	2,5%
Estatuto de Trabajadores	53	26,0%
Ley 39/1999 (LCVFL)	9	4,4%
Ley 51/2003 (discapacidad)	2	1,0%
Ley 7/2007 (EBEP)	4	2,0%
Ley General de Seg. Social	21	10,3%
LO 3/2007 (LOIMH)	19	9,3%
Tratados UE	1	0,5%
Otros	22	10,8%
Otros (conciliación)	2	1,0%
TOTAL <sup>a</sup>	204	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 81).

En los procesos de lactancia las tendencias generales se mantienen, matizadas del siguiente modo. En lo que respecta a la normativa internacional se citan, además de las normas sobre igualdad, las relativas al permiso parental y a la protección de la mujer embarazada. En cuanto a la normativa interna, en un 30% de los casos se cita la Ley Orgánica de Igualdad, lo que representa el supuesto de mayor frecuencia de citación entre todas las categorías temáticas; la normativa de seguridad social también es nombrada, segura-

mente por la vinculación con las prestaciones generadas por la situación de lactancia.

**Tabla 43. Normas invocadas en sentencias que resuelven recursos para supuestos de permisos de lactancia. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Código Civil	7	3,8%
Constitución	12	6,6%
Convenio colectivo	14	7,7%
Directiva 96/34/CEE	1	0,5%
Directiva 2000/43/CE	1	0,5%
Directiva 2002/73/CE	2	1,1%
Directiva 76/207/CEE	2	1,1%
Directiva 92/85/CEE	7	3,8%
Directiva 2000/78/CE	1	0,5%
Directiva 2006/54/CE	2	1,1%
Estatuto de Trabajadores	56	30,8%
Ley 39/1999 (LCVFL)	5	2,7%
Ley 51/2003 (discapacidad)	2	1,1%
Ley 7/2007 (EBEP)	1	0,5%
Ley General de Seg. Social	19	10,4%
LO 3/2007 (LOIMH)	22	12,1%
Otros	28	15,4%
TOTAL <sup>a</sup>	182	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 69).

En materia de embarazo se mantienen las tendencias generales y, como era de esperar, se cita la normativa europea relativa al permiso parental y a la protección de la mujer embarazada. Resulta significativo señalar que es en este supuesto que se encuentra el porcentaje más alto de citas de normativa europea (casi en el 30% de los casos se cita la Directiva 92/85/CEE) y el porcentaje más alto de citas de la Constitución (si se excluye el supuesto de distribución de jornada que, por el reducido número de casos analizados, resulta de interpretación equívoca).

**Tabla 44. Normas invocadas en sentencias que resuelven recursos para supuestos de embarazo. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Código Civil	6	4,2%
Constitución	22	15,3%
Convenio colectivo	5	3,5%
Directiva 96/34/CEE	5	3,5%
Directiva 92/85/CEE	14	9,7%
Estatuto de Trabajadores	35	24,3%
Ley 39/1999 (LCVFL)	17	11,8%
Ley 7/2007 (EBEP)	2	1,4%
Ley General de Seg. Social	8	5,6%
LO 3/2007 (LOIMH)	11	7,6%
Tratados UE	1	0,7%
Otros	12	8,3%
Otros (conciliación)	6	4,2%
TOTAL <sup>a</sup>	144	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 47).

Por último, como ocurría en los supuestos seleccionados en primera instancia, los convenios colectivos también tienen un peso notable en las decisiones judiciales en este ámbito, habiéndose computado 76 apelaciones a su contenido, lo que supone un 22% de los casos seleccionados.

A pesar de estos números, la opinión en los Grupos de discusión desatacaba la importancia de la negociación y de los convenios colectivos. En particular insistió en este tema un Inspector de trabajo, participante en el primero de los grupos. Aunque la opinión dominante era que se trata de una fuente en retroceso en la coyuntura actual. Amén de que, en algunos aspectos, no habría acabado de cuajar. En este sentido se manifestaba una abogada laboralista:

... en la mayor parte de los convenios colectivos, hoy en día, lo que sí que está regulado, es el tema de la lactancia, de la posibilidad de acumularla justo después del periodo por maternidad... Y luego el tema de las excedencias... Las reducciones de jornada, si la reducción es por cuidado de hijo, eso en la mayor parte de los convenios ni está ni se le espera. (GD2. 1).

En cuanto a su ámbito territorial (Tabla 45), en estas instancias tuvieron mayor peso los convenios de ámbito estatal (40,8% de las ocasiones en que se invocaron) y los de empresa (en un 31% de los casos).

**Tabla 45. Sentencias que resuelven recursos en las que se invoca un convenio colectivo, en función de su ámbito. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Europeo	0	0,0%
Estatal	31	40,8%
Autonómico	13	17,1%
Provincial	8	10,5%
Empresa	24	31,6%
TOTAL <sup>a</sup>	76	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 331).

Otro dato importante a tener en cuenta como fundamento de las decisiones es la jurisprudencia. Entre las referencias jurisprudenciales que resultaron relevantes en los procesos seleccionados, destaca el recurso a las sentencias de los tribunales españoles ordinarios. También tiene una presencia considerable el Tribunal Constitucional, algo lógico en la medida en que los intereses en juego en estos casos implican a menudo derechos fundamentales, en particular el derecho de igualdad. Sin embargo, el impacto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del TEDH resultó mucho menor, y apenas alcanzó el 6% de las referencias jurisprudenciales relevantes.

**Tabla 46. Sentencias que resuelven recursos en las que se invoca jurisprudencia sobre la materia, en función del tipo de órgano de procedencia. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
TEDH	2	0,7%
Tribunales UE	17	5,7%
Tribunal Constitucional	86	28,7%
Tribunales españoles	195	65%
Otros	0	0%
TOTAL <sup>a</sup>	300	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 331)

Si desagregamos las referencias jurisprudenciales según el objeto específico de las peticiones de conciliación. Como muestra la Tabla 47, desde esta perspectiva tampoco se aprecian grandes diferencias por ejes temáticos. En todos ellos existe un predominio de la jurisprudencia española, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo y otros órganos de la jurisdicción ordinaria con cifras en torno al 75% de media en aquellos temas relevantes a efectos estadísticos.

**Tabla 47. Sentencias que resuelven recursos en las que se invoca jurisprudencia, en función de la materia y del tipo de órgano de procedencia. Años 2010-2012 (n, %)**

	TEDH	Tribunales UE	TC	Tribunales españoles	No cita jurisprud.	TOTAL <sup>a</sup>
Reducc. jornada hijas/os	–	4	29	63	32	128
	–	3,1%	22,7%	49,2%	25,0%	100%
Reducc. jornada familiares	–	–	1	4	1	6
	–	–	16,7%	66,7%	16,7%	100%
Excedencia hijas/os	–	2	12	23	9	46
	–	4,3%	26,1%	50,0%	19,6%	100%
Excedencia familiares	–	1	1	2	2	6
	–	16,7%	16,7%	33,3%	33,3%	100%
Distribución de jornada	–	1	4	7	4	16
	–	6,3%	25,0%	43,8%	25,0%	100%
Permiso paternidad	2	3	7	14	11	37
	5,4%	8,1%	18,9%	37,8%	29,7%	100%
Licencia maternidad	2	7	28	50	19	106
	1,9%	6,6%	26,4%	47,2%	17,9%	100%
Lactancia	–	3	4	12	1	20
	–	15,0%	20,0%	60,0%	5,0%	100%
Licencia aborto	–	–	1	2	2	5
	–	–	20,0%	40,0%	40,0%	100%
Embarazo	–	4	17	30	12	63
	–	6,3%	27,0%	47,6%	19,0%	100%
TOTAL	4	25	104	207	93	433 <sup>a</sup>
	0,9%	5,8%	24,0%	47,8%	21,5%	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 331)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de TEDH son raramente citados, aunque tiene un peso mayor el primero –en consonancia con la presencia de fuentes normativas de la UE en los fundamentos normativos–. Quizá a destacar el 15% de sentencias sobre lactancia, pero hay que subrayar que el número de sentencias analizadas sobre esta materia es bajo. Por último, señalar que en todas las categorías hay un porcentaje relevante de sentencias que no contienen citas jurisprudenciales –en torno al 20% de media–.

**Tabla 48. Sentido del fallo en sentencias que resuelven recursos. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Estimación total	85	25,7%
Estimación parcial	27	8,2%
Desestimación	219	66,2%
TOTAL	331	100%

Para finalizar, como se ha hecho en el capítulo anterior con respecto a las sentencias de primera instancia, cabe examinar el sentido del fallo de las sentencias dictadas en los asuntos recurridos. Al tratarse de situaciones de recurso, no es posible inferir del contenido de los fallos más o menos atención judicial a las reclamaciones sobre derechos de conciliación, como podía hacerse con ciertos límites en el segundo capítulo. Sin embargo, sí puede obtenerse una imagen acerca de la admisibilidad del contenido de los recursos en estas materias. Al respecto, como muestra la Tabla 48 se produce estimación total en el 25,7% de los asuntos recurridos; estimación parcial 8,2%; y desestimación en el 66,2%, lo cual nos da una la preponderancia de los asuntos desestimados muy por encima del 50%.



## Capítulo 4

# Luces y sombras en torno a la conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

---

La investigación realizada ha buscado conocer si el acceso a la justicia en la tutela de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral confirma en la práctica su proyección como derechos de igualdad. Al respecto, *a priori*, en el plano normativo, el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se contempla como un derecho de igualdad tendente a plasmar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares y erradicar las discriminaciones de la mujer en el mercado laboral y en las relaciones familiares. La praxis jurisdiccional permite contrastar –directa e indirectamente– si los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral son *efectivos* en la práctica y, a partir de ahí, si son *eficaces* los fines y valores igualitarios asociados al planteamiento de una conciliación corresponsable. Para ello, será fundamental conocer si los derechos de conciliación se configuran o no desde un punto de vista fáctico como derechos de igualdad. En consecuencia, en este apartado se van a volver a analizar los datos obtenidos y se va a profundizar en la interpretación de los mismos desde la perspectiva apuntada. A tal efecto, los datos cuantitativos procedentes del análisis de contenido de las sentencias estudiadas se complementarán con la información cualitativa que proporcionan los grupos de discusión llevados a cabo.



## 1. LOS VALORES Y FINES DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Los valores y fines que realiza la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el sistema jurídico español pueden rastrear-se a partir de las Directivas de la Unión Europea que han inspirado algunas reformas legales<sup>14</sup>; pero sobre todo, como ponen en evidencia la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en la propia Constitución Española.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, *para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, subraya en su exposición de motivos que «la incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo» y como consecuencia se «hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada». Es claro que esta Ley apuesta por unos derechos de conciliación en términos de igualdad y, según se afirma en su exposición de motivos, lo hace con base en el artículo 14 CE que protege el derecho a la igualdad poniéndolo en relación con el artículo 39.1 CE, que establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, el artículo 9.2, que atribuye a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas. Con esa finalidad, se añade en la exposición de motivos que esta Ley «introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres».

---

<sup>14</sup> En particular las Directivas 92/1985; 2006/54 y 2010/18.

Un paso definitivo en la consolidación de los fines y valores de la Ley anterior es el que representa la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, que refuerza las iniciativas adelantadas por aquella y las desarrolla con el fin de «corregir la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales». El objetivo de esta ley, según reza en su exposición de motivos, al establecer las previsiones orientadas a realizar el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, estaría orientado a fomentar «una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares». Situando como «la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral» la regulación del «permiso de paternidad». Se establece así un permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo». Este permiso de paternidad de trece días no parece una medida revolucionaria, pero simbólicamente representa un avance considerable en la apuesta por la corresponsabilidad de los hombres en el cuidado de sus hijas e hijos<sup>15</sup>.

La dimensión constitucional de los derechos de conciliación entendidos como derechos de igualdad se deja patente en las leyes a las que hemos hecho referencia. Esta es una cuestión indiscutible hoy en día «tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE); como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)», como han sentado la STC 3/2007, de 15 de enero de 2007 (Sala Primera. Ponente: María Emilia Casas) y la STC 26/2011, de 14 marzo (Sala Primera. Ponente: Manuel Aragón), en la línea de las SSTC 203/2000 y 240/1999). Como consecuencia, se establece que esta dimensión constitucional «ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto».

---

<sup>15</sup> Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, amplió el permiso de paternidad a cuatro semanas; pero todavía no ha entrado en vigor. Tras un nuevo retraso establecido en la disposición final 22 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, esta nueva normativa entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2015. Obviamente, todo ello condicionado a que no haya más retrasos o se acabe derogando.

Tomando pie en lo anterior, resulta evidente de entrada que en el sistema jurídico español el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se contempla como un derecho de igualdad tendente a realizar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares y erradicar las discriminaciones de la mujer en el mercado laboral y en las relaciones familiares. En esta línea, puede afirmarse también que este derecho tiene una dimensión constitucional y ha de ser considerado como un derecho fundamental. Como consecuencia, debe informar todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE) que han de ser puestos en relación con el art. 14 CE y el valor de superior de la igualdad como fundamento de nuestro ordenamiento jurídico (1.1. CE). Todo ello permite reafirmar la consideración de este derecho como un derecho fundamental y otorgarle la máxima protección constitucional, con el fin de que sea protegido normativamente e informe la praxis judicial.

## 2. REFLEXIONES SOBRE CONCILIACIÓN E IGUALDAD EN LA PRAXIS

La pregunta a efectuar en este punto es la de si los avances reseñados, tanto en el plano de la legislación como de la jurisprudencia constitucional, tienen correspondencia en el plano de la praxis jurídica. Esto es, si las peticiones de derechos de conciliación ante las jurisdicciones social y contencioso-administrativa reflejan la consideración de estos derechos como derechos de igualdad y hacen eficaces las reformas legislativas que se han ido produciendo sobre el tema.

En primer lugar hay que decir que la investigación realizada sobre las decisiones judiciales de los tribunales españoles entre 2010 y 2012 evidencia la *efectividad* de las reformas legislativas sobre conciliación de la vida familiar y laboral. Las peticiones de derechos ante la jurisdicción social y ante la jurisdicción contencioso-administrativa representan, en primer lugar, un indicador de conflictividad

al respecto, pero en ese sentido indican también que los derechos de conciliación se están ejerciendo.

La Tabla 49 muestra al respecto cuál es el objeto de las peticiones sobre derechos de conciliación y en ese sentido puede apreciarse que las mismas responden a toda la gama de los mismos. Más concretamente, los temas decididos refieren centralmente a reducción de jornada por cuidado de hijas e hijos, licencias por maternidad, cuestiones de lactancia y asuntos relacionados con el embarazo y otros.

**Tabla 49. Sentencias registradas en función de la materia relativa a la conciliación de la vida familiar y laboral. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Reducción de jornada por cuidado de hijos/as	413	25,40%
Reducción de jornada por cuidado de familiares	18	1,11%
Excedencia por cuidado de hijos/as	150	9,23%
Excedencia por cuidado de familiares	12	0,74%
Distribución de jornada	61	3,75%
Licencias por maternidad	243	14,94%
Licencias por maternidad en caso de aborto	7	0,43%
Permiso de paternidad	91	5,60%
Lactancia	352	21,65%
Permisos y excedencias en ejercicio de derechos de conciliación	48	2,95%
Asuntos relacionados con el embarazo y otros	231	14,21%
TOTAL <sup>a</sup>	1.626	100%

<sup>a</sup> Tabla de opciones múltiples (N = 1.348).

Ahora bien, si profundizamos en la interpretación de estos datos puede apreciarse que la suma de los asuntos registrados sobre reducción de jornada por cuidado de hijas/os, licencias por maternidad, cuestiones de lactancia y asuntos relacionados con el embarazo y otros supone un total del 76% de los temas detectados en los casos seleccionados. En concreto, la distribución de estos asuntos es la siguiente: reducción de jornada por cuidado de hijos/as

(25,40%); excedencia por cuidado de hijos/as (9,23%)<sup>16</sup>; licencias por maternidad (14,94%), licencias por maternidad en caso de aborto (0,43%), lactancia (21,65%), asuntos relacionados con el embarazo y otros (14,21%).

Sin perjuicio de que algunos temas, como las licencias de maternidad y los conflictos relacionados con la lactancia, se den a menudo en los mismos casos, resulta evidente la centralidad del cuidado a los hijos e hijas en el ejercicio de los derechos de conciliación. Con lo cual, todo apunta a que los derechos de conciliación se ejercen para el cuidado de los hijos y que es la mujer la que se encarga de esta tarea. Tesis que se corrobora con el dato de que las peticiones relacionadas con el permiso de paternidad se quedan en apenas un 5,60%.

Lo anterior nos pone en la pista de que una cosa es la *efectividad* y otra cosa es la *eficacia*. Según los resultados de la investigación expuestos en los capítulos precedentes, las reformas legales sobre conciliación de la vida familiar y personal y laboral están siendo aplicadas y una prueba de ello es que dan lugar a porcentajes significativos de casos en términos de conflictividad judicial. Otra cuestión muy diferente es si estas reformas están siendo eficaces a la hora de realizar mayores cotas de igualdad y corresponsabilidad en las relaciones de pareja, en la línea de los valores y fines que las alentaban.

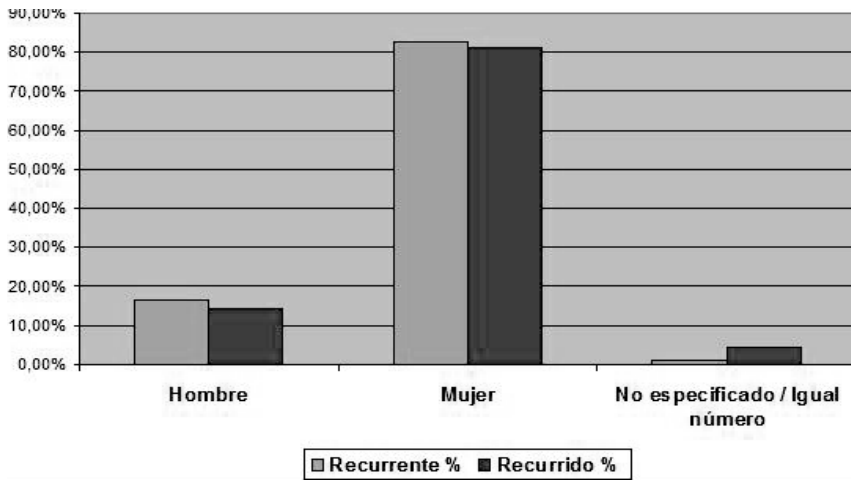
Más concretamente, teniendo en cuenta los datos obtenidos con esta investigación, lo primero que se puede afirmar es que **la conciliación es «cosa de mujeres»**. Si desagregamos los datos recogidos y los analizamos más a fondo, encontramos que quienes acuden a los tribunales y quienes están presentes en los recursos judiciales ya sea como recurrentes o recurridas son las mujeres como muestra claramente el Gráfico 9. Estamos ante un porcentaje superior al 80%, dato que refleja obviamente que quien ejerce su derecho a la conciliación es la mujer e, indirectamente, que la conciliación se aleja de los fines que vinculaban los derechos de conciliación.

---

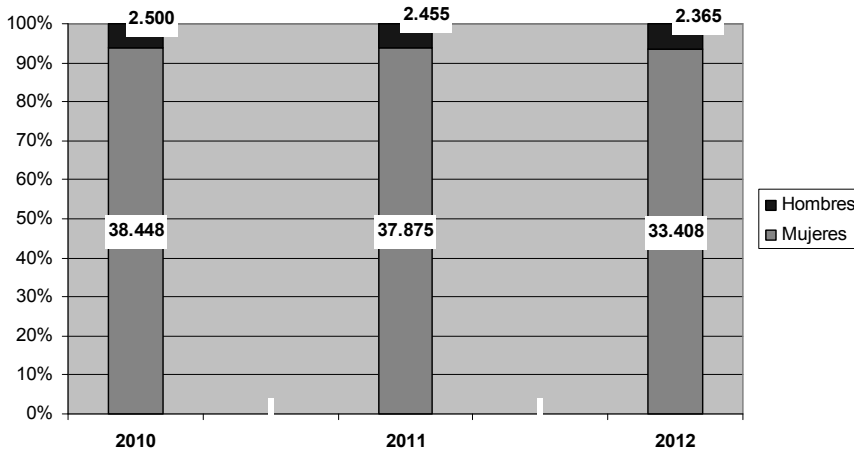
<sup>16</sup> La reducción de jornada por cuidado de familiares (1,11%) y la excedencia por cuidado de familiares (0,74%) tienen una presencia mucho menor que las reducciones y excedencias para el cuidado de hijos e hijas.

liación con la igualdad y el avance de la corresponsabilidad en las tareas del cuidado.

**Gráfico 9. Posición en el proceso de hombres y mujeres en sentencias que resuelven recursos en temas de conciliación. Años 2010-2012 (%)**



**Gráfico 10. Excedencias por cuidados familiares, desagregadas según sexo (2010-2012)**



Fuente: Anuario de Estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ANUARIO2012/PMA/pma03-top-EXCEL.htm>

El dato expuesto más arriba es suficientemente significativo y, por lo demás, se corresponde con las estadísticas existentes elaboradas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Así, por ejemplo, si atendemos a los datos referidos al cuidado de hijos y familiares, como muestra el Gráfico 10, en los años de referencia de la investigación casi el 95% de las excedencias para el cuidado de familiares han sido solicitadas por mujeres. Por lo demás, los datos reseñados se corresponden con la tendencia general de los indicadores recogidos en la investigación que hemos realizado.

Según los datos reseñados, la mayoría de los asuntos sobre derechos de conciliación que se ven en los casos recurridos ponen en evidencia que la mujer está tras la mayoría de las peticiones de conciliación. Por lo demás, una magistrada de lo social que recibe y decide estos casos en primera instancia destaca como perfil de la parte demandante que suele ser una mujer y en este sentido señala:

... suele ser una mujer joven, que tiene una nómina escasa, muy escasa porque no te viene una licenciada o un técnico medio, sino gente con una nómina tan escasa que no puede pagar una guardería porque si tuviera una nómina que se lo permitiera, pagaría la guardería probablemente... (GD1.1).

En este mismo sentido, las demandas de hombres son vistas como algo extraño desde la experiencia de una magistrada y un magistrado titulares de sendos Juzgados de lo social:

— Es que yo no he tenido peticiones de hombres ¿tú una?

— Es un hombre que pide una concreción horaria, pero porque tiene también otro trabajo –es pluriempleado–. Trabajaba cuarenta horas, pide treinta y dos en un determinado horario que la empresa no le concede, pero es claro que la conciliación con la vida familiar queda un poco en entredicho porque por las tardes trabaja en otro sitio... (GD2.3/GD2.5).

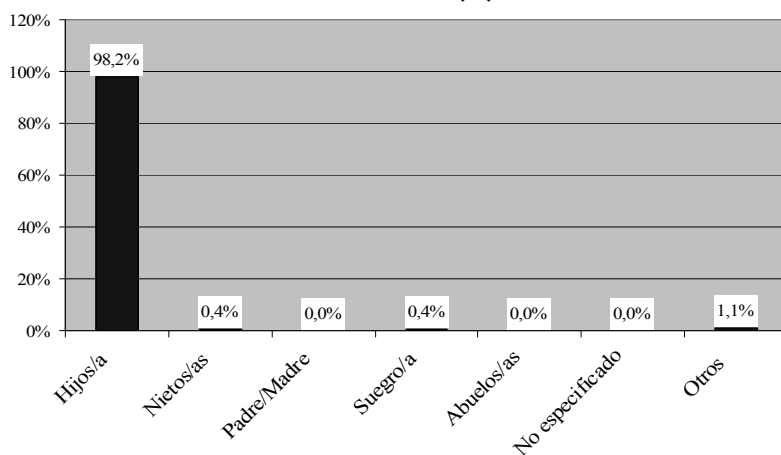
Dando un paso más, los datos obtenidos permiten afirmar que la conciliación no sólo es «cosa de mujeres», sino que además lo es **«para el cuidado de los hijos»**.

**Tabla 50. Cuidados para los que se solicita la conciliación en recursos. Años 2010-2012 (n, %)**

	n	%
Hijos/a	276	98,2%
Nietos/as	1	0,4%
Padre/Madre	–	–
Suegro/a	1	0,4%
Abuelos/as	–	–
No especificado	–	–
Otros	3	1,1%
TOTAL	281	100%

Como muestra la Tabla 50, la conflictividad judicial sobre el tema, de la que podemos inferir cuál es el objeto de las peticiones de conciliación, se centra en el cuidado de los hijos. Estamos hablando de un 98,2 % de los casos, por lo que podemos subrayar que la afirmación realizada es patente<sup>18</sup>, según se puede apreciar de modo evidente en el Gráfico 11.

**Gráfico 11. Cuidados para los que se solicita la conciliación. Recursos, años 2010-2012 (%)**



<sup>18</sup> En las sentencias en primera instancia analizadas, el cuidado prestado a las hijas e hijos supone el 84% de los supuestos y solo uno se refirió al cuidado de madre o padre. Dato significativo también, sobre todo si tenemos en cuenta que hay un número de sentencias en los que este dato no se especifica (9,2%).

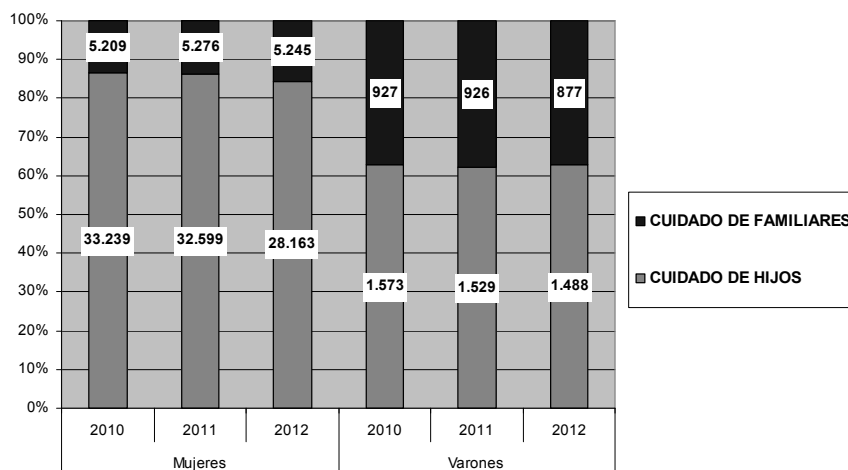


El cuidado de los hijos y de las hijas corresponde a las madres. Este es un dato que también corroboran con carácter general las estadísticas existentes elaboradas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, como puede verse en el Gráfico 12.

Sin embargo acudir a esta fuente nos permite avanzar que las excedencias que solicitan los hombre tienen como objeto específico en una porcentaje bastante más alto el cuidado de familiares. Así, el cuidado de hijos e hijas rondaría el 88% en el caso de las madres, mientras que el cuidado de familiares estaría en torno al 38% en el caso de los hombres.

Como conclusión, parece demostrado que el ejercicio de los derechos de conciliación refuerza el papel de la mujer como cuidadora, fundamentalmente en lo que respecta al cuidado de las hijas e hijos. Los desequilibrios detectados también permiten avanzar como secuela que, en la práctica, los derechos de conciliación que más tutela judicial están demandando son los relacionados con el cuidado de las hijas e hijos, en contraste con la abstracción con que se habían definido tales derechos.

**Gráfico 12. Excedencias para el cuidado de familiares y el cuidado de hijos e hijas, desagregadas por sexo (años 2010-2012)**



Fuente: Anuario de Estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ANUARIO2012/PMA/index.htm>

En definitiva, los datos reseñados ponen en evidencia que la conciliación no ha calado entre los hombres y que como consecuencia no hay reclamaciones de derechos en ese sentido. A partir de aquí las cuestiones emergentes tienen que ver con las razones que determinan que la conciliación sea «cosa de mujeres», en particular cuando hablamos del cuidado de los hijos y de las hijas. En los grupos de discusión realizados abundaron las opiniones que confirmaban estos datos y permiten avanzar en su interpretación. Así, en el primero de los grupos se ponía de manifiesto que

... con las mujeres la conciliación siempre se ha visto normal. Se trata de trabajar con la visión de la conciliación de los hombres también. A veces habría que preguntarle a alguien «¿y no te has cogido el permiso de paternidad?» (GD1.4).

Pero en nuestra cultura, el permiso de paternidad «no está bien visto». En este sentido se manifestaba un magistrado de lo social:

Yo conocí un caso, de un directivo de una empresa, del sector auxiliar del automóvil de aquí de Zaragoza, que él pedía una reducción de jornada y la empresa no se la daba, al final se la dio pero porque no tuvo más remedio que dársela y ya está. Pero esto creó mal ambiente en la empresa. Le hicieron la vida imposible hasta que ese chico se tuvo que salir. Y se trataba de una hora, pero estaba muy mal visto en esa empresa, en ese sector que un hombre, de un puesto directivo además, se cogiera una reducción de jornada para llevar al colegio, porque vivía afuera y no sé qué... son casos extremos. (GD2.5).

Dando un paso más, desde una perspectiva general, la investigación realizada permite afirmar que, a pesar de los avances y de la Ley de Igualdad, en el ejercicio de los derechos de conciliación se pone de manifiesto la **preponderancia del papel de la mujer como cuidadora**, fundamentalmente en lo que respecta al cuidado de las hijas e hijos. Lo cual entroncaría con una situación estructural en la que desde hace siglos se ha asignado a la mujer un papel de cuidadora. En este sentido, se manifestaba una trabajadora social experta en temas de dependencia:

Yo creo que es como más cultural, porque a la mujer se le ha otorgado desde siempre el papel de cuidadora. Es la mujer la que

sabe cuidar igual de niños, de enfermos, de personas mayores. Entonces está claro, en mi opinión ¿eh?, que hombres y mujeres no viven la conciliación ni la igualdad ni el cuidado de la misma manera que lo hacen la mujeres. Y esta es una situación que llevamos arrastrando hace muchos años y todavía hoy por mucha igualdad, por muchos planes, por muchas leyes sigue siendo un peso que recae sobre la mujer, fundamentalmente, pero es algo cultural, totalmente. (GD2.4).

El dato que más claramente corrobora lo que llevamos dicho nos lo proporciona quizá el permiso de paternidad, que no acaba de despegar por muchas razones. Algo que puede comprobarse atendiendo al escaso peso de los permisos de paternidad como objeto de controversia judicial<sup>20</sup>, apenas un 7,7% de los casos que son objeto de recurso. Este porcentaje es todavía es menor si se atiende a la totalidad de las sentencias seleccionadas (5,6%), como ya apuntábamos más arriba (vid. *supra* Presentación). Y que también se pone de manifiesto en el siguiente diálogo que se produce en uno de los Grupos de discusión.

106

- Fijaos, hemos pasado, algo objetivo, de dos días a quince días... Y luego muchos que en la práctica no se lo cogen...
- Sí, eso iba a decir yo también...
- Cuidado, eh... porque *están mal vistos hasta por sus propios compañeros*. (GD2.8/GD2.2).

Opinión que, por lo demás, viene a coincidir con la experiencia de los operadores jurídicos. Al respecto, un magistrado titular de un Juzgado de lo Social apuntó, en uno de los grupos de discusión, que este dato sería un indicador del «inmovilismo» de los hombres:

... si no se judicializan es porque no hay problemas... no piden los permisos, no luchan por ellos, con lo cual no hay problemas. ... *El inmovilismo de los hombres es total*. (GD2 (GD2.5).

---

<sup>20</sup> Lo cual no obsta para que los permisos se estén pidiendo en los supuestos no conflictivos. Con todo, estamos ante un desequilibrio en torno al 20% en la relación entre los permisos de paternidad y maternidad. Vid. *infra* Carolina Gala, «El permiso por paternidad: aspectos legales y problemática judicial», Cap. 9

Al respecto, pueden citarse también las palabras de dos abogadas, participantes en el mismo grupo de discusión:

— los años que llevo ya en el despacho, que ya son unos cuantos, seis o cinco años, tampoco muchos, cinco años que llevo donde estoy ahora, no he visto ni una sola pregunta de permiso por paternidad. Ya no... ya no hablo de procedimientos, sino de consultas de permiso por paternidad. Ni una sola.

— Yo unas cuatro o cinco, llevo casi veinte años, unas cuatro o cinco, más o menos... (GD2.1/GD2.8).

Ante esta situación, otra de las participantes en uno de los grupos de discusión, también abogada, se muestra tajante:

Y yo soy partidaria de permiso de paternidad obligatorio, aunque parezca una barbaridad, y que se amplíe. Además, que a medio o largo plazo se amplíe, salvo las 6 semanas posteriores al parto, se igualen los permisos. (GD1.3).

En el mismo sentido, aunque sin ser tan categórica se pronuncia otra abogada:

Yo creo que la ley si lo que quería era corresponsabilidad, desde luego los permisos son claramente... están claramente desequilibrados. La licencia por maternidad y el permiso de paternidad son claramente... quince días y cuatro meses, una cosa... no se puede pedir corresponsabilidad cuando estás dando quince días. (GD2.1).

Por lo demás, conviene recordar que la petición del permiso de paternidad no sólo choca con obstáculos de tipo cultural. Sobre esta cuestión conviene recordar que siguen existiendo represalias y despidos contra algunos padres cuando solicitan el permiso de paternidad.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Vid. *infra* Carolina Gala, «El permiso por paternidad: aspectos legales y problemática judicial», Cap. 9 de este libro: «Qué ocurre cuando, tras el disfrute del permiso por paternidad, su beneficiario es despedido de la empresa o bien se le comunica, de forma improcedente, que su relación laboral ha finalizado. Y resulta particularmente trascendente por dos motivos: a) por cuanto tales sentencias denotan una voluntad empresarial contraria al disfrute de este tipo de permisos, tal y como, por otra parte, también se manifiesta, desde hace años, en el marco del permiso por maternidad; y, b) que los Tribunales están reaccionando

Es innegable que el tema de los permisos de paternidad tiene una relevancia simbólica evidente. Con todo, uno de los informantes puso en evidencia que la corresponsabilidad va más allá de los permisos de maternidad y paternidad

... la conciliación es un aspecto muchísimo más amplio [que el permiso de paternidad]. ... Donde realmente habría que batirse el cobre, en su caso, poner toda carne en el asador, y contemplarlo de buena manera, es en el resto de la vida de la conciliación. (GD2.7).

Y abundando en la necesidad de ir más allá de las claves simbólicas y culturales, quizá merece la pena reflexionar sobre la cuestión de que uno de los problemas que hace que la conciliación sea cosa de mujeres puede ser su «coste». En este sentido, un informante destaca que además de los valores propios de una estructura social patriarcal, también hay otros factores a tomar en consideración como el coste de la conciliación. Así, reflexiona:

... ¿quién se queda con los niños? La mujer. ¿Es cultural? Vale. Y como es cultural y se queda con los niños por eso la mujer no progresa adecuadamente en la empresa privada, no en la administración pública, porque el que progrese una mujer que puede tener dos o tres hijos al empresario le supone un coste ... hay intereses productivos que hay que atender ... porque, lo que dices, el capital no tiene sexo. (GD2.5).

A lo largo de las discusiones en ambos grupos, hubo varias opiniones que insistieron en esta idea. La conciliación tiene costes económicos para la empresa. A lo cual habría que añadir las dificultades de organización que puede conllevar la conciliación en determinado tipo de empresas y en empresas pequeñas.

Aun dando por descontado que para la empresa «lo que importa es el dinero», también se insiste en que conciliar puede ser positivo para la empresa. En este sentido, una de las participantes, responsable de recursos humanos en una empresa de seguros expone:

---

contra tal voluntad empresarial, aplicando los mecanismos de garantía previstos en el propio Estatuto de los Trabajadores.»

Yo represento a una empresa que es atípica en esto pero, sin embargo, nuestra experiencia es muy positiva. Aunque para nosotros no es porque las cosas sean por ley, sino que estamos convencidos de que la conciliación es positiva para una empresa. Siempre digo que es una forma de gestionar los RRHH y nuestro trabajo es seleccionar a los mejores, desarrollar a la gente y mantener y tenerlos motivados para que trabajen bien. Todo esto se consigue con conciliación. ... Tenemos muy claro que si tú incrementas la satisfacción de los empleados, ellos te dan más compromiso y, al final, eso es rentabilidad para la empresa. Es decir, no es todo ideal, sino que hay números. Una empresa lo mide todo por números. (GD 1.4).

En el mismo sentido, tras manifestar un cierto escepticismo, un informante señala que en ocasiones esto puede funcionar y que los números pueden facilitar la conciliación:

— ... en una gran empresa bancaria en Madrid han decidido apostar por la conciliación y en la planta baja del edificio han montado una escuela infantil.

— A mí eso me parece fantástico.

— Entonces a mí la trabajadora me decía: «¿Tú sabes lo que es para mí? Me he olvidado del estrés (hablamos de una gran ciudad) de llevar el niño a la guardería. Ahora llego, relajadamente lo dejo; cuando salgo de trabajar lo recojo. Me han llamado alguna vez que el niño se ha puesto malo, que tiene fiebre. Pero bajo tranquilamente, no me tengo que recorrer Madrid de una punta a otra. Y la verdad es que estamos encantadas. Entre eso, y el comedor que nos han puesto en la última planta, estamos encantadas». ... Es una apuesta por parte del empresario. Esto es fácil de decirlo en una gran empresa, pero a ver cómo vas a la panadería en cuestión o la peluquería en cuestión a ver cómo nos ayuda a conciliar eso. (GD2.6).

Aunque no está del todo claro, como se aprecia en la oposición de los siguientes puntos de vista entre una abogada y una magistrada, titular de una juzgado de lo social:

— ... si tú sabes que es una buena trabajadora, si le pones las herramientas fáciles, y le permites compatibilizar de una manera natural y real el ser madre con ser buena profesional, sigue adelante.

— Pero eso es posible en determinados trabajos, en trabajos muy cualificados, de una señora ingeniera que hace sus proyectos, que incluso puede trabajar en casa, de un profesional... vamos, tareas más intelectuales. Eso es impensable en una limpiadora, en una cadena de montaje o en una cajera. (GD2.8/GD2.3).

Más allá de este debate, una de las participantes en el primer grupo de discusión, desde la perspectiva de una persona que trabaja en un organismo de igualdad afirma tajantemente:

... debemos seguir planteando que la igualdad es rentable, no solo en el marco empresarial, sino sobre todo en el social, y seguir impulsando políticas familiares con perspectiva de género, que no las he visto nunca y que sería una inversión con rentabilidad. (GD 1.6).

Dejando lo anterior aparte, quizá puede ser interesante destacar, como se puso en evidencia en uno de los grupos de discusión, que hay otro tipo de costes que tienen que ver con la repercusión directa sobre otras personas de las peticiones de conciliación. En este sentido, puso de manifiesto un responsable de recursos humanos:

110

— Hay otra dimensión, que no es solamente el coste llámale para la empresa, para la institución, sino también el coste de los compañeros. Porque esos se me han quejado a mí muchas veces. Es decir, ciertas reducciones no se sustituyen...

— Lo que no haces tú me toca hacerlo a mí...

— Claro, quiero decir, el trabajo, el tiempo de trabajo que no cumple la persona que está conciliando, por reducción, se lo traga el resto de compañeros. Y eso también da lugar... normalmente hay una... necesaria solidaridad, pero también más de una vez he oído quejas, incluso amargas. (GD2.7).

Entrando ya en el terreno de las conclusiones, es evidente que la gestión de la conciliación no deja de plantear problemas. Eso es algo que hay que dar por descontado y que no se puede ignorar, Ahora bien muchos de los problemas que se aducen, como el de los costes o el de la gestión de la conciliación, son discutibles; y en

cualquier caso no justifican la ausencia de avances en términos de igualdad en la práctica de la conciliación.

Lo que se pone de manifiesto tanto por los datos recogidos en las sentencias analizadas como de las opiniones de las personas que han participado en la investigación cualitativa pasa por constatar que los objetivos de la Ley de Igualdad, al menos en relación con los derechos de igualdad, no se habrían realizado conforme a los objetivos de la misma, que en principio y de acuerdo con la normativa europea pasaba por la corresponsabilidad. En este sentido, como afloró en el segundo de los Grupos de discusión el cambio cultural es más lento que el cambio legal.

... pensamos que el problema se soluciona promulgando una Ley. Como cuando hablábamos en su momento de la violencia de género. Es que estoy viendo el mismo esquema. ... el problema va a seguir, es que [las leyes] no operan milagros. Se promulga una ley, pero la sociedad va muchísimo más lenta. Claro que se van a dar cambios y que se va a avanzar; pero... (GD2.3).

Quizá por todo lo anterior, desde un punto de vista más general, hay razones para pensar que en lo que se refiere a la «eficacia» de la regulación de los derechos de igualdad en orden a alcanzar cotas más amplias de igualdad y de corresponsabilidad en los cuidados familiares es más bien escasa. Incluso, se plantea que la Ley de Igualdad ha sido «un fracaso estrepitoso» en este punto. En palabras de una abogada vinculada a la Asociación de Juristas Themis:

... porque la finalidad de la ley no era que las mujeres pudiéramos conciliar, sino la corresponsabilidad ... todo lo que sea conciliar [sólo] las mujeres tiene un efecto *boomerang* contra ellas. Yo creo que no es por ahí por donde hay que avanzar. (GD 13).

En este mismo sentido, insiste la representante de la Asociación Igualar, con un Master de relaciones de género:

... si antes ya las mujeres estaban más implicadas en todas las labores de cuidado y reproducción ahora encima se facilita con una Ley de Igualdad en la que no se calculó qué consecuencias iba a tener...



... la Ley lo único que ha conseguido es afianzar esa distribución que ya existía, donde es la mujer la que asume la carga y decirle que ahora tienes medidas de conciliación, «mira qué bien, ahora puedes»... (GD1.5).

Entrando ya en el terreno de las conclusiones finales, puede decirse que según los resultados de la investigación realizada el ejercicio de los derechos de conciliación muestra como en la praxis esta se aleja de los objetivos de la corresponsabilidad y la promoción de la igualdad en las relaciones de pareja, reforzando el papel de la mujer como cuidadora. Dicho de otra manera, una cosa es la *efectividad* de los cambios legislativos analizados y otra la *eficacia* de los objetivos de avanzar con los mismos en la corresponsabilidad y la igualdad de la mujer en las relaciones de pareja y en las laborales. Al respecto, como se ha visto, las resistencias al cambio entroncarían con una situación estructural en la que desde hace siglos se ha asignado a la mujer un papel de cuidadora haciendo que la conciliación no haya calado entre los hombres, habiéndose producido un «efecto boomerang» en relación con los valores y fines del avance en los derechos de conciliación que habría dado lugar, según algunas apreciaciones al «fracaso de la Ley de igualdad».

En este sentido, no estará de más volver sobre la cuestión del cambio jurídico y el cambio social. En las últimas décadas, las reivindicaciones sociales de la mujer se han ido transformando en reivindicaciones jurídicas dando lugar a una respuesta legislativa con la que se busca transformar la realidad. Sin embargo, el cambio jurídico no se traduce directamente en transformaciones sociales significativas. Y lo mismo ocurre cuando analizamos las reformas sobre violencia de género que cuando hablamos de igualdad. Ello obliga a prestar atención a este proceso desde una perspectiva más compleja. Hay que superar la idea de la realización «automática» de valores como los que traduce la legislación sobre los derechos de igualdad en la conciliación y abordar el análisis socio-jurídico y político de estos desarrollos legislativos; sus interrelaciones con los movimientos de reforma y el cambio social y las propias transformaciones de la estructura y las dinámicas del derecho. En cualquier caso, parece necesario reabrir el debate sobre la eficacia de los derechos de igualdad en la conciliación y las relaciones entre cambio jurídico y cambio social e identificar los espacios para la promoción

de la conciliación corresponsable. Y en este sentido habrá que tener en cuenta tanto los aspectos jurídicos, como los sociales<sup>22</sup>.

Por lo que respecta a los jurídicos, parece necesario dar mayor proyección y amplitud a los derechos de una *conciliación corresponsable* para la plena realización de la igualdad de género, tanto legislativamente como en la praxis judicial. Lo cual supone de entrada profundizar en la virtualidad del art. 39 en relación con el 1.1 y el 14 de la Constitución a efectos de reforzar la realización de los fines de corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación; superar la atribución de la titularidad de los derechos de conciliación a las mujeres; e identificar y exigir la responsabilidad del Estado social en la realización de los valores constitucionales del art. 39 y del art. 14 en conexión con el art. 9.2 CE.

En relación con este último punto sería imprescindible identificar y hacer efectiva la responsabilidad del Estado *social* en la realización de esos valores constitucionales. Esta es una cuestión que a veces perdemos de vista, pero como señalaba una trabajadora social vinculada a un organismo público de igualdad:

... en el tema de conciliación, el Estado debería impulsar políticas de apoyo a la familia con perspectiva de género.

... El área de apoyo a la familia con perspectiva de género queda sin cubrir ... aquella familia o mujer que se lo pueda pagar que contrate en el ámbito privado a una cuidadora... Sin embargo, quien no disponga de esos recursos no encuentra la corresponsabilidad de las Administraciones públicas en el desarrollo de una sociedad igualitaria. (GD 1.6).

Por último, quizá es necesario subrayar la oportunidad de dar la mayor proyección y amplitud de los derechos de *conciliación corresponsable* en la praxis judicial con el fin de alcanzar la plena rea-

---

<sup>22</sup> Aunque en este trabajo, no vayamos a abundar en el tema consideramos crucial identificar también los espacios «sociales» para la promoción de la *conciliación corresponsable*. El cambio jurídico puede alentar el cambio social, pero no lo asegura y exige sus tiempos. Es necesario propiciar un cambio cultural que asegure la realización plena de los valores de igualdad en todos los ámbitos –especialmente en este caso, en las relaciones laborales y en la familia. Una tarea de largo alcance que debe comenzar por la transformación del sistema social y del sistema familiar.

lización de la igualdad de género. En este sentido puede ser importante profundizar en la tesis de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación como derechos de igualdad. Lo cual supone de entrada hacer prevalecer esta dimensión ante cualquier duda interpretativa (SSTC 3/2007, de 15 de enero; 26/2011, de 14 marzo) y avanzar en la plena consideración de la conciliación para la igualdad como derecho fundamental en sentido estricto. A este respecto, sería imprescindible dar entrada al lenguaje de los derechos en la realización de la igualdad en la conciliación de la vida familiar y laboral.

# SEGUNDA PARTE

## Estudios



CONSEJO GENERAL  
DEL PODER JUDICIAL



## Capítulo 5

# Reducción de jornada por cuidado de hijos e hijas y por cuidado de familiares

---

**M.ª Isabel Garrido Gómez**  
(Universidad de Alcalá)

### 1. CONSIDERACIONES SOBRE EL MARCO GENERAL DE LA REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DEL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de los hombres y las mujeres traspuso varias Directivas del Consejo y del Parlamento Europeo al ordenamiento jurídico español que tenían como finalidad eliminar los obstáculos que dificultan el acceso de las mujeres al mercado de trabajo en condiciones de igualdad con respecto a los hombres. Pero, posteriormente, la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIMH), reguló la cuestión de manera distinta empleando un enfoque de corresponsabilidad como medio para promover la conciliación. Si bien, en lo que respecta a la posibilidad de reducir la jornada, realmente se mantiene un significado similar al que tenía la ley 39/1999 como se contempla en la STSJ CAT 5741/2012, fund. jco. 1 (Molins 2009, pp. 77-112; Sala y Ballester 2009, p. 15).

De modo sintético, observamos que en los últimos años se ha avanzado a la hora de integrar en la esfera tratada el elemento de la regulación jurídica, a lo que hay que unir la elevación del nivel de conciencia política y social respecto de los beneficios de la concilia-

ción por parte de los poderes públicos. Ahora bien, en contrapartida, la conversión del derecho a conciliar en muchos derechos propicia la desnaturalización de su esencia constitucional. A título ilustrativo, la LOIMH se remite al Derecho laboral, al de la Seguridad Social, al ámbito de la función pública y a la autonomía privada (Ruiz-Rico 2012, pp. 97-98). A su vez, se aprecia que en muchas ocasiones estos temas se siguen viendo en la vida real como algo que ha de arreglarse internamente (Ruiz-Rico 2012, pp. 15-19).

La reducción de jornada para el cuidado de hijos/as y de familiares viene configurada como un derecho individual de los trabajadores, funcionarios y personal laboral de las Administraciones Públicas<sup>1</sup>, siendo llamativa la escasa cantidad de demandas presentadas por los dos últimos colectivos. Su finalidad dice la STSJ CL 1162/2010, fund. jco. 2, es procurar al trabajador el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste físico producido por la actividad laboral, así como un tiempo de esparcimiento. En suma, el derecho aparece configurado como un mínimo necesario, el cual puede ser mejorado colectiva e individualmente para los trabajadores, y para los funcionarios y personal laboral por las normativas particulares (Álvarez Cortés y Plaza 2009, pp. 33-43; García Rubio 2010, pp. 203-220; Garrigues 2008, p. 145). El derecho a la reducción de jornada tiene como fundamento el derecho a conciliar la vida laboral, personal y familiar clave para obtener la igualdad de trato y de oportunidades, siendo esta la idea que sustenta el logro de la igualdad real y efectiva dado que la conciliación no puede limitarse al embarazo y la maternidad (Alfonso Mellado 2008, pp. 403-434; Ruiz-Rico 2012, pp. 15-19).

Desde esa perspectiva, la misma STSJ CL 3076/2010, en su fund. jco. 1, entiende que hay una protección constitucional asociada a factores diferenciales que se despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo. A la vez que «existe una innegable y mayor dificultad de la mujer con hijos de corta edad para reincorporarse al trabajo o mantenerse en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en situación de hecho claramente desventajosa respecto a

---

<sup>1</sup> Para una mayor concreción, *vid infra* nota número 2 de este capítulo.

los hombres». El reconocimiento de la realidad diferencial supera la dificultad que tendría la mujer haciéndola caer en discriminación por razón de sexo dentro de las relaciones laborales, por eso, es necesario que se reconozcan los derechos aludidos (STSJ CL 1162/2010, fund. jco. 2).

Tener en cuenta esta situación obliga a que se considere la dimensión constitucional que se desprende del artículo 14 de la Constitución Española (en adelante CE) en relación con el 39.3, como bien han puesto en evidencia el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Matizando más, es necesario valorar el derecho a la no discriminación por razón de sexo y por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), a lo que hay que añadir que no solo existe el mandato de proteger a la familia sino que hay que acompañarlo de la protección a la infancia. Estas líneas deben prevalecer y servir de orientación a la resolución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar (sobre ello, ver las STSJ CL 3093/2011, fund. jco. único; SJSO NAV 33/2012, fund. jco. 2, SJSO MAD 38/2012, fund. jco. 2; y STSJ LR 63/2012, fund. jco. 2).

## 2. TITULARES DEL DERECHO

Los titulares en el ámbito laboral son las personas trabajadoras, con indiferencia del sexo, que posean la guarda legal, tengan a su cuidado directo a una serie de sujetos y precisen encargarse del cuidado directo de un familiar. Las necesidades pueden provenir de la guarda legal de un menor de ocho años –ampliado hasta la edad de doce años por Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores–, de la discapacidad física, psíquica o sensorial –sin que el discapacitado realice una actividad retribuida–, por corresponderle su guarda legal al titular del derecho, hablando en tal caso de los padres, biológicos o adoptivos, de los responsables del acogimiento preadoptivo o permanente, o de un tercero, el tutor por ejemplo. También estarían dentro de este grupo los cuidados a un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, caso en el que será el parentesco el criterio guía en los grados que corres-



pondan y con independencia de que pueda provenir de adopción. A estos efectos, la STSJ NAV 285/2011, en el fund. jco. único, resalta la importancia de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, y la STSJ MAD 8062/2012, fund. jco. 4, se refiere a la discapacidad (Ezquerro 2008, pp. 79-107; Garrigues 2008, p. 145).

El primer párrafo del art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) no contiene específicamente referencias al parentesco. De hecho, el concepto amplio de guarda legal que más arriba apuntábamos permite aplicar el derecho a cualquier sujeto que sea cuidador efectivo del causante. No obstante, el parentesco se alza como requisito esencial en la reducción de jornada del art. 37.5 segundo párrafo hasta el punto de configurarlo con unas características formalmente muy estrictas: a) Familiar por consanguinidad o afinidad; y b) exclusivamente hasta el segundo grado (Sala y Ballester 2009, pp. 37-38).

Esto es así porque, tras las modificaciones que se introdujeron por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, se reconoce también el derecho de reducción al progenitor, adoptante o acogedor adoptante o acogedor preadoptivo o permanente 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 precise 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 que en su caso corresponda y, como máximo, hasta que el menor tenga dieciocho años.

En esta línea se puede incluir al cónyuge. El cónyuge no tiene parentesco pero es opinión extendida que hay una obligación de socorro y ayuda mutua (art. 68 Código Civil, en adelante CC), dado que el proceso de relaciones interfamiliares que interviene para precisar los derechos de la familia son el establecimiento de la colisión interna, la integración del grupo y su entorno social, la definición de los objetivos prioritarios y las modalidades de regulación dentro del grupo. Una exclusión que parece patente fue la de las parejas de hecho, pero la idea que se sustenta es que en una socie-

dad en la que los vínculos familiares se encuentran debilitados resulta imprescindible que la cuestión del cuidado se desvincule del grado de parentesco y se permita el acceso a los derechos correspondientes a los cuidadores efectivos, independientemente de su vinculación legal o sanguínea con el causante (Sala y Ballester 2009, pp. 37-38).

En cuanto al cuidador no profesional del dependiente, se produce una discordancia en la regulación de los sujetos que pueden asumir este rol a los efectos de la norma y de beneficiarse del derecho de reducción de jornada que nos ocupa, de acuerdo con el ET, pudiendo asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia. Igual y excepcionalmente, podrán asumir esta condición las personas que se encuentren dentro del entorno y que no sean familiares hasta el tercer grado conforme a lo previsto en el art. 1.2. del Real Decreto 615/2007, «cuando una persona en situación de dependencia tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos y privados acreditados, la despoblación o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención».

De esta forma, es sujeto pasivo del derecho a la reducción de jornada por cuidado de familiar dependiente la persona que tiene reconocido un grado de dependencia conforme a lo establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, y la que pueda probar una situación de dependencia transitoria. Mas no se incluye la dependencia en la que se encuentran los niños mayores de ocho años, pese a que el texto del art. 37.5 ET se refiere genéricamente a la edad (López Balaguer 2012, pp. 118-119).

Este derecho es ejercitable también por los funcionarios –y personal laboral de las Administraciones Públicas– como se reconoce en la STSJ LR 618/2012, fund. jco. 2. La reducción de jornada para los funcionarios se rige por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), que en el artículo 48 h dice que «por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá

derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda. Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida» (redacción de la ley después del Real Decreto 20/2012, de 13 de julio). Como se aprecia, aquí la edad del menor es hasta los doce años y hay un supuesto que es el de la persona mayor que requiera especial dedicación. Además, no hay derecho para concretar el horario de los funcionarios, cosa que es distinta en el caso de los empleados públicos con contrato laboral y los trabajadores de empresas privadas.

Por su parte, el artículo 48 i se refiere a la reducción extraordinaria sin perder sueldo por ser preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado. El derecho del funcionario consistirá en una reducción de hasta el 50% de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes. Y si hubiera más de un titular de este trabajo por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute se podrá prorratear, respetando en todo caso el plazo máximo de un mes (STSJ CV 453/2012)<sup>2</sup>.

### 3. CANTIDAD DE JORNADA QUE SE REDUCE

La cantidad de jornada reducible no es nada rígida. Los topes máximos se marcan en la mitad y los mínimos en una octava parte, siendo posible que la reducción cambie con respecto a las horas porque el trabajador lo deseé (Garrigues 2008, p. 147). Pero, conforme a la interpretación mayoritaria del art. 37.6 ET

---

<sup>2</sup> El Estatuto Básico del Empleado Público se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, y las Universidades Públicas (art. 2 EBEP). Al personal laboral de las Administraciones públicas le es de aplicación, por tanto, el Estatuto Básico del Empleado Público y el Estatuto de los Trabajadores conforme al art 3 ET, en función de lo que más convenga a cada uno.

dentro de lo que es la concreción horaria de la reducción de jornada por razones familiares, no se autoriza a excluir que el ajuste del horario a la nueva duración reducida pueda llegar a modificar el régimen de turnos, estableciéndose un turno fijo (López Balaquer 2012, pp. 121-122).

En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la LOIMH la cantidad de la reducción de jornada ha mejorado en el art. 37.5 ET, ya que, anteriormente, se preveía un máximo de la mitad y un mínimo de un tercio (con la proporcional reducción de salario), mientras que la nueva redacción establece una reducción (temporal y económica) mucho más flexible y ajustada a las necesidades reales de tiempo que el trabajador pueda presentar (Garrigues 2008, p. 147); siendo, a veces, usual que el horario y la jornada converjan en un punto en el que los cambios repercutan necesariamente en uno y en otro (Sala y Ballester 2009, pp. 16-18).

El art. 37.6 establece una precisión sobre el momento de su disfrute estableciendo que «la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en la que se reincorporará a la jornada ordinaria. Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute en los apartados 4 y 5 de este serán resueltos por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral» (Sala y Ballester 2009, pp. 62 y ss.). Sin embargo, conforme al EBEP, los funcionarios y los empleados públicos con contrato laboral no han de preavisar con quince días de antelación la vuelta a la jornada completa.

Ahora bien, hecha la descripción anterior cabe preguntarse qué naturaleza tienen las reducciones de jornada que no repercuten directamente en el horario, por lo menos de manera estricta, al implicar reducciones temporales en cómputos superiores al diario –a título ilustrativo, la tarde del sábado–. Igualmente, nos podemos preguntar si caben en el art. 37.5 ET las reducciones temporales en cómputo anual –a título ilustrativo, para permitir la ausencia al trabajo en

los periodos vacacionales de los padres-. En este sentido, se señala que no hay problema en entender que los parámetros superiores al simplemente diario no desvirtúan la idea de jornada y muy difícilmente son calificables como cambio de horario (Miranzo Díez 2009, pp. 31-40; Sala y Ballester 2009, p. 19). En lo atinente al tema del fraccionamiento –por ejemplo, entrada tardía y salida anticipada–, en tanto hay una concreción horaria en la reducción de jornada, no existe obstáculo siempre y cuando no impliquen alteración del horario o del sistema de trabajo a turnos.

En esta dirección, la STS 5926/2012, fund. jco. 2, c) estima que, en cuanto a la lesión del derecho a no ser discriminado, el propio Juzgado de lo Social ha entendido que la respuesta de la empresa a la solicitud conjunta de la actora de reducción de jornada y adaptación de horario se ajusta a la normativa vigente, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia mediante la distinción entre los conceptos de jornada y horario, entendiendo la primera como «número de horas durante las cuales el trabajador está obligado a realizar la prestación laboral objeto del contrato de trabajo»; y el segundo como «determinación exacta de los momentos inicial y final dentro de los cuales debe realizarse diariamente la jornada».

En relación con el tema, del estudio de las sentencias más relevantes y recientes cabe diferenciar las siguientes cuestiones:

### 3.1 Horarios de trabajo y concreción

A este respecto las posibilidades son diversas, a saber: a) que se solicite la reducción de jornada y la concentración en determinados días de la semana la prestación de servicios; b) que se solicite la reducción y el cambio de jornada partida a continuada; y c) que se solicite la reducción y un cambio de horario fuera del horario de la propia empresa (López Balaguer 2012, pp. 124-125).

En definitiva, hay dos cuestiones que se refieren al tiempo parcial y a la jornada especial. Así, la STS 659/2011, fund. jco. 4, recalca que lo que plantea la recurrente es la aplicación a las horas de guarda presencial ejecutadas en un contrato con jornada reducida para el cuidado de un menor de las normas previstas en el ET para el cum-

plimiento de horas complementarias en contratos a tiempo parcial. Y la STSJ GAL 2351/2010, fundamentos jurídicos 2 y 3, considera que el art. 49 de la Ley 55/2003, que aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud regulador de la jornada especial (vigente hasta el 24 de abril de 2012), establece que «cuando las previsiones del artículo anterior fueran insuficientes para garantizar la adecuada atención continuada y permanente, y siempre que existan razones organizativas o asistenciales que así lo justifiquen, previa oferta expresa del centro sanitario, podrá superarse la duración máxima conjunta de la jornada ordinaria y la jornada complementaria cuando el personal manifieste, por escrito, individualizada y libremente, su consentimiento en ello».

Desde estos parámetros, el derecho fundamental a la no discriminación es el que está en juego. La STC 3/2007, que cita las SSTC 191/1998 y 92/2005, lo recuerda explicitando cómo resolver los problemas aplicativos de los párrafos 5 y 6 del artículo 37 ET, dado que la forma de concreción horaria de la reducción de jornada se configura con cláusula abierta.

### 3.2 Cambio de jornada

La STSJ MAD 8452/2010, fund. jco. único, mantiene que los trabajadores tras dar por concluida su reducción de jornada, habían solicitado la reincorporación a una jornada completa, a lo que accedió la empresa reconociendo un horario de 9 a 14 hrs., y de 16 a 19 hrs. No conforme con este horario la trabajadora presentó una demanda que terminó con sentencia desestimatoria de su petición, declarando ajustada a Derecho la jornada fijada por la empresa.

En esta sentencia importa subrayar que «las dificultades familiares de conciliación con la vida laboral, que resulten innegables, sin embargo no pueden abocar a la estimación de cambio en la jornada que venía desempeñando con anterioridad; no cabe elaborar a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral un nuevo catálogo de derechos, al arbitrio de una de las partes» (se hace una mención a la STSJ MAD de 14 de julio de 2009).

### 3.3 Adaptación de horario

La STSJ MAD 12887/2012, en el fund. jco. 2, indica que «el contrato de trabajo en su cláusula adicional segunda establece que la trabajadora acepta y admite, de forma libre y voluntaria, el realizar su prestación laboral en turnos relativos y en horarios nocturnos y/o festivos, si así conviniese a la empresa, para el mejor desarrollo de los servicios a prestar y de las necesidades existentes». Y el fund. jco. 3 remite a que en la STS de 24 de abril de 2012 que anuló la dictada por esta Sala en este mismo procedimiento se recogía que, en la redacción ya vigente en el momento en el que se suscita la presente controversia, el art. 34.8 ET dice 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 en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella».

### 3.4 Distribución horaria

En relación con la distribución horaria, la concreción obtenida tras la reducción de jornada no solo comprende la determinación del horario de trabajo sino también los días en que se prestan los mismos (STSJ AND 11867/2012, en su fund. jco. 1). Por su parte, la reducción debe hacerse siempre dentro de la «jornada ordinaria», no amparando ni la Ley ni el Reglamento de Régimen Interno modificarla unilateralmente, sino únicamente «reducir» el horario «dentro de la misma jornada» (SJSO CAT 15/2011, en su fund. jco. IV). Y es que, como se razona en la exposición de motivos de la LOIMH, «la ley se refiere a la generalidad de las políticas públicas en España, tanto estatales como autonómicas y locales. Y lo hace al amparo de la atribución constitucional al Estado de la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles y las españolas en el ejercicio de los derechos constitucionales, aunque contiene una regulación más detallada en aquellos ámbitos de competencia, básica o legislativa plena, del Estado», agregando a continuación que «de este modo, la Ley nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres». Por tanto, se puede suprimir la jornada vía reducción pero no modificarla (fund. jco. VI).

Si en el nuevo apartado 7 se distinguen ambos derechos, el de reducción y el de reordenación del tiempo de trabajo a través de la adaptación del horario, resulta que el primero –en contra de lo sostenido por aquellas sentencias– no integra al segundo. Y es evidente la voluntad del legislador de reservar este segundo derecho de reordenación a través de la adaptación del horario (de carácter unilateral por parte de la trabajadora, prevaleciendo su interés al empresarial) exclusivamente para las trabajadoras y víctimas de violencia de género. Atentaría a toda lógica y sistemática considerar que este privilegiado derecho, que se explicita en el ap. 7 del art. 37 ET claramente diferenciado del derecho de reducción, está implícito en el derecho de concreción del apartado 6.º (fund. jco. VIII).

La sentencia analizada estima, en consecuencia, que si el legislador, en una ley orgánica promulgada pocos meses después de la STC 3/2007, hubiera querido seguir la línea apuntada por ella –posibilitando que mediante el ejercicio del derecho de reducción de jornada se pudiera también adaptar (más allá del efecto adaptativo de prescindir, por reducción, de las horas, días o semanas más inconvenientes para la conciliación)– así lo hubiera dicho clara y explícitamente, y más cuando el «nuevo» apartado 7.º incorporado por la Ley Orgánica 1/2004 distinguía claramente ambos derechos.

Por consiguiente, la pretensión de la demandante, si se fundara exclusivamente en el art. 37.5 y 6 ET (o en el art. 18 del Reglamento de régimen interno de la cooperativa demandada) debería ser desestimada, en cuanto la concreción horaria postulada excede del incontrolado derecho a la reducción de jornada, en tanto modifica el régimen de jornada preexistente.

### 3.5 Acumulación de jornadas

La STSJ CL 2579/2012, fund. jco. 4, considera que el art. 37.4 ET reconoce a las trabajadoras el derecho a la ausencia de una hora de trabajo por lactancia de un hijo menor de nueve meses que pueden dividirse en dos fracciones. Este derecho podrá ejercitarse de dos maneras diferenciadas: a) Sustituyéndolo por una reducción de jornada en media hora; o b) realizando una acumulación en jornadas completas en los



términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando lo establecido en aquella.

A esta misma conclusión ha llegado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de 23 de octubre de 2009 (rec. 4853/2008). Es por ello que, cuando el trabajador o trabajadora opta por la segunda forma alternativa de ejercicio del derecho, la acumulación por jornadas completas ha de referirse a cada hora diaria de ausencia del trabajo a que, con carácter general, se tiene derecho. Tal conclusión se obtiene aplicando las reglas de interpretación –gramatical, lógica y sistemática– contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del CC., no existiendo base para una interpretación reduccionista, como la que pretende la empresa recurrente, de limitar la posibilidad de acumular en jornadas completas solo la primera de las formas de ejercicio alternativo del derecho, la reducción de jornada en media hora, pues donde la ley no distingue tampoco es lícito que lo haga el intérprete.

### 3.6 Turnos

La STSJ MAD 6723/2011, fund. jco. 6, considera que a través de sus alegaciones la empresa trata de demostrar la claridad de la intención de las partes contratantes, en cuanto que ha concedido un beneficio excepcional a la trabajadora y ha establecido todas las condiciones laborales aplicables a su regreso concluido el plazo de la reducción de jornada.

Formando la jornada en turno fijo de mañana parte de sus condiciones de trabajo desde el año 2003, y no habiendo logrado la empresa desvirtuar la afirmación de que se trataba de una condición de trabajo consecuencia de un acuerdo privado, si el empresario quería modificarla a fin de que trabajase en turno rotatorio debería haber iniciado un procedimiento de modificación sustancial de condiciones laborales. En cualquier caso, no puede admitirse tal modificación en un documento en el que bajo la denominación de «reducción de jornada» la empresa introduce un cambio sustancial en las condiciones laborales que disfrutaba la actora desde 2003.

#### 4. ALGUNOS ASPECTOS FORMALES Y EL PODER DEL TITULAR DEL DERECHO

El cuidado debe ser necesario, es decir que, en razón de distintas causas previstas en las normas, accidente, enfermedad o edad, la persona no pueda valerse por sí misma y no realice ninguna actividad retribuida. En estos planos, lo más problemático es la edad porque no se sabe si ha de interpretarse como edad madura o si también cabe considerar que el art. 37.5 ET puede utilizarse para solicitar la reducción de jornada con la finalidad de atender a hijos menores mayores de ocho años –edad ampliada en la actualidad cuatro años más–, asumiendo que en el segundo párrafo del precepto es incluíble como causa de la necesidad del cuidado la relacionada con la edad temprana del sujeto causante que no puede valerse por sí mismo (López Balaguer 2012, pp. 116-118).

Dentro de los aspectos formales, es importante señalar que no se admitirá la reducción de jornada cuando el cuidado sea por medio de persona interpuesta aun cuando se la retribuya por cuenta y cargo del titular del derecho de reducción. Desprendiéndose que ha de primar el principio de buena fe contractual en la medida que la reducción que se practica de este modo y que dice la normativa vigente sea efectivamente empleada por el trabajador para el cuidado, directo o indirecto, del menor, persona discapacitada o familiar causante. Eso no implica que se limite la libertad del trabajador para organizar y distribuir el tiempo total resultante durante el que no preste servicios efectivos para la empresa, exigiéndose que se destine a dicho cuidado (Garrigues 2008, p. 146).

El modo en que el trabajador ha de realizar este tipo de cuidados de manera directa se comprende ampliamente. La reducción de jornada de trabajo vendrá acompañada de una disminución proporcional del salario, lo que no es óbice para que haya un sistema de reducción salarial amortiguado o no proporcional, ajustándose a las necesidades reales, y no estarán permitidas otro tipo de acciones. En lo atinente a la reducción de jornada, los trabajadores concretarán el horario y determinarán el periodo de disfrute de esa reducción dentro de su jornada ordinaria (art. 37.6 ET). El legislador no ha especificado la manera en que debe concretarse ni cuál de los intereses que entran en conflicto es preferente al otro. Mas, eso

sí, la valoración de la propuesta del horario que hace el trabajador en el ejercicio de su derecho ha de ser conforme con la finalidad para la que se reconoce y protege el derecho, es decir, la conciliación de la vida laboral con la familiar (López Balaguer 2012, p. 122).

Estrechamente vinculada a esa cuestión está la pregunta de cómo afecta a los derechos reconocidos a los trabajadores vinculados en mayor o menor medida al tiempo de trabajo, por ejemplo, el transporte del personal a cargo de la empresa, el derecho a la conservación de unas percepciones salariales del 60% con reducción de jornada del 50%. Los días de asuntos propios y vacaciones, las licencias retribuidas y no retribuidas, y los permisos por asistencia médica (López Balaguer 2012, pp. 126-128).

En este sentido, destacan directa o indirectamente los siguientes aspectos:

#### 4.1 Presentación de la prueba

130

La prueba deberá ser presentada por el trabajador, quien acreditará que precisa encargarse del cuidado directo del dependiente y que él no puede valerse por sí (art. 37.5 ET). Al respecto, la STSJ GAL 7054/2011, en el fund. jco. 1 b, se remite a que el art. 13 LOIMH establece que, «de acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad». Y subraya que la doctrina constitucional sostiene que en supuestos de actuación discriminatoria del empresario hacia el trabajador, revisten especial importancia las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba y, en particular, el desplazamiento de esa carga al empresario.

No obstante, uno de los argumentos que se sopesa es que tampoco la denuncia prospera porque, en el fundamento de derecho 1.º de la sentencia recurrida, se hace constar la doctrina sobre el desplazamiento de la carga de la prueba en los supuestos en que se aleguen conductas discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales; y que la misma exige que el trabajador presente indicios [...]. Y, al final,

se señala que «la demandante no ha suministrado indicio alguno de que el despido obedezca a una conducta discriminatoria [...]», y «tampoco vulneración de la garantía de la indemnidad».

Otro aspecto en torno a la prueba es el que viene reflejado en la STSJ CAT 440/2011, fund. jco. 3, en alusión a la STC 29/2000, de 31 de enero, «para imponer la carga probatoria expresada, el actor ha de aportar un indicio razonable de que el acto impugnado lesiona sus derechos fundamentales (STC 87/1998, de 21 de abril, y las allí citadas)»; a lo que añade que «no es suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional», sino que al «demandante corresponde aportar un indicio razonable de que la alegada lesión se ha producido, esto es, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto para, una vez alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante, hacer recaer sobre la parte demandada la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales, y serias, para calificar de razonable su decisión (STC 21/1992, de 14 de febrero)».

#### 4.2 El derecho de resistencia del titular del derecho

El derecho de resistencia del trabajador es tan fuerte que la única razón que puede impedir el ejercicio del derecho a la reducción de jornada es la incompatibilidad con la organización y funcionamiento empresarial en atención a los intereses y derechos que confluyen (conciliación/libertad de empresa). La razón de la oposición no puede ser, por tanto, la propia consideración empresarial acerca de la adecuación de la medida de conciliación solicitada (Sala y Ballester 2009, pp. 42-44). Esta idea ha motivado que una parte de la doctrina haya interpretado que el derecho del trabajador, tanto a la reducción como a su concreción horaria, quede formulado de modo prevalente y absoluto frente al derecho del empresario, lo que legitima consiguientemente su *ius resistentiae*.

Mas esta interpretación es contradictoria con la jurisprudencia que no considera incondicionado el derecho a la reducción de jornada, sino que lo conjuga con el principio de legitimidad de las órdenes empresariales y con el mero derecho de propuesta al respecto que en beneficio del trabajador se configura en el art. 138 bis de la Ley

de Procedimiento Laboral (en adelante LPL). De hecho, se ha criticado mucho la difícil situación en que queda (siquiera preferentemente) el art. 138 bis LPL para hacer efectivo su derecho frente a negativas empresariales expresas o tácitas, pero no concluyen que la formulación del art. 37.5 ET configure efectivamente en beneficio del trabajador la posibilidad de oposición legítima a su negativa u omisión (SJSO NAV 91/2011, fund. jco. 3).

En múltiples ocasiones, las faltas de asistencia no se han considerado merecedoras de la sanción de despido disciplinario por desproporcionada (mereciendo la sanción de despido nulo) y en todos los casos se han valorado en atención de las circunstancias concurrentes. Dichas circunstancias se traducían, a veces, en la falta de respuesta por parte de la empresa frente a la solicitud pese a los muchos requerimientos del trabajador; otras, la falta total de justificación empresarial provocaba una dilación que resultaba incompatible con la situación personal y familiar del trabajador (Sala y Ballester 2009, pp. 67-69). Los derechos de conciliación familiar están vinculados al ejercicio de derechos fundamentales y enlazan con el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo (Sala y Ballester 2009, p. 71).

En cualquier caso, la facultad o derecho del trabajador debe ejercitarse siempre conforme a las exigencias derivadas del principio de buena fe que rige las relaciones jurídicas contractuales (art. 7 CC.), y especialmente la relación jurídico-laboral (art. 5a y 20.2 ET), de manera que su ejercicio será abusivo o contrario a tales exigencias derivadas del principio de buena fe y, por lo tanto, no podrá ampararse judicialmente cuando suponga, dadas las circunstancias, un grave perjuicio para la subsistencia de la empresa o afecte gravemente a la producción, o exista la posibilidad de satisfacer el derecho del trabajador en otro horario compatible con el proceso productivo de la empresa (ver la SJSO NAV 33/2012, en el fund. jco. 2).

### 4.3 Limitaciones

La titularidad plena tiene una limitación en el art. 37.5 ET (limitación por coincidencia), posibilitándose por acción unilateral (pero justificada) de la empresa. Esta posibilidad de limitación tiene un ámbito

aplicativo muy reducido y, aunque no se hubiera configurado expresamente, el derecho a la reducción de jornada no queda configurado en el art. 37.5 ET (Sala y Ballester 2009, pp. 28-29).

Desde este punto de vista, hay ciertos derechos limitativos como el derecho a la libertad de empresa en lo que respecta al ejercicio de las facultades del empresario, si bien la jurisprudencia las ha limitado en lo atinente al supuesto de conflicto entre los derechos (Ruiz-Rico 2012, p. 19). Se sustenta la idea de que el trabajador no puede realizar su jornada reducida sin llegar a un pacto con el empresario. La solicitud del trabajador habrá de formularse en base a acreditar las razones más importantes de su requerimiento, esto es, de las necesidades de conciliación para atender al menor o a un familiar; y la concreción de la reducción de jornada especificando el nuevo horario. Por el lado de la empresa, recibida la comunicación habrá de asumir la petición del trabajador si es posible dentro de su marco organizativo y de funcionamiento; y podrá negar la reducción alegando las razones de su negativa, lo que significa eliminar los desajustes graves organizativos o funcionales que implica la reducción de jornada (López Balaguer 2012, pp. 130-131).

Sin embargo, la SJSO MAD 11/2011, en el fund. jco. 8, indica que las propuestas empresariales, que procuran minimizar el efecto negativo o restrictivo que el actor quiere evitar, resultan razonables y no hay fundamento para imponerle el horario pretendido, ya que no pueden disfrutar de medidas de conciliación plenas y simultáneas todos los trabajadores de una determinada parcela de la organización empresarial que deben sustituirse o relacionarse recíprocamente, y quien lo solicitó antes tiene evidente prioridad de acuerdo con la elemental regla de temporalidad en el ejercicio del derecho. Si se atiende a que este derecho posee carácter individual y a que el presupuesto fáctico del mismo no es la guarda legal –en singular– (como en el párrafo primero del art. 37.5 ET), la posibilidad de que haya varios sujetos que soliciten la reducción de jornada para un sujeto pasivo es más habitual que en la guarda, habiendo de concurrir los tres requisitos que se exigen: falta de autonomía, falta de actividad retribuida y parentesco (Fabregat 2009, pp. 123-124).

#### 4.4 Especial consideración de la negociación colectiva

La negociación colectiva se aplica al seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios colectivos (art. 47 ET). No obstante, los convenios alteran el carácter individual del derecho a conciliar por medio de su conversión en un derecho pactado y colectivo (art. 34 ET). Para que la negociación actúe como límite efectivo de los derechos de conciliación también debe acotar la libertad empresarial. Pero los convenios que rebajen el nivel garantista de la ley en materia de conciliación o restrinjan el ejercicio del derecho a conciliar no podrían actuar como límite jurídico de ese derecho (Ruiz-Rico 2012, pp. 112 y ss.).

No puede ser que el derecho a disfrutar de guarda legal confiera al trabajador el derecho a la regularidad permanente y no modificable excepcionalmente en los casos que prevé el convenio colectivo de su horario de trabajo. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de llegar al acuerdo o acuerdos puntuales con la empresa en las ocasiones excepcionales de modulación del horario de la jornada con la reducción aplicada, que otros trabajadores con contratos de disponibilidad horaria y reducción por guarda legal han alcanzado, desconociéndose cualquier circunstancia al respecto relativa al actor que no ha hecho una petición en tal sentido.

En esta dirección, la STSJ CAT 10618/2012, fund. jco. 3, considera que esa opción legislativa no significa que el convenio colectivo no pueda regir las faltas laborales susceptibles de ser sancionadas con el despido, sino que, a diferencia de lo que ocurre con las demás sanciones laborales, la ausencia de regulación convencional no impide el despido disciplinario de los trabajadores en base a los tipos infractores contenidos en el art. 54 ET. Mas, si el convenio colectivo entra a regular los tipos de faltas que dan lugar a la sanción de despido, dicha regulación no puede ser desconocida por la empresa.

Por su parte, se estima que la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales y, así, la prevalencia de uno u otro interés legítimo en juego no es compatible con la predeter-

minación de índices objetivos desconectados de las realidades de los casos individuales en los que el ejercicio del derecho se desenvuelve (SAN 593/2010, fund. jco. 4).

No obstante, es necesario indicar que la STSJ CLM 4112/2010, fund. jco. 3, hace hincapié en que los derechos reconocidos por las leyes a los funcionarios públicos no tienen, como sí sucede en el caso de los trabajadores (utilizando este término en sentido jurídico estricto), carácter de mínimos mejorables sino de «condiciones legales o reglamentarias fijas (reforzadas en muchas ocasiones por el carácter básico de la normativa) no alterables por medio de la negociación colectiva, sin perjuicio de que legalmente pueda establecerse la necesidad de la misma como requisito previo a la elaboración de las disposiciones de rango legal o reglamentario que regulen estas cuestiones».

## 5. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIONES

La protección jurídica del derecho de conciliación se focaliza en la tutela antidiscriminatoria a través de la denegación u oposición al ejercicio de este derecho (Ruiz-Rico 2012, pp. 162 y ss.). En concreto, la STSJ CL 3076/2010, fund. jco. 3, afirma que, conforme a la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional, existe discriminación «cuando se restrinjan derechos legalmente reconocidos a favor de la mujer, puestos en relación con su maternidad, o cuando se limiten o denieguen otros derechos o garantías, siempre que, tanto en uno como en otro caso, se generen perjuicios o minusvaloraciones de la mujer trabajadora, o se acredite que las conductas contempladas obedecen a motivaciones discriminatorias». Ahora bien, en el presente caso no hay constancia de un mayor volumen de trabajo a desempeñar por la actora. La decisión no implica una necesidad de desplazamiento, ni genera una disminución de salario o de responsabilidades en relación con las que antes tenía. Y, al contrario, su nuevo puesto de trabajo implica una mayor responsabilidad que la que antes le era exigida.

Esta doctrina aparece plasmada en la LOIMH cuyo artículo 3 señala el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, añadiendo que el principio supone la ausencia de toda discriminación di-



recta o indirecta, por razón de sexo, y especialmente las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y de estado de civil. Discriminación que se produciría si, en el caso de reducción de jornada, disminuyera proporcionalmente el derecho a vacaciones o permisos retribuidos, con lo que además se perjudicaría la finalidad de la norma de favorecer la conciliación de vida familiar y laboral, privando a la trabajadora que hace uso de dicho derecho de reducción de jornada por guarda legal de disfrutar de las vacaciones que legalmente le corresponden, conjuntamente con su familia. Interpretación que vulneraría el contenido del artículo 3.1. CC que establece que las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo en el que deban ser aplicadas (STSJ CL 1162/2010, fund. jco. 2).

Y la STSJ PV 2024/2010, fund. jco. 3, constata la prohibición de discriminación en el ámbito del contrato de trabajo vulnerado si una trabajadora es objeto de una medida perjudicial que el empresario adopta por haber ejercitado su derecho a la reducción de jornada para cuidar de un hijo menor, estimándose que hay discriminación indirecta por razón de sexo. En tal sentencia se tiene en cuenta que, si bien se trata de un derecho reconocido a cualquiera de los padres, la realidad social revela que es ejercitado mayoritariamente por las madres trabajadoras y ha llevado al Tribunal Constitucional a admitir la posibilidad de afectación del derecho a la prohibición de discriminación por razón de sexo en conductas empresariales que obstaculicen el ejercicio del derecho analizado (STS 3/2007, de 15 de enero, fund. jco. 5; STS 233/2007, de 5 de noviembre, fund. jco. 6, sobre este tema ver también la STSJ CAT 8947/2012, fund. jco. 2).

En lo que respecta a la reducción de jornada y el despido, ello se estudia en la STSJ AS 3951/2011, fund. jco. 10, donde se pone en evidencia que se asume y la empresa no discute la reducción de la jornada del actor para el cuidado de un hijo. Pero se deja claro que el despido objetivo de un trabajador que está disfrutando de este permiso es nulo, salvo que se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el ejercicio del derecho. Esta consecuencia, establecida en el art. 52.4, párrafo segundo, supuesto b) del ET «se impone en la ley de forma automática, prescindiendo de la indagación sobre el móvil del despido. Dados los in-

cumplimientos formales de la demandada el despido del actor no puede calificarse de procedente (arts. 53.4 *in fine* ET), de ahí que deba declararse su nulidad, con los efectos previstos en el art. 55.6 ET al que remite el art. 53.5 del mismo texto legal».

Con respecto a la duda que surge en torno a qué ocurre cuando se trata de la Administración Pública como empleadora, la STSJ MAD 11051/2012, fund. jco. 2, indica que, aun cuando la recurrente venga a sostener lo contrario, resulta plenamente aplicable el artículo 52 ET relativo a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, pudiendo amortizarse la plaza si concurren los requisitos legalmente exigidos. En el supuesto enjuiciado, la sentencia de instancia desestimó la demanda por entender que no podía declararse la nulidad del despido, al no haber probado la trabajadora que estuviera motivado por el disfrute de la reducción de jornada, y ante ello se alzó la recurrente al afirmar que se produjeron las infracciones antes citadas, aduciendo que debe declararse nulo el despido por estar disfrutando de tal reducción y no haber demostrado la demandada la procedencia, por cuanto reconoció en la propia carta la improcedencia así como que no se ha acreditado que con la medida extintiva se haya conseguido cumplir con los fines perseguidos (fund. jco. 3).

## 6. COLISIÓN DE INTERESES Y PONDERACIÓN EN LA RESOLUCIÓN

La STSJ CL 1754/2011, fund. jco. 2, indica que la Disposición Adicional Undécima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, sobre las modificaciones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su número veinte, añade al Estatuto una Disposición Adicional Decimoséptima donde, bajo el título «Discrepancias en materia de conciliación», señala lo siguiente: «Las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del Procedimiento Laboral». La remisión al procedimiento para la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de los permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares determina la aplicación de

las reglas procesales previstas en tal precepto, entre las que se incluye en su apartado b) la de la firmeza de la sentencia que se dicte en el procedimiento, limitación congruente con el principio de celeridad que inspira este proceso, ya que la satisfacción que con él se pretende sería ilusoria de concederse el recurso por el retraso que supone.

Así las cosas, esta norma no se limita a la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute, sino que remite a dicha modalidad procesal todas las discrepancias entre empresarios y trabajadores (en estas materias), incluyendo tanto las de origen legal como convencional. Ello se precisa que «no es expresión de un uso abusivo del derecho por el trabajador, sino plasmación del que le asiste a determinar el modo en que esa reducción se aviene mejor a sus circunstancias concretas, partiendo de que quien reduce la jornada laboral con la consiguiente merma del salario por causa del intento de conciliación de trabajo y familia está en mejores condiciones para decidir cómo debe operar esta y, por ende, a él le corresponde la elección de la franja horaria de prestación de servicios que mejor se acomode a tal finalidad, sin perjuicio de que pueda decaer el derecho no solo en los supuestos en que entrañe un uso abusivo del mismo, sino también en función de las especiales circunstancias que confluyan en la mercantil».

Por tanto, es necesario que haya una ponderación de las circunstancias que concurren en cada supuesto y que se sopesen de forma equitativa los preceptos que están en juego. Muestra es el contenido de la STSJ LR 63/2012, fund. jco. 2, que explicita los términos normativos de la ponderación: la dimensión constitucional del asunto *ex art.* 14 CE, con relación al mandato de protección a la familia y la infancia del art. 39 CE. Anteriormente, la STSJ GAL 6151/2010, fund. jco. único, había argumentado que no cabe decidir sobre el objeto del pleito en base «a consideraciones de estricta legalidad», sin que quepa prescindir de la importancia que para la efectividad del derecho pudiera tener la opción planteada por el trabajador y, en su caso, las dificultades que esta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. Y la STC de 14 de marzo de 2011 se refiere a la necesidad de valorar las circunstancias personales y familiares del traba-

jador, el número de hijos, su edad y situación escolar, la situación laboral del cónyuge y la incidencia que la denegación del derecho de conciliación pueda tener para conciliar trabajo y familia (Ruiz-Rico 2012, pp. 88-89).

A mayor abundamiento, en la STSJ NAV 285/2011, fund. jco. 1 y único, se entiende que las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 del artículo 37 ET se refieren a la posibilidad práctica de ejercicio por la actora del derecho a la reducción de la jornada por razón del cuidado de su hijo menor de seis años. De aquí se extrapola que hay que valorar todos los intereses legítimos implicados y no solamente los del trabajador y el empresario. En efecto, se dice que, en las opciones que se barajan, hay un perjuicio inexigible del empleador que incluso puede repercutir en las relaciones laborales de otros miembros de la plantilla y que incorpora como añadido un peso económico destacable, concretado en los costes elevados que recaerían sobre una empresa en situación económicamente delicada, con pérdidas acreditadas, una sensible reducción de ventas y un ERE que conlleva ya la reducción de jornada para la plantilla y que puede dar lugar a despidos en un futuro próximo. Tal y como antes se comentó, hay un rasgo definitorio que inspira la normativa aplicable y que se refiere a la corresponsabilización de hombres y mujeres en el sustento de las cargas y deberes familiares, y su igualación en lo que afecta a la armonización de la vida laboral y familiar.

Y es que en el caso presente un argumento de peso es haber dejado de ponderar paralelamente las opciones de quien ostenta exactamente la misma habilitación legal que la actora por tener a su cuidado al mismo menor en cuyo preciso interés la ley llama a los progenitores, tutores o responsables a compartir las responsabilidades familiares, no residenciándolas únicamente en las madres sino incorporando a los padres en su asunción. Ese es el criterio de mayor interés, pues es la ampliación de responsabilidad que permite que su cuidado quede garantizado con mayor facilidad. La conclusión es que «no puede decirse que esa falta de expresión del horario implique una desatención a los argumentos de la actora, pues dicha mención no constituye por sí un argumento sino un dato

de sustento de la pretensión ejercitada que el juzgador conoce, que ha valorado en la medida en que soberanamente le está atribuido hacerlo y que, por sí, no puede incorporarse al centro jurídico de la cuestión, que no es sino la precisión del equilibrio intersubjetivo y jurídico derivado de un vínculo laboral definido entre la trabajadora y su empleador, por relación a la posibilidad material de disfrutar de una reducción de jornada que no imponga una carga excesiva a la otra parte».

En fin, el interés prevalecido ha sido muy variado según la jurisprudencia, supuestos demostrativos de ello son que, cuando ha habido algún tipo de conflicto, los tribunales han hecho prevalecer el interés del trabajador si otras trabajadoras tienen la reducción de la jornada y el cambio a turno fijo, trabajando también el marido de la trabajadora a turnos que comprenden el sábado y el domingo. Cuando la trabajadora a la que se concedió con anterioridad la reducción de jornada solicite, por cambio de las condiciones laborales de su marido, libranza los sábados, sin que se admita el argumento de la empresa de que es el día de mayor venta. Cuando el horario escolar del menor exija un ajuste solicitado por el trabajador de jornada y turno, sin acreditar la empresa que la petición le cause perjuicio y sin justificar entonces la imposibilidad de hacer frente a la reducción de jornada solicitada y en la forma pedida. Cuando el trabajador acredite la imposibilidad de atender a su hija por la tarde y la noche. Cuando el marido de la trabajadora tenga jornada partida y tenga que desplazarse a distintos centros de trabajo. Cuando la empresa se oponga a la reducción y paso a turno fijo pedido alegando que si accede se verían afectados los derechos de otra trabajadora. Cuando el trabajador acredite que se hace cargo de un familiar de edad avanzada que precisa de cuidados para alcanzar un mínimo estándar socialmente aceptable sin que deba acreditar «la dedicación exclusiva a su cuidado». Por último, se aprecia que el interés empresarial ha prevalecido cuando en la solicitud de reducción de jornada no se ha hecho referencia a la situación laboral del otro progenitor teniendo en cuenta la corresponsabilidad; y cuando el trabajador no hubiera acreditado ni justificado las necesidades específicas (López Balaguer 2012, pp. 136-137).

## 7. LAS IMPLICACIONES ECONÓMICAS

En cuanto a la naturaleza jurídica de la reducción de jornada, ella no implica la novación del contrato porque tal contrato sigue siendo el que regía con anterioridad a dicha reducción. Sin embargo, dentro del ordenamiento español se aplica una solución parcial resuelta en que, tradicionalmente, la jurisprudencia ha admitido que la indemnización por despido se calcule conforme al salario diario del contrato original (así lo ha ratificado también la LOIMH), que lo ha mejorado hasta referirse al salario que hubiera correspondido. Las bases reguladoras de las prestaciones de seguridad social tienen el tratamiento siguiente conforme al contenido de la LOIMH: a) «La base de desempleo se calcula conforme a la base que hubiera correspondido»; b) «la base de pensiones y maternidad se calcula conforme a la base que hubiera correspondido, pero únicamente durante el primero o segundo año de la reducción según la modalidad a la que pertenezca»; y c) «el cálculo de las bases reguladoras del resto de prestaciones se realiza conforme al salario efectivamente percibido durante la reducción de jornada». Sobre las implicaciones económicas, se debe ver la STSJ MAD 1189/2010, fund. jco. 1 (Sala y Ballester 2009, pp. 73-74).

En lo referente a los derechos retributivos, la STSJ CLM 4112/2010, anexo 1, estima que el Tribunal Supremo ha precisado que «la retribución complementaria tiene el carácter de incentivo eminentemente personal, de modo que no está destinada a retribuir el puesto de trabajo, sino la concurrencia de determinadas circunstancias, demostrativas de especial rendimiento y dedicación de un concreto empleado público, por lo que se trata de un complemento subjetivo e individual reconocido a un funcionario y en caso contrario se estaría desnaturalizando la esencia y finalidad del complemento».

La STS 6174/2010, fund. jco. 1, dicta que las demandadas vienen a realizar también una jornada reducida por cuidado de hijo menor y pertenecen a departamentos sujetos a los cuatro turnos básicos del convenio, por lo que fue percibido el plus de disponibilidad. Sin embargo, desde el momento en que comenzaron a realizar la jornada reducida, dos de las actoras obtuvieron el complemento pero la tercera no, dejando de abonarlo a todas a partir del 1 de enero de 2004. La empresa demandada recurre la sentencia de instancia ínte-

gramente estimatoria de la demanda, pero exclusivamente con respecto a la trabajadora a la que no se le había abonado el complemento durante el periodo en que tuvo la jornada reducida. Recurso que es desestimado al entender que hay pronunciamientos judiciales precedentes en los que se aprecia «la existencia de una condición más beneficiosa colectiva que solo puede ser modificada por acuerdo de las partes o por norma o pacto convencional posterior, concluyendo que debe reconocerse el derecho también a la trabajadora que no percibió el complemento por haberse iniciado la reducción de jornada después de que la empresa decidiera unilateralmente dejar de abonarlo».

En lo atinente a la cuestión de los gastos y salarios y la reducción de jornada, la STSJ LR 715/2012, fund. jco. 5, considera que el salario debe tenerse en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley, siendo «el que hubiera correspondido al trabajador sin valorar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción». La duda interpretativa surgida a la vista de esta norma se refiere a si los salarios de tramitación han de considerarse incluidos en su enunciado, en el entendimiento de que por propia naturaleza tienen el carácter indemnizatorio que justificaría hacerlos efectivos según el salario que a la trabajadora se le abonaba antes de la reducción de jornada.

Desde este punto de vista, la LOIMH ha establecido que el salario a tener en cuenta es el que hubiera correspondido al trabajador (DA 18 ET), con el mismo sentido actualizador para las bases reguladoras de las prestaciones de desempleo, jubilación, incapacidad permanente y maternidad. La asimilación al 100% de la base anterior a la reducción se aplica, conforme a la DA 18 ET, a todas las indemnizaciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Asimismo puede comprenderse que las indemnizaciones a las que se aplica son todas las que hubieran podido establecerse en otras normas (Sala y Ballester 2009, pp. 49-50).

Los derechos retributivos correspondientes al trabajador/a en reducción de jornada por conciliación se mantienen en su integridad durante la misma si corresponden a conceptos que no son fraccionables conforme a su finalidad. En todo caso, es necesario atender

al modo en que los complementos se configuran en el convenio colectivo para identificar si corresponde su abono íntegro o proporcional durante la reducción. Los complementos de disponibilidad o dedicación no pueden suprimirse mientras dura la reducción de jornada porque implicaría una penalización incompatible con su vinculación al ejercicio de derechos fundamentales.

## 8. LA NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL DE PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Por último, otro problema que se advierte en la jurisprudencia analizada es el que se refiere a la aplicación de la normativa de las Comunidades Autónomas. Así, en las SSTC 181/2012, de 15 de octubre, y 191/2012, de 29 de octubre, se presentan dos cuestiones de inconstitucionalidad con respecto al art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña.

La primera de ellas, en el fund. jco. 5, y la segunda, en el fund. jco. 4, indican que si se admitiera que la limitación a seis años de la edad del menor para el disfrute del permiso por razones de guarda legal supone una diferencia de trato para los empleados públicos de la Administración Pública de la Generalitat, con respecto a los empleados públicos del Estado o de las Comunidades Autónomas que tienen determinada la edad del menor en doce años, «tal supuesta discriminación vendría provocada por la propia regulación estatal, de considerarse como básica la norma que la propicia, y no, como se pone de manifiesto en sus alegaciones, por no haberse visto corregida de conformidad con el art. 136 del actual Estatuto de Autonomía de Cataluña, en cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE.»

Quien ha de llevar a cabo la concreción de lo básico es el Estado, siguen diciendo las sentencias del Tribunal Constitucional, convergiendo con el margen de apreciación y oportunidad política, todo esto conforme a las competencias establecidas en el art. 149.1.18 CE.



El Estado, respetando el orden constitucional, posee una libertad completa «para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, sin que su acción legislativa en este extremo, plasmación de una legítima opción política, pueda ser fiscalizada por este Tribunal Constitucional, que no es un juez de la oportunidad, salvo que traspase los límites que para esa acción legislativa resulten del bloque de la constitucionalidad» (STC 1/2003, fund. jco. 8, ver también la STC 181/2012, D5)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Desde el 15 de julio de 2012, el artículo 48 EBEP eliminó de su letra la parte que decía «en defecto de legislación aplicable», por lo que, en la actualidad, todos los funcionarios poseen como mínimo los derechos de reducción de jornada que establece el citado art. 48.

## Capítulo 6

# Excedencia por cuidado de hijos e hijas y de familiares

---

**Josefa Dolores Ruiz Resa**

(Universidad de Granada)

### 1. INTRODUCCIÓN

La excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares constituye actualmente una de las medidas más importantes con las que los Estados tratan de garantizar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de mujeres y hombres. Se trata de una medida que pivota sobre la protección de las familias y la igualdad de oportunidades de la mujer trabajadora, en la medida en que se reconoce que son las mujeres quienes más han sufrido la discriminación en este ámbito, al haberseles atribuido tradicionalmente el cuidado de la familia.

En nuestro país, han pasado bastantes años, y diversos cambios normativos de envergadura, desde que, todavía en plena guerra civil, el régimen franquista declarara su intención de «liberar del taller y la fábrica a la mujer casada». Así se expresaba, al menos, la Declaración II del Fuero del Trabajo. De esta manera, la madre estaría en la casa, ocupándose de las tareas del hogar y del cuidado de la familia, según la función que se consideraba natural a su sexo.

Aquella *liberación* se incentivó mediante una serie de medidas, como la prohibición de inscribir en el registro de parados a las mujeres casadas (salvo que actuaran como cabeza de familia o equipa-

rada, en cuanto al sostenimiento del hogar<sup>1</sup>); la elevación del préstamo a la nupcialidad<sup>2</sup>; la dote por excedencia; y, sobre todo, mediante la defensa de un salario familiar suficiente, complementado con los Pluses de Carestía de Vida, de Cargas Familiares, el Subsidio familiar y las ayudas a familias numerosas. La finalidad última de esas medidas era, en realidad, liberar puestos de trabajo para los excombatientes y llevar a cabo una política demográfica (Prieto Castro y Sancho Izquierdo 1938: 30), aunque manifestara también la habitual dimensión proteccionista de la legislación social en torno al trabajo de la mujer (Montoya Melgar 1975: 21 ss.), dimensión que en aquel tiempo se mostró autoritariamente paternalista<sup>3</sup>.

Sin embargo, las mismas necesidades económicas dificultaron el objetivo de liberar a la mujer casada del trabajo: aunque las doctrinas jurídica y religiosa demandaron que, en consonancia con su apuesta por el modelo tradicional de familia, el salario del padre debía ser suficiente y familiar, al final este se evidenció claramente insuficiente, en un país sumido en una larga posguerra, donde los niveles de renta no se recuperaron hasta los años sesenta, los salarios siempre fueron muy bajos y el Estado social muy débil, a pesar de la proliferación de normas sociales, dada la política económica y fiscal que llevó a cabo (González 1979). Por esta razón, muchas mujeres casadas tuvieron que trabajar. He aquí un testimonio de aquella época: «Mi marido trabaja y pierde dos pesetas cada día porque

---

<sup>1</sup> Así lo disponían las Órdenes de 27 de diciembre de 1938 y la de 17 de noviembre de 1939, aunque, con posterioridad, esta disposición se suavizó respecto a las mujeres con título académico.

<sup>2</sup> Si éste era solicitado por la mujer, y se comprometía a dejar el trabajo después de casada, el Decreto de 22 de febrero de 1941 disponía que el préstamo a la nupcialidad se elevara a cinco mil pesetas.

<sup>3</sup> Decía uno de los Ministros de Trabajo más carismáticos y que más duró en su cargo durante el franquismo, José Antonio Girón de Velasco: «Constituye una preocupación universal en todas las legislaciones la de la protección de la mujer ante el abuso de que había sido objeto en los primeros tiempos del capitalismo industrial. El capitalismo liberal, procediendo de una manera que hoy nos sobrecoge de espanto, consideraba a la criatura humana como un simple instrumento de lucro (...). No han sido pocas las dificultades con que los sociólogos de todos los países han luchado para desarraigar semejante barbarie. Incluso se *ha tenido que luchar contra las propias mujeres*, puesto que por una deformación increíble pero muy duradera, *un estrafalario movimiento, llamado feminismo*, se oponía, en nombre de la igualdad de los sexos y de la identidad de los derechos civiles, a que ninguna clase de privilegios figurara para las mujeres en las leyes sociales». (Girón de Velasco, 1951: 73). La cursiva es mía.

en su trabajo y la comida que le pongo gasta 14 pesetas y sólo gana 12 de jornal. Yo saco lo que se necesita para la casa y cuatro hijos con este puestecillo de verduras, que me proporciona lo suficiente»<sup>4</sup>.

Aunque se admitió, finalmente, que muchas mujeres necesitaban trabajar, aquella situación se justificó como medio para asegurar la supervivencia del grupo familiar, no por «afanes de independencia, un poco pasados de moda» (Palancar 1947: 16).

Pero también se opusieron a la vuelta de la mujer casada al hogar muchas industrias que venían ocupando tradicionalmente a mujeres (por ejemplo, textil o tabacalera), o que no querían desprenderse de trabajadoras cualificadas (banca o telefonía), en cuya formación habían gastado su dinero, para tener otra vez que invertir más dinero en la formación de nuevas trabajadoras que, algún tiempo después, también terminarían marchándose. Por esa razón, intentaron, y consiguieron, que se reconocieran excepciones a lo dispuesto en el Fuero del Trabajo<sup>5</sup>.

Con el paso del tiempo, las limitaciones que se habían dispuesto para que la mujer casada trabajara fuera de su casa terminaron cediendo ante los motivos económicos que demandaban su presencia en el mercado laboral. Muestra de ello fue la Ley de 1961, que reconocía la igualdad de derechos políticos, profesionales y de trabajo entre hombre y mujer. En cualquier caso, la mayoría de quienes inspiraron y justificaron aquella no aceptaron que supusiera un reconocimiento de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. Hablar de un derecho de la mujer al trabajo estaba siempre condicionado a las necesidades familiares y a su condición de esposa y madre<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Testimonio recogido por Florentino Del Valle (1949: 57).

<sup>5</sup> Por ejemplo, el Reglamento de Trabajo para Locales de Espectáculos, aprobado por O. de 31 de diciembre de 1945; el de la Industria papelera de 3 de abril de 1946; el de Artes Gráficas de 4 de febrero de 1944; el de Cinematografía de 28 de septiembre de 1944; el de las Industrias de Construcción y Obras Públicas de 2 de abril de 1946; el de empresas de Seguros, de 28 de junio de 1943; el de las Industrias de Transformación, transporte y distribución de energía eléctrica de 22 de diciembre de 1944; el de Ferrocarriles explotados por el Estado de 15 de marzo de 1946; o el de la Industria Siderometalúrgica de 17 de julio de 1946.

<sup>6</sup> Así lo consideraban Manuel Fraga, Margarita Pérez Botija o Pilar Primo de Rivera (Escribano Gutiérrez 2009: 219, 206 y 214). Todavía en aquellos años se seguían recordando las palabras del papa Pío XII, pronunciadas en el discurso que en 1943 dirigió a la Juventud Femenina de Acción Católica, y con las que avisaban de los peligros derivados de que la mujer

Con estos antecedentes, no extraña que en aquellos años apenas se tuvieran en cuenta las consecuencias que para la mujer derivaron de tener que trabajar fuera de sus casas y de cargar también con la tarea del cuidado de la familia. En este sentido, y aunque el Convenio 103 de la OIT sobre Protección de la Maternidad, que imponía un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, había sido ratificado por España el 26 de mayo de 1965, esta exigencia no se recogió en ninguna ley estatal española, y con la llegada de la democracia, siguió sin recogerse en el Estatuto de los Trabajadores<sup>7</sup>. En cuanto a la excedencia para el cuidado de los hijos, una de las primeras normas en ocuparse de ella fue el Decreto 2310/1970 de 20 de agosto. Su artículo 5 disponía que el «alumbramiento» daba derecho a la mujer trabajadora a obtener una «excedencia voluntaria», de uno a tres años, período que empezaba a computar a partir del fin del descanso por maternidad, para atender a la crianza y educación inicial de sus hijos. No tenía remuneración alguna. Por otra parte, la trabajadora estaba obligada a poner en conocimiento de la Empresa su propósito de pedir la excedencia. Luego, podía solicitar el reingreso en la Empresa, que debía destinarla «a la primera vacante que se produzca de igual o similar categoría». Apenas alteró esta regulación la Ley 16/1976 de 8 de abril. Y el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo, reguló el tema de la excedencia en su artículo 46, donde se establecía que el período máximo de excedencia para cuidado de hijos seguía siendo de tres años. Sin embargo, no hacía referencia al derecho de reingreso, por lo que los tribunales laborales vinieron aplicando lo dispuesto con relación a las excedencias voluntarias (Ron Latas 2011).

En lo que sigue, se analizará el estatuto jurídico actual de la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares, teniendo en cuenta la normativa que la regula así como la jurisprudencia recaída en su aplicación e

---

realizara todas las actividades y profesiones antes reservadas al hombre: «Son magníficas estas enseñanzas pontificias que dan orientaciones sobre el trabajo de la mujer, cómo el Estado debe procurar que se atienda a la salud, edad y sexo del trabajador, cómo es peligrosa la emancipación mal entendida de la mujer y cómo puede reconducirla a estados de infravaloración de su verdadera misión en el matrimonio o en la sociedad» (Bou Vidal 1962: 51).

<sup>7</sup> Así lo indica la Exposición de Motivos de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.

interpretación. A continuación, se analizará de manera específica la jurisprudencia española más reciente sobre este tema, para poner de manifiesto la tipología de problemas a cuya solución se han encaminado las sentencias escogidas, y el tratamiento que se les ha dado en las mismas. Por último, se apuntarán una serie de conclusiones.

## 2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS Y FAMILIARES

Actualmente, la normativa aplicable a la excedencia por cuidado de hijos y familiares la erige en un tipo de excedencia con un perfil propio, frente a la excedencia forzosa y a la excedencia voluntaria, aunque existirán ciertas diferencias entre el ámbito laboral y el ámbito administrativo. Tampoco habrá un régimen unitario sobre este tipo de excedencias entre quienes trabajen en la Administración. En cualquier caso, estamos ante un ámbito que ha sido objeto de diversas reformas, sobre todo desde finales de los años ochenta del siglo pasado.

Tales reformas se han llevado a cabo mediante disposiciones jurídicas como la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo; la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad; y la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Esta ley traspone dos directivas europeas: la 92/85/CEE, de 19 de octubre, que contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y la 96/34/CE, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la Unión de Industrias de la Comunidad Europea (UNICE), el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) y la Confederación Europea de Sindicatos (CES), que prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor «como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres». La referencia a la fuerza mayor permitirá, a partir de ese momento, extender el régimen de la excedencia también al cuida-

do de otros familiares. Finalmente, la modificación reciente más importante ha sido la introducida por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo tratamiento de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral se amplía también, en adelante, a la personal.

A la vista de las reformas introducidas puede concluirse que el estatuto jurídico de este tipo de excedencia se recoge básicamente, y para el ámbito laboral, en los artículos 46.3, 53.4, 55.5 b) y disposición adicional decimocuarta del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (aprobado por real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo). Y para el ámbito administrativo, hay que estar a lo indicado en el artículo 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, junto al artículo 89 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Pero en el ámbito administrativo habrá que tener en cuenta, también, las disposiciones legales específicas que regulan determinados sectores, como el artículo 356 d) y e) o el 358.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial; el artículo 141 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas o el artículo 83.1 e) de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil. A ellas debe sumarse el artículo 110 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. También deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación a la consideración que tiene el tiempo en excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares para la cotización de las prestaciones de la Seguridad Social.

Esta variedad de disposiciones, a las deberá sumarse lo establecido en los convenios colectivos, tendrá como consecuencia que el estatuto jurídico de esta excedencia se muestre fragmentario, disperso, y, en ocasiones, contradictorio, lo que afecta al tratamiento de los casos particulares (como se analizará más adelante, a partir de la reciente jurisprudencia recaída sobre este tema). No obstante, de todo este corpus jurídico pueden extraerse una serie de notas características para la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares.

En primer lugar, se ha consolidado como un tipo específico de excedencia que se delimita a partir de su paulatina separación del régimen de excedencia voluntaria. Esto se produce mediante la aplicación de elementos de la excedencia forzosa, hasta conformar una categoría más cercana a esta. Desde luego, la finalidad expresa de las leyes era apartarla del régimen de la excedencia voluntaria, ya que, como se indicaba en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1989, se consideraba disuasorio, al no acompañarse de la reserva del puesto de trabajo<sup>8</sup>. Posteriormente, la Ley 4/1995 también indicó expresamente que se disponía a extender el régimen de excedencia forzosa a todo el período de excedencia para el cuidado de hijos. Pero esta diferenciación que buscaban las leyes se diluye en aquellas disposiciones jurídicas en las que aún se sigue llamando «excedencia voluntaria» a la excedencia por cuidado de hijos e hijas y de familiares, lo que induce a confusión a la hora de determinar qué consecuencias jurídicas se derivan, a efectos, por ejemplo, de la reserva del puesto de trabajo<sup>9</sup>. También puede suscitar duda que permanezcan determinadas disposiciones que aluden a la excedencia con carácter general, pero cuyo contenido contradice el régimen de la excedencia por cuidado de hijos y familiares<sup>10</sup>.

Este acercamiento de la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares al régimen de la excedencia forzosa se acompañará, a fin de hacerla menos gravosa para el empresario, de la posibilidad de cele-

<sup>8</sup> Según la Exposición de Motivos de esta Ley, su «configuración como excedencia voluntaria, y sin derecho por tanto a la reserva de puesto de trabajo en la empresa, podía constituir, bien un serio factor de disuasión para el pase a esta situación, bien un elemento de apartamiento del mercado de trabajo de quienes se acogiesen a esta fórmula. Por ello se ha buscado una nueva fórmula legal que establece el derecho a la reserva del puesto de trabajo al menos durante el primer año, con lo que las empresas o la Administración pueden utilizar para la sustitución temporal del trabajador o funcionario las modalidades contractuales correspondientes».

<sup>9</sup> Así ocurre sobre todo en las normas del ámbito administrativo, como por ejemplo, en los artículos 356 y 358 Ley Orgánica del Poder Judicial; en el artículo 83.1 de la Ley de Régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil o en el ya desaparecido artículo 141 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas pero que estuvo vigente hasta la entrada en vigor en 2008 de la Ley de la carrera militar de 19 noviembre de 2007.

<sup>10</sup> Es el caso del párrafo 5 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, que dispone: «El trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa». Este párrafo no puede ser de aplicación a la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares, para la que prevé otra cosa distinta en el párrafo 3 del mismo artículo.



brar nuevos contratos que gocen de reducciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, como se recoge en la disposición adicional decimocuarta del Estatuto de los Trabajadores<sup>11</sup>.

En segundo lugar, y con carácter general, tanto para el ámbito laboral como para el administrativo, la normativa vigente ha dispuesto un régimen unificado para la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares, que contempla tres posibilidades: 1) excedencia por cuidado de hijos desde el nacimiento hasta los tres años, o computándose los tres años desde la resolución administrativa o judicial correspondiente para el caso de adopción o acogimiento; 2) excedencia por cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida; lo que permitirá incluir 3) a los hijos naturales o adoptivos que hayan superado el período al que se refiere la primera fórmula (Garrigues Giménez 2009: 71).

No obstante, se detectan ciertas diferencias en el tiempo de excedencia máximo reconocido para el cuidado de familiares, tras la modificación que introdujo al respecto la LO 3/2007, que ampliaba el año que había establecido la Ley 39/1999. Así, en el ámbito laboral, se elevó de 1 a 2 años, salvo que se disponga una duración superior por convenio colectivo, según se recoge en el artículo 46.3. Sin embargo, en el ámbito administrativo, se amplió de 1 a 3 años, contenido que se recogió en el artículo 89. 4 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>12</sup>. La Ley Orgánica del Poder Judicial también lo reconoce así para la carrera judicial en su artículo 356 d).

En tercer lugar, la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares ha sido erigida en un derecho individual de cada trabajador/a o funcionario/a. No obstante, no es un derecho ilimitado, sino que está sometido a ciertos condicionamientos. Así, en el ámbito laboral se ha previsto que si dos o más trabajadores de la misma empre-

---

<sup>11</sup> Esto fue introducido por la Ley 4/1995.

<sup>12</sup> Y en la reforma introducida por la LO 3/2007 en el 141.1 e) de la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, así como en la Ley de Régimen del Personal de Cuerpo de la Guardia Civil sólo se reconocía 1 año de excedencia para el cuidado de familiares. Sin embargo, la nueva Ley de la carrera militar de 2007 ya lo eleva a 3. Para el personal de la guardia civil, habrá que estar a lo que disponga una nueva ley, cuyo borrador ya está en marcha.

sa generan este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Se establece además que cuando un nuevo hijo o hija o familiar diera lugar a un nuevo período de excedencia, su inicio implicará el fin del que se venía disfrutando. En cualquier caso, la reforma introducida por la LO 3/2007 permite disfrutar de manera fraccionada del tiempo de la excedencia. Estos límites también se prevén, con carácter general, en el ámbito administrativo.

Pero estas limitaciones no pueden hacer olvidar que estamos en presencia de un derecho que es de carácter legal y que tiene también fundamento constitucional. Así se desprende de la Ley 4/1995, cuya Exposición de Motivos reconoce que los cambios introducidos en materia de conciliación hasta el momento buscaban «ir adaptando los códigos legales a los principios constitucionales». Posteriormente, la Ley 39/1999 conecta las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral con los artículos 14, 9.2 y 39 de la Constitución, según se indica en su Exposición de Motivos. Allí también se recogía que esta conexión se dirigía a garantizar unas nuevas relaciones sociales que evidenciaran, a su vez, el nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres, de manera que se produjera «un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada». Se consideraba probado que, la mayoría de las veces, eran las mujeres las que solicitaban estas excedencias, aunque la normativa las reconociera al «trabajador», en masculino genérico. En cualquier caso, la Ley 39/1999 introduce también un cambio en su lenguaje, (en consonancia, por lo demás, con las exigencias internacionales y europeas<sup>13</sup>), pues ya habla de «personas trabajadoras»<sup>14</sup>, o de que este tipo de excedencia es un «derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres». Tam-

---

<sup>13</sup> La Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW en sus siglas en inglés, de 1979), diversas resoluciones de la UNESCO durante la década de los 90 del siglo pasado sobre uso no sexista del lenguaje, como la 109 (1989), o sus «Recomendaciones para uso no sexista del lenguaje» (1991)

<sup>14</sup> En la denominación de esta ley: «Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras».

bién utiliza la expresión «sujeto causante» de este derecho, evitando expresiones en masculino genérico como «hijo»<sup>15</sup>.

El significado de este tipo de excedencia como derecho legal con fundamento constitucional también fue perfilado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, incluso con anterioridad a la promulgación de la LO 3/2007<sup>16</sup>, y que, más recientemente, ha vuelto a enfatizar en su Sentencia 26/2011 de 14 de marzo. Por este carácter de derecho legal, con fundamento constitucional, las excedencias por cuidado de hijos e hijas o familiares no son consideradas una concesión potestativa de la empresa o de la administración<sup>17</sup>. En cualquier caso, la conexión entre este tipo de excedencias y la protección a la familia exige, para garantizar el éxito de las finalidades atribuidas a la conciliación de la vida personal, familiar y personal, que no se remita a un modelo familiar tradicionalista, de tipo patriarcal y organicista.

Por último, el derecho a disfrutar de la excedencia por cuidado de hijos e hijas y de familiares trae aparejados una serie de beneficios que, en algunos casos, también tienen carácter de derecho: así ocurre de manera expresa con la reserva del puesto de trabajo y

---

<sup>15</sup> Modificación prevista en el artículo 4 Ley 39/1999 del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores. Curiosamente, esto sólo se mantiene en relación al ámbito administrativo, según se aprecia en la reforma que prevé esta ley en su artículo decimonoveno para el 29.4 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en relación al «sujeto causante», mientras que mantiene la expresión «funcionario», sin especificar aquí «hombre y mujer», como sí hace para el 46.3 del Estatuto de los Trabajadores. En cualquier caso, en este artículo 46.3 persiste el masculino genérico «empresario». Por lo demás, sigue presente ese masculino genérico en la denominación de textos legales tan importantes como el propio Estatuto de los Trabajadores o en la más reciente Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>16</sup> En ella, el Tribunal Constitucional ha dicho que no reconocer la excedencia produce perjuicios al ámbito familiar (Sentencia 240/1999), y constituye un grave obstáculo (Sentencia 166/1988) para la permanencia en el mercado laboral de las mujeres, lo que perpetúa la clara discriminación que tradicionalmente han sufrido en el ámbito social y laboral, entendiéndose, por lo demás, que la discriminación puede ser tanto directa como indirecta. Sigue aquí nuestro Tribunal Constitucional la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de retribución de las trabajadoras. Otras sentencias posteriores, como las sentencias 39/2002 y la 233/2007 de 5 de noviembre, así como la 3/2007 de 15 de enero, o la 233/2007 de 5 de noviembre, inciden igualmente en la protección de la familia y la igualdad, la no discriminación de las trabajadoras y la necesidad de ponderar los derechos y valores constitucionales en juego, en este caso los de conciliación.

<sup>17</sup> Así lo reconoció, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de noviembre de 1999.

con la asistencia a cursos de formación profesional, a los que deberá convocar el propio empresario, según dispone el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores. También están previstos para los funcionarios en este tipo de excedencia los cursos de formación que convoque la Administración, de acuerdo con el artículo 89.4 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Similar previsión se recoge en el artículo 358 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En cuanto a la reserva del puesto de trabajo, la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares lleva aparejada, en el ámbito laboral, el derecho a la reserva del mismo puesto de trabajo que ostentaba el trabajador/a, durante el primer año de excedencia (en caso de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial); mientras que en los dos años siguientes, la reserva es para un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Esta reserva de puesto de trabajo tendrá como consecuencia que tanto la decisión extintiva como el despido sean nulos, según disponen, respectivamente, los artículos 53.4 y 55. 5 b) del Estatuto de los Trabajadores, si se producen cuando el trabajador o la trabajadora esté disfrutando o haya solicitado la excedencia por cuidado de hijo e hija o de familiar<sup>18</sup>. A tenor de estos artículos, la jurisprudencia entiende que la ley establece la presunción *iuris tantum* de que la decisión extintiva del contrato de trabajo o el despido son nulos porque la empresa no quiere que el trabajador o la trabajadora se reincorporen después del tiempo que han estado en excedencia, que es algo que estas normas consideran constitutivo de alguna de las causas de discriminación prohibidas por las leyes. Esto significa que le corresponde al empresario probar que la causa del despido o de la decisión extintiva no tuvo nada que ver con esa circunstancia<sup>19</sup>. Sin embargo, no se trata

<sup>18</sup> Así se disponía también en los artículos 108 y 122 de la Ley de Procedimiento Laboral y actualmente, en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

<sup>19</sup> Es el caso, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 19 mayo 2005, donde sostiene que la norma impone imperativamente la nulidad del despido, sin probar que este se haya debido al disfrute de la excedencia, pues la ley presume que esa fue la causa. Por lo demás, entiende este tribunal que estamos ante una situación análoga a la del despido de la trabajadora embarazada, desde el momento del embarazo mismo hasta el final del permiso por maternidad, lo que estaría prohibido por el artículo 10 de la Directiva 1992/85 CEE.

de una presunción que actúa automáticamente sino que se exigen indicios<sup>20</sup>.

Para el ámbito administrativo, se prevé la reserva del mismo puesto durante los dos primeros años que dura la excedencia. Transcurrido este periodo, la reserva se referirá a un puesto en la misma localidad y de igual retribución. Así lo dispone el artículo 89.4 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (que en este punto, recoge la reforma que en su día estableció la LO 3/2007 para la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 1984). De manera similar se expresa la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Otros beneficios contemplados para el tiempo que dura la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares son el cómputo del tiempo de excedencia a efectos de antigüedad (ámbito laboral), o a efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos (ámbito administrativo)<sup>21</sup>. También se tiene en cuenta para el disfrute de prestaciones de la Seguridad social<sup>22</sup>. Este es un aspecto previsto por el artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social, tras la modificación introducida por LO 3/2007. En él se dispone que los dos primeros años del período de excedencia por cuidado de hijos e hijas o familiares, tendrán la consideración de

---

<sup>20</sup> A este respecto, debe recordarse también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la prueba de la discriminación, en sus sentencias 140/1999, 7/1993, 14/1993 o 54/1995, donde se enfatiza la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales, y se sostiene que, cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Si bien, para que juegue en el citado sentido la carga de la prueba, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales, según recogen otras sentencias del Tribunal Constitucional, como las sentencias 87/1998 y 74/1998. En cualquier caso, no debe olvidarse que la disposición adicional cuarta de la LO 3/2007 prevé la trasposición de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, que atribuye la carga de la prueba a quien se acusa de discriminación, siempre que concurren una serie de indicios.

<sup>21</sup> No obstante, en el caso de funcionariado perteneciente a institutos armados, su normativa presenta una serie de especificidades en el tema de ascensos y escalafones. De manera concreta, la Ley de la carrera militar prevé que se pueda ascender durante los dos primeros años de excedencia si cumple las condiciones exigidas por la ley. También prevé que compute el tiempo en excedencia, durante el primer año, como tiempo de servicio.

<sup>22</sup> Un análisis de esta problemática se encuentra en Pérez Alonso (2007).

período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la seguridad social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Si estamos ante familias numerosas, el período de cotización efectiva se extenderá a 30 meses.

Por último, debe también tenerse en cuenta, a efectos de la prestaciones por desempleo, la previsión establecida por la Ley 4/1995, cuyo artículo 4 disponía que la situación de excedencia por período no superior a tres años tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo. Dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo, pero a efectos de este cómputo, se podrá retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó de cotizar, por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en las situación de excedencia forzosa.

### 3. CASOS Y SOLUCIONES: ANÁLISIS DE SENTENCIAS RECAÍDAS ENTRE 2011 Y 2012 SOBRE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS E HIJAS Y FAMILIARES

157

La temática que nos ocupa ha determinado que la atención recaiga en las jurisdicciones social y contencioso-administrativa<sup>23</sup>. Y el estudio de las sentencias dictadas durante los años 2010-2012 por nuestros tribunales en materia de excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares nos ha permitido conocer que el tipo de problemas

---

<sup>23</sup> Tras varias búsquedas en la base de datos utilizada, CENDOJ (Centro de Documentación Judicial), 56 sentencias resultaron de interés para este estudio. De entre ellas, 13 recayeron en primera instancia (10 en relación a la excedencia por cuidado de hijos e hijas y 3 por cuidado de familiares), y el resto, en segunda instancia (38 en casos de excedencia por cuidado de hijos e hijas y 5 por cuidado de familiares). En cuanto a las jurisdicciones, y teniendo en cuenta el global de las 56 sentencias analizadas, 12 se dictaron en la jurisdicción contencioso-administrativa (diez por casos de excedencia por cuidado de hijos e hijas y dos por cuidado de familiares) y el resto, 44, en la social (40 sobre excedencia por cuidado de hijos e hijas y 4 por cuidado de familiares). En cuanto a los órganos, 1 sentencia fue dictada por la Audiencia Nacional, otra por un juzgado de lo social, dos por el Tribunal Supremo y el resto, por Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Como parte demandante/recurrente, se han contabilizado 5 hombres, 32 mujeres, y en 1 ocasión, ha sido un sindicato. La administración ha sido parte actora en 7 ocasiones, mientras que las empresas lo han sido en 14. Las sentencias que se citan se identifican por su número roj.

que más frecuentemente se han suscitado han estado relacionados con la reserva del puesto de trabajo, la concurrencia entre la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares y otras medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, el tiempo de excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares, la posibilidad de trabajar mientras se está en excedencia por cuidado de hijos e hijas o familiares y la conexión entre el disfrute de prestaciones sociales y la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares. Veamos estas cuestiones.

### 3.1 La reserva del puesto de trabajo

El tema de la reincorporación de la trabajadora o trabajador a su puesto de trabajo tras un período de excedencia por cuidado de hijos e hijas o familiares es un asunto que envuelve varios problemas. En ciertos casos, el problema se debe a que alguna de las partes o el propio tribunal están tomando como un caso de excedencia voluntaria lo que, siendo un caso de excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares, tiene una regulación específica y distinta a aquella<sup>24</sup>.

De manera más concreta, y por lo que se refiere al ámbito social, las sentencias analizadas se han dirigido fundamentalmente a determinar cómo debe entenderse la negativa del empleador (empresa o administración) a aceptar el reingreso, diciendo que no tiene vacante, y qué ocurre cuando, habiéndose reincorporado el trabajador o trabajadora, son despedidos poco tiempo después. El análisis de estas cuestiones ha obligado a tener en cuenta, a su vez, el tema de la carga de la prueba, pues, como se apuntó, la jurisprudencia ha venido entendiendo que del artículo 55.5 b), que declara nulo el despido en relación al 46.3 ET, se desprende la presunción legal que obliga a quien despide o niega tener vacante la prueba de que ello no se debe a causas de discriminación. Se trata de una interpre-

---

<sup>24</sup> Así ha ocurrido, por ejemplo, en la Sentencia 1110/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, donde el error se ha producido en la propia recurrente; mientras que en la Sentencia 1470/2011 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el error se ha producido en la sentencia recurrida. También se detecta esa confusión en la argumentación de la Sentencia 11251/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a la que se hará mención más adelante.

tación recogida en la ya mencionada Sentencia de 19-5-2005 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a la que se suman también algunas de las sentencias estudiadas, como la 487/2010 de este mismo tribunal, pero también la Sentencia 3649/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León<sup>25</sup>.

De manera similar resuelven también otras sentencias, es decir, considerando nulo el despido del trabajador/a que está o vuelve de excedencia por cuidado de hijos, cuando se encuentra sin su puesto o sin vacante, como es el caso de la Sentencia 2737/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y La Mancha<sup>26</sup>, la Sentencia 4809/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Gali-

---

<sup>25</sup> Según esta Sentencia, de la que es ponente María del Carmen Escuadra Bueno, «[l]a excedencia por cuidado de hijo recogida en el artículo 46.3 ET recibe una especial protección al tener tratamiento de excedencia forzosa durante el primer año, por lo que se consigna reserva del mismo puesto de trabajo, y en el segundo y tercer año, un trato entre la excedencia voluntaria y la forzosa, dado que si bien no tiene derecho al reingreso en el mismo puesto de trabajo sí se tiene una reserva de un puesto de trabajo dentro del mismo grupo profesional o categoría equivalente incondicionada a la existencia de una vacante. Por tanto en este caso, la empresa no puede alegar la inexistencia de vacante a la actora, independientemente de cuáles sean las circunstancias por las que atraviese la empresa, que podrán dar lugar a adoptar las medidas que la ley pone a su alcance, acreditando allí las mismas, pero en este caso, lo procedente es el reingreso de la actora al tener una reserva de puesto de trabajo no condicionada a la existencia de una vacante y el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha en que se debió proceder al reingreso (...)».

<sup>26</sup> Resuelve recurso de suplicación de una empresa de limpieza contra la sentencia recaída en primera instancia sobre despido de una trabajadora, que había solicitado la excedencia y que en el momento de su reincorporación, tras finalizar los 3 años de excedencia, recibe una comunicación de la empresa diciendo que no tiene vacante de igual o superior categoría, pero más tarde se le propone realizar un contrato temporal de interinidad de sustitución de otra trabajadora, lo que acepta. Cuando esta última vuelve, se despide a la otra trabajadora. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y La Mancha entiende en esta sentencia, de la que es ponente Petra García Márquez, que la empresa vulnera sus derechos fundamentales, lo que justifica la declaración de despido nulo. Y alegar que no tenía vacante carece de eficacia. Estamos ante una previsión legal «que tiene su causa o justificación en el deseo del legislador de salvaguardar el derecho al empleo de las madres y padres, posibilitando con ello la protección de la conciliación de la vida profesional y familiar así como el mismo hecho de la maternidad, procurando que del ejercicio de tales derechos, con las consiguientes prerrogativas que lleva consigo, no se puede derivar el desconocimiento del derecho tanto del trabajo como a la permanencia en el mismo». Por otra parte, el tribunal aprecia que la empresa «procede subrepticamente» a procurarse una novación contractual, que llevaba a la trabajadora a renunciar a su carácter de trabajadora indefinida y posibilitando así su despido, «conducta que pone de manifiesto el total desprecio y desconocimiento por parte de la empresa de los derechos fundamentales asociados al desarrollo de la maternidad que ostentaba la actora, tal y como razona la Juzgadora de instancia, lo que debe conducir a ratificar ese pronunciamiento, desestimando el recurso planteado».



cia<sup>27</sup> y las Sentencias 243/2010 y 4923/2011 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco<sup>28</sup>, todas ellas recaídas en la jurisdicción social y en casos de excedencia por cuidado de hijos e hijas. En todas ellas se enfatiza también el carácter de derecho con fundamento legal de estas excedencias. En sentido diferente se expresa, en cambio, la Sentencia 11251/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuya argumentación se detecta que está tratando la excedencia por cuidado de hijos e hijas como una excedencia voluntaria<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Resuelve el recurso de suplicación de una trabajadora contra sentencia en primera instancia, que estimó la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por la empresa demandada, y desestimó la demanda de la trabajadora, a la que la empresa (de servicios aeroportuarios) le había denegado el reingreso tras excedencia de tres años por cuidado de hijos, alegando no tener vacante. La trabajadora también pedía reducción de jornada por cuidado de hijos e hijas y traslado a otro aeropuerto, pero la empresa le dice que no tiene puesto ni en el sitio de antes ni en el que pide el traslado. En esta sentencia, de la que fue ponente Pedro Ron Latas, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia despliega una argumentación muy interesante, aplicando una interpretación sistemática y una interpretación histórica del ordenamiento jurídico, lo que le lleva a conectar todos los preceptos que tratan el tema de la excedencia laboral, incluyendo antecedentes legislativos, y siguiendo el artículo 9.1 de la Constitución española, que impone además una interpretación acorde con sus preceptos. Y en este sentido, recuerda que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 26/2011 de 14 de marzo declaró que «la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)». Mediante la interpretación «histórico-legislativa», esta sentencia realiza un recorrido por la evolución legislativa de la excedencia por cuidado de hijos e hijas, incluyendo el análisis de las exposiciones de motivos, lo que permite «descifrar la ratio legis, ofreciendo los condicionamientos sociales, económicos o políticos que motivaron su promulgación». Tras la argumentación, se declara la nulidad del despido y se condena a la empresa demandada a readmitir a la trabajadora y a abonarle los salarios que ha dejado de percibir desde la fecha del despido hasta la de su readmisión.

<sup>28</sup> Ambas sentencias se hacen eco de la reforma introducida en el art. 46.3 ET por la LO 3/2007, y hacen también una exposición del régimen de la excedencia por cuidado de hijos e hijas, del que resaltan que es un derecho individual, y apuntan que el párrafo 5 de ese artículo induce a confusión, ya que no es aplicable a los casos del artículo 46.3.

<sup>29</sup> La trabajadora había solicitado reducción de jornada por guarda de hijo, y un año después, el 29 abril de 2008, solicita excedencia por cuidado de hijo. La trabajadora quiso adelantar su reincorporación en diciembre de 2009 pero la empresa le comunicó que no tenía vacante. En 2011 solicitó su reincorporación con efectos de 14 de mayo y de nuevo la empresa le comunica que no hay vacante. Más tarde, la responsable de personal le comunica, en una conversación privada, que hay una vacante distinta a la que ocupaba cuando pidió la excedencia. La demandada invoca como norma infringida el 46.5 del Estatuto de los Trabajadores («El trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produ-

En el contexto de la reserva del puesto del trabajo debe entenderse también la Sentencia 1110/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Este tribunal resuelve el recurso de una trabajadora, que había disfrutado de una excedencia por cuidado de familiares, contra la sentencia del juzgado de primera instancia. Este había desestimado su demanda contra la empresa, en la que reivindicaba la declaración de nulidad o, subsidiariamente, del carácter injustificado de la decisión empresarial por la que se había acordado la movilidad geográfica y la modificación de su horario de trabajo. Por lo demás, la trabajadora alude a su excedencia como si fuera voluntaria, algo que el tribunal entiende que no debe tenerse en cuenta, al ser una persona lega en la materia, pues estamos, a su juicio, ante un caso de excedencia regulada por el párrafo 3 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, que, en este caso, tiene además una duración inferior a un año. Y en ese sentido, entiende que la decisión de la empresa constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, subsumible en el artículo 41.1 a), que se adoptó sin atenerse, por lo demás, a lo dispuesto en el artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores. Por todo ello, se condena a la empresa a reponer a la trabajadora en las mismas condicio-

—  
jeran en la empresa») citando jurisprudencia aplicable al caso. La empresa recurrente estima, por su parte, que la acción que se debería haber presentado no es la de despido sino la ordinaria, alegando que la sentencia de instancia vulnera la norma estatutaria y la jurisprudencia sobre el cauce procesal adecuado según particularidades del supuesto cuando el trabajador insta su reingreso tras haber finalizado la excedencia voluntaria, al no haber estimado la excepción alegada en juicio de inadecuación de procedimiento. Y el Tribunal dice que comparte este argumento. En todo momento, se pasa por alto que no estamos ante una excedencia voluntaria sino una excedencia por cuidado de hijos, regulada por el 46.3, que conduce en caso de negativa de readmisión al 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores. Pero en toda su argumentación, el tribunal la considera como voluntaria, hasta el punto de que alega jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre excedencia voluntaria. Siguiendo también jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 22-6-85; 18-7-86; 1-2-88; 19-10-94; y 10-1-00), el Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera que «la falta de contestación a la solicitud del trabajador, no puede equivaler a una negativa inequívoca». Y sobre la prueba de la intención de la empresa al respecto, entiende que en el caso que se sigue, la actora solicitó la reincorporación a la empresa para una determinada fecha (15-5-2011), y la empresa le respondió que en ese momento era imposible su reincorporación porque no tenía vacante, de lo que «no cabe duda del sentido de esta expresa contestación, que no encierra ni revela voluntad contraria a la reconstitución del vínculo» (...) Por otra parte, no cabe deducir de la conversación que la actora y la responsable de personal mantuvieron en fecha que no está determinada (...) oposición al reingreso en términos inequívocamente reveladores de una decisión de extinguir definitivamente el vínculo (...).

nes laborales que ostentaba antes de su reingreso tras la excedencia por cuidado de familiar.

Finalmente, y en cuanto a la reserva de puesto de trabajo en el ámbito contencioso-administrativo, la Sentencia 323/2010 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria analiza qué normativa resulta aplicable a los funcionarios de la Administración de justicia en el tema de la excedencia por cuidado de hijos e hijas<sup>30</sup>.

### 3.2 **La concurrencia entre la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares y otras medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral**

La confluencia entre este tipo de excedencia y otras medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral ha sido habitual en las sentencias estudiadas, ya que quienes recurren (trabajadoras en su mayoría) han solicitado la reducción de jornada y la concreción horaria cuando se reincorporan al puesto de trabajo, tras finalizar estas excedencias, o bien ya las disfrutaban antes.

162

Un ejemplo se encuentra en el recurso resuelto por la Sentencia 38/2012 del Juzgado de lo Social de Madarcos (Madrid), en un caso de excedencia por cuidado de familiares. El tribunal estima la demanda de una trabajadora que solicita concreción horaria cuando se reincorpora de la excedencia por cuidado de su madre y de su padre, con minusvalías del 33% y del 73% respectivamente. En su caso, la concreción horaria está legalmente prevista, según apunta el tribunal, en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, y cabe a una indemnización por los daños y perjuicios derivados por no haberle reconocido la empresa su reclamación.

Otro caso de interés se suscitó en relación al cómputo de los períodos que corresponden a las diversas medidas de conciliación que

---

<sup>30</sup> Esta sentencia resuelve un recurso interpuesto por el sindicato CSI-CSIF contra una orden del gobierno de Cantabria, que reconoce sólo 1 año de reserva de puesto para funcionarios de la Administración de Justicia. El Tribunal entiende que no le es aplicable la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público sino la Ley Orgánica del Poder Judicial.

pueden disfrutarse. Se trata del caso resuelto, dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia 18994/2010, que desestima el recurso de la trabajadora contra la Resolución 28 enero de 2008 del Director Ejecutivo de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición del Ministerio de Sanidad y Consumo por la que se acuerda el pase de la recurrente a la situación de excedencia por cuidado de un hijo<sup>31</sup>. Esta alega que el cese en su puesto de trabajo con efectos del 12 diciembre de 2007 y pase a excedencia por cuidado de hijo, con efectos del 13 de diciembre de 2007, decretados por acuerdo de 28 de enero 2008, no son ajustados a derecho, en cuanto la fecha de efectos que se fija en ambos, porque atenta a su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral y porque infringen el principio general de irretroactividad de los actos administrativos, regulado en artículo 57 Ley 30/1992<sup>32</sup>. Pero el tribunal dice en su sentencia que no cabe alegar una retroactividad prohibida, pues, según el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, los actos de las Administraciones públicas producen efectos desde la fecha que se dicten salvo que se disponga en ellos otra cosa, como ocurre con esa resolución de 28 enero que acuerda su pase a la excedencia con efectos del 13 diciembre, y la retroactividad se prevé de manera expresa en el propio 57.3 para cuando produzca efectos favorables a los interesados. El tribunal entiende que esto es beneficioso, pues la recurrente lo había solicitado desde el 3 de diciembre de 2007, pidiendo que se declarase inmediatamente al

<sup>31</sup> La recurrente había solicitado la excedencia por cuidado de hijo con escrito de 3 diciembre 2007 que tuvo entrada el día 10, lo que reiteró con otro escrito de 14 de diciembre, con entrada el día 20.

<sup>32</sup> La Administración decidió esas fechas en virtud de la liquidación efectuada por ella misma respecto a los permisos por maternidad, lactancia, vacaciones y días de permiso de asuntos propios disfrutados. La recurrente expone su disconformidad y calcula las fechas de los distintos permisos, poniendo de relieve que presentó baja por enfermedad con fecha de 17 de diciembre. Las resoluciones le fueron comunicadas a la recurrente el 31 de enero de 2008, momento en que también se le devolvieron los partes de baja, por estimar que el período de tiempo que comprendían era posterior a su pase a la excedencia. El tribunal entiende que, en su momento, la recurrente no discutió las fechas de los permisos de lactancia y las vacaciones, por lo que no puede discutirse eso ahora, de manera que se considera correcto el cálculo realizado por la Administración.

fin de su disfrute de los permisos por asuntos particulares, aunque hubiera discrepancia en el inicio de la excedencia<sup>33</sup>.

También se han detectado problemas de cómputo cuando estas excedencias confluyen con otras medidas de conciliación. Sobre este asunto trata la Sentencia 4422/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que resuelve un recurso contra un acto de la Administración por el cual aquella no concede la baja por maternidad a una funcionaria que estaba en excedencia por cuidado de hijos, al entender que no se había reincorporado al trabajo. El tribunal estima el recurso de la funcionaria, aduciendo que, aunque con algunos defectos, se produjo la solicitud de reingreso<sup>34</sup>. Se

---

<sup>33</sup> En esta sentencia, de la que fue ponente María Amaya Martínez Álvarez, se recoge de manera específica lo siguiente: «Así, si bien es cierto que hasta el 30 de enero no se dicta la resolución por la que se concede la excedencia, no puede obviarse que la interesada tuvo conocimiento de la comunicación de la Administración de fecha de 27 de diciembre de 2007 en la que se indicaba que pasaría a la situación de excedencia con efectos del día 13 de diciembre, antes del día 30, concretamente el 2 de enero. Y, por otra parte, sostiene este tribunal que la ahora recurrente debía saber que le iba a ser concedida, tal y como manifiesta en relación a la solicitud de días de asuntos particulares, que le fueron concedidos por silencio, habiendo disfrutado de los días que consideró oportunos, dando por hecho que la Administración se los había concedido, por lo que, de la misma forma, habiendo solicitado la excedencia en dos ocasiones, debía saber que le iba a ser concedida como solicitaba, inmediatamente después de los días de asuntos propios, y por tanto, que no tenía que reintegrarse al trabajo en cualquier caso, y ello con independencia de la fecha que se considerase como correcta respecto al inicio del cómputo de la excedencia. Tampoco la ahora recurrente solicitó con la debida antelación la excedencia, porque formuló su petición el 3 de diciembre para ser disfrutadas a continuación del último día de asuntos propios, que según sus cálculos era el día 19 de diciembre, sin que pudiera pretender tener contestación en ese ínterin, teniendo en cuenta que el plazo para entender concedido el permiso por silencio, según el artículo 3 del Real decreto 1777/1994 de 5 de agosto que otorga eficacia estimatoria a las peticiones de excedencia para cuidado de un hijo, de un mes, para el caso de no haber sido contestada la solicitud».

<sup>34</sup> La Administración dijo que no constaba en el expediente administrativo la reincorporación efectiva al no dar valor a la solicitud de reingreso de la recurrente con fecha de 9 febrero 2007, por no tener sello de entrada en ninguna oficina ni estar firmada, ni al oficio de remisión del Presidente de la Audiencia Provincial de Valladolid que adjuntaba la citada solicitud y el parte de baja por maternidad. La recurrente sostiene que, según el artículo 509. 3. 3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el reingreso debió reconocerse automáticamente con efectos de su solicitud de 9 de febrero 2007, y que, en esa situación, la baja por maternidad debió ser reconocida con la sola presentación del parte médico de baja por maternidad como consecuencia de haber dado a luz el 12 febrero 2007, en aplicación artículo 49 a) Ley 7/2007 de 12 de abril de Estatuto Básico del Empleado Público, de igual contenido al artículo 30.3.º de la Ley de Medidas de Función Pública 30/1984 de 2 de agosto, vigente en el momento de la solicitud.

debió, pues, admitir la reincorporación y declarar la situación de reingreso al servicio activo y, en consecuencia, conceder la baja por maternidad.

En conexión con este tema también resulta de interés la argumentación desplegada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en su sentencia 225/2011, donde se analizó si cabía la aplicación de la llamada «doctrina de la condición más favorable». Este tribunal estimó el recurso de una empresa contra la sentencia de primera instancia que daba la razón a la trabajadora. Según el recurso, la trabajadora no había trabajado nunca el sábado por la tarde pero debía hacerlo a su reincorporación tras excedencia por cuidado de hijos. La sentencia de instancia había dado la razón a la trabajadora, diciendo que tenía derecho, por condición más beneficiosa, a no trabajar los sábados por la tarde<sup>35</sup>.

La doctrina de la condición más beneficiosa es de origen jurisprudencial. Se originó sobre la base del artículo 9.2 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, y se fue consolidando a raíz de sentencias del Tribunal Supremo como la de 25 de octubre de 1963. Se configura como una categoría de carácter individual, que emana además de un contrato individual y que consiste en una concesión del empresario. No hace falta, pues, que esté reconocido legalmente ni por convenio colectivo. Ahora bien, se exige que sea habitual, regular, y persistente en el tiempo. En todo caso, corresponde a quien la alega probar la voluntad del empresario de reconocerle ese derecho. Pues bien, según esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, no queda probado en este caso «el requisito de la consolidación del beneficio por obra de una voluntad inequívoca de su concesión», pues no basta con la simple alegación de que la empresa no la llamaba a trabajar los sábados por la tarde. Eso sólo prueba, a juicio de este tribunal, que la

---

<sup>35</sup> Se trataba de una trabajadora de Eroski procedente de DAGESA. En su contrato, se especificaba su obligación de trabajar de lunes a sábado, aunque nunca había trabajado los sábados por la tarde, en primer lugar porque la empresa no abría esa tarde y luego porque estuvo de excedente y después, con reducción de jornada. Pero la empresa, desde antes de 2006 abre los sábados por la tarde y en los sucesivos convenios de 2006 y 2010 se establece jornada laboral esa tarde. Estos convenios se aplican a los Supermercados del grupo Eroski, en los que se integra DAGESA. A esta empresa se le empiezan a aplicar esos convenios desde abril de 2006.

empresa no ha ejercitado su derecho (que le corresponde según el convenio colectivo) de exigir al trabajador que trabaje el sábado por la tarde, lo que no significa que haya renunciado a su derecho. Considerando entonces inexistente la condición más beneficiosa de la demandante sobre el derecho a no prestar servicios los sábados por la tarde, y que el calendario de la empresa no constituye modificación sustancial de condiciones de trabajo sino ejercicio de facultad ordinaria de la empresa, conforme a lo dispuesto en los artículos 20 y 34 del Estatuto de los Trabajadores, el tribunal estima el recurso de la empresa y revoca la sentencia del juzgado. Sin embargo, sí aplicó esta doctrina el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su sentencia 1272/2010, por la que desestimó el recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social interpuesto por la empresa<sup>36</sup>.

Otros casos de interés fueron los resueltos por la Sentencia 1655/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura<sup>37</sup> y la

---

<sup>36</sup> Lo que se discutía aquí era el derecho de la trabajadora a seguir percibiendo una mejora voluntaria que venía disfrutando antes de los períodos de excedencia por cuidado de hijos, tras la cual se reincorpora con una reducción de jornada al 50%. Pero desde su reincorporación, la empresa no le abonaba la mejora que sí seguían percibiendo otras compañeras, habiéndole reducido el resto de retribuciones al 50%. La sentencia del juzgado obligaba a la empresa a pagarla. En su recurso, la empresa alegó infracción del artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, por entender que el complemento voluntario no es consolidable. En este punto, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León entendió aplicable la doctrina de la condición más favorable, al considerar que se daba el requisito de la consolidación del beneficio, por entender que, en la prueba de los hechos, había quedado acreditada la voluntad en la concesión.

<sup>37</sup> Esta sentencia resuelve el recurso de una trabajadora contra la sentencia del juzgado que denegó su pretensión, y en cuya argumentación (la de la sentencia del juzgado) se aprecia que trata la excedencia por cuidado de hijos e hijas como excedencia voluntaria. La sentencia de primera instancia había desestimado el recurso de la trabajadora contra la Administración por no haber tenido en cuenta su solicitud de traslado del Centro de Atención a Personas con Discapacidad de Alcuéscar a otro centro (el más cercano a su domicilio de Trujillo), para desempeñar su trabajo de cuidadora. Se había excluido a la demandante, que estaba –se dice en la sentencia de instancia– en «excedencia voluntaria», cuando en realidad estaba en excedencia por cuidado de hijos. La trabajadora entendía, en cambio, que no podía privársele del ejercicio de este derecho por estar en situación de excedencia por cuidado de hijos y que debiera haberse continuado la tramitación cuando ya se incorporó a su puesto de trabajo. La trabajadora sustenta su pretensión en el artículo 64.2 del Convenio Colectivo Único del personal laboral de la Administración general del Estado, según el cual, «[l]a Administración podrá conceder traslados por razones de salud y posibilidades de rehabilitación del trabajador, cónyuge, pareja de hecho acreditada o hijos a cargo del trabajador, previo informe del servicio médico designado por la Administración». Sin embargo, el Tribu-

Sentencia 1470/2011 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco<sup>38</sup>, ambas en el ámbito de la jurisdicción social, en los que las trabajadoras solicitaban un traslado, antes o mientras estaban de excedencia por cuidado de hijos e hijas, para estar más cerca de su domicilio. En ambos casos, los tribunales desestimaron sus pretensiones, realizando una interpretación de la normativa aplicable que pierde de vista los valores constitucionales sobre los que descansa la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

### 3.3 El tiempo de excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares

Sobre el tiempo en excedencia para la antigüedad en el puesto de trabajo y, en concreto, su cómputo para ejercer los derechos lega-

nal Superior de Justicia de Extremadura desestimó su recurso considerando que la recurrente alegaba un artículo del convenio aplicable que estaba dedicado a la movilidad funcional, no a la geográfica. Concretamente, el Tribunal dijo: «De igual manera, los arts. 21 y ss. de la norma convencional regulan todo lo relativo a movilidad funcional y geográfica, distinguiendo (en sus arts. 22, 23, 26 y 27) entre la «movilidad funcional entre puestos de distinto grupo profesional al que pertenezca el trabajador» (art. 22), «otros supuestos de movilidad» (art. 23) y la movilidad sin cambio de funciones (art. 24), por un lado, y la movilidad geográfica (art. 26) o el «traslado obligatorio (art. 26), «movilidad geográfica temporal (art. 27) por el otro. Es decir, que la norma diferencia claramente entre movilidad funcional y movilidad geográfica, afirmando incluso el art. 23 del convenio que «la movilidad funcional por incapacidad laboral, por disminución de capacidad, por razones objetivas, para la protección integral de la mujer y para protección de la maternidad queda regulada en los artículos 63, 64 y 65 del presente Convenio». Sin embargo la palabra «funcional» no aparece en ese artículo 23. (Norma disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/12/pdfs/BOE-A-2009-18065.pdf>).

<sup>38</sup> Este Tribunal Superior de Justicia comparte la perspectiva de la sentencia del juzgado recurrida, y dice que «no es factible entrar a examinar si ostenta derecho o no a ocupar alguna de las plazas pretendidas, desde el momento en que de la lectura del art. 14 del pacto colectivo de aplicación se desprende, sin fisuras, que la cobertura de plazas vacantes estructurales ha de realizarse mediante procedimientos de promoción interna, y que para concurrir a las pruebas, el trabajador ha de hallarse en servicio activo, excedencia forzosa o bien como integrante de las bolsas oficiales en la categoría laboral de procedencia, circunstancias estas en las que no se encuentra la actora, como también es preciso hallarse en la situación de servicio activo y no en situación de excedencia voluntaria cuando se trata del traslado a una vacante sea o no estructural». Pero ocurre que la trabajadora no se encuentra en situación de excedencia voluntaria sino de excedencia por cuidado de hijos, con una consideración similar a la forzosa durante el primer año. Y además, la trabajadora apunta en su recurso que se encontraba en situación excedencia por cuidado de hijo porque la empresa no aceptó su reincorporación en la residencia laboral que solicitó.



les de promoción en el empleo, son de interés varias sentencias. Así, y dentro del ámbito social, debe señalarse la Sentencia 280/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que reconoce a un trabajador su derecho a cobrar un complemento de antigüedad que la empresa abona en un único pago anual, y que devenga mientras él está en excedencia por cuidado de familiares. El tribunal entiende que sí tiene derecho a ese complemento, aunque esta excedencia exonere a la empresa de remunerar al trabajador, pues la causa de este complemento es la antigüedad efectiva en la empresa, para la cual debe computarse el tiempo que se está en este tipo de excedencia. El tribunal recuerda también que este tipo de excedencias se basan en la conciliación de la vida familiar, laboral y personal, es de interés social y se encuentra amparada por la LO 3/2007 y el art. 46.3 del ET.

Otro ejemplo lo encontramos en la sentencia 4625/2011 de la Audiencia Nacional, sala de lo contencioso-administrativo, que resuelve el recurso de un militar. En ella se tratan problemas de irretroactividad a efectos del cómputo del tiempo que estuvo en excedencia por cuidado de hijo, como tiempo de servicio para ascenso en la carrera militar (capitán), por serle de aplicación una normativa anterior a la que alega el recurrente, la Ley 39/2007 de 19 de diciembre, de la carrera militar, en vigor desde el 1 de enero de 2008, y que sí contemplaba computar el tiempo de esa excedencia. Sin embargo, esto no lo prevé la normativa que, por el tiempo en que él se halla en excedencia, le es aplicable: la Ley 17/1999 de 18 de mayo; todo ello en relación al artículo 2.3 del Código Civil, que prevé que las leyes no tendrán efectos retroactivos si no se dispone lo contrario, cosa que no ocurre.

Pero, con carácter general, y como se dispone en la normativa aplicable en el ámbito administrativo, el período de excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares no computa a efectos e antigüedad, lo que afecta a los derechos de promoción. Este aspecto se evidencia también en otras sentencias analizadas y recaídas en esta jurisdicción, como la Sentencia 2064/2011 del Tribunal Supe-

rior de Justicia de Castilla y León<sup>39</sup>, o la Sentencia 7484/2010 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Esta sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo con el que el recurrente impugna la resolución del General del Ejército JEME de 30 octubre 2006, la cual desestimó, a su vez, su recurso de alzada contra la resolución dictada por el General Jefe interino del MAPER de 28 de junio de 2006 por la que se le declaró no evaluado. Se consideraba que no tenía cumplido el tiempo mínimo de servicios necesarios para el ascenso a capitán, al no computarse el tiempo en que permaneció en situación de excedencia voluntaria por cuidado de hijo (de nuevo debe recordarse que esta manera de referirse a la excedencia por cuidado de hijos e hijas genera confusión, ya que responde a una caracterización específica que, durante el primer año, se asemeja a la forzosa, mientras que en el segundo y tercer año se aleja de este carácter, aunque sin entrar nunca en la categoría de la excedencia voluntaria). El recurrente estimó que aquella resolución era contraria a las normas sobre conciliación de la vida laboral con la familiar y a la igualdad real entre hombre y mujer, e invocó la Ley 39/1999, pero el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León consideró que le era de aplicación el artículo 141 de la Ley 17/1999 de 18 de mayo, y que la Ley 39/1999 es de aplicación, dice el tribunal, a los trabajadores a los que se les aplica el Estatuto de los Trabajadores. En cuanto a la Ley 30/1984, esta es de aplicación a los funcionarios, pero no a los militares. Y la Ley 39/1999 no dice nada en su disposición adicional tercera sobre el artículo 141.9 de la Ley 17/1999 de aplicación a los militares. Tampoco es de aplicación el RD 1385/90 de 8 de noviembre, por ser anterior y de rango inferior a la Ley 17/1999. No se hace mención a la LO 3/2007 ni a la Ley 39/2007 de la carrera militar, por ser posteriores, entendemos, a los casos que se resuelven.

<sup>40</sup> Esta sentencia, de la que fue ponente Manuel López Agulló, resuelve un recurso contra la resolución de la Dirección General de Cooperación local del Ministerio de Administraciones Públicas, por la que se dio publicidad a la relación individualizada de méritos generales del funcionariado de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Esta resolución resulta lesiva, según la recurrente, para sus legítimos intereses pues evidencia una incompatibilidad entre la atención a su familia a través de la excedencia por cuidado de hijo y sus expectativas de promoción profesional, al no ser considerados los períodos de excedencia como de servicio activo. El tribunal entiende que no se computa la excedencia para la antigüedad ya que, según la normativa administrativa, el período de excedencia sólo computa a efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos. Para este tribunal, si se hubiera querido que computara, le hubiera bastado al poder legislativo con indicarlo. Sin embargo, y a su juicio, de la regulación actual se desprende que la intención de aquel no era equiparar este tipo de excedencias con el servicio activo. Esta sentencia lleva a cabo una ponderación entre la garantía del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas y la exigencia de que la ocupación de los cargos sean referibles a los principios del mérito y capacidad, según doctrina del Tribunal Constitucional sobre la interpretación de los artículos 23. 2 y 103.3 de la Constitución. Para llevar a cabo esta ponderación, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía analiza en esta sentencia si esa normativa sobre excedencia puede implicar un caso de discriminación indirecta ya que, al ser mayoritariamente las mujeres las que piden esta excedencia (el 96%, aduce la recurrente), podría obstaculizar sus expectativas de promoción. Aunque el tribunal acepta que el colectivo femenino es el que se ve más afectado, frente al masculino, por la regulación de estas excedencias, entiende que esta diferencia de trato debe valorarse también al hilo de otros fines constitucionalmente legítimos, teniendo en cuenta si resulta proporcionada y razonable como medida para alcanzar esos fines. Y sostiene que el principio del mérito y la capacidad que emanan de la interpretación que hace el Tribunal Constitucional de los artículos 23 y 103 de la Constitución así lo justifican. Sin embargo, no aclara por qué debe

Finalmente, también dentro del ámbito administrativo se planteó otro problema: el momento en que debe entenderse finalizada la excedencia y producida la reincorporación. A este asunto se refiere la sentencia 1627/2010 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resuelve el caso considerando que la excedencia del trabajador tenía una duración más larga de la que realmente tuvo<sup>41</sup>.

### 3.4 ¿Se puede trabajar mientras se está en excedencia por cuidado de hijos e hijas o familiares?

Este es un asunto a cuya concreción ha contribuido la jurisprudencia, que ha venido sosteniendo que sí es posible trabajar en otro lugar mientras se disfruta de este tipo de excedencias. Y entre las sentencias que cabe incluir en esta jurisprudencia debe citarse la importante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de abril de 2009<sup>42</sup>, si bien existía ya jurisprudencia anterior que se pronunciaba en la misma dirección.

prevalecer ese principio de capacidad y mérito, como garantía del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, sobre el derecho de igualdad y no discriminación, que sí parece vulnerado, mediante discriminación indirecta, por esa normativa.

<sup>41</sup> En este caso, el recurrente solicita el pago de retribuciones que considera devengadas por entender que se hallaba ya en situación de servicio activo, tras una excedencia por cuidado de hijos, aunque se reincorporara con un mes de diferencia entre la fecha en que le fue adjudicado nuevo destino (4-6-2007) y su toma de posesión (4-7-2007), pues según el art. 91 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público y el 29 bis de la Ley 30/1984 se prevé un mes como plazo para la incorporación en la Unidad de Destino. También alega que según la resolución que acuerda su reincorporación al servicio activo, se indica que la fecha a efectos es desde la formalización del impreso, esto es, el 4-6, teniendo un mes para reincorporarse. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid entiende que, durante este mes, aún se hallaba en situación de excedencia, y no tiene derecho a retribución, aplicando el artículo 48 del RD 364/1995 por el que se aprueba el reglamento general de Ingreso del personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado. Este reglamento establece que el plazo para tomar posesión es de 3 días hábiles si no implica cambio de residencia, o de un mes si comporta cambio de residencia o el reingreso al servicio activo. El apartado 4 del citado artículo establece que, efectuada la toma de posesión, el plazo posesorio se considera como de servicio activo a todos los efectos, excepto en los supuestos de reingreso desde la situación de excedencia voluntaria o excedencia por cuidado de hijos una vez transcurrido el primer año. Pero el recurrente dice que solicitó el reingreso antes de cumplirse el año.

<sup>42</sup> Un estudio pormenorizado de esta sentencia puede hallarse en Rodríguez Copé (2009).

En esta línea están también dos de las sentencias analizadas aquí: la Sentencia 2340/2010 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León<sup>43</sup>, y la Sentencia 436/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha<sup>44</sup>. Ambas parten, en su argumentación, de la relevancia constitucional de los derechos de conciliación implicados en el caso.<sup>45</sup>

A este respecto, debe resaltarse cómo, de manera específica, la sentencia 436/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y La Mancha sigue la temprana Sentencia 249/1999, del Tribunal Constitucional, y justifica el derecho de excedencia por cuidado de hijos en evitar la discriminación laboral de la mujer y garantizar la igualdad de oportunidades. También considera que, aunque la empresa no había contestado a la petición de excedencia de la trabajadora, eso no es necesario, pues estamos en presencia de un derecho. En cuanto a

---

<sup>43</sup> Esta sentencia, de la que fue ponente Gabriel Coullaut Ariño, desestima el recurso de suplicación interpuesto por la gerencia de servicios sociales de la Junta de Castilla y León, para que se revoque la sentencia del juzgado de lo social que daba la razón al trabajador que solicitaba excedencia por cuidado de hijos, y a quien esta gerencia se la había negado por entender que no la iba a dedicar al cuidado de sus hijos sino a su formación, lo que constituía, a su juicio, un uso abusivo de derecho. Sin embargo, para el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, la exigencia de declaración jurada en relación con el no empleo de actividad remunerada no resulta del contenido legal ni convencional de las normas citadas; por lo demás, y aunque cabría denegar un derecho en caso de abuso, no es la situación del trabajador, que no oculta la posibilidad de realizar la formación que es compatible con el cuidado del hijo y que no cabe presumir que esa actividad formativa sea incompatible con el cuidado del hijo para llegar a la conclusión «manifiestamente gratuita» de que el actor actúa de forma maliciosa, torticera o abusiva

<sup>44</sup> La sentencia, de la que fue ponente María del Carmen Piqueras Piqueras, resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la Mancomunidad de servicios del Jabalón contra la sentencia del juzgado, la cual estimaba la demanda por despido de una trabajadora que había disfrutado de una excedencia por cuidado de hijos, período en el que estuvo trabajando. Esa sentencia había declarado improcedente el despido y condenado a la demandante a optar entre readmisión o abono indemnización, sin condena de salarios de tramitación (artículo 56.1).

<sup>45</sup> Aunque este asunto no se cuestiona de manera directa en el recurso que resuelve la sentencia 1653/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (a esta sentencia haremos referencia más adelante), también recoge esta opinión, y trae a colación una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 4 de abril de 2000, de la que cita textualmente lo siguiente: «[L]a situación de excedencia por cuidado de hijo causada en una determinada empresa no impide que se presten servicios para una empresa distinta, que por su característica, ubicación, horario, jornada, ... pueda convenir más al trabajador durante ese período. En consecuencia, de la nueva contratación de la trabajadora no puede derivarse sin más la baja voluntaria en la empresa (...) por lo que, manteniéndose su situación de excedencia para el cuidado de hijos y constando la misma en el expediente de regulación de empleo 191/1995, es claro que procede reconocerle la indemnización derivada del mismo».

trabajar en otra empresa en el período de excedencia, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha no lo considera fraude de ley e incluso apunta cómo el horario de la nueva empresa le permite conciliar el cuidado de su hijo. Los argumentos de la empresa, oponiéndose a esta posibilidad, equivalen, a su juicio, a decidir cómo se debe educar a un hijo, lo que va contra la lógica y la experiencia.

La argumentación de esta sentencia 436/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y La Mancha descansa también en la mencionada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 abril 2009, que había seguido, a su vez, la Sentencia de 21 junio 2007 del Tribunal Supremo. Conforme a toda esta jurisprudencia (que remite, en última instancia, a la Sentencia 3/07 del Tribunal Constitucional), el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y La Mancha sostiene que «la prohibición de trabajar durante la excedencia para cuidado de hijos significaría, de un lado, privar al trabajador de obtener ingresos para cubrir las necesidades del hijo; de otro, se estaría primando sólo a los trabajadores con más recursos económicos que puedan permitirse la ausencia de ingresos; y sobre todo, que la decisión de cómo se debe atender al hijo corresponde únicamente al padre o madre, pues de lo contrario estaríamos tropezando, utilizando las palabras de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid antes citada «con una especie de disciplina social en virtud de la cual se controla el comportamiento de la persona», especialmente grave en casos similares al presente por cuanto afectan generalmente al colectivo femenino, con la carga de discriminación de ello comporta; sin que pueda olvidarse el criterio del Tribunal Constitucional referido a que el objetivo primordial de las medidas que coadyuvan a lograr una conciliación de la vida familiar y laboral es evitar la discriminación laboral –especialmente de la mujer– y asegurar una efectiva igualdad de oportunidades (STC 3/07 de 15 de enero)».

### 3.5 El disfrute de prestaciones sociales y la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares

En cuanto a las posibilidad de disfrutar de determinadas prestaciones durante el período de excedencia, las sentencias analizadas resolvieron problemas relativos a: 1) la prueba de la situación de excedencia por cuidado de hijos e hijas, para disfrutar de una

prestación conectada a ella<sup>46</sup>; 2) en el caso de disfrute de una prestación específica por excedencia por cuidado de hijos e hijas, si era considerada o no exenta de tributación según el artículo 7h de la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas<sup>47</sup>; 3) si durante

<sup>46</sup> Este ha sido el asunto tratado, por ejemplo, por la Sentencia 1969/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sala de lo contencioso-administrativo, que resuelve el recurso de una trabajadora contra la Orden de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León de 20 de agosto de 2007 por la que se desestima el recurso de reposición que había interpuesto, a su vez, contra la resolución de 5 de diciembre de 2006. Esta resolución resolvía la convocatoria de Ayudas Económicas para 2006 a los padres y/o madres que ejerciten el derecho de excedencia para el cuidado de sus hijos o hijas. El tribunal entiende que no queda probada la situación de excedencia de la trabajadora, quizá porque su empresa no lo comunicó, y la remite a la jurisdicción social, desestimando el recurso. Sin embargo, este mismo Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su Sentencia 3264/2011, sí estimó el recurso contra la orden de la Consejería de familia de la Junta de Castilla y León, en la cual se entendía que la recurrente desistía de su solicitud de Ayuda por excedencia por cuidado de hijos, al no haber presentado la documentación que faltaba (fotocopias compulsadas del documento nacional de identidad, informe de la vida laboral, certificación de la empresa especificando fechas de inicio de la excedencia tras finalización del permiso por maternidad y firma de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social). En este caso, el tribunal entendió que esto se había debido a una tardanza de la empresa, y si el informe de la vida laboral era incompleto, dice este Tribunal, «bien pudo la Administración demandada recabarlo de la interesada o de la empresa, agilizando la regularización de su situación ante la entidad gestora de la Seguridad Social».

<sup>47</sup> Caso analizado por Sentencia 4787/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sala de lo contencioso-administrativo, de la que fue ponente Francisco Javier Pardo Muñoz. Esta sentencia resuelve un recurso presentado por una pareja contra la Administración general del Estado. La pareja consideraba que la ayuda económica percibida por ejercitar el derecho a la excedencia para el cuidado de hijos estaba exenta, de acuerdo con el artículo 7h de la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, ya que dicha ayuda tenía como requisito tener un hijo a cargo y la previa baja por maternidad. También sostenían que esta ayuda económica no era rendimiento íntegro del trabajo por no estar descritas, ni ser semejantes a las descritas, en el artículo 16 de la Ley sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, pero que la Administración había desarrollado aquí una interpretación analógica y genérica del precepto. El Tribunal Superior de Justicia resuelve aplicando una sentencia suya, de 23 marzo 2012, en la que se decía que se compartía el criterio de otra sentencia suya anterior, que había sido dictada en el recurso 194/2006. En ella había apuntado ya que el Decreto 292/2001 de 20 diciembre, por el que se establecen Líneas de Apoyo a la Familia y a la Conciliación con la Vida Laboral en Castilla y León, fijaba distintas vías mediante las cuales pretendía alcanzar el objetivo de conciliar la vida profesional y familiar. En este sentido, el tribunal había destacado que la norma distinguía claramente entre la ayuda por el mero hecho del nacimiento o adopción (apartado 1), de aquella otra que era para el ejercicio del derecho de excedencia. En el primer caso se fijaba en el nacimiento o adopción y, en el segundo, en la solicitud de excedencia laboral. Por lo tanto, entiende el tribunal que de la interpretación literal de la norma se deduce que es la excedencia para el cuidado del hijo lo que determina la ayuda, y no tener un hijo a cargo, sin más. Por eso entiende que no puede aplicarse el 7 h Ley del Impuesto de la renta de las Personas Físicas, que declara exenta la prestación por tener un hijo a cargo, mientras que en el presente caso, la parte recibe el dinero como consecuencia de la excedencia solicitada y obtenida.

los años de excedencia por cuidado de hijos concurre situación de alta o asimilada a efectos de devengo del subsidio por maternidad, incluso si durante ese período se trabaja en otra empresa<sup>48</sup>, o del subsidio de desempleo<sup>49</sup>; y 4) concurrencia entre la situación de ex-

<sup>48</sup> Este es un asunto analizado en la Sentencia 1653/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (ya mencionada en relación a la posibilidad de trabajar mientras se está en excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares), y de la que fue ponente Juan Molins García-Atance. Esta sentencia resolvió el recurso de suplicación interpuesto por una trabajadora contra la sentencia del juzgado de lo social, la cual había fallado en su contra en relación a sus pretensiones frente al Instituto Nacional de Seguridad Social. El litigio se refería a si concurría o no la situación de alta o asimilada a efectos del devengo del subsidio por maternidad durante los dos primeros años en que la trabajadora estaba en situación de excedencia por cuidado de un hijo, teniendo en cuenta que durante ese período también había prestado servicios laborales a tiempo parcial para otra empresa. Se alega el artículo 180 de la Ley General de Seguridad Social, según el cual, «[l]os dos primeros años del período de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido (...) tendrán la consideración de período de cotización efectiva a los efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad». Este plazo se extendió a 3 años, según dispuso la Ley 27/2011 de 1 de agosto, coincidiendo así con la duración máxima de esta excedencia. Y, en relación con este artículo, también se alega la disposición adicional cuarta del real Decreto 295/2009, que establecía lo siguiente: «En orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, el período considerado como de cotización efectiva surtirá efectos tanto para la cobertura del período mínimo de cotización como para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable, en su caso, para el cálculo de la cuantía de aquellas, y se considerará a los beneficiarios en situación de alta, durante dicho período, para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte, supervivencia y maternidad». A la vista de estos preceptos, y considerando que la demandante se encontraba en el segundo año de excedencia por cuidado de su primer hijo cuando se produjo el hecho causante de la prestación por maternidad (había dado a luz a su segundo hijo), el Tribunal Superior de Justicia de Aragón concluye que se encontraba en situación de alta para el devengo de esa prestación, aunque en el interin prestara servicios para otra empresa a tiempo parcial, lo que no deja sin efecto la excedencia por cuidado de hijos. Esta prestación de servicios en otra empresa puede ser constitutiva de despido pero no extingue la excedencia, y en cualquier caso, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón cita la sentencia, a la que ya se ha hecho aquí referencia, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4-4-2000, recurso 1894/1997, según la cual, la excedencia por cuidado de hijos no impide que se presten servicios en otra empresa. No obstante, en el caso que aborda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la empresa no había despedido a la trabajadora.

<sup>49</sup> Sobre este asunto trata la Sentencia 698/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y La Mancha, de la que fue ponente Pedro Libran Sainz De Baranda. La sentencia resuelve el recurso de suplicación presentado por el Servicio Público de Empleo contra la sentencia dictada en primera instancia, que estimó el recurso de la trabajadora, declarado su derecho a percibir la prestación por desempleo solicitada, con una base reguladora que resultaba del cómputo como período efectivo de los 15 meses de excedencia por cuidado de hijo. El Servicio Público de Empleo alega infracción del artículo 4 de la Ley 4/1995 de 23 de marzo por el que se regula el permiso parental y por maternidad en materia de excedencia para cuida-

cedencia por cuidado de hijos e hijas y el disfrute de una prestación por riesgo de lactancia natural<sup>50</sup>. En estos temas, la dispersión de las normas en diversos textos de diferente rango y ámbito geográfico y temático dificultan la determinación de la solución. Por esta razón, resulta fundamental tener en cuenta los fines que persiguen estas medidas de conciliación de la vida familiar, personal y laboral, como también resulta fundamental tener en cuenta que estas finalidades se articulan mediante derechos legales de los que se ha subrayado igualmente su carácter constitucional.

do de hijos, en relación al artículo 210 de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 3.5 del RD 625/1985 de 2 de abril por el que se desarrolla la ley de protección por desempleo. Según ese artículo 4, se excluye expresamente la posibilidad de que dicho período de excedencia por cuidado de hijos se compute directamente como período cotizado para la prestación por desempleo. Sin embargo, este Tribunal Superior de Justicia recuerda que el efecto que asignan las leyes a dicha excedencia es que, «cuando se produce en el periodo de referencia para el cómputo del periodo cotizado, es decir, los últimos seis años anteriores a la situación legal de desempleo, como establece el artículo 210 de la LGSS [Ley General de Seguridad Social], el periodo de excedencia tendrá la consideración de período asimilado al alta. Por lo tanto los seis años de referencia se retrotraerán tanto tiempo como haya durado la excedencia por cuidado de hijos». Así lo entendió el juzgado, y, por eso, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y la Mancha confirma la sentencia y desestima el recurso. En la misma línea se encuentran también la Sentencia 12808/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la Sentencia 1926/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia y la Sentencia 1756/2011 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

<sup>50</sup> Caso resuelto por la Sentencia 783/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de la que fue ponente Manuel Rodríguez Gómez. Esta sentencia desestima el recurso de duplicación de una trabajadora contra la sentencia del juzgado de lo social, la cual había desestimado su demanda. En ella pedía que se reconociera su derecho de prestación por riesgo de lactancia natural, con el abono de la correspondiente pensión. La trabajadora es enfermera en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital de Lorca. Para el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de la normativa aplicable a este caso se extrae la conclusión de que «es requisito ineludible que se acredite que las condiciones del puesto de trabajo influyen o pueden influir de manera negativa en la salud de la mujer y del hijo con afectación sobre la lactancia natural, a cuyo efecto no sea posible la reubicación de la trabajadora a ningún otro servicio del Hospital (...) Pero en el caso de autos, se deja constancia que la actora estuvo en situación de descanso maternal del 14 de octubre de 2009, fecha de nacimiento de su hijo, hasta el 2 de febrero de 2010, y al día siguiente 3 de febrero solicitó permiso de horas de lactancia que acumuló hasta el 2 de marzo de 2010, disfrutando a continuación de vacaciones entre el 3 de marzo y el 3 de abril de 2010, para acto seguido, y, sin solución de continuidad, solicitar la excedencia por cuidado de hijo desde el 3 de abril de 2010, que le fue concedida por tres años, sin que se hubiera incorporado a su puesto de trabajo desde que nació su hijo, por lo que no puede sostenerse la existencia objetiva de riesgo alguno para la lactancia materna, no pudiendo solicitar la excedencia y, al mismo tiempo, prestación por riesgo durante lactancia, toda vez que el período en que solicitaba la prestación, que abarca desde el 3 de febrero de 2010 hasta el 14 de julio de 2010, la actora se encontraba disfrutando del permiso de horas de lactancia acumuladas y, a continuación, en excedencia por cuidado de hijo».



#### 4. CONCLUSIONES

En primer lugar, cabe señalar que aunque la regulación actual de la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares permita su disfrute tanto por trabajadores como por trabajadoras, el elevado porcentaje de mujeres que demandan o recurren en las sentencias analizadas muestra que siguen siendo las mujeres quienes mayoritariamente solicitan este tipo de excedencias. No obstante, se ha encontrado mayor igualdad en relación a este aspecto en el ámbito contencioso-administrativo, donde también se han detectado dos casos de militares, siendo el ejército como es, al menos por el momento, un ámbito masculino por antonomasia.

En cualquier caso, hay diferencias en la normativa aplicable al ámbito social y al administrativo, en cuanto a la duración máxima de las excedencias con derechos a reserva de puesto de trabajo, o al cómputo del tiempo en excedencia a efectos de antigüedad, que deberían revisarse para determinar si están justificadas, ya que la conciliación de la vida laboral, familiar y personal se enmarca en la implementación del principio de igualdad de mujeres y hombres y en la protección de otros derechos y principios constitucionales, como el derecho al trabajo, pero también en la promoción en el empleo, así como de la familia.

Estos presupuestos obligan al poder legislativo y a otras instancias competentes para crear normas, a reconsiderar también si el tratamiento fiscal de las ayudas vinculadas a estas excedencias puede obstaculizar la finalidad para la que se establecieron aquellas; al igual que también obligan a reactualizar la aplicación de doctrinas jurisprudenciales como la del paréntesis o la condición más favorable, y a no perder de vista tanto el criterio teleológico dispuesto por el Código civil para la interpretación de las disposiciones jurídicas, como el criterio de interpretación que impone la LO 3/2007, cuyo artículo 4 dispone lo siguiente: «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». En cualquier caso, la mayoría de las sentencias analizadas no se hacen eco de las reformas introducidas por la LO 3/2007, ni tampoco de las que introduce específicamente en materia de excedencia por cuidado de hijos e

hijas y familiares, a pesar de que sí suelen hacer referencia a las reformas introducidas por disposiciones anteriores.

Sin embargo, y como nota positiva, puede percibirse en la jurisprudencia analizada la asimilación creciente de los nuevos contenidos de la igualdad y su impacto en las relaciones familiares y laborales. Pero esta tendencia puede revertirse, como también puede revertirse la legislación aplicable, que podría ser cambiada expresamente o, aun siguiendo en su redacción actual, quedar inaplicada, si tenemos en cuenta que, actualmente, la crisis económica está volviendo a replantear las demandas y las políticas de igualdad, y las está valorando en términos de costes económicos. Y ya hay sugerencias y propuestas para dejarlas de lado, porque se dice que desplazan recursos y esfuerzos de otros problemas económicos que se consideran más urgentes que, por ejemplo, las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Estos planteamientos vuelven a convocar los valores tradicionales en torno a la familia y a las relaciones entre mujeres y hombres ¿Pasará la solución de esta crisis por cargar de nuevo a las mujeres con las tareas del cuidado de la familia, cuyo coste económico el Estado ya no puede o no quiere asumir? ¿Deberá volver la mujer a la casa para liberar puestos de trabajo? ¿Se ha calculado ya cuánta ineficiencia puede traer de nuevo la desigualdad?



## Capítulo 7

# La ordenación y distribución del tiempo de trabajo y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral

---

**Ruth Vallejo Da Costa**  
(Universidad de Zaragoza)

### 1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto llevar a cabo un análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la distribución y ordenación del tiempo de trabajo y la conciliación de la vida familiar y laboral. Estudio que alcanza fundamentalmente desde el año 2010 hasta la actualidad. El objeto de estudio así planteado requiere analizar dos concretos preceptos del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), que han sido objeto de una atención particularizada en los pronunciamientos judiciales objeto de análisis.

En primer lugar, el artículo 37 ET, apartados 4, 5 y 6, que refieren al derecho a la reducción de jornada por lactancia, guarda legal o por cuidado directo de un familiar. Dicho precepto fue incorporado a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral (LCVLF), siendo objeto de nueva redacción tras la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), en la que se incorporan un conjunto importante de mejoras técnicas (Rodríguez Escanciano 2013: 38-39). No obstante, en la actualidad, la Ley 3/2012, de 6 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mer-

cado de trabajo, ha incorporado una nueva redacción en algunos aspectos fundamentales de dicha regulación que, a todas luces, puede implicar una restricción en el ejercicio de estos derechos. Y aunque esta última reforma no se verá reflejada en los pronunciamientos judiciales objeto de análisis, sí parece dar por zanjado el debate jurídico surgido en torno al ejercicio de estos derechos de conciliación, en una línea interpretativa restrictiva de los mismos.

El apartado 6 del artículo 37 ET, en la redacción dada por la Ley 3/2012, refiere a que la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada por guarda legal de menor de ocho años o persona con discapacidad física, psíquica o sensorial (...), o bien por cuidado directo de familiar (...), corresponderán al trabajador *dentro de su jornada ordinaria*. No obstante, continúa el citado precepto, «los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada (...), en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas (...)». Culmina el citado precepto recordando que «las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social».

Tradicionalmente, la falta de precisión de este precepto legal sobre la forma de la concreción horaria en los supuestos de reducción de jornada citados, dejará en manos de los Tribunales la ponderación de los intereses en conflicto, dándose prioridad, en la mayoría de las ocasiones, a las preferencias de concreción horaria de los trabajadores en la medida en que estos eran los únicos capacitados para saber cuál era el periodo más idóneo para cumplir con sus responsabilidades familiares. Con el tiempo, los trabajadores plantearán la posibilidad de ordenar y/o distribuir su jornada de trabajo de manera que no se viesen obligados necesariamente a tener que reducir la jornada, con la parte proporcional del salario, para atender a hijos o familiares, solicitando, por ejemplo, un cambio de turno de trabajo. Tal posibilidad, que no aparecía especificada en el precepto de referencia, fue

teniendo acogida entre los tribunales ordinarios y en la doctrina del TC contenida en la Sentencia 3/2007, con argumentos amparados en el espíritu de la LCVF y de la LOIMH, de facilitar la conciliación de la actividad laboral y las responsabilidades familiares y el fomento de una mayor corresponsabilidad de mujeres y hombres trabajadores en la asunción de las obligaciones domésticas.

El momento álgido se produjo, cuando el TC, en sentencia 3/2007 –ante un supuesto en que una trabajadora solicitó reducción de jornada y la vez una concreción de su horario en días distintos en los que habitualmente desarrollaba su trabajo– estableció que «la dimensión constitucional (...) en general, de todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras, como desde la del mandato de protección de la familia y la infancia (art. 39 CE), han de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa».

Pero lo que parecía un avance en la doctrina jurisprudencial en torno al ejercicio de los derechos de conciliación de trabajadores y trabajadoras, no será seguida por las distintas estancias judiciales que prescindirán en muchos casos de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación. Con todo, la modificación del artículo 37.5 ET, llevada a cabo por Ley 3/2012, en el que la jornada de referencia susceptible de ser reducida no será ya genéricamente la del trabajo, sino más específicamente *la jornada de trabajo diaria*, lejos de posibilitar el derecho de presencia para garantizar en lo posible el mantenimiento de los trabajadores y trabajadoras en las empresas, promueve la ausencia sin protección por razones familiares (excedencia) y, en última instancia, el abandono voluntario; consecuencias todas ellas que, como se ha afirmado, no son convenientes para el desarrollo de las carreras profesionales de las personas con responsabilidades familiares (Rodríguez Escanciano 2013: 39).

Además de los supuestos a los que se acaba de hacer referencia, el derecho a adaptar la duración y distribución del tiempo de trabajo para hacer efectivo del derecho a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, se reconocerá en un nuevo apartado 8, incorporado al artículo 34 ET, tras la LOIMH. Si bien el reconocimiento

de este derecho quedará al albur de lo que al respecto se establezca en la negociación colectiva o en el acuerdo a que lleguen empresario y trabajador, respetándose, en su caso, lo previsto en la negociación colectiva. Debe señalarse que tras la Ley 3/2012, se incorporará un segundo apartado al citado precepto en el que se establece que «a tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continua, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad de las empresas».

Pues bien, la formulación legal de este precepto, sumamente imprecisa, ha llevado a que el abstracto derecho a la adaptación de la jornada quede supeditado a su concreción o precisión por vía convencional o contractual, tal como han declarado algunos tribunales, entre ellos el propio TC en sentencia 24/2011, de 14 de marzo, aunque seguirán existiendo disparidad de criterios judiciales en torno al alcance de este derecho. En todo caso, cabe recordar que las empresas obligadas a realizar planes de igualdad (art. 45 LOIMH) deberán establecer específicamente medidas dirigidas a la ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Pero antes de adentrarnos en el análisis de las distintas resoluciones judiciales resulta preciso partir del contexto de la política social y jurídica en esta materia que tiene su origen en la LCVFL, pero sobre todo en la LOIMH. Normas éstas que se han elaborado siguiendo el compás pautado por la Unión Europea, en la que se encuentra la fuente de su configuración actual y, por tanto, también su interpretación y aplicación por nuestros tribunales, penetradas por la jurisprudencia comunitaria (Rodríguez Escanciano 2013: 9 y ss.).

## 2. LA CONCILIACIÓN COMO INSTRUMENTO DE IGUALDAD Y PARA LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES: LA CONCILIACIÓN CORRESPONSABLE

El fomento de medidas para permitir a los trabajadores y trabajadoras conciliar la vida personal, familiar y laboral constituye uno de los

objetivos básicos de la LOIMH; objetivo que, por otra parte, se centra específicamente en el ámbito de las relaciones laborales como una de medidas estrella para la corrección de las desigualdades entre mujeres y hombres. Por lo menos así lo proclama la Exposición de Motivos III de la LOIMH, que refiere a la «especial atención que presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa».

El derecho de conciliación de trabajadores y trabajadoras desde la corresponsabilidad se reconoce asimismo en vario preceptos de la LOIMH. Así, en el artículo 14 LOIMH, donde se establecen los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos, en cuyo apartado 8, refiere «al establecimiento de medidas de aseguren la conciliación del trabajo y la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las laborales domésticas y en la atención a la familia». También el artículo 44 LOIMH, dentro del Título IV, referido al Derecho al Trabajo en Igualdad de Condiciones, insiste en que «los derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio». Insistiendo el apartado 3 del artículo 44 LOIMH que «para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social». Señalándose en la Exposición de Motivos IV de la LOIMH, que esta es la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Con ser esta una de las innovaciones más importantes y largamente esperada, el reconocimiento del permiso de paternidad como derecho individual y exclusivo del padre o progenitor, no resulta suficiente para avanzar en la corresponsabilidad de hombres y mujeres en relación a las responsabilidades familiares, y así lo entiende también el propio legislador en la Disposición transitoria novena LOIMH, donde se contiene el compromiso de ampliar de forma gradual y progresiva la duración de la suspensión del contrato por paternidad, hasta alcanzar el objetivo de 4 semanas de este permiso de paternidad a los 6 años de entrada en



Así pues, la compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras se convierte, tras la promulgación de la LOIMH, en uno de los grandes objetivos a alcanzar para hacer efectivo el principio de igualdad y de oportunidades entre mujeres y hombres.

De ahí también que se amplíen considerablemente los derechos vinculados al cuidado de la familia y de los hijos, incorporando importantes novedades en diferentes materias: permisos, vacaciones, nuevos supuestos de suspensión del contrato por paternidad, riesgo durante la lactancia natural y adopción o acogimiento; la mejora del permiso por maternidad, las excedencias y las prestaciones por desempleo en caso de maternidad o paternidad, así como modificaciones introducidas en relación a la reducción de jornada por cuidado de hijo o familiar, o la realización de un contrato a tiempo parcial, a la par que se extienden los beneficios de la Seguridad Social, si bien no todos, a otros colectivos de trabajadores: trabajadores en regímenes especiales, trabajadores por cuenta propia y trabajadores en formación. A la par, se declara la nulidad de los despidos cuando estos vengan causados por circunstancias relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral, la maternidad o la paternidad. Novedades, todas ellas, de cuyo análisis pormenorizado se dará cuenta en otros artículos de este estudio.

Interesa reparar, en estos momentos, en la importancia que la LOIMH otorga a la *conciliación corresponsable*, dado que se ha erigido en el instrumento idóneo para eliminar la doble discriminación que todavía hoy padece la mujer trabajadora con responsabilidades familiares. Por ello el éxito de tales medidas no solo depende de que las mismas se destinen indistintamente a mujeres y hombres, sino que resulta preciso avanzar en la corresponsabilidad, pues en teoría, si la carga de los cuidados se reparte por igual entre hombres y mujeres, la desventaja en el mercado laboral se distribuirá equitativamente entre ambos géneros y las responsabilidades familiares no serían una fuente de desigualdad de género. Es por esta última razón que, en la actualidad, la

---

vigor de la presente ley. Compromiso que, en el momento actual, ha quedado en suspenso por efecto de la crisis económica y las sucesivas reformas que se han llevado a cabo desde 2010 del mercado laboral.

cuestión de la conciliación no se concibe sólo como una acción de «políticas de mujer», ya que esta perspectiva llevaría en el fondo a que este enfoque de género perpetuara la histórica discriminación social existente en el mercado laboral.

Por esta misma razón, en la actualidad, no parece adecuado que la solución al problema de la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares pase por fomentar el *contrato a tiempo parcial de la mujer trabajadora*. Aunque esta modalidad de empleo se considere a menudo una de las soluciones más efectivas a corto plazo para combinar el trabajo doméstico y el remunerado, a medio y largo plazo tiene otros efectos no deseados como la limitación de la carrera profesional, la reducción de las cuantías de las pensiones de jubilación o la disminución de la presencia de las mujeres en la vida pública y, por tanto, en los ámbitos de toma de decisiones, lo que se traduce en que sus necesidades y puntos de vista continúan ausentes en los ámbitos de decisión políticos y económicos. Además se han documentado peores condiciones de trabajo en empleos a tiempo parcial (Artazcoz *et al.* 2002: 74). De ahí que se haya llegado a afirmar, a propósito de la intervención de la negociación colectiva en la regulación del tiempo de trabajo y la conciliación, que «construir una estrategia sindical en materia de jornada de trabajo sólo sobre la reducción de la jornada de trabajo es mantener fuera del sindicalismo las aspiraciones, las necesidades y las preocupaciones de muchas mujeres» (Lousada Arochena 2008).

La importancia de conciliar el trabajo con las responsabilidades familiares se reconoce tempranamente en el Convenio número 156 de la OIT en 1981, donde se analizan el origen del problema y las dificultades con las que se enfrentan los trabajadores para conciliar la vida laboral y familiar y sus repercusiones en la discriminación socio-laboral de las mujeres. Y es que la incorporación masiva de las mujeres en el mercado laboral en las últimas décadas, necesaria en el mercado productivo, ha acarreado para estas, tal como se ha apuntado, una discriminación real en el ámbito laboral, tanto en sus condiciones laborales, como en las prestaciones sociales y también en su salud<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> La investigación de los efectos en el ciclo de vida de interrumpir el trabajo demuestra que las pérdidas de salario no sólo se deben a las ganancias no conseguidas, sino también a

En este sentido debe insistirse sobre las consecuencias negativas de la «doble jornada» sobre la salud de la mujer trabajadora que es quien todavía en la actualidad sigue ejerciendo mayoritariamente los derechos relacionados con el cuidado de hijos y familiares, hasta el punto de que el conflicto familia-trabajo sea considerado en la actualidad un riesgo psicosocial relevante y de repercusiones acusadas (Moreno Jiménez y Báez León 2010). Por ello se ha defendido la necesidad de incorporar la conciliación de la vida familiar y laboral al campo de la prevención de riesgos laborales y no dejarla exclusivamente al terreno de las políticas familiares o sociales (Rivas Vallejo 2012: 234).

Por lo demás debe resaltarse un último efecto sobre el conjunto de la sociedad derivado de la situación de la mujer que compatibiliza el trabajo con responsabilidades familiares. Y es que la situación de discriminación que la mujer sigue soportando a nivel social y laboral ha acabado por repercutir a la sociedad en su conjunto, pues la baja fecundidad que se observa en la sociedad actual ha alterado la estructura de las poblaciones, con un descenso en las personas jóvenes y un aumento de las personas mayores, lo que suscita inquietud sobre la futura escasez de mano de obra y también, sobre la viabilidad de los fondos de pensiones<sup>3</sup>. Además de las transformaciones demográficas registradas en la última década, el reto de la conciliación es dar respuesta a otros modelos de relaciones familiares, pues en la actualidad junto al modelo tradicional de familia coexisten *more uxorio*, uniones homosexuales –con o sin vínculo matrimonial– o personas separadas o divorciadas que rehacen su vida en pareja con la aportación de los hijos fruto de matrimonios anteriores. Al mismo tiempo, crece significativamente el número de familias monoparentales compuestas por un solo progenitor, sin olvidar que la custodia compartida sirve de germen para el caso más novedoso de familia, esto es, el padre y la madre separados o divorciados que de forma intermitente conviven con el menor en periodos semanales, quincenales mensuales o, incluso, en el caso de adolescentes, semestrales<sup>4</sup>.

---

la erosión en las cualificaciones, la pérdida de experiencia y de antigüedad. *Vid.*, Catherine Hein 2006: 54 y ss.

<sup>3</sup> En relación a los costes sanitarios y la baja fecundidad en los países industrializados, véase, Catherine Hein 2006: 60 y ss.

<sup>4</sup> Goñi Sein 2005: 11 y 22. Citado por Rodríguez Escanciano 2013: 8.

Por consiguiente, corresponde tanto a los poderes públicos como a las empresas privadas (a la sociedad en su conjunto) la obligación de fomentar dicha corresponsabilidad en las tareas domésticas y en la atención a la familia. Pues solo si los hombres participan en las responsabilidades familiares en las mismas condiciones que las mujeres, los derechos de conciliación serán un instrumento de igualdad y para la igualdad (Panizo Robles 2007:129).

Sin embargo, pese a las proclamas sobre la conciliación corresponsable contenidas en la LOIMH, en el ET, los derechos individuales reconocidos a trabajadores y trabajadoras para permitir la conciliación de la vida familiar y laboral de mujeres y hombres, lejos de reconocerse desde la corresponsabilidad a la que refiere insistentemente la LOIMH, perpetúan modelos familiares tradicionales obviando el reparto de responsabilidades. De ahí que se haya afirmado que las medidas adoptadas en el ET resultan limitadas y, en este sentido, la Ley es más un punto de partida que una norma de llegada (Perez del Río).

### 3. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL: ANÁLISIS DE LAS SSTC 3/2007 y 26/2011

187

Como se ha manifestado con anterioridad el TC, en sentencia 3/2007, inició un giro interesante en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, al afirmar que todas las medidas tendentes a facilitar la vida laboral y familiar, debían analizarse tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras, como desde el mandato de protección de la familia y a la infancia (art. 39 CE). De manera que la dimensión constitucional de ambos derechos debía prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Conviene referirse ahora, si quiera brevemente, a esta resolución judicial, porque aunque se encuentra fuera del arco temporal de las resoluciones que van a ser objeto de análisis, la misma inicia un camino de interpretación jurídica, una línea de tendencia sobre el derecho a la conciliación de las mujeres trabajadoras que, a partir de ahora, va a estar presente en la mayoría de las sentencias que

van a dar cuenta de la misma, aunque a veces solo se realizará una invocación nominal y un razonamiento formal.

En la STC 3/2007, se analiza el supuesto en el que una trabajadora –que desarrolla su trabajo en turnos rotativos de mañana y tarde, de lunes a sábado– había solicitado una reducción de jornada por cuidado de un menor al amparo de lo dispuesto en el artículo 37. 5 ET, solicitando horario de tarde de 16 a 2.15 horas, de lunes a miércoles, siéndole denegada por la empresa, a su entender «porque el horario reducido a aplicar debía desarrollarse en turnos rotativos de mañana y tarde y de lunes a sábado, esto es, acoplándose a la forma en que la empresa tenía organizado el tiempo de trabajo». La sentencia del Juez de lo Social, al amparo del procedimiento previsto en el artículo 138 bis LPL, desestima la pretensión de la trabajadora, suscribiendo en lo fundamental la tesis de la empresa.

La STC asume que el Juez laboral ha hecho una interpretación de la legalidad ordinaria y que «no corresponde a este Tribunal la interpretación que haya de darse a la expresión «dentro de su jornada laboral», utilizada en el apartado 6 del artículo 37 ET (...), por ello mismo no nos corresponde siquiera determinar si la concreta reducción de la jornada solicitada por la demandante de amparo se enmarca o no dentro de dichos límites y debe entenderse o no, en consecuencia, amparada por su derecho a la reducción de jornada (FJ 4)». Dicho lo cual, el argumento del TC da un giro sorprendente, censurando la forma en que el Juez ordinario había efectuado dicha interpretación (Fernández López 2010:10 y 11), y así dirá: «es perfectamente posible que se den resoluciones judiciales que no infrinjan el derecho proclamado en el artículo 24.1 CE, por contener una fundamentación que exprese razones – de hecho y de derecho– por las que el órgano judicial adopte una determinada decisión, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales como los aquí en juego, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de la decisión adoptada». Así pues, a decir del TC, la interpretación de la legalidad ordinaria puede ser ella misma inconstitucional aun en materias que incumben directamente a los Tribunales de Justicia y en ámbitos vedados al TC por su propia Ley reguladora (Fernández López 2010:10 y 11).

La tesis que seguirá el TC en esta sentencia se basa en una sentencia anterior –la STC 203/2000– que analiza la directa denegación por la Ley del derecho a excedencia por cuidado de hijos a favor de funcionarias interinas, un supuesto de hecho totalmente diferente. Por eso en este caso el TC dirá que no estamos ante un supuesto de discriminación directa, *sino indirecta*, en la medida en que el referido permiso parental se encuentra reconocido indistintamente a hombres y mujeres, pero disfrutado mayoritariamente por mujeres, de modo que una obstaculización o denegación de estos permisos suponen una traba más de la presencia de las mujeres en el mercado de trabajo y a la conservación del puesto de trabajo, en su caso. Impactaría de modo menos favorable a las mujeres que en los hombres, en suma, como argumenta con una exhaustiva cita de jurisprudencia comunitaria. La conclusión a la que se llega, al examinar las cuestiones de conciliación es que «los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del artículo 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a los que el mismo responde (FJ 5)». Y que «la dimensión constitucional (...) en general, de todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras, como desde la del mandato de protección de la familia y la infancia (art. 39 CE), han de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa». Y añade, «a ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de la jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigidas a hacer compatibles los diferentes intereses en juego (FJ6)»<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Esta doctrina vuelve a reiterarse en la STC 233/2007, de 5 de noviembre, donde se reproduce en lo sustancial la tesis de su precedente, lo que permitirá afirmar ya la existencia de «jurisprudencia» en el sentido más clásico. En esta sentencia, una vez proclamada la co-

No obstante, la doctrina de TC contenida en la sentencia 3/2007, planteaba el problema de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación cuando los mismos fueran ejercidos por los hombres y no por las mujeres, pues mal podría alegarse discriminación por razón de sexo. Cuestión que será resuelta en la STC 26/2011, de 14 de marzo, donde se examina el derecho de un varón a no ser discriminado por razón de sexo a consecuencia de la asunción de responsabilidades familiares. En este asunto el varón alegará vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haberse rechazado por los órganos judiciales mediante interpretación restrictiva de los artículos 36.3 y 34.8 ET y del convenio colectivo aplicable, su pretensión de realizar horario nocturno todas las jornadas durante el curso 2007-2008 en el centro en el que presta servicios, con el fin de atender al cuidado de sus dos hijos de corta edad, lo que implicaría privarle del ejercicio de un derecho ligado a la conciliación de la vida laboral y familiar por consideraciones de estricta legalidad, sin ponderar la dimensión constitucional del asunto planteado. Además, el recurrente sostendrá que «el rechazo de su pretensión implicaría a su vez convertir a su esposa, trabajadora y madre de dos menores, en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos». No obstante, este último razonamiento será rechazado por el TC que, siguiendo al propio Ministerio Fiscal, afirmará que la lesión al derecho fundamental que se invoca, en cuanto referido a la esposa del demandante de amparo, ha de quedar fuera del análisis, pues a través del recurso de amparo solo pueden protegerse, en principio, los derechos fundamentales y libertades públicas de los directamente afectados, entendiendo por tales los titulares del derecho subjetivo presuntamente vulnerado (...). Por otra parte, se deniega que el demandante, varón, pueda alegar la existencia de discriminación por razón de sexo en tanto que «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

---

nexión de los derechos de protección de la maternidad –incluidos los permisos parentales– con el artículo 14 CE, siendo aquellos fuentes potenciales de discriminación indirecta por los mismos argumentos que en la STC 3/2007, se señala el posible alcance de la prohibición de discriminación por razón de maternidad en tres fases.

hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres». Tampoco se observa que el trabajador haya sido objeto de discriminación directa por razón de sexo, ya que no ha sido objeto de una diferencia de trato por razón de sexo, pues la denegación de su pretensión (...), no se fundamenta en el hecho de que sea varón.

Así pues, lo que en principio parecería una confirmación del carácter unilateral del derecho a la no discriminación –el varón nunca puede tener la consideración de sujeto discriminado– acaba convirtiéndose en una compleja afirmación con las mismas consecuencias: el varón podrá ser discriminado por razón de sexo-género, si se encuentra un motivo por el que, a causa del género masculino, existan dificultades específicas impuestas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (F. J.4). Sin embargo se antoja que esta situación no puede suceder nunca o solo de forma hipotética.

En todo caso, afirma el TC, lo anterior no es obstáculo para que pueda producirse una discriminación por circunstancias personales o sociales a las que refiere el artículo 14 CE, pues lo que se plantea en el presente supuesto es *un problema de posible discriminación por razón de circunstancias familiares*, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación del trabajo nocturno solicitada por el trabajador pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral.

Instituye así el TC, por primera vez, una nueva causa de discriminación como son las circunstancias familiares, que cuenta con sus detractores<sup>6</sup>, pero que es la única posible habida cuenta de que el

---

<sup>6</sup> En la sentencia hay un voto particular que sobre esta cuestión manifestará: la determinación de una nueva categoría discriminatoria ex artículo 14 CE, exige que se identifique la existencia del mantenimiento de determinadas diferencias históricas muy arraigadas que hayan situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE (STC 176/2008, de 22 de diciembre). Pues bien, continúa el voto particular, en el presente caso, la circunstancia de tener dos hijos de corta edad no parece que históricamente haya supuesto una diferenciación que haya colocado a un sector de la población, los hombres, en una situación contraria a la dignidad de las personas que permita identificarla como una categoría discriminatoria en el sentido del artículo 14 CE.



recurrente no puede alegar discriminación indirecta de la mujer, al no ser un derecho propio sino de su esposa. Así, el principio de no discriminación por razones familiares, pasa a ser considerado como el criterio adecuado para otorgar protección a los trabajadores varones que ejercen derechos de conciliación.

Para afianzar esta nueva causa de discriminación, el TC recurre a argumentos referidos a la necesidad de erradicar de nuestro ordenamiento normas e interpretaciones de normas que supongan la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares, siguiendo al efecto la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia Roca Álvarez de 30 de septiembre de 2010, que considera la exclusión de los padres trabajadores del disfrute del permiso de lactancia, cuando la madre del niño no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena, una diferencia de trato por razón de sexo no justificada. Porque tal exclusión «no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social, ni una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades que pudieran surgir en la vida social, y sí, en cambio, una medida que puede contribuir a mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental». A mayor abundamiento, reitera la doctrina del TC contenida en la sentencia 3/2007 y, la necesidad de alcanzar la conciliación corresponsable como fomentan la Ley 39/1999 CVFL y la LOIMH.

Sentada la anterior doctrina, el TC reitera, como ya hizo en sentencias precedentes, que no le corresponde a él determinar si la concreta pretensión del recurrente de realizar la jornada en horario nocturno se encuentra o no amparada por lo dispuesto en el artículo 36.3 y 34.8 LET, o en el convenio colectivo aplicable, por ser ésta una cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales. En todo caso, el TC entiende que, en este caso, las resoluciones judiciales impugnadas han prescindido de toda ponderación de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación del trabajador recurrente pudiera tener su pretensión (...) y, en su caso, las dificultades que esta pretensión pudieran ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa; es

decir, han renunciado a interpretar la normativa de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental y en el caso presente, ni siquiera han tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podría quedar afectado<sup>7</sup>.

Aplica así, en el presente supuesto de hecho, su doctrina general de ponderación de las necesidades organizativas del empleador y los intereses de los trabajadores (STC 3/2007), para decidir si la decisión empresarial respeta el principio de no discriminación por razones familiares o, en otro caso, era posible una decisión alternativa que pudiera satisfacer las necesidades organizativas en iguales términos pero con menor coste para el respeto de los derechos fundamentales.

Y en este punto, sorprendente resulta que el propio TC establezca las circunstancias que son necesarias valorar en aras de alcanzar tal equilibrio. Así, en relación con las circunstancias familiares concurrentes, conforme a los datos obrantes en las actuaciones, dirá que «resulta necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno del recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos». Asimismo, continúa la sentencia, «será necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos fijos (diurno) y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por este sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir las modificaciones».

Como se ha visto, en ambas sentencias, la 3/2007 y la 26/2011, el TC identifica la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral en tanto que nacen vinculados, de un lado, a la protección de la familia y la infancia (art. 39 CE), de

---

<sup>7</sup> Conclusión con la que no se está de acuerdo en el voto particular que entenderá que si se ponderaron las circunstancias personales del recurrente tanto en vía administrativa como judicial. Lo que ocurría es que no existía para el curso escolar 2007/2008, ningún turno de ayudante técnico educativo con horario nocturno, de lo que derivaba la imposibilidad de su adjudicación. Entre otros motivos.

otro, en el caso de las mujeres, a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) al ser estas las que mayoritariamente ejercen estos derechos, de modo que, una obstaculización o denegación de estos permisos suponen una traba más de la presencia de las mujeres en el mercado de trabajo y a la conservación del puesto de trabajo, en su caso. Por último, en el caso de los varones, la tutela del principio de no discriminación por razones familiares exige tomar en consideración hasta qué punto el ejercicio por los trabajadores de los derechos de conciliación de las responsabilidades familiares y laborales resulta necesario para lograr la efectiva participación del trabajador en el cuidado de sus obligaciones familiares a través de un reparto equitativo, fomentándose de esta manera el principio de corresponsabilidad entre mujeres y hombres.

Ahora bien, pese al engarce constitucional de los derechos de conciliación, los derechos individuales reconocidos a los trabajadores y trabajadoras, no se contemplan como derechos absolutos, sino que siguiendo la doctrina del TC contenida en las sentencias citadas, hay que ponderar las circunstancias en cada caso, de manera que resulten compatibles el ejercicio de los derechos de los trabajadores a su conciliación con las necesidades productivas y organizativas de las empresas. Por eso la negativa al reconocimiento de un derecho de conciliación o la restricción de su ejercicio no siempre constituye una conducta discriminatoria. Tal como ha afirmado el TC en sentencia 233/2007, de 5 de noviembre «no existe una conexión automática entre el incumplimiento normativo y la vulneración del derecho fundamental».

En los supuestos analizados el TC entiende, si acaso, que se ha producido una discriminación indirecta por razón de sexo o, por razón del cuidado de responsabilidades familiares, porque los órganos judiciales a la hora de dirimir el conflicto de intereses entre los trabajadores y el empresario han prescindido de analizar la dimensión constitucional de los derechos de conciliación. Por eso la mera denegación de una reducción de jornada o la elección de un determinado turno de trabajo, no tiene porque constituir en puridad una discriminación, lo será o no según la valoración del juez, que es quien de acuerdo con el actual artículo 139 LJS, tiene que resolver la cuestión contenciosa entre las partes de la relación de trabajo.

No en vano, como reitera el TC en ambas sentencias, «no le corresponde a este tribunal determinar si la concreta pretensión del recurrente de realizar la jornada en horario nocturno u otro horario se encuentra o no amparada por lo dispuesto en el artículo 36.3 y 34.8 LET, o en el convenio colectivo aplicable, por ser esta una cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales».

#### 4. UN PASO ATRÁS EN LA POLÍTICA JURÍDICA DE CONCILIACIÓN: ANÁLISIS DE LA STC 24/2011, DE 14 DE MARZO DE 2011, Y OTRAS SENTENCIAS AFINES

Pese a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y, a la exigencia del TC de que los jueces deben valorar los intereses concurrentes en cada caso para resolver las discrepancias en torno al ejercicio de los derechos de conciliación, sorprende la STC 24/2011 de 14 de marzo de 2011, que, obsérvese es coetánea de la STC 26/2011, de 14 de marzo de 2011, analizada, en la que se dará un paso atrás en la política jurídica de la conciliación. Una sentencia donde se analiza el alcance del artículo 34.8 ET, como se sabe incorporado tras la LOIMH, donde se reconoce el derecho de los trabajadores 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 en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquella».

Los hechos analizados en esta sentencia trae causa en un supuesto en el que la trabajadora solicita la adscripción permanente al turno de mañana para el cuidado de su hija recién nacida –siendo que la misma tenía concertado un trabajo de régimen de trabajo a turnos–, que será denegada tanto por un Juzgado de lo Social de Albacete como por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

La demandante solicitó su adscripción permanente a un turno fijo en amparo del artículo 34. 8 ET, que fue denegada por la empresa y desestimada por el Juzgado de lo Social, al apreciarse que la actora no había solicitado una reducción de jornada al amparo del artículo 37

ET, sino la adscripción a un turno fijo de mañana que no era el que tenía asignado, por lo que la estimación de su pretensión hubiera conllevado la alteración de la jornada y el resto de los turnos de los trabajadores afectados que, de forma indirecta, hubieran visto sustancialmente modificadas sus condiciones de trabajo sin causa justificativa. Disconforme con la resolución, la parte actora formuló recurso de suplicación en el que denunció la correcta interpretación del artículo 34.8 del ET, instando a que se interpretase teniendo en cuenta la STC 3/2007 de 15 de enero, y la consiguiente infracción de los artículos 14 y 39 de la CE, así como del artículo 24 CE, al haberse resuelto la controversia en términos de estricta legalidad, sin haberse tenido en cuenta la dimensión constitucional de los derechos de conciliación.

El recurso de suplicación fue desestimado también por STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 2008. En la citada sentencia se dirán respecto de la regulación contenida en el artículo 34.8 ET, que la misma «no contempla el reconocimiento de un derecho efectivo tangible y exigible, en cuanto que la remisión bien a la negociación colectiva o al acuerdo individual para su efectiva implantación, comporta que, hasta que la misma no se produzca, estamos de una parte, ante un derecho carente de todo contenido eficaz y, de otro, ante un llamamiento a los interlocutores sociales y a empresarios y trabajadores, para que hagan algo que, incluso sin la existencia del precepto, podían ya hacer, como es negociar esa posibilidad de conciliación que no está sujeta en realidad a mínimos legales de clase alguna». Por tanto, continúa el Tribunal, «aunque la petición realizada por la trabajadora parece sin duda que es razonable, en atención a las exigencias normales que derivan de su situación de maternidad monoparental, carece sin embargo de soporte normativo o contractual que permita poder hacerlo jurídicamente eficaz».

El TSJ de Castilla-La Mancha seguirá en la resolución de este recurso la doctrina del TS sentada en la sentencia de 18 de junio de 2008, que niegan a la trabajadora el derecho a modificar su horario de trabajo, sin reducción de jornada, para el cuidado de un hijo con discapacidad<sup>8</sup>. En la citada resolución TS reconoce que las medidas solicitadas

---

<sup>8</sup> Sentencia del TS que es coetánea con otra del TS de 13 de junio de 2008, que niega a la trabajadora el derecho a modificar su horario de trabajo sin reducción de jornada para el cuidado de un hijo menor de 6 años.

por las trabajadoras favorecerían la conciliación de la vida familiar y laboral, pero el TS entenderá que esta posibilidad de «modalizar» el horario está vinculado en la ley a la reducción de jornada. Y en este caso la trabajadora pretendía un cambio de horario sin necesidad de reducir el tiempo de trabajo. El supuesto era anterior a la LOIMH que había incorporado un nuevo apartado 8 en el artículo 34 ET (...). No obstante, el TS considerará que «esta nueva normativa no delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración de la jornada de trabajo y que el tribunal no puede otorgar lo solicitado sin violar el principio de legalidad, pues entender lo contrario sería tanto como asumir funciones legislativas»<sup>9</sup>.

La línea interpretativa que seguirá el TC en sentencia 24/2011, coincide con la tesis mayoritaria que trae causa en la STC de 18 de junio de 2008. Entendiendo el Tribunal que no resulta de aplicación, al presente supuesto, los razonamientos contenidos en la STC 3/2007, al no guardar los casos examinados la identidad que se predica. Pues en el caso resuelto en la STC 3/2007, cuya doctrina pretenden que se aplique tanto la recurrente como el Ministerio Fiscal, la parte actora que venía trabajando en turnos rotativos de mañana y tarde, de lunes a sábado, había solicitado a la empresa una reducción de su jornada al amparo del artículo 37. 5 ET, proponiendo un horario reducido en el turno de tarde de lunes a miércoles y, en este caso, no se solicita reducción de jornada, por lo que no se pueden trasladar los razonamientos de la citada Sentencia. En este caso se pretende adaptar la duración y distribución de la jornada en base al artículo 34.8 ET, precepto que, a diferencia del anterior, condiciona los cambios pretendidos en la jornada sin reducción de esta ni de salario, a la existencia de un pacto colectivo o individual. Además, alega el TC, «en la STC 3/2007 la controversia se había resuelto por los órganos judiciales desde el estricto ámbito de la legalidad ordinaria sin tener en cuenta su dimensión constitucional y, en el caso presente, no ha ocurrido así, pues en la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, se han destacado los distintos intereses en juego

---

<sup>9</sup> No obstante, esta sentencia contó con el voto en contra de uno de los magistrados, que entendió que no se trataba de asumir funciones legislativas sino de efectuar una interpretación y aplicación de la norma teniendo en cuenta la especial naturaleza y trascendencia del derecho reclamado y la realidad social de hoy en día. Así, entenderá que existe una laguna legal que puede ser llenada por la jurisprudencia.

que debían ponderarse, destacándose, a lo largo del FJ 3, la primacía indiscutible del interés y de la protección de los hijos menores». No solo se reconoce la posición privilegiada de dichos intereses sino también la razonabilidad de la petición efectuada por la trabajadora, pero, tras ello, se realiza un examen de la diversa regulación jurídica contenida en los artículos 37.5 y 34.8 ET, concluyendo que la aplicación de este último precepto impedía su estimación al no existir en el caso de autos acuerdo convencional o contractual requerido por la norma para que ello fuera posible. Por tanto, concluye el TC, «la Sala sí examinó el recurso sin obviar su dimensión constitucional, justificando la imposibilidad de apreciar la infracción del artículo 14 CE, al no existir en el caso de autos una concreta regulación positiva que dé cobijo a la petición articula por la reclamante al amparo del artículo 34. 8 ET». Y concluye el Tribunal manteniendo que el legislador ha considerado conveniente condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada a lo que se disponga a través de la negociación colectiva o al acuerdo entre los propios interesados y, prueba de ello, es que durante la tramitación parlamentaria de la LOIMH se presentó una enmienda –la núm. 50– al proyecto de ley, que pretendía incorporar en el apartado 8 del artículo 34, un nuevo punto referido a la adopción de un régimen más flexible en la elección del horario de trabajo –sobre todo en los casos de familias monoparentales–, sin embargo, dicha propuesta no prosperó, manteniendo el precepto su actual contenido.

Sin duda, la sentencia que se acaba de analizar rompe de manera importante la línea de tendencia que se inició con la resolución 3/2007 del TC, además de resultar contradictoria con la misma, por lo que en la actualidad, a simple vista, lo que se está produciendo es una elevada y preocupante dosis de inseguridad jurídica no sólo para los litigantes sino también para los propios operadores jurídicos.

Le ha bastado al TC con encontrar una diferencia legal entre los supuestos de hecho analizados entre esta resolución y, la vista en sentencia 3/2007 –en esta la trabajadora había reducido la jornada con la reducción correspondiente del salario y, en la actual, tan solo se pide una reordenación del tiempo de trabajo–, para que aun reconociendo que se está ante un supuesto semejante, se re-

chace la llamada a la primacía aplicativa de los principios y derechos constitucionales, para, una vez más, enrocarse en la aplicación de los principios legales a los que está vinculada (Molina Navarrete 2008). Pero aun encuentra otra diferencia para rechazar de plano la aplicación de la doctrina del TC contenida en la STC 3/2007, y es que en aquella la controversia se había resuelto por los órganos judiciales desde el estricto ámbito de la legalidad ordinaria sin tener en cuenta la dimensión constitucional, lo que no ha pasado en el presente caso. Sin embargo, debe dudarse del análisis de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación que se dice han realizado los órganos inferiores porque ¿de qué sirve aludir al engarce constitucional de los derechos de conciliación si más tarde simplemente se realiza una interpretación literalmente apegada a la letra de la ley?

Lo cierto es que, en esta ocasión, el TC –siguiendo la criticada doctrina del TS contenida en la sentencia de 18 de julio de 2008 y, seguida en lo esencial por la resolución del TSJ de Castilla-La Mancha, de la que trae origen el recurso de amparo–, acaba concluyendo que el legislador ha considerado conveniente condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada, a la que refiere el artículo 34.8 ET, a lo que se disponga en la negociación colectiva o en el acuerdo individual. Por tanto, a falta de estas fuentes de regulación, podría concluirse, como ha razonado el TSJ Castilla-La Mancha, en sentencia de 18 de julio de 2008, que el artículo 34.8 ET «no contempla el reconocimiento de un derecho efectivo tangible y exigible, en cuanto que la remisión bien a la negociación colectiva o al acuerdo individual, para su efectiva implantación, comporta que, hasta que el mismo no se produzca, estamos ante un derecho carente de contenido eficaz (...)».

Parte de la doctrina iuslaboralista y judicial, sin embargo, no estarán de acuerdo con estos razonamientos. Rotundo se mostrará, en este sentido, Molina Navarrete<sup>10</sup>, del que se extraen los siguientes argumentos. Para este autor, el artículo 34.8 ET, estaría reconociendo un *nuevo derecho social a la adaptación razonable del tiempo –duración y distribución– de trabajo por motivos de conciliación*. Y es que

---

<sup>10</sup> Si bien a propósito de la STS de 18 de junio de 2008, de la que trae causa la STC ahora analizada. Vid., Molina Navarrete 2008.



la construcción científico-social y la integración normativa-legal, convencional, contractual y jurisprudencial de este nuevo derecho debe llevar a una relectura de los textos legales relativos a los derechos de conciliación, así como a una revisión de la jurisprudencia más tradicional. La conciliación, dirá, se ha convertido en un principio jurídico y, por lo tanto, en un criterio interpretativo integrador de las lagunas legales.

Además el propio precepto refiere al derecho de adaptación..., para que el trabajador haga efectivo *su derecho a la conciliación*, con lo que estaría reconociendo un *derecho de titularidad individual aunque de configuración convencional y/o contractual*. Dicho lo cual, a falta de intervención de la negociación colectiva, que será lo más habitual hoy por hoy en la práctica diaria, el legislador no puede dejar en manos del acuerdo individual la ordenación y distribución del tiempo de trabajo, porque simplemente se antoja una misión imposible.

Es precisamente en estos supuestos donde se requiere de inmediato el análisis del juez desde la vertiente constitucional, ponderando de manera concreta y cuidada si la negativa del empresario está revelando un obstáculo injustificado y desproporcionado a la efectividad del derecho. Es decir, parece que ha de otorgarse un contenido propio al derecho a la adaptación del tiempo de trabajo, con independencia de que exista o no convenio colectivo o acuerdo individual.

Es más, el actual artículo 139 LJS, que sustituye al anterior artículo 138 bis LPL, ha incorporado un procedimiento novedoso para resolver las discrepancias entre empresarios y trabajadores en torno al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, ya vengan estos reconocidos legal o convencionalmente, que no se limita a resolver los supuestos de concreción horario y la determinación de los periodos de disfrute en los casos de reducción de jornada, si no que la actual normativa remite a dicha modalidad procesal todas las discrepancias entre empresarios y trabajadores en estas materias, tanto las de origen legal como convencional. En este sentido se ha manifestado con claridad el *TSJ de*

*Valladolid en sentencia de 9 de marzo de 2011*<sup>11</sup>, en un supuesto en que la empresa había recurrido la concreción horaria de la trabajadora, porque según la misma, era inadmisibile que la trabajadora impusiese una distribución de su jornada en un turno fijo de mañana de lunes a viernes. El Tribunal recuerda que la propia Disposición Adicional Decimoséptima del ET, incorporada por Disposición Adicional 11.20 de la LOIMH, remite al procedimiento previsto en el artículo 138 bis LPL (hoy artículo 139 LJS) la resolución de las discrepancias que surjan entre empresario y trabajador en relación al ejercicio de los derechos de conciliación.

Pese a la interpretación aquí defendida, el TSJ de Madrid en sentencias de 17 de septiembre de 2012<sup>12</sup> y 20 de abril de 2012<sup>13</sup>, se apartará también de la doctrina iniciada por el TC en sentencia 3/2007.

En el primer caso, en la STSJ de Madrid de 17 de septiembre de 2012, la trabajadora había solicitado reducción de jornada con un concreto horario de 10 a 15 horas en turno de mañana, por necesidad de atender a su hijo que acude a la guardería de 9 a 16 horas. Pese a la semejanza de este supuesto con el analizado en la STC 3/2007 –en la que también se solicita reducción de jornada–, la actora ve denegada su solicitud, a juicio del Tribunal, porque la demandante no pide una reducción de jornada, si no, simplemente, un cambio de turno, lo que no tiene encaje en los preceptos estatutarios que se invocan por la recurrente –en el presente caso la demandante alega infracción de los artículos 37.6 ET y 37.5 ET–, ni tampoco, añade, tendría encaje en el artículo 34.8 ET. Dicho criterio, establece el Tribunal, ya fue reiterado por la STS de 18 de junio de 2008 analizada. A mayor abundamiento, dirá el tribunal, «resulta irrelevante que el contrato de la trabajadora prevea la posibilidad de que la trabajadora preste sus servicios en turnos rotativos, supe-  
ditada a las necesidades de la empresa y, en cualquier caso, la actora siempre realizó turno de tarde».

---

<sup>11</sup> Rec., 2201/2010.

<sup>12</sup> Rec., 362/2010.

<sup>13</sup> Rec., 891/2012.

En la sentencia del TSJM de 20 de abril de 2012, la demandante solicita también una reducción de jornada por guarda de un menor de 8 años y concreta su horario de lunes a jueves de 9.15 a 15.45 horas. Su jornada habitual era de lunes a domingo de 16.30 a 23.00 hs. La empresa le deniega la concreción horaria solicitada al interpretar que la reducción de jornada establecida en la ley se refiere expresamente a «una reducción de la jornada habitual», es decir, en ningún caso se reduce el número de días de trabajo, sino que lo que se reduce es el tiempo diario de trabajo dentro de la jornada habitual. Y aunque la actora recurre en suplicación denunciando vulneración de los artículos 14 CE, 34.8 ET, 37.5 y 6, 4.2.c) y 17 ET, en la sentencia no se entra en el fondo del asunto por entender que no existen indicios de discriminación, ya que la empresa había remitido igual contestación a otras trabajadoras que solicitaron reducción de jornada.

Como observamos, en las sentencias citadas, en ninguno de los supuestos se ha tenido en cuenta la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y por supuesto no se han ponderado las circunstancias concurrentes en cada caso. Limitándose el TSJ de Madrid, a realizar una interpretación de la legalidad vigente, prescindiendo por completo de los fines, principios y derechos de conciliación desde el principio de constitucionalidad exigida en la materia.

En una línea totalmente distinta, más acorde con la doctrina del TC contenida en la sentencia 3/2007, y con lo aquí defendido, encontramos, sin embargo, la STSJ de las Palmas de Gran Canaria de 30 de noviembre de 2011 (Rec., 1408/2009), que se pasa a analizar.

##### 5. UNA RESOLUCIÓN EN LÍNEA CON LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN: STSJ DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2011

En esta sentencia se analiza el supuesto de un padre divorciado en cuya sentencia de divorcio se establece un horario de visitas de la hija que coincide en parte con su horario de trabajo. El padre realiza turnos rotativos de mañana y tarde, incluidos los miércoles, en los

que trabaja una vez cada tres semanas de 15.30 a 19 horas. En la sentencia de divorcio se especifica que los miércoles de cada semana tendrá a la niña desde la salida del colegio hasta las 19 horas, más fines de semana alternativos. El trabajador solicita que se le cambie el turno de las semanas que presta servicios por la tarde y se le pase a horario de mañana.

En esta sentencia se recuerda desde el inicio las SSTS de 13 y 18 de junio de 2008 (citadas con anterioridad), en interpretación del artículo 37.5 ET. Sin embargo, se aduce que ahora se trata de hechos diferentes a los allí enjuiciados y se destaca la STC 3/2007 y refiere a la regulación establecida en el artículo 34.8 ET, incorporado tras la LOIMH. Para concluir que, en el caso que nos ocupa, no constando la existencia de previsión convencional al respecto, procede la ponderación de las circunstancias concurrentes y al efecto se toman como pautas orientativas las ofrecidas en el Auto del TC de 12 de enero de 2009 (RTC 2009/1), que al respecto establece que: desde la empresa, son circunstancias a ponderar la magnitud de las dificultades que se derivarán de atender la petición de la trabajadora y la facilidad o la dificultad de su superación.

En el supuesto analizado en este Auto, en el que la actora, técnico de rayos, trabaja en turnos alternos semanales de mañana o tarde y sábados alternos, la empresa se opone alegando que la asignación a la trabajadora de un turno fijo afectaría al resto de los compañeros. Sin embargo, se contra-argumenta en la sentencia que la actora durante el disfrute del permiso de maternidad no fue sustituida, ni existe sustitución en supuestos de incapacidad temporal, por lo que la empresa no puede escudar su negativa en un perjuicio al turno de los compañeros, cuando de facto es un turno flexible en función de las circunstancias concurrentes en cada momento. Así, pues, se concluye que la injustificada decisión de la empresa obstaculiza la compatibilidad de la vida familiar y laboral de la actora lesionando su derecho a no ser discriminada por razón de sexo.

Por otra parte, continua el Tribunal, «entendemos que las pretensiones del demandante tienen apoyo en el espíritu de la Ley 39/1999 (CVFL), norma que tiene por objeto configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres, que permita

un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada, y en concreto, y en cuanto al redactado que incorpora el artículo 37.5 ET, asegurar el ejercicio adecuado de la patria potestad y el cuidado del menor o del minusválido». Y, a mayor abundamiento, añade que la norma viene a completar la trasposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa comunitaria (cita en concreto las Directivas 92/85 y 96/34 CE, que establecen criterios amplios y flexibles para la armonización de las responsabilidades familiares).

En todo caso, concluye el Tribunal, la oposición de la empresa a que el trabajador pase a turno de mañana los miércoles para atender a su hija, no lo es en base a posibles perjuicios o trastornos, por lo que ponderando los intereses en juego, parece razonable privilegiar la conciliación de la vida familiar con base al apartado 8 del artículo 34 ET, ya que de no hacerse así quedaría vacío de contenido dicha disposición legal y la LOMH, pues al no contemplarse en el convenio colectivo precisa llegarse a un acuerdo con el empresario que, de no darse, daría lugar a ser papel mojado en el espíritu y letra de la LOIMH y de la LCVFL, todo lo cual lleva a que el recurso y la demanda deba ser atendidas.

## 6. SOBRE EL PAPEL DEL JUEZ EN LA RESOLUCIÓN DE LAS DISCREPANCIAS EN TORNO AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

Para solventar las discrepancias que puedan surgir entre empresarios y trabajadores en torno al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, ya vengán éstos reconocidos legal o convencionalmente, el legislador ha previsto un procedimiento específico propio en el artículo 139 de la nueva Ley 36/2011 de 10 de diciembre, reguladora de la jurisdicción social (LJS), que sustituye al anterior artículo 138 bis LPL incorporado por la LCVFL.

Repárese, en primer lugar, en que el procedimiento no se limita a la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute en los casos de reducción de jornada, si no que, tal como ha declarado la doctrina judicial e iuslaboralista, la actual normativa remite a

dicha modalidad procesal todas las discrepancias entre empresarios y trabajadores en estas materias, incluyendo tanto las de origen legal como convencional, también, por lo tanto, las que puedan derivarse de la interpretación del artículo 34.8 LET.

Sin embargo, pese a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y a que la denegación del ejercicio de estos derechos puede suponer una discriminación directa, o, en su caso, indirecta, el legislador ha incorporado un procedimiento que, aun caracterizado por la preferencia y sumariedad propia del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, pues así lo establece el apartado 1.b) del citado precepto (el procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente)<sup>14</sup>; no tiene preferencia absoluta sobre este último procedimiento.

Se trata además de un procedimiento en el cual, contra lo dictado por el juez de primera instancia, no cabrá recurso de suplicación [arts. 139.1 b) y 191.1 f) LJS], salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación. Y es que característica de este procedimiento es que permite acumular la acción por daños y perjuicios, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de las medidas por parte del empresario [art. 139, a) segundo párrafo]. No obstante, se contempla que el empresario podrá exonerarse de esta indemnización si hubiera dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador. Es decir, se trata de que el empresario acepte provisionalmente las medidas propuestas por el trabajador, al margen de lo que dirima más tarde el juzgador. Para ello se prevé un intento de conciliación judicial asistida, ya que, como prevé el artículo 139, 1, a) párrafo 3.º, «empresario y trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas (...) a los actos de conciliación previos al juicio y al propio juicio, que po-

---

<sup>14</sup> De manera que el acto de la vista deberá señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no cabrá recurso, salvo cuando se haya acumulado la pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar al recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte sentencia [apartado 1.b) del artículo 139 LJS].

drán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia». Sin embargo, no parece que el trabajador pueda solicitar al juez como medida cautelar la efectividad inmediata de la medida, salvo que se trata de supuestos de violencia de género al referirse expresamente y de manera exclusiva el artículo 139.2 LJS a esta posibilidad. Llamam la atención las especialidades de este procedimiento que se parecen mucho a las de protección de derechos fundamentales, pero que no lo son y ello, pese a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal y laboral. Pero como también se ha avanzado, no siempre la negativa al reconocimiento de un derecho de conciliación o la restricción de su ejercicio constituye una conducta discriminatoria.

Respecto del procedimiento de tutela de los derechos de conciliación, si bien referido al anterior artículo 138 bis LPL, encontramos entre las sentencias objeto de análisis la del TSJ de Valladolid de 9 de marzo de 2011 (citada), en el que se analiza un supuesto en el que la trabajadora venía disfrutando, con anterioridad a la baja maternal por nacimiento de hija, de una reducción de jornada de 20 horas semanales de lunes a viernes de 10 a 14 horas, para el cuidado de otro hijo. Tras la baja maternal la trabajadora comunicó a la empresa su reincorporación en el horario y jornada que venía disfrutando con anterioridad. Frente a la negativa de la empresa la actora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social, que dictó sentencia a favor de la misma. Posteriormente se alzó la empresa solicitando que se revoque la sentencia por infracción de normas sustantivas y jurisprudencia, aduciendo que la sentencia impugnada vulnera lo dispuesto en los artículos 37 y 46 ET. Ante el recurso de la empresa, en la sentencia se impone el análisis de si el procedimiento que les ocupa es ordinario (con posibilidad de interponer recurso de suplicación) o por el contrario, es el especial regulado en el artículo 138 bis de la LPL, no recurrible en suplicación. Refiere, el Tribunal, en este sentido, al artículo 189 LPL donde se regulan las resoluciones susceptibles de recurso de suplicación, excluyendo del mismo, entre otras, las sentencias que recaigan en los procesos relativos a la concreción horaria y determinación del periodo de disfrute en permisos de lactancia y reducción de jornada por moti-

vos familiares, para concluir que el recurso de suplicación interpuesto por la empresa no debió ser admitido.

Ahora bien, debe recordarse que, siguiendo la doctrina del TC contenida en la sentencia 3/2007, cabrá recurso de suplicación y/o, en su caso, recurso de amparo, cuando a través de este procedimiento se alegue violación de derechos fundamentales, bien por discriminación por razón de sexo, o bien por discriminación por el cuidado de responsabilidades familiares. En este sentido el actual artículo 184 LJS, en coherencia con el artículo 178. 2 LJS, establece que «las demandas (...) por los derechos de conciliación de la vida personal, laboral o familiar a las que se refiere el artículo 139 LJS (...), se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, con las propias de la modalidad procesal respectiva».

Por tanto, dichas especificidades, incluida la vía de los recursos, podrán exigirse bien cuando en la resolución por parte de los jueces de primera instancia no se produzca una ponderación de las circunstancias que concurran en cada caso, de manera que resulten compatibles el ejercicio de los derechos de los trabajadores a su conciliación con las necesidades productivas y organizativas de las empresas, analizando la controversia sobre el ejercicio de los derechos de conciliación no desde términos de estricta legalidad, sino atendiendo a la dimensión constitucional de estos derechos. Cuando esto no sucede, como se ha visto, cabrá incluso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que podrá acordar la retroacción de las actuaciones para que se dicte otra respuesta respetuosa con los derechos fundamentales invocados (STC 3/2007). Y, sin duda, también podrán aplicarse las especificidades del procedimiento de tutela de derechos fundamentales cuando directamente por la empresa se deniega a los trabajadores y trabajadoras el ejercicio de los derechos de conciliación, sin alegar causa alguna justificativa relacionada con las necesidades de organización de la misma. Pues en este caso, tal como se declara en la STSJ de Granada



de 3 de noviembre de 2011<sup>15</sup>, simplemente se está produciendo una discriminación directa por razón de sexo, en un supuesto en el que la trabajadora solicita acumulación de horas de lactancia, así como reducción de jornada negadas por la empresa con argumentos muy genéricos de las necesidades de la misma.

## 7. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN, LA INTERVENCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y REFLEXIONES FINALES

Conviene, por último, referirse al papel que debe jugar la negociación colectiva en torno al ejercicio de los derechos de conciliación. Como hemos visto, la Ley 3/2012, ha remitido a la negociación colectiva, en el caso de los supuestos previstos en el artículo 37 ET, el establecimiento de criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada (...) en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. Queremos creer que el legislador ha recogido el guante lanzado por el TC en sentencia 3/2007, de la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar el ejercicio de los derechos de conciliación, aunque se nos antoja que la intervención de la negociación colectiva pueda chocar con la regulación prevista en el nuevo artículo 37.5 ET, en el que la jornada susceptible de ser reducida no será ya genéricamente la de trabajo, sino más específicamente la jornada de trabajo diario.

De momento, en la STSJ de La Rioja de 10 de febrero de 2012<sup>16</sup>, se juzga un supuesto totalmente contrario a los objetivos que creemos se proponen en la nueva regulación. Porque no se comparte, como se hace en la sentencia de referencia, que «los trabajadores que tienen reconocido un horario determinado por guarda legal puedan ver alteradas sus circunstancias según las necesidades de la empresa, por así preverlo el convenio colectivo, de manera que el hecho de disfrutar de una reducción de jornada por guarda legal, no confiere al trabajador el derecho a la regularidad permanente y no modificable excepcionalmente en los casos en que prevé el con-

---

<sup>15</sup> Rec., 1785/2011.

<sup>16</sup> Rec., 22/2012.

venio colectivo». Porque reconocido como está el derecho a la reducción de jornada por la propia ley, podría plantearse, si acaso, un nuevo supuesto de concreción horaria que, a falta de acuerdo, deberá resolver el Juez de lo Social, pero en ningún caso menoscabar un derecho de dimensión constitucional por así establecerlo el convenio colectivo. El problema quizá surge porque en la negociación colectiva se viene negociando distintas materias como compartimentos estancos, sin interrelación entre ellas. La igualdad, que se erige como una materia transversal, debe estar presente en todas las condiciones laborales y de organización de la empresa. Y solo negociando desde la transversalidad se puede alcanzar un verdadero proyecto de empresa donde queden perfectamente coordinados y cohesionados los distintos intereses subyacentes: las necesidades organizativas y productivas de las empresas y la consecución de la igualdad real en el seno de la misma, además de atender a la protección de la seguridad y salud en el trabajo, porque, como se ha dicho *supra*, también tras la conciliación subyace el conflicto familia-trabajo como riesgo psicosocial.

En todo caso, esta referencia explícita que se contiene a la intervención de la negociación colectiva en los supuestos del artículo 37 ET, no se menciona en relación a los derechos reconocidos a los trabajadores en los supuestos del artículo 34.8 ET, de ordenación y distribución del tiempo de trabajo para «hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral». Refiere la modificación incorporada por la Ley 3/2012, a que «a tal fin se promoverá la utilización de la jornada continua, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos», también con el objetivo puesto en permitir una mayor compatibilidad entre la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la mejora de la productividad en la empresa. No obstante, debemos interpretar que el legislador refiere a que los términos de estas nuevas medidas se negocien a través de los convenios colectivos, por encontrarse subjúdice un interés claramente colectivo y, pues difícilmente pueden negociarse estas medidas a través de la autonomía individual. Recuérdese, en este sentido, como uno de los contenidos que necesariamente deben negociarse en los Planes de Igualdad, de las empresas obligadas a ello o, de las que así lo decidan voluntariamente, es la referida a la ordenación del tiem-

po de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación de la vida familiar y laboral. Negociación de Planes de Igualdad que deben formar parte, en todo caso, del contenido de los convenios colectivos. No obstante, debe tenerse en cuenta que tras la reforma del artículo 84 del ET, operada por Ley 3/2012, las medidas para favorece la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, constituyen materias propias de negociación colectiva en el ámbito de empresa, materias que podrán negociarse en cualquier momento de vigencia del convenio de ámbito superior, teniendo prioridad aplicativa respecto de otros convenios de ámbito superior. Por tanto, se trataría de una materia que debería formar parte del contenido de la negociación colectiva, aunque se trate de empresas no obligadas a negociar planes de igualdad. La actual regulación, en todo caso, parece contraria a la interpretación aquí defendida de que de los derechos reconocidos en el artículo 34.8 ET, deben ser considerados como derechos individuales aunque de configuración convencional o contractual. Queda ya patente que el legislador está pensando en otra forma diferente de entender la conciliación, que implica no centrarse únicamente en situaciones de maternidad y paternidad, sino en la vida privada en general y considerar la conciliación como una herramienta para adaptarse a las situaciones actuales y dar mayor bienestar a los empleados<sup>17</sup>. No en vano, la LOIMH no refiere solo a la conciliación de la vida familiar y laboral, sino que refiere también a la conciliación de la vida personal. Y es que la novedosa incorporación al texto de la norma de la conciliación con la vida personal supone que estamos pensando en la vida en sentido integral; es decir, que todo individuo encuentre un sistema equilibrado entre su trabajo y ambiciones profesionales y sus responsabilidades y anhelos vitales<sup>18</sup>. Concepto amplio de conciliación que implica caminar hacia la construcción de otro tipo de sociedad; una sociedad que tiene el reto de abandonar la cultura de la presencia en la empresa para profesionalizar la cultura de la eficacia<sup>19</sup>. Claro que

<sup>17</sup> *Vid.*, al respecto, Meil, G; García Sainz, C; Luque, M. A., y Ayuso, L 2007: 34 y 35

<sup>18</sup> Por eso se sostiene que la inclusión del adjetivo «personal» en la LOI añade algo nuevo y extiende el ámbito de la conciliación entre la vida laboral y los aspectos integrantes de la personalidad. *Vid.*, en este sentido Arastey Sahún 2008

<sup>19</sup> El informe RANDSTAD. Instituto de Estudios Laborales (IEL) 2004, advierte en este sentido de la escasa sensibilidad de los interlocutores sociales en materia de conciliación familiar, que se interpreta como consecuencia de que los agentes sociales confunden conci-

este planteamiento de reordenación de los tiempos de trabajo, debería ir acompañado de una racionalización de los horarios en otros aspectos de la vida, cuestión ésta a la que refiere la disposición adicional 17.<sup>a</sup> de la Ley 3/2012, conforme a la cual, en el plazo de tres meses a partir de que elabore un informe la Subcomisión del Congreso de los Diputados para el análisis y estudio de la racionalización de los horarios, «el Gobierno adoptará medidas dirigidas a promover la racionalización de los horarios, previa consulta a las diferentes organizaciones sindicales y empresariales más representativas»<sup>20</sup>.

---

liación con el establecimiento de permisos y excedencias, interesantes pero poco eficaces, si se producen en un contexto cotidiano donde resulta imposible de compaginar «normalmente» vida y trabajo.

<sup>20</sup> *Vid.*, informe publicado en BOE, 26 de septiembre de 2013.



## Capítulo 8

# Licencias por maternidad y licencias por maternidad en caso de aborto

---

**Noelia Igareda González**

*(Universidad Autónoma de Barcelona)*

### 1. NORMATIVA APLICABLE A LA LICENCIA POR MATERNIDAD

La protección legal que el ordenamiento jurídico dispensa a la maternidad, comienza por la regulación del derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución española (CE).

La interpretación dispensada por el Tribunal Constitucional al principio de igualdad contenido en este artículo 14 de la CE y ampliado por el artículo 9.2 CE en el ámbito laboral ha tenido dos grandes etapas. Una primera etapa hasta la STC 128/87 de 16 de julio, donde el Tribunal Constitucional interpretó el principio de igualdad como una igualdad formal, y se limitó a equipar las protecciones legales existentes hasta entonces en materia laboral, asegurando un estricto tratamiento igual y neutral, sin tener en cuenta muchas veces que la situación de partida de mujeres y hombres en el mercado de trabajo no era ni mucho menos igual, debido a las razones históricas y a la evolución social, económica y laboral. La segunda etapa comienza a partir de la STC 128/87 de 16 de Julio, donde el Tribunal Constitucional pasa a interpretar el mandato constitucional de la igualdad contenidos en los artículos 14 y 9.2 de la CE como una igualdad material, la necesidad de conseguir una igualdad real y efectiva, que mucha veces requiere tener en cuenta estas desigualdades históricas que uno de los sexos, casi siempre el femeni-

no, arrastraba para poder hablar de plena e igual participación en el mercado de trabajo.

Fruto de esta evolución y de la interpretación constitucional del principio de igualdad, a partir de la STC 229/1992, de 14 de diciembre, «se consolida, desde un punto de vista constitucional, la legitimidad, únicamente, de aquellas normas o medidas protectoras de la mujer por causa del embarazo y del parto, y las llamadas medidas de acción positiva» (Molina González-Pumariega, 2004: 104).

Más allá de este artículo, la Constitución española menciona la maternidad en el artículo 39 sobre la protección dispensada a la familia por parte de los poderes públicos, donde se mencione de manera explícita a las «madres», a los «padres» y a la «paternidad». Por lo tanto la visión del poder legislativo constituyente era la de abordar algunos aspectos de la maternidad dignos de tratamiento constitucional sólo en el marco de la protección familiar. La maternidad debía ser objeto de tutela legal en la medida que constituye elementos necesarios de la institución familiar, que sí que queda claro que era de interés general.

De esta forma, antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), era extendida la interpretación de que la protección de la maternidad dispensada en la legislación laboral (a través de las bajas de maternidad, permisos retribuidos para el cuidado de hijos/as, posibilidades de excedencias y reducciones de jornada para el cuidado de menores, además de otras medidas en forma de prestaciones económicas o beneficios fiscales para trabajadoras y empleadores) estaba justificada por esa protección constitucional de la familia y de las madres definida en el artículo 39. La protección de la maternidad unas veces está conectada con la protección de la maternidad como interés general, valor o bien jurídico en sí mismo, o con su conexión a la institución familiar (Fernández Orrico, 2004). En cambio, a partir de la LOIMH, la protección de la maternidad aparece también conectada al derecho fundamental a la igualdad protegido en el artículo 14 de la CE (y las medidas de protección de la maternidad como instrumentos para prevenir y evitar formas de discriminación de las mujeres como resultado de su maternidad, actual o potencial).

También es en la Constitución española donde se establecen las bases sobre las que se edifica el sistema de protección social. Las mujeres son objetos de este sistema de protección social en la medida que cumplen el rol social esperado como madres. La protección social dispensada a fenómenos más frecuentes de la vida de los hombres es presentada como una protección ante hechos objetivos, formales y de interés estatal, que suceden a categorías de personas presuntamente neutrales, como los trabajadores. En cambio, el mismo sistema de protección social protege en menor medida y con menor intensidad fenómenos más frecuentes de la vida de las mujeres, como el embarazo, el parto o la viudedad, y cuando lo hace se trata de una cuestión más subjetiva, relativa a la familia, y donde las categorías de las personas afectadas son identidades creadas por el propio sistema estatal, como por ejemplo: trabajadoras embarazadas, mujer monoparental o las viudas (Holtmaat, 1992).

Además de la Constitución española, la LOIMH tiene un papel importante en el actual marco normativo de la licencia de maternidad en el ordenamiento jurídico español. El objetivo de la LOIMH es hacer efectivo el principio de igualdad entre hombres y mujeres ya garantizado constitucionalmente (artículo 1 LOIMH). Y es especialmente relevante, que cuando define lo que significa igualdad de trato entre hombres y mujeres, haga una especial mención a la maternidad como una fuente de discriminación para las mujeres. Constituyen formas de discriminación contra las mujeres el hecho de que el propio fenómeno de la maternidad se considere socialmente como una realidad de consecuencias únicamente femeninas, y el cuidado de la familia, como una responsabilidad exclusiva de las mujeres (art. 3 LOIMH).

Uno de los criterios generales de actuación de los poderes públicos en el marco de las actuaciones derivadas para el cumplimiento de los objetivos de esta LOIMH es precisamente la protección de la maternidad. Aquí por primera vez la maternidad no sólo es mencionada como una fuente de discriminación, sino también como un objeto de tutela jurídica. Este paso a objeto del derecho se justifica por la necesidad de socializar las consecuencias de la maternidad, porque la maternidad tiene una dimensión colectiva que el Estado



ha de asumir (art. 14 LOIMH). En este caso la maternidad sí que es objeto de tutela estatal por parte del Estado como interés general, y además un fenómeno en el que intervenir públicamente para alcanzar mayores niveles de corresponsabilidad social.

Las medidas incluidas por la LOIMH en el ámbito laboral están en coherencia con el modelo económico que el Estado ampara, protege o regula. El Estado considera que la maternidad es objeto de protección social principalmente cuando se da el caso de madre y trabajadora. Por lo tanto, una vez más, un derecho de ciudadanía como puede ser la protección social dispensada por el Estado en un momento de necesidad vital, depende de la participación anterior de esta persona en el mercado laboral formal. Estamos en un modelo de Estado que se fundamenta en una definición de ciudadanía laboral.

A pesar de la importancia que cobra la maternidad como fuente de la protección de las mujeres en la LOIMH, también un sector de la doctrina ha criticado los efectos colaterales de una especial protección de la maternidad como fenómeno únicamente femenino<sup>1</sup>. Este exceso de protección aumentará aún más la «discriminación estadística»<sup>2</sup> de los empresarios a la hora de contratar a mujeres, influirá en la segregación vertical, ya que las promociones en la empresa implica una inversión formal e informal en un trabajador/a que se convertirá en una persona más difícilmente reemplazable. Si esa persona es una mujer es más fácil que se ausente por los derechos de conciliación que concede la ley, y por tanto el/la empresario/a será más reticente a promocionar a las mujeres.

---

<sup>1</sup> Ver por ejemplo, Gala (2006).

<sup>2</sup> El concepto de discriminación estadística hace alusión al efecto que produce el conocimiento y la realidad de que son las mujeres en su mayoría quienes se acogen a los permisos de maternidad, reducciones de jornada, excedencias, permisos de lactancia y cualesquiera derechos de conciliación que las leyes establecen, con lo cual, son mayoritariamente las mujeres quienes se ausentarán del mercado de trabajo por espacios de tiempo, y esto producirá unos costes directos e indirectos al empresario. En consecuencia, la protección de la maternidad y la conciliación, al recaer solo en las mujeres, se convierte en un efecto «boomerang» que va justo en contra de la inserción, mantenimiento y promoción laboral de las mujeres.

En tercer lugar, aparece el Estatuto de Trabajadores (ET) que incluye la prohibición de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, tanto en el acceso al mercado de trabajo como en el mantenimiento del puesto de trabajo [art. 4.c)].

El Estatuto de Trabajadores contempla la protección jurídica de la maternidad de las trabajadoras (art. 48.4). La licencia por maternidad es un descanso de dieciséis semanas que el legislador otorga a la trabajadora para que pueda recuperarse físicamente del parto, y por otro lado, pueda atender a las necesidades básicas de un niño/a recién nacido. Estas dieciséis semanas son ampliables en caso de partos múltiples o hijos/as discapacitados, dos semanas por cada hijo/a. Aún así, esta duración se considera insuficiente por la mayoría de la doctrina, y tampoco se ha tenido en cuenta, no tanto el número de hijos/as que se tiene en el parto, sino el número de hijos/as que ya se tenían (Molina González-Pumariega, 2004; Beltrán de Heredia, 2008).

Como señala López Aniorte (2000), los bienes jurídicos aquí tutelados son la recuperación física de la madre tras el parto; la protección del vínculo progenitor/a con el bebé; la protección del recién nacido y su necesidad de intensos cuidados en sus primeras semanas de vida. El primer objetivo es sólo para la madre, pero los otros dos pueden ser alcanzados indistintamente por el padre o la madre.

De ahí la opción de compartir esas semanas dedicadas al cuidado de la criatura por parte del padre, tal y como permitió la Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, como resultado de la transposición de una directiva comunitaria que obligaba a la inclusión de este permiso parental (y no sólo maternal). Pero la titularidad del derecho es de la madre, que en todo caso podrá compartir con el padre «a opción de la interesada». Además para que se genere este derecho es necesario que la madre esté trabajando, porque si la madre no trabaja no puede ejercitar la opción a favor del padre, aunque este esté trabajando. Solo se admite la creación de este derecho para el padre<sup>3</sup>, independientemente de que la madre

---

<sup>3</sup> Por eso algunos autores hablan de suspensión por paternidad derivada (Beltrán de Heredia, 2008:308).

trabaje o no, si esta falleciera, y aun así es un derecho redactado de manera potencial «*podrá hacer uso de su totalidad*», que como López Aniorte (2000) comenta, esta redacción pone en entredicho la supuesta protección al bien jurídico del recién nacido que necesita de cuidados intensivos en sus primeras semanas de vida<sup>4</sup>. También la nueva redacción del artículo 48.4.3.º del ET introducida por la LOIMH permite que sea el padre quien disfrute del permiso cuando la madre, aun estando trabajando, no tuviera derecho a suspender la actividad laboral de acuerdo a las normas que regulen esa actividad (Beltrán de Heredia, 2008).

En el supuesto de licencia por maternidad en caso de adopción o acogimiento, el derecho es de cualquiera de los progenitores, porque lo que se busca proteger es la integración del nuevo hijo/a en la familia adoptante o de acogida, y el reparto equilibrado de los cuidados entre los progenitores.

El supuesto protegido es la maternidad biológica, la adopción o el acogimiento (art. 45). Dentro de la maternidad biológica se diferencia el parto frustrado del aborto. El parto frustrado entendido como parto prematuro del que haya resultado un niño muerto queda incluido en la protección legal de la maternidad, y si sucede, este hecho no interrumpe el permiso de maternidad (art. 48.4). En cambio el aborto, entendido como pérdida espontánea o provocada del feto durante los primeros 180 días, límite a partir del que se establece ya la viabilidad fetal, no se incluye en la protección de la maternidad sino en todo caso recibiría la protección dispensada por incapacidad temporal derivada de las consecuencias patológicas del aborto (López Aniorte, 2000).

La protección legal de la maternidad biológica tiene como objetivo proteger a la mujer de las consecuencias biológicas y psicológicas que puedan producirse durante el embarazo y el parto. Pero además esta protección legal busca evitar que la maternidad suponga

---

<sup>4</sup> Esta autora también explica, que seguramente el legislador asume que el hombre no esté preparado para asumir los cuidados de un bebé recién nacido, y que seguramente será más oportuno y frecuente que las abuelas se encarguen de ese bebé en el fatídico caso del fallecimiento de la madre.

un obstáculo al principio de igualdad en el ámbito laboral (Molina González-Pumariega, 2004)<sup>5</sup>.

El objetivo de la protección de la salud de la madre y del recién nacido siempre ha sido un objetivo de la legislación sobre maternidad en el ámbito laboral, desde la primera ley de 1900. El objetivo añadido de alcanzar una mayor igualdad entre mujeres y hombres en el mercado laboral, e impedir que la maternidad suponga un obstáculo para esa igualdad, es un objetivo adicional, fruto de los compromisos legales del Estado bajo normativas internacionales y europeas y a la luz del derecho a la igualdad de la CE (Igareda, 2012).

Las novedades introducidas por la LOIMH a la protección de la maternidad, han ampliado la protección dispensada en caso de bebés prematuros, dando así respuesta a una realidad social cada vez más creciente, donde la tasa de prematuridad<sup>6</sup> en España está en el 7,46 por ciento de todos los partos<sup>7</sup>, debido entre otras razones por la maternidad cada vez más tardía y al estrés laboral.

Debido a la litigiosidad que presentaba el disfrute del permiso de maternidad y el periodo de vacaciones de la empresa, el Estatuto de Trabajadores especifica en uno de sus artículos (Artículo 38.3), que la coincidencia de ambos periodos no supone que la trabajadora (o el trabajador) ya haya consumido así el periodo de descanso vacacional establecido legalmente. Este cambio normativo responde a un cambio jurisprudencial previo que el Tribunal Supremo se había visto obligado a tomar a partir de la STS de 10 de noviembre de 2005 (rec. 4291/2004) en coherencia con el posicionamiento de la jurisprudencia comunitaria sentada en la sentencia de 18 de marzo de 2004 (De la Puebla, 2007).

El conflicto que suponía la interpretación de esta coincidencia en el tiempo nos lleva a pensar, que la sociedad y las empresas conside-

---

<sup>5</sup> De ahí que la Ley 39/1999 sobre Conciliación de la vida familiar y laboral igualó la baja maternal por maternidad biológica, adopción y acogimiento. También esta ley amplió el plazo de la baja maternal en caso de partos múltiples, dos semanas más por cada hijo/a.

<sup>6</sup> Se consideran partos prematuros aquellos que se producen antes de la semana treinta y siete de gestación.

<sup>7</sup> Fuente: Informe sobre Salud Perinatal, 2008. EURO-PERISTAT.

raban el permiso de maternidad una especie de vacaciones extra que la empresa concedía a la trabajadora (o el trabajador), y que era injusto que pudiera disfrutar de días de vacaciones extra fuera del periodo vacacional en el que el resto de los trabajadores disfrutaban del descanso anual (Igareda, 2012).

El legislador es consciente de que la maternidad constituye uno de los principales obstáculos de las mujeres a la hora de participar en igualdad de condiciones en el mercado de trabajo, y que además es fuente de numerosas situaciones de discriminación y desigualdad, al igual que de retenciones empresariales a la hora de asumir los costos sociales derivados de la maternidad. Por eso, dispone de una serie de protecciones legales en el articulado de la ley, que califican de nulo todos aquellos actos contrarios al interés del trabajador/a –aunque se esté pensando fundamentalmente en trabajadoras, presumiendo que se realizan con fines discriminatorios (art. 53). Esta protección legal de la maternidad ha dado lugar como se ha visto a situaciones contradictorias, porque ha servido muchas veces como revulsivo a los empresarios a la hora de contratar a mujeres que pudieran ser potencialmente madres algún día, y por lo tanto, «intocables» al despido o la flexibilidad laboral.

Es importante para entender esa protección frente al despido discriminatorio mencionar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo respecto a la protección dispensada por los artículos 53.4 b) y 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores.

El Tribunal Supremo unificó doctrina en el Recurso de casación para la unificación de doctrina 2520/2006, de 24 de julio de 2007<sup>8</sup> y

---

<sup>8</sup> El Tribunal Supremo establece que si es necesario el conocimiento previo empresarial, y para ello utiliza dos principales argumentos: 1) Es un requisito del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE, porque sino se trata de «*un reproche especialmente severo, se hace depender en los supuestos de despido de mujeres en edad de procrear del dato totalmente azaroso del estado de gestación*».. 2) También es una interpretación acorde con la redacción dada a esta requisito en la directiva europea 92/85, que define «*trabajadora embarazada*» en su artículo 2.a) «*A efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales*».. Y que es así como ha sido interpretado en la jurisprudencia europea en los asuntos TeleDenmark y Jiménez Melgar, ambas de 4 de octubre de 2001.

3493/2008, de 12 de marzo 2008<sup>9</sup> sobre la interpretación del artículo 55.5.b) del ET. El Tribunal Supremo estableció la necesidad del conocimiento empresarial de la situación de gestación para poder presumir el ánimo discriminatorio del despido, y por lo tanto su declaración de nulidad, siguiendo la postura que también ha elaborado en la sentencia de 19 de julio de 2006 (Rec. 387/05).

El Tribunal Constitucional también se ha tenido que pronunciar al respecto, a través del un recurso de amparo. Y lo hizo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio.

De entre las dos posibles interpretaciones de los artículos 53.4 b), 55.5 b) del ET y 108.2 b) del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), la jurisprudencia del Tribunal Supremo defendía la interpretación que entendía el despido de la trabajadora embarazada como una modalidad de despido discriminatorio, y que era necesario que existieran indicios de discriminación en la conducta extintiva del empresario para poder calificar como nulo el despido. Esta interpretación exigía el conocimiento del/la empresario/a del embarazo de la trabajadora (Cairós, 2008:670).

La interpretación defendida por el Tribunal Constitucional a partir de esta sentencia sin embargo, interpreta estos artículos como un supuesto de nulidad objetiva (Cairós, 2008). Considera nulo el despido que se produzca desde el inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión por maternidad, y no contempla como requisito específico el conocimiento del embarazo por parte del empresario<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> En este caso el Tribunal vuelve a reafirmar su jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 55.5.b) del ET sobre la nulidad del despido de trabajadora embarazada. Es necesario el conocimiento por parte del empresario de la situación gestacional para que se entienda como indicio de discriminación y opere la inversión de la carga de la prueba.

<sup>10</sup> Los argumentos que utiliza el TC es que la opción de la legislación española cuando trasponía la Directiva europea 92/85/CEE en la Ley 39/1999 sobre Conciliación de la vida familiar y laboral cumple como toda trasposición de directiva europea al ordenamiento jurídico interno con los mínimos establecidos en la directiva, pero además la ley española va más allá y amplía la protección del embarazo de la trabajadora hasta considerarlo una nulidad objetiva. Igualmente argumenta que esta interpretación de máximos que exime probar el móvil discriminatorio, aunque solo fuera de indicios, y exime poner en conocimiento el embarazo

También es un elemento importante en la configuración jurídica de la licencia de maternidad en nuestro ordenamiento jurídico las disposiciones contenidas en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aporta los campos de protección social básicos de nuestro Estados de Bienestar (art. 81).

Esta ley establece por primera vez en 1994 que la maternidad debe ser objeto de una protección especial diferenciada de la protección social dispensada hasta entonces junto a la enfermedad común, y por lo tanto aparece como una contingencia específica y se eleva la cuantía de la prestación al cien por cien de la base de cotización del salario (Escobedo, 2002).

También la LGSS dispone cuáles son las prestaciones económicas en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (art. 38.1). En el caso de la maternidad, aunque la regla general es también la exigencia de un periodo mínimo de cotización, la LOIMH amplió también la protección en el caso de trabajadoras jóvenes con menor o ningún tiempo de cotización para así cubrir un grupo de madres que por su edad, aun no habían tenido tiempo de participar suficientemente en el mercado laboral, y que podían quedar en caso de embarazo desprotegidas (art. 133 ter).

## 2. ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Se han analizado 219 sentencias relativas a licencias por maternidad y 2 sentencias relativas a licencias en caso de aborto. Algunas de las cuestiones que más se han repetido a lo largo de estas sentencias, y que ha obligado a la interpretación de los tribunales sobre la protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico español en los casos de parto, adopción o acogimiento son las siguientes:

---

a la parte empresarial, también protege otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad personal y familiar y su dignidad personal.

## 2.1 Exigencia de alta o situaciones asimiladas al alta para la licencia de maternidad

Los requisitos para que se produzca el nacimiento de la prestación por maternidad están recogidas en el artículo 45 del ET y en los artículos 2<sup>11</sup> y 3<sup>12</sup> del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

De las sentencias analizadas se desprende que no se considera la situación de excedencia, una condición asimilable al alta, llegando

---

<sup>11</sup> Artículo 2. «Situaciones protegidas.

1. A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo y durante los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Se considerarán, de igual modo, situaciones protegidas los acogimientos provisionales formalizados por las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público.

Asimismo, se considerará situación protegida, en los mismos términos establecidos para los supuestos de adopción y acogimiento, la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor.

2. Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación.

No se considerarán equiparables al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, otras posibles modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente».

<sup>12</sup> Artículo 3. «Beneficiarios.

1. Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este capítulo, que disfruten de los descansos o permisos referidos en el artículo 2, siempre que reúnan la condición general de estar afiliados y en alta o en situación asimilada en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso».



a exigir haber solicitado el reingreso al cuerpo de funcionarios tras un periodo de excedencia para poder volver a disfrutar de un permiso de maternidad (STSJ CL 4422/2011). Ni tampoco la situación de baja voluntaria del régimen de autónomos, cuando la trabajadora, que tras una baja por enfermedad da a luz (STSJ AND 380/2010).

Tampoco la situación de baja por cuestiones diferentes al permiso de maternidad es una situación que pueda generar el permiso de maternidad a la madre, y ceder posteriormente parte al padre porque la madre no está trabajando, ya que no ha disfrutado de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto como requisito imprescindible para poder ceder las diez restantes al padre (STSJ MAD 2308/2012). Esta sentencia subraya que el permiso de maternidad (y también lactancia) no son derechos absolutos, sino inherentes al desempeño de una función o trabajo. Por lo tanto, no son derechos de los padres, son permisos en la medida que se trabaja.

En cambio, sí que se reconoce la prestación por maternidad a una mujer que ha tenido un hijo/a mediante maternidad por subrogación en otro país (aunque la maternidad por subrogación esté prohibida en el ordenamiento jurídico español, según el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), ya que la norma busca la atención del menor y la situación de maternidad por subrogación es equiparable a la adopción y la acogida (STSO 14/2012 y STSJ AS 3514/2012).

Además en la primera sentencia el tribunal señala que en la jurisprudencia española existen otros casos de situaciones ilegales o irregulares que no han impedido la protección del sistema para los afectados, como por ejemplo, las pensiones de viudedad de marido polígamo o de extranjero en situación irregular.

Y en la segunda sentencia, el tribunal también añade como argumentos que el Real Decreto 295/2009, de 6 de mayo que desarrolla reglamentariamente la LOIMH, en el artículo 2.2 equipara la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple a *«aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previsto para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a 1 año, cualquiera*

*que sea su denominación». Además de que la finalidad de las situaciones protegidas en la licencia de maternidad son «la atención o cuidado del menor y estrechamiento de los lazos del padre y la madre con el mismo es prioritario y fundamental, y así se deduce de datos tales como el que el legislador atribuya la condición de beneficiario no sólo a la madre sino también al padre» (FJ.5 B).*

También se entiende la situación de excedencia por cuidado de hijos/as como una situación asimilada al alta a los efectos de generar una nueva prestación de maternidad. El trabajar para otra empresa durante el periodo de excedencia no produce la extinción automática de la situación de excedencia (STSJ AR 1653/2012). E incluso, en este nuevo permiso de maternidad que se genera, la empresa está obligada a dar de alta en la seguridad social a la trabajadora, ex artículo 35.2.5.º del Reglamento General de Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, y durante la empresa estará obligada la prestación a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo correspondientes a la cotización de la seguridad social (STSJ LR 909/2011).

En este sentido, también se reconoce el derecho a la prestación por maternidad a una trabajadora que aun siendo contratada por la administración bajo la modalidad de contrato de interinidad, en verdad la naturaleza de las obligaciones contractuales eran propias de un contrato de fija discontinua. Por lo tanto, en el momento del nacimiento de su hijo/a, es de aplicación el artículo 4.9 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, como una situación asimilada al alta (donde se reconoce de manera expresa la situación de trabajadores fijos discontinuos que no perciben prestaciones por desempleo de nivel contributivo) (STSJ CL 3612/2012).

Resulta especialmente controvertido las diferencias legales que la legislación establece entre quién genera el permiso de maternidad en el caso de maternidad biológica (es la madre que trabaja quien general el permiso, y una vez disfruta de al menos las 6 semanas de descanso obligatorio inmediatamente posteriores al parto puede

ceder al padre las restantes o parte de las 10 semanas) y el caso de adopción u acogida, donde son ambos los progenitores quienes generan el derecho al permiso de maternidad de dieciséis semanas. La STC 152/2011 y STC 75/2011 dan validez constitucional a esta diferenciación, y no considera que sea contrario al artículo 14 de la Constitución española porque en ambos supuestos la finalidad que persigue el permiso de maternidad es diferente:

- En el caso de parto biológico, se busca preservar la salud de la madre y otros intereses como la lactancia natural y la especial relación de afectividad madre-neonato (FJ3).
- En el caso de la adopción y acogida, se busca facilitar la integración del menor adoptado y contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares (FJ4).

Diferente es la cuestión que ha introducido la LOIMH sobre la posibilidad de que el padre se beneficie del permiso de maternidad si la madre no está dada de alta en el régimen general de la Seguridad Social (Disposición adicional undécima de la LOIMH que modifica el art. 48.4 ET<sup>13</sup>).

226

Pero para que se pueda producir el disfrute de parte del permiso de maternidad por el padre, es necesario que al inicio de la prestación de maternidad se haya solicitado. Ejemplo de ello es la STSJ GAL 8265/2012 donde se deniega la solicitud posterior del disfrute de las 10 semanas para el padre de acuerdo al redactado literal del artículo 9.1 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Art. 48.4. parr. 3 ET: «En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente».

<sup>14</sup> Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Artículo 9. Opción en favor del otro progenitor.

No se considera situación asimilada al alta el periodo de 90 días desde el cese en el RETA, a partir de la aprobación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad y riesgo durante el embarazo (STSJ CV 3730/2012).

También se desestima el permiso de maternidad por acogimiento permanente a la abuela de su nieto, porque la madre ya había disfrutado del permiso de maternidad, y porque la abuela ya convive con la madre del niño (incapacitada legalmente) y con el nieto, por lo tanto no tiene sentido la finalidad de facilitar la integración del niño del permiso de maternidad en los casos de acogimiento permanente y adopción (STSJ MAD 2739/2010).

No se reconoce la prestación por maternidad a una trabajadora que está de incapacidad permanente porque no cumple el requisito de situación asimilada al alta al tiempo del hecho causante de la prestación de acuerdo con el artículo 133 ter.1 de la LGSS, ni en el desarrollo reglamentario del R. D. 205/2009, de 6 de marzo por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (STSJ MAD 1094/2010).

Tampoco se reconoce el derecho a la prestación de maternidad al esposo de madre trabajadora afiliada como abogada al Plan Universal de la Abogacía, plan que no contempla el derecho a la prestación por maternidad, ni a un periodo de descanso por ese motivo, sino que fija el derecho a percibir una prestación económica, que efectivamente ya había percibido. Se interpreta así el artículo 48.4 del ET y el artículo 3.4. párr. 2.º del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (STSJ MU 2404/2012).

---

«1. En virtud de lo establecido en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 49.c) del Estatuto Básico del Empleado Público, en el caso de que ambos progenitores trabajen, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por maternidad siempre y cuando la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, haya optado por que aquél disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre.»

## 2.2 Discriminación salarial durante la licencia por maternidad

Los criterios de aplicación de ciertos complementos salariales pueden llegar a resultar formas de discriminación indirecta por razón de sexo en trabajadoras que disfrutan de licencias de maternidad, y que coinciden con el periodo de tiempo que se utiliza para el cómputo de ese complemento salarial. Pero para ello es necesario que se prueben que fueran discriminatorios, cuestión que no se admite por ejemplo STSJ GAL 11463/2010 donde la demandante sólo alega la desigualdad de complementos salariales en igualdad de puestos de trabajo y funciones, aunque el tribunal señala que los complementos salariales no se consideran una asignación automática inherente a determinados puestos de trabajo.

En ocasiones no se considera que un complemento salarial por productividad que no contemple la situación de riesgo durante el embarazo y permiso de maternidad como situaciones especiales suponga una vulneración del artículo 14 de la Constitución española (STSJ MAD 6167/2010).

## 2.3 Equiparación de la licencia de maternidad como situación de fuerza mayor en la trayectoria profesional de las mujeres

Existen dificultades para equiparar la situación de baja por maternidad a otras circunstancias de fuerza mayor de la vida de las personas. Se debe vencer la inercia de considerar que el permiso de maternidad es una consecuencia que la mujer ha buscado y querido, como si se tratara de una circunstancia específica de la vida personal de esa trabajadora, no una cuestión inherente de las mujeres.

Ejemplo de ello lo constituye la STSJ GAL 5888/2011 donde se condena el hecho de que a una trabajadora en permiso de maternidad se le considere no apta porque coincide en su periodo de prueba, y la situación de maternidad no se haya equiparado como una situación de fuerza mayor manteniendo así la posibilidad de disfrutar de dos convocatorias como los demás candidatos/as.

O en la STSJ CAT 8591/2011 donde se admite que una mujer militar ha sido discriminada porque se ha denegado su solicitud de compromiso de larga duración con las Fuerzas Armadas, y en tal denegación no se han tenido en cuenta las dos bajas por embarazo de alto riesgo, las dos bajas por maternidad, el permiso de lactancia y la reducción de jornada por cuidado de hijo/a que impidió que la militar participara en determinados destinos y actividades para ser positivamente evaluada.

También la STSJ CAT 1235/2012 donde se excluye a la trabajadora de la bolsa de interino porque al estar de baja por maternidad no puede ser asignada destino inmediato, situación que se considera una discriminación por razón de sexo, tal y como recoge la jurisprudencia (STC 183/2005, de 4 de junio): *«la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora, ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación por razón de sexo»*.

Igualmente se considera discriminatoria la no exclusión de la baja por maternidad y riesgo durante el embarazo del tiempo a computar a los tripulantes de cabina para aplicar la promoción profesional: *«La baja maternal y el riesgo de embarazo no constituyen una situación patológica y por consiguiente no son equiparables a la enfermedad común o al accidente no laboral a los efectos del cómputo de horas de vuelo para el ascenso de nivel (Art. 17 ET y art. 14 CE)»* (FJ.5 STSJ MAD 8363/2011).

## 2.4 Incompatibilidades de la prestación de maternidad

El descanso por maternidad es incompatible con una actividad laboral remunerada, aunque no se considere una relación laboral sino el equivalente de una becaria, tal y como establece la STC 31/2012. Y eso aunque se demuestre que la trabajadora estaba de baja por enfermedad común, ya que la mujer sólo estaba embarazada de 10 semanas. El tribunal argumenta que la finalidad de la prestación por maternidad es la recuperación física de la madre y proteger el especial vínculo madre-hijo/a.

## 2.5 La acción protectora del SOVI y la maternidad

La Disposición Adicional 44.<sup>a</sup> de la LGSS introducida por la Disposición Adicional 18.<sup>a</sup> 23 de la LOIMH<sup>15</sup> que computa a favor de la trabajadora 112 días de cotización extra por cada hijo/a, en aquellas mujeres siempre que no estuviera protegidas, a efectos de cualquier régimen de la seguridad social.

La jurisprudencia analizada incluye el SOVI dentro de estas situaciones, aunque este no sea un régimen de la seguridad social (STS 8661/2012, STSJ CAT 8370/2010 y STSJ CL 3414/2010), pero se realiza según una interpretación de la norma donde lo que se quiere proteger a las mujeres que abandonaron el mercado de trabajo por maternidad y no cotizaron, interpretación también en consonancia con la finalidad de la LOIMH, convalidada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Las beneficiarias del SOVI son en su mayoría mujeres que abandonaron el mercado de trabajo por maternidad. Aunque la jurisprudencia sólo aplica esta bonificación en el caso de hijos/as tenidos hasta la fecha de extinción del sistema SOVI, el 1/01/1967 (STS 7735/2012).

## 2.6 Despidos y maternidad

Como se ha visto anteriormente la normativa intenta evitar la discriminación por razón de sexo, interpretando como discriminación, y por tanto como despido nulo, todo despido durante el disfrute del permiso de maternidad y otros permisos asociados hasta nueve meses después de haber nacido, adoptado o acogido el hijo/a.

---

<sup>15</sup> Disposición adicional cuadragésima cuarta Períodos de cotización asimilados por parto LGSS.

«A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.»

No se considera discriminatorio por razón de sexo, y por lo tanto, contrario al artículo 14 de la Constitución española, el despido improcedente de una trabajadora tras el descanso por maternidad, si lo que alega la trabajadora es una situación de acoso laboral, no una situación discriminatoria por su maternidad (STSJ AND 10528/2012).

Para poder aplicar el despido nulo previsto en el artículo 55.5 del ET frente a un despido discriminatorio, la trabajadora debe alegar indicios para generar una razonable sospecha, y el empresario no debe probar que no existió tal discriminación, sino lo que debe probar es la existencia de hechos motivados de la decisión extintiva (STSJ AND 11802/2012 o STSJCL 6706/2010). La empresa debe demostrar causas objetivas para proceder al despido que no tengan relación con el *«derecho a procrear, derecho ese que forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la no discriminación por razón de sexo y a la protección de la maternidad y de los hijos, derechos esos proclamados por los artículos 10.1, 14 y 39.2 de la Constitución española»* (FJ.2 STSJCL 6706/2010), y no vale la mera alegación de pérdidas económicas y la imposibilidad de mantener el departamento de la empresa donde la trabajadora venía desempeñando hasta la fecha su trabajo (STSJ CAT 2604/2010).

Y es discriminatorio aunque el despido de la trabajadora se hubiera producido junto a otros 28 despidos más, si además se demuestra la posibilidad de haber colocado a la trabajadora en otro puesto de trabajo, porque se considera discriminación directa por razón de sexo cualquier tratamiento peyorativo por embarazo o maternidad (STSJ CLM 2060/2012).

Si se considera despido nulo de una trabajadora que es despedida dentro de los 9 meses después de haber disfrutado del permiso de maternidad y lactancia, aunque se alegue que el despido se ha producido en aplicación del Real Decreto 8/2010 de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Especialmente porque el despido se produce antes de la decisión del ayuntamiento en cuestión de amortizar plazas de trabajadores interinos.



También se considera despido nulo bajo el artículo 55.5. C) del ET el cese de una trabajadora que no gana el concurso público para cubrir la plaza por la que había venido siendo contratada, aunque siempre la hubieran contratado bajo la modalidad de obra y servicio, y hacía menos de 9 meses que se había incorporado de baja de maternidad. Se considera un uso fraudulento de la modalidad contractual de obra y servicio por parte de la Administración, para cubrir una plaza que debería ser indefinida, pues era parte de las competencias de la comunidad autónoma (las labores de una psicóloga dentro de un centro de la Mujer) (STSJ CLM 4060/2010).

Para que resulte un despido nulo de trabajadora embarazada bajo el artículo 55.5 ET (STSJ MAD 9297/2012) ni siquiera es necesario el conocimiento por parte de la empresa de la situación de embarazo, tal y como ha establecido finalmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 92/2008, de 21 de julio y STC 124/2009) que anulan la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo que exigía conocimiento (STS 19 julio 2006, rcud. 1452/2005).

Pero no es un despido discriminatorio (ni en consecuencia nulo) el despido de una trabajadora que ha sido madre hace 5 años, porque el despido tiene lugar más allá de los 9 meses de la finalización del permiso de maternidad, y además porque el mero hecho de ser mujer no es indicio suficiente de posible discriminación (STSJ CV 2953/2012). La empresa en este caso además demuestra que el 90 por ciento de la plantilla son mujeres, y que pueden disfrutar de permisos de maternidad y derechos de conciliación sin discriminación alguna.

## 2.7 Discriminación por razón de sexo y maternidad

En aquellos casos en los que se alega discriminación por razón de sexo, y el tratamiento peyorativo no justificado por causa de la maternidad es una forma de discriminación directa, opera la inversión de la carga de la prueba, tal y como recoge el artículo 13 de la LOIMH.

Esta inversión de la carga de la prueba se interpreta de forma que la simple reclamación a la empresa de un derecho o expectativa es suficiente para que se produzca dicha inversión (STSJ CAT 1724/2012).

La movilidad funcional de una trabajadora que tras el periodo de licencia de maternidad, solicita la reducción de la jornada por lactancia, se considera discriminatorio y una vulneración del derecho fundamental a la igualdad, porque la empresa tiene la carga de la prueba, y no es capaz de justificar esa decisión de movilidad funcional por causas objetivas y de organización (STS AND 16402/2011). Tampoco se admite que la empresa justifique esa movilidad funcional para hacer efectivo la solicitud de reducción de jornada por cuidado de hijo/a de la trabajadora (STSJ CAT 6118/2010). O también se considera discriminatoria la movilidad funcional si implica una modificación de las condiciones de trabajo que rebasan el artículo 39 ET, y que debería haberse justificado a través del artículo 41 ET explicando las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen (STSJ MAD 1654/2012).

En cambio no se considera discriminatoria una movilidad funcional durante el ejercicio de los derechos de maternidad si también los ha supuesto para sus compañeros masculinos, no ha implicado una mayor desplazamiento para acudir al nuevo puesto de trabajo, ni ha supuesto una reducción salarial, todo lo contrario, sino una cierta promoción profesional (STSJ CL 3076/2010).

La movilidad geográfica tras un permiso de maternidad y petición de reducción de jornada por hijo/a menor de 8 años se considera discriminatoria, ya que la empresa no logra demostrar una razón objetiva para dicha movilidad (ya fuera por motivos de organización, para suplir bajas por incapacidad temporal, vacaciones u otras circunstancias de carácter excepcional). Además el traslado es definitivo y no una mera medida provisional (STSJ CAT 9037/2011).

También se considera discriminatorio una situación de acoso a una trabajadora tras su reincorporación de la baja por maternidad y solicitud de reducción de jornada por cuidado de hijo/a (que en ningún momento llega a ser contestada por la empresa). Las resistencias de la trabajadora a aceptar esta situación de silencio empresarial se consideraron por parte de la empresa faltas muy graves como para proceder a un despido procedente y el tribunal lo considera discriminatorio (STSJ AS 4062/2011).

## 2.8 Permiso de lactancia y de maternidad

El permiso de lactancia tiene otra finalidad que el permiso de maternidad, por ello, el permiso de lactancia puede ser disfrutado por la madre y el padre, ya que *«el permiso de lactancia queda configurado como una medida de protección, no de maternidad propiamente dicha (lo que podría dar pie a que solo se reconociera a la madre), sino protectora del hijo, favoreciendo que en sus primeros meses de vida esté convenientemente atendido en su periodo de lactancia, entendida no sólo como la alimentación, sino de los demás cuidados que precise el hijo de temprana edad, de suerte que tal tarea de crianza pueda desempeñarla no sólo la madre, sino igualmente el otro progenitor»* (FJ.2 de la STSJ CLM 2130/2011). De ahí que en esta sentencia se interpreta que sea un derecho del funcionario/a, aunque su pareja sea trabajador/a laboral por cuenta propia o ajena.

234

El permiso de lactancia también debe interpretarse así porque el artículo 3.1 del Código Civil obliga a interpretar las normas en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas *«que en la actualidad tiende a la dedicación cada vez más equilibrada de los dos progenitores, con independencia del sexo, en todo lo referente a dispensar atención a los hijos y a remover los obstáculos que entorpezcan tal tendencia»*.

## 2.9 Faltas de asistencia y puntualidad y licencia de maternidad

Las faltas de asistencia injustificadas de una trabajadora que había calculado erróneamente el periodo de permiso de maternidad (la trabajadora piensa que se trata de un descanso de 4 meses en vez de las 16 semanas) no pueden admitirse como argumento para un despido procedente por parte de la empresa (STSJ CV 2906/2010), porque las faltas de asistencia y puntualidad no operan de manera objetiva y automática, sino que deben estudiarse en cada caso, viendo las cotas de gravedad y culpabilidad, y exigiendo un juicio de proporcionalidad (STS 25 noviembre de 1985RJ 1985/5848 y ss.).

## 2.10 Prestación por maternidad

La prestación contributiva por maternidad debe calcularse con la base correspondiente al mes anterior del hecho causante. La ausencia de alta y cotización por parte de la empresa no impide que opere el principio de automaticidad de las prestaciones, en virtud del artículo 41 de la Constitución española, sin que esto limite el derecho de la entidad gestora a repetir contra la empresa incumplidora (STSJ CV 5410/2011).

## 2.11 Despidos y aborto

Se consideran despidos discriminatorios, y por lo tanto nulos, los que se producen tras el periodo de convalecencia por aborto espontáneo (SRSJ CAT 861/2010), y ello aunque la empresa esgrima razones objetivas que no puede demostrar (STSJ AND 11393/2010) o sin alegar incumplimiento laboral alguno (STSJ MAD 1462/2010).

## 3. CONCLUSIONES

Del análisis de las sentencias se desprende que la finalidad perseguida con la licencia de maternidad es diferente en el caso de parto biológico, y adopción o acogimiento. En el primer caso se busca la recuperación de la salud de la madre, y la protección del especial vínculo entre madre e hijo/a en los primeros meses de vida. En el segundo caso, la finalidad perseguida es diferente, y aquí prima el objetivo de facilitar la integración del nuevo hijo/a en la familia, y fomentar también un reparto más equilibrado de los cuidados entre los progenitores (al igual que en el permiso por lactancia). Sorprende en todo caso, que el interés supremo del bebé, sus necesidades de cuidado y la promoción de la corresponsabilidad no sea un objetivo en cambio en la maternidad biológica, ni siquiera después de las modificaciones y bajo la interpretación de la LOIMH.

También destaca una cierta variabilidad en la interpretación en caso de duda que los tribunales deben adoptar en la aplicación del permiso de maternidad. En ocasiones se opta por una interpretación literal del precepto legal, que incluso puede llegar a resultar un tan-

to contradictorio con la interpretación axiológica de la norma (y las finalidades de igualdad que busca la LOIMH). En cambio otras veces prima la interpretación a la luz de las finalidades perseguidas por la LOIMH, o de acuerdo al contexto social e histórico en el que se aplica la norma.

De la interpretación que se hace de la norma, prevalece una finalidad más proteccionista de la maternidad, con un especial hincapié en el caso de la maternidad biológica, sobre el instinto maternal y la teoría del apego, que de los intereses y cuidados del nuevo hijo/a. La regulación e interpretación del permiso de maternidad como un instrumento para alcanzar una mayor igualdad de hombres y mujeres en el ámbito laboral, también aparece, pero es claramente un objetivo secundario, más allá de la protección objetiva frente al despido tras el permiso de maternidad. Y sólo en los casos de equiparación de la maternidad como una cuestión de fuerza mayor que no debería producir desventajas en la vida profesional de las mujeres, se concede un tratamiento de la maternidad como una cuestión que la sociedad en su conjunto debe también asumir, en la línea del art. 14 LOIMH.

## Capítulo 9

# El permiso por paternidad: aspectos legales y problemática judicial

---

**Carolina Gala Durán**

*(Universidad Autónoma de Barcelona)*

### 1. EL ALCANCE DE LA REGULACIÓN VIGENTE EN EL MARCO DEL PERMISO POR PATERNIDAD

Cabe recordar, en primer lugar, que una de las principales novedades incorporadas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, fue precisamente la instauración de un permiso por paternidad a favor de los trabajadores incluidos en el marco de regulación del Estatuto de los Trabajadores<sup>1</sup> y de los funcionarios públicos.

Permiso que, no obstante, ya había sido reconocido con anterioridad a los funcionarios públicos en algunas leyes autonómicas (como, por ejemplo, la ley catalana sobre conciliación de la vida personal, laboral y familiar<sup>2</sup>), con un duración temporal más o menos larga. Y, asimismo, cabe señalar que el Estatuto Básico del Empleo Público de 2007<sup>3</sup>, también reguló el permiso de paternidad, solo un mes después de la citada Ley Orgánica 3/2007, con carácter general, para todo el personal funcionario público del país.

---

<sup>1</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

<sup>2</sup> Ley 8/2006, de 10 de julio.

<sup>3</sup> Ley 7/2007, de 12 de abril. En adelante EBEP. Vid artículo 49.

Sin embargo, cabe tener muy presente que el alcance que actualmente tiene esta figura no es único, como consecuencia directa de esa diversidad de regulación (García Viña 2009, pp. 1 y ss. y Fernández Collados 2008 pp. 635 y ss. y 2009, pp. 45 y ss.<sup>4</sup>).

### 1.1 El permiso por paternidad regulado en el Estatuto de los Trabajadores

En primer lugar, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, el permiso por paternidad se encuentra regulado en el artículo 48 bis del ET, donde se prevé que, en los supuestos de nacimiento de hijo/a, adopción o acogimiento<sup>5</sup> de un menor de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años en determinados casos<sup>6</sup>, se tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el caso de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo/a a partir del segundo. Este permiso es independiente y plenamente compatible con el disfrute compartido por ambos progenitores del permiso por maternidad<sup>7</sup> recogido en el artículo 48.4 del ET.

238

Cabe tener en cuenta, no obstante, que el permiso por paternidad tendrá una duración de 20 días naturales ininterrumpidos cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produce en una familia numerosa<sup>8</sup>, cuando la familia adquiere dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, o cuando en la familia exista previamente una persona con discapacidad, en un grado igual o superior al 33 por 100. Ese período de veinte días también se ampliará en dos días más por cada hijo/a a partir del segundo cuando se produzca un parto, adopción o acogimiento múltiples. Y, por otra parte, la duración

---

<sup>4</sup> Vid. también Rodríguez-Escanciano 2013, p 1 y ss. y Núñez-Cortés Contreras y Garrigues Giménez 2008, pp. 69 y ss.

<sup>5</sup> Acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque sea provisional.

<sup>6</sup> Cuando se trata de un menor con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tiene especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

<sup>7</sup> En relación con la maternidad, vid. *supra* Cap. 8 de este trabajo.

<sup>8</sup> En los términos previstos en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

del permiso es también de veinte días naturales ininterrumpidos cuando el hijo/a nacido, adoptado o menor acogido tenga una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con lo fijado en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre<sup>9</sup>.

A lo que cabe añadir que, si no se aplaza nuevamente su entrada en vigor (tal y como viene aconteciendo desde el año 2011)<sup>10</sup>, el día 1 de enero de 2016 la duración del permiso por paternidad antes vista se ampliará a cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo/a a partir del segundo (a nuestro entender, es muy posible –por desgracia– que se vuelva a prorrogar la entrada en vigor de esta ampliación, al menos por un año más, como consecuencia, particularmente, de la situación de crisis económica que vivimos).

En segundo lugar, respecto a los beneficiarios, si se trata de un parto, el permiso corresponde en exclusiva al otro progenitor. En cambio, en los supuestos de adopción o acogimiento, el derecho corresponde sólo a uno de los progenitores, a su elección, salvo cuando el permiso por maternidad haya sido disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores. De darse esta última situación, el derecho al permiso por paternidad únicamente puede ser ejercido por el otro progenitor (tanto esta limitación como la antes vista para el caso de parto pretende fomentar la corresponsabilidad entre ambos progenitores frente al cuidado del hijo/a o menor).

En tercer lugar, en relación con la forma de disfrute del permiso por paternidad, el ET parte de una idea de «flexibilidad», lo que implica que este permiso puede disfrutarse durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo/a, adopción o acogimiento, contemplado en el artículo 37.3.b) del ET o en el convenio colectivo aplicable, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión

---

<sup>9</sup> Artículo 26.2 del Real Decreto 295/2009, que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

<sup>10</sup> Ley 9/2009, de 6 de octubre, modificada recientemente por la Ley 361/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.



del contrato por maternidad, o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. El margen legal, por tanto, para beneficiarse de este permiso es bastante amplio.

En este ámbito, también cabe tener presente que el disfrute del permiso puede realizarse a tiempo completo –lo más habitual en la práctica–, o bien a tiempo parcial, con un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre la empresa y el trabajador. En este último caso se amplía la duración del permiso en proporción al tiempo de reducción de la jornada de trabajo. Sin embargo, al requerirse siempre el acuerdo con la empresa, esta posibilidad de ejercicio a tiempo parcial se ha aplicado poco en la práctica hasta el momento.

En cuarto lugar, respecto a la manera de ejercer este derecho, la persona beneficiaria debe comunicar a la empresa, con la debida antelación, la aplicación del mismo en los términos establecidos, en su caso, en el convenio colectivo aplicable (cabe señalar que los convenios colectivos han prestado, hasta hoy, escaso interés en torno a esta cuestión).

Finalmente, cabe tener en cuenta que lo previsto en el artículo 48 bis del ET no sólo resulta aplicable a los trabajadores por cuenta ajena del sector privado sino también al personal laboral que presta sus servicios en las Administraciones Públicas (estatal, autonómicas y locales), tal y como nos recuerda alguna de las sentencias analizadas en un apartado posterior.

## 1.2 La normativa aplicable a los funcionarios públicos

En el marco de las Administraciones Públicas cabe presente, por un lado, lo previsto en el artículo 49.c) del EBEP –como norma básica de aplicación a nivel estatal– y, por otro lado, la correspondiente normativa autonómica, por cuanto algunas normas autonómicas han establecido regulaciones más favorables para los funcionarios públicos.

En primer lugar, en el citado artículo 49.c) del EBEP se establece que el funcionario público tiene derecho a un permiso de paternidad de quince días por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo/a, a disfrutar por el padre o el otro progenitor a partir de la fecha del

nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Permiso que, como en el caso del ET, es independiente y compatible con el disfrute compartido por ambos progenitores del permiso por maternidad, previsto en los apartados a) y b) del mismo artículo 49.

Lógicamente, el tiempo transcurrido durante el permiso por paternidad se computa como de servicio efectivo a todos los efectos; teniendo derecho el funcionario, una vez finalizado dicho permiso, a reintegrarse en su puesto de trabajo en términos y condiciones que no le resulten menos favorables a las existentes antes del disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

Y, en segundo lugar, algunas normas autonómicas de función pública o referidas a los funcionarios públicos, mejoran lo previsto en el EBEP en esta materia y, por consiguiente, resultan de aplicación preferente. De este modo, por ejemplo, en la Ley 8/2006, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña, se establece que el permiso por paternidad de los funcionarios públicos catalanes tendrá una duración de cuatro semanas consecutivas, ampliándolo también al caso de las familias monoparentales<sup>11</sup>.

### 1.3 Elementos comunes: La protección en materia de Seguridad Social

Finalmente, desde la perspectiva legal, cabe señalar que si bien, como hemos visto, la normativa aplicable a los funcionarios públicos, por un lado, y al sector privado y al personal laboral de las Administraciones Públicas, por otro, se encuentra en normas distintas, la protección social que se dispensa durante el disfrute del permiso por paternidad sí se halla en una norma común: la Ley General de la Seguridad Social<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Artículo 13.

<sup>12</sup> En adelante LGSS. La única excepción se encontraría en el marco de los regímenes especiales de funcionarios públicos (Administración de Justicia, Funcionarios Civiles del Estado y Fuerzas Armadas) en los que, por afectar a un colectivo muy limitado de funcionarios públicos, no vamos a detenernos.

En efecto, en la LGSS, y también como consecuencia de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, se recoge una prestación específica de la Seguridad Social, la prestación de paternidad, destinada a suplir la falta de remuneración del beneficiario del permiso por paternidad durante la suspensión de su contrato de trabajo o de su relación de servicios.

En otras palabras, durante el permiso por paternidad su beneficiario no percibe una remuneración a cargo de su empresa o Administración Pública –al estar suspendido su contrato de trabajo o relación de servicios– y esa carencia se suple a cargo del sistema de Seguridad Social, pero siempre que se cumplan ciertos requisitos.

De este modo, en el artículo 133 nonies de la LGSS se exige, para tener derecho a la prestación por paternidad, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

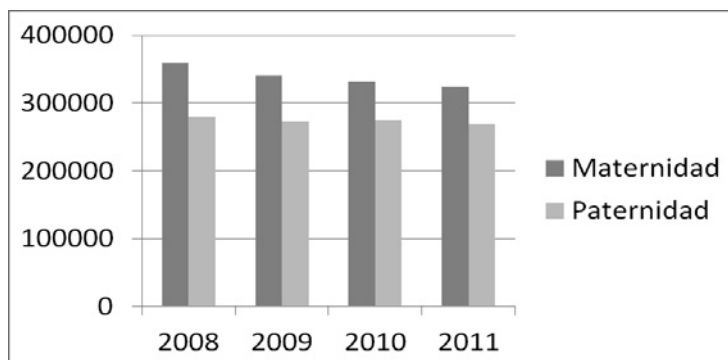
- a) Estar afiliado y en alta en el sistema de Seguridad Social.
- b) Y, acreditar un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión del contrato de trabajo o de la relación de servicios, o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a la mencionada fecha.

242

De cumplir tales requisitos, la persona beneficiaria percibirá, a cargo del sistema de Seguridad Social, una prestación de una cuantía equivalente al 100 por 100 de la correspondiente base de cotización por contingencias comunes del mes anterior al inicio del permiso. Y, obviamente, la recibirá mientras tenga suspendido su contrato de trabajo o su relación de servicios.

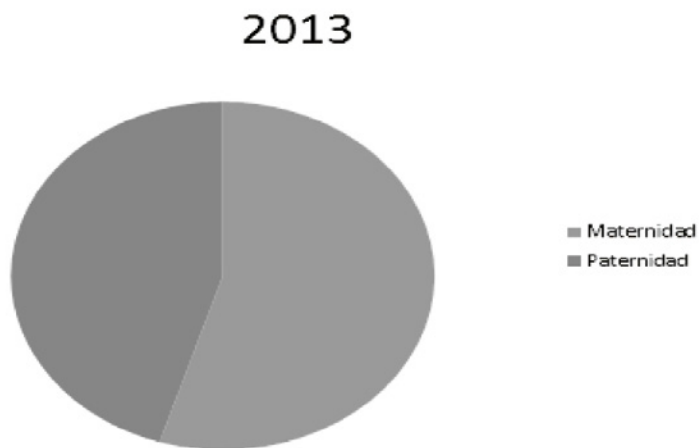
Por último, en este ámbito cabe preguntarse qué porcentaje de éxito ha tenido esta prestación, esto es, ¿es muy frecuente solicitar esta prestación por paternidad en la práctica? A estos efectos, cabe señalar que si tenemos en cuenta los datos de prestaciones por maternidad solicitadas en el marco del régimen general de la Seguridad Social resulta que, anualmente, superan el 80% los supuestos en que se solicita una prestación por paternidad. Estamos, pues, ante una prestación de la Seguridad Social a la que se recurre en la práctica con bastante frecuencia.

**Gráfico 13. Evolución de los permisos de maternidad y paternidad. Años 2008-2011**



Fuente: [www.seg-social](http://www.seg-social) (estadísticas).

**Gráfico 14. Permisos de maternidad y paternidad en 2013**



Fuente: [www.seg-social](http://www.seg-social) (estadísticas).

## 2. LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES: BALANCE

### 2.1 Aspectos generales

Desde una perspectiva general, cabe destacar que las sentencias objeto de análisis en este estudio (un total de 30) se caracterizan por los siguientes elementos:

- a) Pertenecen únicamente a dos órdenes jurisdiccionales: la jurisdicción social (un 43,33 por 100) y la jurisdicción contencioso-administrativa (un 56,67 por 100).
- b) La gran mayoría de los demandantes son hombres (en 23 de los casos, un 76,66 por 100 del total) y en un caso una mujer, al tratarse de una pareja homosexual en la que la reclamante de la prestación por paternidad es la otra progenitora.
- c) 28 sentencias pertenecen a Tribunales Superiores de Justicia (un 93,34 por 100), 1 al Tribunal Supremo (un 3,33 por 100) y 1 a un Juzgado de lo contencioso-administrativo (un 3,33 por 100).
- d) Los demandantes pertenecen tanto al sector público (guardias civiles, policías, personal de instituciones penitenciarias...), como al sector privado. Y también, en algunos supuestos, son reclamantes el propio Instituto Nacional de la Seguridad Social (un 6,66 por 100), un sindicato (un 6,66 por 100) o una Administración Pública autonómica (un 3,33 por 100).
- e) Los temas objeto de litigio son, como veremos más adelante, bastante variados, y afectan a cuestiones tan diversas como: la discusión sobre la propia concesión del derecho al permiso de paternidad, la retribución que se tiene derecho a percibir, la normativa aplicable, la duración o la fecha de efectos del derecho o el despido del beneficiario derivado del propio disfrute del permiso.
- f) Finalmente, cabe destacar que la propia figura del permiso por paternidad está plenamente asumida a nivel judicial, fundamentándose la resolución judicial correspondiente directamente en la normativa aplicable en cada caso –la citada en el apartado anterior– y, en algunos supuestos se recuerda, además, que su origen se encuentra precisamente en la Ley Orgánica 3/2007<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> A modo de ejemplo, sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (sala de lo social) de 12 de marzo de 2010 (R.º 3094/2009), del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sala de lo contencioso-administrativo) de 10 de febrero de 2011 (R.º 644/2007) y 21 de julio

A lo que cabe añadir que, en algún supuesto, también se cita la normativa comunitaria.

Cabe tener presente también que, en alguna sentencia (son muy pocas), se recuerda cuál fue la voluntad subyacente en esta materia en la propia Ley Orgánica 3/2007, señalándose que lo que se pretendía era incrementar la presencia masculina en las labores de cuidado y atención familiares y fomentar la equiparación entre hombres y mujeres en el reparto de roles por lo que se refiere al cuidado de los hijos/as. Añadiéndose a ello que dicho permiso «... supone un primer paso en la tarea de transformar las estructuras sociales posibilitando que el padre se implique activamente en la atención personal y emocional de los hijos...»<sup>14</sup>.

## 2.2 Reclamaciones en torno a la normativa aplicable al permiso por paternidad

La primera cuestión que se debate en las sentencias objeto de estudio se centra en determinar cuál es la normativa aplicable al permiso de paternidad, pudiéndose citar aquí cuatro sentencias, dos de ellas de la jurisdicción social y las otras dos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En primer lugar, en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 8 de noviembre de 2011<sup>15</sup> y de la Comunidad Valenciana de 1 de junio de 2010<sup>16</sup> se resuelve un debate que ha sido tratado en los últimos años en bastantes sentencias, consistente en decidir si al personal laboral de las Administraciones Públicas le resulta aplicable, en el marco del permiso por paternidad, lo dispuesto en el EBEP o, por el contrario, lo establecido en el ET.

---

de 2011 (R.º 3239/2011) o del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla (sala de lo social) de 5 de octubre de 2010 (R.º 2485/2010).

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sala de lo contencioso-administrativo) de 10 de octubre de 2012 (R.º 273/2011).

<sup>15</sup> R.º 1192/2010.

<sup>16</sup> R.º 2573/2009.

En ambas sentencias se concluye, siguiendo el criterio establecido, con anterioridad, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2009 y recogido en el apartado de este trabajo dedicado a los aspectos legales, que al personal laboral de las Administraciones Públicas le resulta inaplicable en esta cuestión lo fijado en el artículo 49.c) del EBEP y, en consecuencia, cabe acudir únicamente a lo recogido en el artículo 48 bis del ET; teniéndose derecho, asimismo, a la prestación por paternidad a cargo del sistema de Seguridad Social, a la que nos referimos páginas atrás.

A lo que cabe añadir que, obviamente, no resultan compatibles los permisos por paternidad del EBEP y del ET, tal y como se recuerda en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de junio de 2010, por remisión a lo previsto en la citada sentencia del Tribunal Supremo, por cuanto su objeto, finalidad y contenido son esencialmente idénticos pero sus destinatarios son distintos (el art. 49.c) del EBEP se aplica a los funcionarios públicos y el artículo 48 bis del ET a los trabajadores, aunque estén incluidos como personal laboral en el ámbito del EBEP). Y sin que tal solución se vea modificada por el hecho que el artículo 51 del EBEP se remita para el régimen de permisos del personal laboral a lo establecido en el correspondiente capítulo del EBEP y en la legislación laboral correspondiente.

246

En definitiva, conforme a esta posición judicial (defendida, entre otras, en las sentencias analizadas<sup>17</sup>, y por el propio Tribunal Supremo), el personal laboral de cualquier Administración Pública (estatal, autonómica y local) tiene derecho exclusivamente al permiso por paternidad previsto en el artículo 48 bis del ET y a percibir la correspondiente prestación de la Seguridad Social que le reconocerá y abonará el Instituto Nacional de la Seguridad Social-Tesorería General de la Seguridad Social.

Y, en segundo lugar, las otras dos sentencias antes citadas, de la jurisdicción contencioso-administrativa, son las del Tribunal Superior de

---

<sup>17</sup> En alguna sentencia, aunque se aplica al personal laboral el ET, también se cita el artículo 49.c) del EBEP (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (sala de lo social) de 12 de marzo de 2010, R.º 3094/2009).

Justicia de Galicia de 17 de marzo de 2010 y 26 de enero de 2011<sup>18</sup>. En la primera de ellas se aclara que los funcionarios públicos de la Administración de Justicia pertenecientes al Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa destinados en una Comunidad Autónoma forman parte de un cuerpo nacional de funcionarios públicos al que no resulta aplicable, en materia de permiso por paternidad, la correspondiente normativa autonómica de función pública, rigiéndose exclusivamente por lo dispuesto en el artículo 503.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se prevé que dichos funcionarios tienen derecho a iguales permisos y con la misma extensión que los establecidos en la normativa vigente aplicable a los funcionarios de la Administración General del Estado y, en consecuencia, la norma aplicable es el artículo 49.c) del EBEP. Esta decisión judicial supone reducir la duración del permiso por paternidad, ya que la normativa autonómica gallega reconocía, para el supuesto planteado en la sentencia, una duración superior a la recogida en el mencionado artículo 49.c) del EBEP.

Y, en fin, en la segunda sentencia se determina cuál es la normativa aplicable en el marco del permiso de paternidad cuando un militar de carrera ingresa como alumno en un centro docente militar de formación, hecho que determina que dicha normativa sea el régimen jurídico aplicable al alumnado de los centros docentes militares de formación (Orden 43/1993).

En definitiva, la importancia de las sentencias analizadas en este apartado se centra en aclarar cuál es el régimen jurídico aplicable en cada supuesto, al no existir, como hemos visto, uno solo. Resulta, en todo caso, especialmente clarificadora en el caso del personal laboral de las Administraciones Públicas.

### 2.3 La determinación de los sujetos beneficiarios en el caso de adopción

Por otra parte, tal y como vimos páginas atrás, los beneficiarios del permiso por paternidad están definidos en la propia norma, ya sea el ET o el EBEP. Sin embargo, una de las sentencias analizadas en este estudio recoge precisamente un debate que se ha suscitado

---

<sup>18</sup> R.º 302/2009 y 1030/2008.



en varias ocasiones en los últimos años: qué ocurre en los casos de adopción de un hijo/a tratándose de una pareja homosexual.

De este modo, en la interesante sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (sala de lo social) de 30 de marzo de 2010<sup>19</sup> se plantea el siguiente supuesto de hecho: tras el parto, la madre disfrutó del correspondiente permiso por maternidad, iniciándose los trámites de adopción en relación con la otra progenitora. Una vez finalizados dichos trámites, la otra progenitora solicitó al Instituto Nacional de la Seguridad Social la prestación de paternidad por adopción regulada en la LGSS. Se le deniega alegándose que: a) se había solicitado fuera de los plazos previstos en el artículo 48 bis del ET, y, b) porque, dado que el fundamento del permiso de paternidad por adopción se encuentra en posibilitar al adoptante la dedicación de un mayor tiempo al adoptado que se incorpora a la nueva unidad familiar o a la pareja, con la existencia de un período inicial de convivencia que contribuya a una mejor adaptación entre los padres adoptantes y el menor adoptado, en este supuesto no se sostiene la necesidad de adaptación porque se trata de la adopción del hijo/a biológico de la pareja, madre del menor.

Con total lógica, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco da la razón a la progenitora adoptante, reconociéndole el derecho a la prestación por paternidad, declarando que el artículo 48 bis del ET diferencia entre los plazos de solicitud de la citada prestación según derive del nacimiento de un hijo/a biológico o de una adopción, de forma que, mientras que en el primer caso el plazo se computa desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo/a previsto legal o convencionalmente hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad, en el supuesto de la adopción se computa desde la resolución judicial que constituya la adopción hasta que finalice el permiso por adopción. A lo que cabe añadir que, en estos supuestos, no puede solicitarse la prestación por paternidad con anterioridad ya que, lógicamente, la reclamante no era el padre de la criatura ni en el momento del disfrute del permiso por maternidad por la madre, figuraba como progenitora del hijo/a de su pareja, al adquirir tal condición a través de la única vía legal-

---

<sup>19</sup> R.º 3107/2009.

mente prevista, es decir, mediante la adopción del hijo/a de su pareja que se constituyó judicialmente y, sólo a partir de ese momento, pudo solicitar la prestación por paternidad. En consecuencia, el hecho causante de la prestación es la adopción y no otro.

En definitiva, en estos supuestos la solicitud sólo puede formularse a partir de la resolución judicial de la adopción, y sin que pueda tomarse como fecha final para esa solicitud la de la finalización del permiso por maternidad previsto en el artículo 48.4 del ET.

Cabe tener presente también, que esta sentencia recuerda un dato importante: que el permiso por paternidad no sólo puede disfrutarse a partir del nacimiento del hijo/a sino que también puede disfrutarse –y cumplir con su finalidad– con posterioridad, dentro de los términos legalmente previstos, y ello por cuanto la finalidad última de dicho permiso es facilitar y fomentar la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado del hijo/a, sea o no recién nacido.

## 2.4 El debate sobre la forma de concesión del permiso de paternidad

En primer lugar, en este marco, aun cuando son pocas sentencias, en alguna lo que se debate es si es posible que, en el caso de un funcionario público, el permiso de paternidad pueda reconocerse vía silencio positivo, ante la falta de respuesta por parte de la correspondiente Administración Pública al presentarse una solicitud, así como los efectos que tiene esa concesión.

Es el supuesto planteado en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (sala de lo contencioso administrativo) de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 4 de febrero de 2011<sup>20</sup> y de Galicia de 10 de noviembre de 2010<sup>21</sup>. En ambas la respuesta es afirmativa, esto es, se concluye que si un funcionario público solicita un permiso de paternidad y la Administración Pública no contesta, el

---

<sup>20</sup> R.º 176/2010.

<sup>21</sup> R.º 953/2008.

silencio tiene carácter positivo y, en consecuencia, se entiende concedido el permiso.

Y, en concordancia con ello, la estimación del permiso por silencio tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del correspondiente procedimiento, y, por lo tanto, una eventual resolución administrativa expresa posterior sólo puede dictarse de ser confirmatoria del mismo. Ello implica, en definitiva, que si esa resolución administrativa posterior es negativa, será nula (como ocurre en las dos sentencias citadas). Solución judicial que se fundamenta, acertadamente, en lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común<sup>22</sup>.

En segundo lugar, en este ámbito también cabe mencionar otra sentencia, referida también al personal funcionario público, donde se recuerda que el contenido concreto de la solicitud formulada ante la Administración es determinante de la posterior concesión y, en consecuencia, si se solicita sólo el permiso por paternidad cuando, además de este permiso podría haberse solicitado otro permiso por enfermedad grave (parto por cesárea) o por nacimiento de hijo/a prematuro, pero no se hace constar así en la solicitud, este segundo permiso no solicitado no ha podido reconocerse válidamente por la Administración correspondiente y su no concesión es, por tanto, perfectamente válida<sup>23</sup>.

Por consiguiente, para los Tribunales, el concreto tipo de permiso solicitado –cuando podía haberse solicitado, por las circunstancias del parto, más de uno–, es un elemento clave para delimitar el alcance del propio derecho que posteriormente se reconoce. No puede concederse, en definitiva, lo no solicitado adecuadamente.

---

<sup>22</sup> Con total claridad, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) (sala de lo contencioso-administrativo) de 4 de febrero de 2011 afirma que: «... Siendo así, dispone el artículo 43.3 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, 30/1992, que la estimación por silencio tiene «a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento». Y el artículo 43.4.a), que en estos supuestos, la resolución expresa posterior a la producción del acto «sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo»...».

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sala de lo contencioso-administrativo) de 27 de octubre de 2010 (R.º 77/2010).

A lo anterior cabe añadir que, tal y como se recuerda en algunas sentencias, el permiso por paternidad –a diferencia del permiso por maternidad– tiene carácter voluntario en nuestro país, y, en consecuencia, no puede obligarse a disfrutarlo<sup>24</sup>.

Y por último, en torno a la forma de concesión del permiso por paternidad, es importante poner de relieve que alguna sentencia, con contundencia y de forma acertada, recuerda que el permiso por paternidad no está sujeto a la conveniencia de la Administración Pública empleadora, dado que su concesión debe ser automática una vez se constata la contingencia que lo justifica y se cumplen los trámites formales de solicitud, sin que la Administración pueda alegar necesidades organizativas o inconveniencias en la prestación del servicio para denegarlo.

Asimismo, el tiempo de disfrute de este permiso se computa como de servicio activo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos correspondientes al período de permiso, y al finalizar el empleo tiene derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no resulten menos favorables a los existentes con anterioridad al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

## 2.5 **La delimitación de la fecha de efectos del permiso por paternidad y los problemas existentes en cuanto a su duración**

Otro de los temas debatidos en las sentencias examinadas –tanto de la jurisdicción social como de la contencioso-administrativa– es la fecha de efectos del correspondiente permiso por paternidad. Es decir, en algún caso se discute, respecto de los funcionarios públicos, el plazo en el que puede disfrutarse del correspondiente permiso: ¿debe disfrutarse inmediatamente después del nacimiento o

---

<sup>24</sup> Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía/Sevilla (sala de lo social) de 5 de octubre de 2010 (R.º 2485/2010) y de Madrid (sala de lo social) de 21 de julio de 2011 (R.º 3239/2011).

bien existe un mayor margen de flexibilidad, tal y como ocurre cuando se aplica el artículo 48 bis del ET?

En esta cuestión, los Tribunales son flexibles –con un criterio totalmente acertado si se pretende, tal y como hace la propia Ley Orgánica 3/2007, fomentar la corresponsabilidad de ambos progenitores frente al cuidado de sus hijos/as–, permitiendo que el funcionario público disfrute del permiso por paternidad de forma inmediata tras el nacimiento del hijo/a, la adopción o acogimiento o con posterioridad, ya que, tal y como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (sala de lo social) de 12 de marzo de 2010<sup>25</sup>, el artículo 49.c) del EBEP no exige que la solicitud y disfrute del permiso de paternidad haya de efectuarse dentro de los 15 días siguientes al nacimiento de un hijo/a, lo que dispone es que su duración es de 15 días naturales a disfrutar a partir de la fecha del nacimiento. Y tampoco se establece tal requisito en la Ley Orgánica 3/2007, ni en ninguna de las normas de la LGSS que regulan la prestación por paternidad.

252

Por otra parte y siguiendo la misma lógica de flexibilidad, también señalan los Tribunales que no puede denegarse el derecho al permiso de paternidad a un policía por el hecho de que solicite retrasarlo cuatro días al coincidir su inicio con un curso de prácticas para un ascenso profesional, por cuanto la Administración Pública debe procurar la efectividad real de ambos derechos, pues de lo contrario dicho funcionario estaría en peor situación por una parte respecto a aquellos funcionarios que únicamente solicitan el permiso por paternidad y, por otra, respecto a aquellos funcionarios que únicamente hubieran solicitado permisos en función de su promoción profesional<sup>26</sup>.

A lo que cabe añadir que, en este ámbito, también recuerdan los Tribunales que el permiso por paternidad procede aunque no se disfrute inmediatamente después del nacimiento del hijo/a, ya que

---

<sup>25</sup> R.º 3094/2009.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sala de lo contencioso-administrativo) de 10 de octubre de 2012 (R.º 273/2011).

dicho hijo/a, aunque no sea recién nacido, continuará necesitando de atención por parte de su progenitor<sup>27</sup>.

Finalmente, respecto a la duración del permiso por paternidad, cabe mencionar el debate surgido en aquellos supuestos en que, en un convenio colectivo, se amplía la duración del permiso por nacimiento de hijo/a hasta los 23 días, pero sin especificar si el mismo incluye o no el permiso por paternidad. De no incluirlo, se tendría derecho a un permiso acumulado de los 23 días por nacimiento de hijo/a más los 13 días por permiso por paternidad derivado de lo establecido en el artículo 48 bis del ET. Ésta es la cuestión que resuelve la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sala de lo social) de 21 de julio de 2011<sup>28</sup>, donde se concluye, de forma adecuada, que debe estarse a la voluntad de las partes negociadoras en el caso que el texto del correspondiente convenio colectivo no resulte suficientemente claro. Y en el caso planteado en esta sentencia la citada voluntad llevaba a interpretar que en los 23 días de permiso previstos en el convenio colectivo ya se incluía el tiempo de permiso por paternidad.

## 2.6 Las posibles repercusiones desde la perspectiva retributiva

A pesar de que la propia normativa vigente garantiza que el disfrute de un permiso por paternidad no puede comportar ningún perjuicio económico para su beneficiario, son varias las sentencias en la que se discute sobre este tema, todas ellas de la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo una de ellas –del Tribunal Supremo– especialmente relevante.

En cuanto al motivo de la reclamación judicial, en tres sentencias se reclama el pago de determinadas cantidades no abonadas durante el permiso por paternidad –indemnización, complementos–, mientras que en otra sentencia se discute respecto a qué cantidad y, sobre todo, quién, debe asumir el pago del permiso por paternidad.

---

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sala de lo contencioso-administrativo) de 10 de febrero de 2011 (R.º 644/2007).

<sup>28</sup> R.º 3239/2011.

En la primera de las sentencias analizadas se discute si un policía local en situación de permiso por paternidad tiene derecho a percibir una compensación económica por asistir a un juicio debido a una intervención profesional. La sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Bilbao de 11 de diciembre de 2012<sup>29</sup> concluye que no se tiene derecho a la mencionada compensación ya que la misma sólo está prevista para dos supuestos concretos –período vacacional y período de descanso entre dos jornadas–, que no son ampliables a otros supuestos, entre ellos, el permiso por paternidad, destinado al cuidado del hijo/a.

En la segunda sentencia se plantea un supuesto diferente, consistente en la reclamación por parte de un policía del derecho a percibir, durante el permiso por paternidad, la indemnización por residencia eventual al encontrarse en situación de comisión de servicios en una comisaría sita en una localidad diferente de la de residencia. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sala de lo contencioso-administrativo) de 23 de junio de 2011<sup>30</sup> concluye, con un criterio totalmente acertado, que si un funcionario público que desempeña una comisión de servicios percibe una indemnización precisamente por los gastos que ello comporta, es obvio que, encontrándose de permiso por paternidad, ningún gasto ha tenido por motivo de la comisión de servicios; añadiendo que: «... aun en el caso de que se trate de días de permiso en concepto de permiso de paternidad, ello no puede constituir una excepción a la doctrina anteriormente indicada, pues el interesado deja de desempeñar la comisión de servicios para reintegrarse, en lo que ahora interesa, a su domicilio habitual, donde la ayuda o indemnización concedida carece de sentido. Y ello, por cuanto el actor confunde la naturaleza compensatoria o resarcitoria de la indemnización por residencia eventual con una posible vulneración del derecho a la integridad e indemnidad de la comisión de servicio, cuando no es así, puesto que se trata de compensar gastos que se efectúen, y ello, no supone merma alguna para el funcionario, ya que si el gasto no se genera no hay nada que compensar. Por ello, entender lo contrario significaría un enriquecimiento injusto o sin causa...».

---

<sup>29</sup> R.º 185/2011.

<sup>30</sup> R.º 1870/2008.

Y, en fin, en la tercera sentencia relacionada con la reclamación de cuantías no percibidas en situación de permiso por paternidad, el demandante solicita el pago del complemento de productividad durante dicho período, concluyendo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (sala de lo contencioso-administrativo) de 2 de febrero de 2012<sup>31</sup> que, efectivamente, tiene derecho a percibir dicho complemento, al tener carácter genérico para todos los empleados de la misma categoría profesional. Se trata de una decisión totalmente acertada ya que, de haberse resuelto en otro sentido, se habría vulnerado la garantía del mantenimiento de las retribuciones completas durante el permiso por paternidad, al tratarse de una cuantía vinculada al puesto de trabajo y no una indemnización por gastos, tal y como ocurría en la sentencia anterior.

Por último, suscita un especial interés el debate judicial que se resuelve en la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo contencioso-administrativo) de 8 de julio de 2010<sup>32</sup> donde se discute qué cantidad debe percibir un funcionario público durante el permiso por paternidad, reclamando el demandante el pago de la misma retribución que le correspondería de haber estado trabajando o bien que se complemente la prestación por paternidad a cargo del sistema de Seguridad Social hasta el total de sus retribuciones. Por su parte, la Administración Pública demandada –una Diputación provincial– entiende que, durante tal situación, un funcionario público sólo tiene derecho a percibir la correspondiente prestación a cargo del sistema de Seguridad Social.

Sorprendentemente, la solución que aporta en esta cuestión el Tribunal Supremo, con una fundamentación jurídica muy escasa, consiste en afirmar que el artículo 49.c) del EBEP considera el disfrute del permiso por paternidad una situación de servicio activo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos del funcionario y, en consecuencia, comparte la doctrina de la sentencia de instancia en el sentido de condenar a la Administración al pago de la totalidad de las retribuciones durante el permiso por paternidad.

---

<sup>31</sup> R.º 610/2009.

<sup>32</sup> R.º 63/2009.



A nuestro entender, esta solución del Tribunal Supremo resulta sorprendente, desacertada y no la compartimos por un motivo: tal y como vimos páginas atrás, ya se trate de personal laboral o funcionario al servicio de una Administración Pública, durante el permiso por paternidad el empleado público tiene derecho a percibir la prestación regulada en la LGSS y que va a cargo del Instituto Nacional de la Seguridad Social-Tesorería General de la Seguridad Social, por lo que no tiene sentido imponer a la Administración el pago de una prestación que debe abonar el sistema de Seguridad Social.

## 2.7 Las consecuencias derivadas de un posible despido

Finalmente, un último tema especialmente importante y que se encuentra presente en las sentencias analizadas en este estudio, se centra en determinar qué ocurre cuando, tras el disfrute del permiso por paternidad, su beneficiario es despedido de la empresa o bien se le comunica, de forma improcedente, que su relación laboral ha finalizado. Y resulta particularmente trascendente por dos motivos: a) por cuanto tales sentencias denotan una voluntad empresarial contraria al disfrute de este tipo de permisos, tal y como, por otra parte, también se manifiesta, desde hace años, en el marco del permiso por maternidad; y, b) que los Tribunales están reaccionando contra tal voluntad empresarial, aplicando los mecanismos de garantía previstos en el propio ET.

En este ámbito cabe situar tres de las sentencias analizadas, todas ellas de la jurisdicción social, que analizan el alcance de la protección otorgada ante este tipo de situaciones por el artículo 55.5 del ET. La primera de las sentencias es la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada de 29 de septiembre de 2010<sup>33</sup>, donde se discute la validez del despido de un trabajador –que es reconocido por la empresa como improcedente– y que se produjo dos semanas después de reincorporarse a la empresa tras haber disfrutado del permiso por paternidad. La segunda sentencia, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de mayo de 2011<sup>34</sup>, se refiere también al despido improcedente de un trabajador, transcurrido un

---

<sup>33</sup> R.º 1760/2010.

<sup>34</sup> R.º 902/2011.

plazo de tres meses tras su reincorporación a la empresa una vez disfrutado el permiso por paternidad.

En ambas sentencias la decisión del Tribunal se fundamenta, con total acierto, en lo establecido en el citado artículo 55.5 del ET, donde se establece que es nulo el despido de un trabajador tras haberse reintegrado al trabajo al finalizar el período de suspensión del contrato de trabajo por paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha del nacimiento, adopción o acogimiento. Y dado que, en ninguno de los dos supuestos, la empresa probó que existía una causa que motivase la extinción del contrato de trabajo, el despido sólo puede calificarse como nulo y no como improcedente, con la obligatoria reincorporación del trabajador a la empresa. De este modo, en estas sentencias se concluye que:

- a. En estos casos el despido sólo puede ser declarado nulo o procedente, en consonancia con la doctrina constitucional expuesta para el supuesto de la trabajadora embarazada en la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio.
- b. La nulidad del despido del artículo 55.5 del ET tiene un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del disfrute del permiso por paternidad y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con dicho permiso.
- c. Lo único que requiere el mencionado artículo 55.5 es que se haya hecho uso del permiso por paternidad y que, una vez realizada la reincorporación al trabajo, tenga lugar el despido dentro del período de nueve meses desde el nacimiento del hijo/a, adopción o acogimiento que lo motivó.
- d. Esta causa de nulidad actúa objetivamente nada más comprobarse la concurrencia de los presupuestos determinantes exigidos, así como el carácter improcedente del despido.

Aun cuando los Tribunales reaccionan adecuadamente ante la extinción de un contrato de trabajo, no fundamentada en una causa, después de la reincorporación a la empresa tras un permiso por paternidad, resulta preocupante que este tipo de situaciones se produzcan en la práctica, y que, en consecuencia, lo que ya ocurría cuando se trataba de un permiso por maternidad se haya traslada-

do ahora al permiso por paternidad, ignorándose, de ese modo, los propios principios que subyacen en la Ley Orgánica 3/2007.

Mal puede fomentarse la conciliación de la vida laboral y familiar y la corresponsabilidad ante las responsabilidades familiares si el disfrute del permiso por paternidad puede comportar que algunas empresas decidan despedir al trabajador que lo disfruta, por más que la aplicación del ET conlleve la nulidad de dicho despido y la reincorporación obligatoria a la empresa.

Es más, dado que el permiso por paternidad tiene un carácter voluntario, si una empresa incurre en tal actuación ante una solicitud de un permiso por paternidad, con independencia de la posible reclamación judicial, el resto de los trabajadores que pudieran solicitarlo podrían optar por no hacerlo con el objetivo de evitar problemas futuros.

Y, en fin, en concordancia con lo anterior, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 17 de mayo de 2011<sup>35</sup> se declara inaplicable la protección del artículo 55.5 del ET ya que el nacimiento del hijo fue posterior a la carta de despido, al no constar tampoco que el trabajador lo hubiera solicitado con anterioridad. En este caso el despido fue declarado improcedente, dando lugar a la correspondiente indemnización a favor del trabajador despedido.

### 3. CONCLUSIONES

Sin reiterar lo señalado en los apartados anteriores, sí resulta conveniente hacer hincapié en algunas cuestiones:

- 1.<sup>a</sup> En comparación con otras figuras vinculadas con la conciliación de la vida laboral y familiar, las reclamaciones judiciales planteadas en el marco del permiso por paternidad son escasas<sup>36</sup>; co-

---

<sup>35</sup> R.º 837/2011.

<sup>36</sup> Al respecto, vid. los capítulos de este trabajo dedicados a la excedencia y reducción de jornada por cuidados familiares y a la maternidad y la lactancia.

respondiendo, por otra parte, bastantes de ellas a empleados públicos.

- 2.<sup>a</sup> A pesar de que son menos numerosas, las reclamaciones abarcan cuestiones muy diversas que van, como hemos visto, desde la normativa aplicable al posible despido por ejercer el derecho al permiso por paternidad.
- 3.<sup>a</sup> La posición de los Tribunales es favorable a facilitar el ejercicio de este derecho y, además, en términos flexibles, con el objetivo de facilitar la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado de los hijos/as.
- 4.<sup>a</sup> Asimismo, de la doctrina judicial analizada se deduce que el permiso por paternidad es una medida más de conciliación de la vida laboral y familiar, integrada a todos los efectos en la normativa vigente, pero que no está exenta, no obstante, de problemas prácticos en el momento de su aplicación. Problemas que, según el caso y como hemos visto, derivan, por ejemplo, de su no reconocimiento por parte del empleador, la reducción de las cantidades a percibir o de la duración del permiso, o del despido del beneficiario del mismo.
- 5.<sup>a</sup> Finalmente, resulta preocupante, tal y como ya hemos señalado, que ciertos comportamientos empresariales, totalmente reprochables, presentes en el marco del permiso por maternidad se hayan trasladado también al permiso por paternidad. Nos referimos al despido del beneficiario del permiso por paternidad una vez se reincorpora a la empresa. Obviamente, tal conducta empresarial no favorece el cumplimiento de los objetivos de la Ley Orgánica 3/2007 ni, en particular, el fomento de la corresponsabilidad de ambos progenitores frente a las responsabilidades familiares. Y también resulta preocupante que siga poniéndose trabas, como hemos visto, en el acceso a la prestación por paternidad en el caso de las parejas homosexuales.



# Capítulo 10

## LOS DERECHOS DE IGUALDAD ASOCIADOS A LA LACTANCIA: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y CONCILIACIÓN

---

**Dolores Morondo**

*(Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto)*

261

### 1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento normativo y jurisprudencial de la lactancia se mueve entre dos ámbitos materiales. Por una parte, la regulación sobre los riesgos laborales; y por otra parte, la promoción de la igualdad de oportunidades y la conciliación de la vida laboral y familiar de las trabajadoras y los trabajadores.

En este tratamiento se aprecia también una divergencia, a veces silenciada, entre las normas tendentes a la protección o garantía de la lactancia *materna* y las normas que se refieren a la lactancia (materna o artificial) como uno de los períodos particularmente delicados de la parentalidad y que merecen la protección del legislador relativa a la conciliación de la vida familiar y laboral.

En relación con la lactancia materna a partir de los años 90<sup>1</sup> podemos verificar una tendencia internacional a reparar los errores y excesos

---

<sup>1</sup> La Declaración conjunta OMS/UNICEF «Protección, promoción y apoyo de la lactancia materna. La función especial de los servicios de maternidad» está fechada 1989.

de la fe en la llamada «maternidad científica»<sup>2</sup> que había llevado desde principios del siglo, y en modo particularmente señalado desde la segunda guerra mundial, a un abandono generalizado de la lactancia materna a nivel mundial. En 1991 comienza la iniciativa «Hospital Amigo de los niños», acreditación de la OMS/UNICEF a aquellos centros que cumplen el protocolo necesario para promover en frecuencia y duración la lactancia materna.

En este contexto, fue la lactancia materna la primera que atrajo la atención del legislador, que regula la protección de la salud y la seguridad de las trabajadoras lactantes junto con la de las trabajadoras embarazadas o que han sido recientemente madres como parte de un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles. Sin embargo, el tratamiento normativo de los permisos de lactancia se desarrollará prevalentemente, tanto en ámbito europeo como en la legislación nacional, a través de las medidas destinadas a promover la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo y a conciliar la vida familiar y laboral (Toro Flores, 2010). De este modo, como veremos en la evolución del marco normativo y de la jurisprudencia, se tiende a considerar el permiso de lactancia no como un derecho ligado a la lactancia materna sino al cuidado, en general, del recién nacido, reconociéndose dicha posibilidad tanto a las madres como a los padres.

En este trabajo nos ocuparemos principalmente de la evolución que en esta materia se ha verificado en el período bajo examen (2010-2012) y que se enmarca en una evolución de la jurisprudencia, a partir de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el caso Roca Álvarez, que tiende a reconocer al padre trabajador un derecho autónomo al permiso de lactancia como forma de conciliación de la vida laboral y familiar que no reproduzca estereotipos relativos a la división de papeles entre mujeres y hombres en relación al cuidado de los hijos. Esta evolución, que será ratificada en la normativa de reforma del mercado laboral de 2012, ha sido uno de los aspectos

---

<sup>2</sup> La lactancia artificial era uno de los paradigmas de la «maternidad científica», potenciada por el desarrollo de la industria química, los intereses económicos del mercado de la alimentación infantil, la creencia entre los profesionales médicos en la superioridad de lo industrial, que se puede pesar, medir y calcular «científicamente» respecto a lo natural (Paricio Talayero, 2004).

que ha concitado mayor interés doctrinal (Lousada Arochena 2010; Guamán Hernández 2011; Cubero Romeo 2011; Cordero Gordillo 2011; Toscani Giménez 2011; Trillo García, 2012; Maneiro Vázquez, 2013). Otro foco de atención por parte de la doctrina se centra en la problemática jurídica relativa al riesgo durante la lactancia y a los requisitos que dan lugar a la prestación correspondiente (Rodríguez Iniesta, 2011; Navarro Nieto, 2012; Fernández Landa, 2012; Barcelona Cobedo 2012; Poquet Catalá 2013, Vicente Herrero *et al.*, 2013). Este interés científico refleja también una intensa labor de unificación doctrinal del Tribunal Supremo relativa a la prestación por riesgo durante la lactancia natural. Finalmente, se puede observar una oscilación de la protección judicial entre los conceptos de discriminación, protección de derechos fundamentales y justificaciones objetivas en relación con casos de despido de las trabajadoras.

## 2. EL MARCO NORMATIVO RELATIVO A LA LACTANCIA Y SU EVOLUCIÓN EN EL PERÍODO EXAMINADO (2010-2012)

El marco normativo relativo a la lactancia se extiende, como decíamos en la introducción, en dos ámbitos materiales: el de la salud y seguridad en el puesto de trabajo, y el de la igualdad de oportunidades y conciliación de la vida familiar y laboral que ha venido a determinar también la interpretación de las normas de salud y seguridad en el puesto de trabajo de las trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia.

En el primer ámbito, la Directiva 92/85/CEE<sup>3</sup> estableció una serie de disposiciones cuyo objetivo era la protección de las trabajadoras embarazadas, que hubieran dado a luz recientemente o estuvieran en período de lactancia como un colectivo de trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos.

Esta directiva fue incorporada en el ordenamiento español en 1995 mediante la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)<sup>4</sup>, fue

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre.



ampliada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas y por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH). Esto es significativo, porque muestra un efecto del llamado *mainstreaming* de género en disposiciones relativas a la salud y seguridad en el puesto de trabajo y que lleva a entender esta protección en relación con las condiciones específicas determinadas por el embarazo, el parto o la lactancia natural, alejándola de la idea de una genérica protección de la mujer.

Este impulso a la protección no discriminatoria de las mujeres embarazadas o en situación de lactancia fue propiciada por otra Directiva europea, de 1996, que institucionalizaba un acuerdo alcanzado entre la representación europea de las partes sociales en relación al permiso parental<sup>5</sup>. Esta norma fue desarrollada por las ya citadas Ley de Conciliación de 1999 y la Ley Orgánica de Igualdad de 2007 junto con el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011).

En el período que nos interesa (2010-2012), la regulación relativa a la lactancia se ha visto afectada tanto por la interpretación de las normas existentes en base a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Roca Álvarez (2010), así como por las modificaciones introducidas con la normativa de reforma del mercado de trabajo a principios de 2012<sup>6</sup>.

Las normas adoptadas para transponer las Directivas europeas relativas a la protección de las mujeres embarazadas o en período de lactancia o a la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y que crean derechos o regulan en relación con la lactancia, no constituyen un cuerpo único sino que vienen a introducir enmiendas y adiciones a lo ya recogido en otras normas, en particular, en el Estatuto de los Trabajadores (ET), en la ya citada Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Así mismo, determinaron lo dispuesto en

---

<sup>5</sup> Directiva 96/34/CE, 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

<sup>6</sup> Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

materia de lactancia en el Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP). La ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo introduce algunas modificaciones mediante su disposición final 1.<sup>a</sup> en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, y específicamente en relación al permiso y a la reducción de jornada por lactancia, en el Estatuto de los Trabajadores.

En relación con la lactancia podemos, por tanto, encontrar cuatro diferentes situaciones reguladas por conjuntos de normas diversos:

## 2.1 Permiso de lactancia y reducción de jornada

Tras la reciente reforma del mercado laboral de 2012, el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores queda modificado como sigue:

*En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45. 1. d) de esta Ley, para la lactancia del menor hasta que éste cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples.*

*Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.*

*Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.*

El nuevo texto clarifica algunos puntos de la redacción anterior que daban motivo de discrepancia.

En lo que se refiere a los supuestos en los que corresponde el derecho al permiso de lactancia, la nueva norma hace explícita la extensión de dicho derecho a los casos de adopción y acogimiento. Aunque con precedencia cabía entender que el art. 37.4 ET era también

aplicable a dichos supuestos en base a la prohibición de discriminación entre la filiación natural y la filiación por adopción (art. 39.2 CE y art. 108 CC), la redacción de dicho precepto no era clara y su tenor literal refiriéndose al «parto múltiple» dejaba fuera de la norma los supuestos de adopción y acogimiento.

Otra modificación introducida por la Ley 3/2012 se refiere a la titularidad del permiso de lactancia o de la reducción de jornada por lactancia. La reforma de 2012 atribuye el derecho al permiso a los trabajadores individualmente, hombres o mujeres, mientras que antes de la reforma la titular del derecho era exclusivamente la madre, que podía ceder el disfrute del derecho al padre en caso de que ambos trabajasen por cuenta ajena. Como resultado, el padre no podía ejercer el derecho si la madre no trabajaba por cuenta ajena, porque estuviera desempleada o fuera trabajadora autónoma. Tampoco podía ejercer este derecho si se trataba de una familia monoparental. Volveremos sobre este asunto en la evolución de la jurisprudencia puesto que es la cuestión que se discutió en el Tribunal de Luxemburgo<sup>7</sup> y que terminó declarando contraria al derecho comunitario la norma española que otorgaba a los padres el permiso de lactancia sólo cuando la madre del niño fuera trabajadora por cuenta ajena.

Habría que interpretar en este mismo sentido, como sugiere el Acuerdo sobre los criterios de interpretación adoptado por la Comisión Permanente de la Comisión Superior de Personal del Ministerio de Administraciones Públicas, el artículo 48, letra f) EBEP<sup>8</sup>, que recoge el permiso de lactancia alargando el período de protección hasta los 12 meses de edad de la hija o el hijo.

---

<sup>7</sup> STJUE, de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09 (Roca Álvarez).

<sup>8</sup> El Acuerdo por el que se aprueban los Criterios de Interpretación del art. 48, letra f) que regula el permiso de lactancia, adoptado por la Comisión Permanente de la Comisión Superior de Personal del Ministerio de Administraciones Públicas el 25 de julio de 2013, establece que: 1) el permiso de lactancia puede ser ejercido indistintamente por cualquiera de ambos progenitores, aunque sólo por uno de ellos cuando ambos trabajen; 2) el permiso de lactancia es único por hijo, y sólo uno de los progenitores puede disfrutar de la totalidad del permiso, sin que quepa su disfrute simultáneo o compartido; 3) el permiso de lactancia se podrá disfrutar únicamente a partir de la finalización del permiso por parto, o una vez que desde el nacimiento del menor haya transcurrido un tiempo equivalente al del permiso por parto; y 4) el permiso de lactancia podrá disfrutarse bien como una reducción de la jornada o bien como un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

La concreción horaria y la duración del permiso de lactancia, así como de la reducción de jornada corresponden a la trabajadora o al trabajador, dentro de su jornada ordinaria<sup>9</sup>. Así mismo la ley establece que se debe preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria de trabajo.

Finalmente hay que resaltar un aspecto que ha sido objeto de debate en varios pronunciamientos judiciales<sup>10</sup>, a pesar de haber sido ya decidido por el Tribunal Supremo en 2009<sup>11</sup> y que se refiere a la posibilidad de acumular el permiso de lactancia en jornadas completas. El texto del art. 37.4 ET, «*Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo (...) o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella*», da lugar a dos opciones interpretativas: que la falta de acuerdo colectivo o individual no puede impedir la acumulación horaria, que se realizará «por [su] voluntad» de quien ejerza el derecho, o que si no hay acuerdo colectivo o individual no hay derecho a acumular el permiso en jornadas completas, que por ley queda deferido a los términos previstos en el convenio o el pacto. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2009 había optado por la segunda solución interpretativa estableciendo que «si no hay previsión convencional o acuerdo con el empresario, no habrá acumulación y, conforme a la ley, un convenio colectivo podría establecer (...) un tope de acumulación de 14 días, un tope con un número de días superior o inferior o excluir incluso la acumulación» (fund. jco. Tercero). Para poder acumular el permiso de lactancia en jornadas completas es necesario, por tanto, que esta modalidad esté previs-

---

<sup>9</sup> Una de las críticas a la normativa relativa a la lactancia es precisamente que aunque del tenor de la norma pueda parecer que es la trabajadora o el trabajador quien determina el momento en que se ausentará en permiso de lactancia, esta facultad es muy relativa puesto que las discrepancias entre empresario y trabajadora serán resueltas, según el art. 37.6 ET, a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. El desequilibrio consiste en que será la trabajadora o el trabajador quien deberá iniciar el procedimiento si el empresario no está de acuerdo con el horario propuesto que, además, no tendrá efecto hasta que el conflicto se solucione.

<sup>10</sup> STSJ de Andalucía 2963/2011, de 19 de mayo, rec. n.º 2357/2010; STSJ de Galicia 5299/2012, de 29 de mayo, rec. n.º 5544/2011; STSJ de Castilla-León 2579/2012, de 30 de mayo, rec. n.º 287/2012.

<sup>11</sup> STS 11/11/2009, rec. casación n.º 133/2008.

ta en la negociación colectiva o que se llegue a un acuerdo con el empresario, a diferencia de la sustitución del permiso de lactancia por la reducción de jornada o la partición del permiso en dos fracciones, que son elecciones que se dejan únicamente a la voluntad de la trabajadora o del trabajador.

Sin embargo, no toda decisión del empresario relativa a la acumulación es de recibo. Así, en una sentencia de 2012 el TSJ de Castilla León ha considerado que, no habiendo indicaciones al respecto en el convenio colectivo, el art. 37.4 hay que interpretarlo de conformidad con las reglas de interpretación de las normas jurídicas del art. 3.1 CC y según el principio «in dubio pro operario» (STS de 18 de julio de 1990), en el sentido más favorable para la trabajadora o el trabajador, es decir, «la acumulación por jornadas completas ha de referirse a cada hora diaria de ausencia al trabajo a que, con carácter general, se tiene derecho (...) no existiendo base para una interpretación reduccionista, como la que pretende la empresa recurrente, de limitar la posibilidad de acumular en jornadas completas solo la primera de las formas de ejercicio alternativo del derecho, la reducción de jornada en media hora, pues donde la ley no distingue, tampoco le es lícito al intérprete distinguir»<sup>12</sup>.

## 2.2 Extinción del contrato de trabajo

La segunda situación en la que nos encontramos con normas en relación con la lactancia es la extinción del contrato de trabajo por despido de la trabajadora o del trabajador (arts. 52 y siguientes ET).

Así, el Estatuto de los Trabajadores dispone que, a efectos del despido objetivo por acumulación de faltas de asistencia, incluso justificadas, no serán computables como tales las ausencias debidas, entre otros, al permiso de lactancia, al riesgo para la lactancia natural o a enfermedad debida a la lactancia (art. 52.d).

Además tanto en el caso de despido objetivo por cualquiera de las causas previstas legalmente (art. 52 ET) como en el caso de despido disciplinar (art. 54 ET), el mismo se considerará nulo cuando afecte

---

<sup>12</sup> STSJ de Castilla-León 2579/2012, de 30 de mayo, rec. n.º 287/2012 (fund. jco. Cuarto).

a trabajadoras durante el período de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural o por enfermedades causadas por la lactancia natural [letra a) de los arts. 53.4 y 55.5] o cuando la decisión extintiva sea notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período. Igualmente se considerará nulo el despido que afecte a trabajadoras o trabajadores que hayan solicitado el permiso de lactancia o la reducción de jornada del art. 37.4 o que estén disfrutando de él [letra b) de los arts. 53.4 y 55.5].

En estos casos, la declaración de nulidad de dichos despidos es automática, procediendo, por tanto, la reincorporación forzosa del o de la trabajadora con abono de los salarios de trámite dejados de percibir.

Sin embargo, tanto el artículo 53.4 como el 55.5 añaden una cláusula que mitiga el automatismo de la declaración de nulidad: «Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados».

La jurisprudencia de los Tribunales ha establecido que corresponde al empresario demostrar que los motivos del despido están objetivamente justificados y no relacionados con el ejercicio de los derechos relacionados con la lactancia.

En la calificación del despido han surgido una serie de cuestiones relativas a la interpretación de la cláusula de justificación objetiva de los art. 53.4 y 55.5 ET, así como su relación con la calificación de nulidad de los despidos que tengan por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

La doctrina constitucional tiene establecido para los casos de trabajadoras embarazadas que la regulación legal de la nulidad del despido constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la

igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que –de hecho– el riesgo de pérdida de empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales. Es por ello, según la doctrina del TC, que la finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental. La doctrina unificada del Tribunal Supremo ha resumido esta doctrina constitucional con la conclusión que «el precepto es configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurre o no un móvil de discriminación» (SSTS de 30 de abril y 6 de mayo de 2009 –2428/08 y 2063/08–).

Sin embargo, como veremos en la evolución de la jurisprudencia, la demarcación entre el despido nulo por suceder en el período protegido de lactancia, el despido discriminatorio y la posibilidad de justificar cualquiera de los dos mediante causas relativas a la situación económica de la empresa no es tan nítida como parecería deducirse de la doctrina precedente.

### 2.3 **Medidas para la prevención del riesgo durante la lactancia natural**

La prestación por riesgo durante la lactancia se introdujo en el ordenamiento a raíz de la LOIMH con el objetivo de mejorar la integración de la vida familiar de la mujer en el ámbito laboral y de facilitar la conciliación, de acuerdo con lo previsto en la Directiva 92/85/CEE. Esta incorporación supuso también la modificación del art. 26 LPRL, que dispone la protección de las trabajadoras frente a la situación de riesgo durante la lactancia natural:

*Art. 26.4 Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo.*

Los puntos 1, 2 y 3 del artículo 26 que se refieren a la protección de las trabajadoras embarazadas establecen que:

La evaluación de los riesgos deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del lactante, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del lactante, y así lo certifiquen los Servicios Médicos, la trabajadora deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos. En el supuesto de que no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no corres-



pondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato.

En consonancia con el artículo 26.4 LPRL, la LOIMH modificó también la Ley General de la Seguridad Social, añadiendo el Capítulo IV quinquies: Riesgo durante la lactancia natural. Con arreglo al art. 135 bis LGSS: «A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el art. 26.4 LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados».

La prestación económica se ajusta a los mismos términos y condiciones que la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación (art. 135 ter LGSS).

El desarrollo reglamentario se plasmó en el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

No obstante el desarrollo normativo y reglamentario, algunos estudios muestran la existencia de problemas en la práctica de la aplicación de las normas de protección (tanto de riesgo durante el embarazo como durante la lactancia), que llevan a las trabajadoras a tomar medidas de carácter legal o a permanecer de baja por enfermedad común (especialmente en el caso de riesgo durante el embarazo). La arbitrariedad en la aplicación de la normativa se ha revelado aún más evidente en la observación comparada de los criterios

seguidos por las diferentes Direcciones Provinciales del INSS, incluso dentro de una misma comunidad, para otorgar las prestaciones (Porras Martín, 2010: 29).

### 3. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

La evolución jurisprudencial en material de lactancia y conciliación en el período considerado por este estudio (2010-2012) está marcada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de septiembre 2010 en el asunto Roca Álvarez, así como por una importante labor de unificación de la doctrina por parte del Tribunal Supremo.

#### 3.1 Titularidad del derecho: la situación del padre

El asunto Roca Álvarez tiene su origen en una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el ámbito del recurso de suplicación interpuesto por el Sr. Roca Álvarez contra su empresa Sesa Start España ETT, S. A., que le había denegado el permiso de lactancia del art. 37.4 ET<sup>13</sup> dado que la madre del hijo del Sr. Roca no era trabajadora por cuenta ajena y no podía, por tanto, dar origen a un derecho que pudiera ser cedido a éste.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia consideraba que el Juzgado de lo Social había aplicado correctamente la legislación nacional al desestimar la demanda del Sr. Roca. Sin embargo, observaba que el permiso de lactancia se había desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural (como se puede deducir del hecho que ya en la redacción vigente en 2005 el permiso pudiera ser disfrutado por el padre, si la madre también trabajaba). El permiso de lactancia cons-

---

<sup>13</sup> En su redacción precedente a las modificaciones introducidas por la LOIMH, puesto que los hechos se remontan a 2005. La disposición en cuestión estaba entonces redactada como sigue: «Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen». Aunque la LOIMH introdujo modificaciones en relación a la duración del permiso en caso de partos múltiples y a la posibilidad de acumular el permiso en jornadas completas, la última frase del artículo, que era el objeto del litigio, permaneció invariada.

tituía, más bien, un permiso parental en el sentido de la Directiva 96/34/CE, y el TSJ de Galicia planteaba la cuestión si el hecho de que se concediese en condiciones diferentes a mujeres y hombres no violaba el principio de igualdad de trato y la Directiva 76/207.

El Tribunal de Justicia de Luxemburgo afirma que, efectivamente, la norma controvertida en el litigio principal establece una diferencia de trato por razón de sexo entre las madres que tienen la condición de trabajadora por cuenta ajena y los padres que tienen esa misma condición (pár. 25). Dicha diferencia de trato no puede ser justificada como una norma relativa a la protección del embarazo o la maternidad<sup>14</sup> puesto que la evolución de la normativa nacional y de su interpretación jurisprudencial han separado poco a poco la concesión del permiso de lactancia del hecho biológico del amamantamiento natural (pár. 29). Tampoco puede aceptarse, como pretendía el Gobierno español, que la norma persiguiera el objetivo de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer, a diferencia del hombre, tras el nacimiento de un hijo. Para el Tribunal europeo, el hecho que el padre que tenga la condición de trabajador por cuenta ajena pueda únicamente disfrutar de este permiso pero no ser su titular podría «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» (pár. 36). Es más, como sostiene la Abogada General Kokott, el hecho de negar el permiso a los padres que trabajen por cuenta ajena por el único motivo de que la madre del niño no tiene esa condición, podría dar lugar a que una mujer, como la madre del hijo del demandante, trabajadora autónoma, se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento del hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño.

Esta línea argumentativa del Tribunal de Luxemburgo ha sido utilizada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco para recono-

---

<sup>14</sup> El apartado 3 del art. 2 de la Directiva 76/207 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra.

cer el derecho al permiso de lactancia del padre incluso en un caso en el que la madre no tenía la condición de trabajadora ni autónoma ni por cuenta ajena. Así, el razonamiento del Tribunal: «El TJCE cuando ha interpretado el art. 37,4, párrafo final ET, ha venido a indicar que necesariamente debe establecerse una interpretación que no mantenga ningún tipo de discriminación directa o indirecta de la mujer respecto al hombre, y no puede prevalecer ninguna diferencia por razón de sexo. En este sentido a nuestro entender el Tribunal, aunque alcanza su resolución a la situación de trabajador-padre y de la madre que presta servicios por cuenta ajena, ello es extrapolable a cualquier situación, incluso aunque ésta no se encuentre dentro del ámbito o de la esfera del trabajo. En efecto, la discriminación directa se produce cuando el trabajador varón no disfruta del permiso, en contra de la facultad que se otorga a la mujer, y todo ello es relacionado con dos circunstancias: primera, la actualidad del permiso se vincula a la situación real que acontece en los tiempos actuales (art. 7 del Código Civil), en los que la lactancia no se produce exclusivamente de forma natural, sino por mecanismos artificiales que desvinculan a la progenitora de la relación física con el vástago, y de aquí el que este permiso sirva tanto para unificar la relación de los progenitores con el hijo, como para conciliar la vida familiar; y, segundo, partiendo, precisamente, de lo último indicado, la igualdad se pretende a través de todos los campos, y concretamente de aquellos que se vinculan con el trabajo. Ello quiere decir que existen ámbitos en los cuales debe introducirse la normativa de igualdad de forma que existan una promoción de las condiciones, y es sabida la tradicional distinción entre el hombre-productor y la mujer reproductora, que ha fijado en el ámbito doméstico una distinción de «papeles» que supone que la mujer asume un específico cometido desvinculado de su posible equiparación en el mundo del trabajo. De aquí el que debe expandirse el criterio de igualdad de forma que similares condiciones puedan establecerse en el hombre y la mujer, propiciando aquellas prerrogativas que incidan en este ámbito, y una de ellas es el permiso de lactancia que se concede al varón»<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> STSJ PV /2011, de 4 de octubre, n.º rec. 2005/2011. En el mismo sentido la posterior STSJ PV 3093/2011, de 20 de diciembre, n.º rec. 2616/2011.

No obstante, esta línea argumentativa encuentra todavía obstáculos para su aplicación. Así, una sentencia de 2012 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>16</sup> resuelve un recurso contencioso administrativo contra una resolución del Director General de la Policía que desestima la solicitud del demandante para acumular el permiso de lactancia en jornadas completas con el argumento que, si bien el art. 48.1.f) EBEP reconoce a los funcionarios públicos el derecho al permiso de lactancia y a la reducción de jornada, la acumulación del permiso en jornadas completas, sin embargo, está reconocida sólo a «la funcionaria»: «Estamos ante una distinción legal que no se puede tildar de irracional ni discriminatoria (lo cual ni siquiera se alega en la demanda) en la medida en que la norma está pensando en favorecer la lactancia materna o el cuidado por parte de la madre, de modo que sólo puede disfrutar de ella la madre funcionaria que alimenta y/o cuida de su hijo» (fund. jco. Segundo). Independientemente de la suerte procesal derivada del hecho que la discriminación no se alegase en la demanda, hay que notar el razonamiento del Tribunal en el análisis de la discriminación, que se separa del análisis del TJUE. El TSJ Cataluña justifica la diferencia de trato sobre la base de un supuesto objetivo de protección de la lactancia materna; sin embargo, la lactancia materna o biológica no es un requisito legal para la acumulación del permiso en jornadas completas, que es una modalidad que depende exclusivamente de la voluntad de la funcionaria (en el EBEP) o de la regulación por Convenio o de un acuerdo con el empresario (en el ET). La falta de un vínculo en las disposiciones legales entre la acumulación del permiso de lactancia y la lactancia natural no permite que esta modalidad de disfrute pueda ser considerada como una norma para la protección de la maternidad en forma diversa de las modalidades de ausencia o reducción de jornada.

La interpretación que de la norma en cuestión (art. 48.1.f) EBEP) hacen la Dirección General de la Policía, el Abogado del Estado y el

---

<sup>16</sup> STSJ CAT 2440/2012, de 2 de marzo, n.º rec. 2545/2008. En el mismo sentido, STSJ MAD 2308/2012, de 24 de enero, n.º rec. 121/2009. Aún resolviendo el caso en modo diferente, la idea de que es la madre quien «cede» al padre su derecho al permiso de lactancia aparece también en STSJ MAD 3111/2012, de 7 de febrero, n.º rec. 222/2009.

Al contrario, adoptaba ya la óptica del derecho autónomo del padre al permiso de lactancia STSJ MAD 4561/2011, de 5 de abril, n.º rec. 3684/2008.

TSJ de Cataluña ha de entenderse ahora a la luz del Acuerdo sobre Criterios de interpretación del art. 48 de 25 de julio 2013, a la que nos referíamos en el apartado 2, que establece explícitamente, en el punto 3.º: «El permiso de lactancia podrá disfrutarse, en los términos y con la duración máxima prevista en el citado precepto, bien como una reducción diaria de la jornada, bien como un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. En el caso en que se acumule en jornadas completas, el permiso resultante tendrá siempre la misma duración máxima con independencia de que sea disfrutado por el funcionario o la funcionaria».

### 3.2 Riesgo durante la lactancia materna, medidas y prestación

Como decíamos en la introducción, las normas relativas a la salud y seguridad de la madre que amamanta y del lactante son residuales respecto a los derechos relacionados con la lactancia que se han ido progresivamente separando de la lactancia materna para asimilarse a la idea de parentalidad y cuidado de los recién nacidos. A pesar del carácter residual de la normativa, contamos con una abundancia de sentencias en materia lo que nos permiten constatar la evolución de la protección de quienes han decidido adoptar la lactancia materna como método de alimentación del recién nacido.

Desde 2010 podemos encontrar una copiosa jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>17</sup> en el ámbito de la prestación por riesgo durante la lactancia natural. El volumen de esta jurisprudencia da muestra de la intensa controversia jurídica referida en modo particular a las solicitudes presentadas por profesionales de la salud y tripulantes de cabina en compañías aéreas (Beltrán de Heredia Ruiz, 2012). Los casos surgen pues en el ámbito de disputas entre trabajadoras que desean amamantar y consideran que sus condiciones de trabajo no ofrecen las garantías de salud y seguridad necesarias para hacerlo y la entidad

---

<sup>17</sup> SSTs 17/03/2011 –rcud. 1864/2010, 1865/2010, 2448/2010–; 18/03/2011 –rcud. 1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010–; 03/05/2011 –rcud. 2707/2010–; 21/09/2011 –rcud. 2342/2010–; 22/11/2011 –rcud. 306/2011–; 24/04/2012 –rcud. 818/2011–; 21/06/2012 –rcud. 2361/2011–; 29/10/2012 –rcud. 2332/2011–; 01/10/2012 –rcud. 2373/2011–.

que haya de pagar la prestación por riesgo durante la lactancia. En dichas sentencias, el TS ha unificado la doctrina relativa a la interpretación de los requisitos relativos a la prestación por riesgo durante la lactancia natural prevista por los artículos 135 bis y ter LGSS. La suspensión del contrato de trabajo por riesgo para la lactancia natural que da lugar a la prestación es, según el Tribunal y de acuerdo con el artículo 26 LPRL, una «medida subsidiaria de segundo grado»<sup>18</sup> para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo y no han lugar, o son insuficientes o ineficaces, las medidas previas a la suspensión del contrato.

### 3.2.1 *El riesgo: descripción, valoración y acreditación*

En primer lugar, la labor de unificación de la doctrina de la Sala de lo Social se ha dirigido principalmente a resaltar la necesidad de probar que el riesgo es específico y concreto en las tareas asignadas a la trabajadora. La prestación no tendrá lugar cuando los riesgos no aparezcan debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia, en la forma que se desprende del art. 26.1 LPRG<sup>19</sup>. No son, tampoco, admisibles los riesgos genéricos de la profesión, frente a los que se efectúan simples recomendaciones sobre medidas preventivas estandarizadas, o los riesgos accidentales en los que la lactancia no actúa como un factor especial. A pesar de estas limitaciones en la determinación del riesgo, «no cabe formular interpretaciones que desvirtúen la finalidad de la regulación legal o impidan su efectividad» y, por ello, una vez probadas las circunstancias que «acreditan un evidente riesgo para la lactancia, que no tiene por qué ser «especial», cuando razonablemente se aprecia su existencia, en relación con el puesto de trabajo, en defecto de cambio o adaptación, debe prosperar la pretensión» (STSJ MU 783/2012, de 2 de abril)<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> 01/10/2012 –rcud. 8005/12, fund. jco. Segundo–.

<sup>19</sup> Ibid. Igualmente, STS 18/03/2011 –rcud. 1290/2010–.

<sup>20</sup> También STSJ MU 479/2010, de 21 de junio y 29/2011, de 17 de enero.

En la jurisprudencia sobre la determinación del riesgo es importante, sin embargo, resaltar una variación en la doctrina del TS. En general, la determinación del riesgo se entiende como un problema relativo a la salud de la trabajadora y, pasando a través de la leche materna, del bebé. En este sentido la jurisprudencia se detiene en la consideración de la exposición de la trabajadora a los agentes biológicos o químicos clasificados como peligrosos en el período de lactancia natural<sup>21</sup> así como las condiciones de trabajo que podrían propiciar la contaminación con materiales infecciosos o tóxicos (cortes, punturas, contacto con fluidos, contagio aéreo o cutáneo, etc.).

Sin embargo, hay un grupo de sentencias que se refiere a las condiciones de trabajo (especialmente, turnicidad, nocturnidad y disponibilidad de espacios) no sólo como riesgo para la salud de la madre que amamanta (mastitis) sino en particular como riesgo para la continuidad misma de la lactancia materna. Esta línea jurisprudencial aparece en relación a una serie de casos promovidos por azafatas de vuelo<sup>22</sup> y distingue, siguiendo el ejemplo de ciertas Mutuas, aquella situación en la que la actividad laboral pueda provocar de forma inmediata un daño a la madre o al lactante, de las situaciones en las que las condiciones de trabajo crean una «elevada probabilidad de tener que suspender dicha lactancia na-

---

<sup>21</sup> La norma de referencia es el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de prevención, en relación con 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. Ya en la Exposición de Motivos, esta norma reconoce que al trasponer la Directiva 92/85/CEE en el ordenamiento español mediante la LPRL, el legislador español no había dado correspondencia a los anexos de la norma comunitaria y que contienen listas no exhaustivas de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo respecto a los cuales a) hay que efectuar una evaluación del riesgo y de cualquier posible repercusión sobre la trabajadora en período de lactancia para determinar las medidas que deban adoptarse (Anexo I), o b) hay una prohibición de realizar actividades que supongan un riesgo de exposición para la trabajadora en período de lactancia (Anexo II. B). El Real Decreto 298/2009 incorpora estos dos anexos, subrayando su carácter no exhaustivo, con la finalidad de facilitar la realización de la evaluación de riesgos mediante la identificación de esos agentes, procedimientos y condiciones de trabajo, así como de garantizar una aplicación más efectiva de las disposiciones de protección de la maternidad. El carácter no exhaustivo de las listas de agentes químicos o biológicos para determinar el riesgo para la lactancia lo pone de relieve la STSJ NAV 69/2011, de 25 de febrero.

<sup>22</sup> SSTs 22/11/2012 –rcud. 8635/12–; 21/6/2012 –rcud. 5016/2012–; 24/4/2012 –rcud. 3035/2012–; 22/11/11 –rcud. 306/2011–.



tural en contra de la voluntad de la madre, dadas las especiales características del régimen de trabajo y descanso que acompañan a su profesión»<sup>23</sup>.

En estas sentencias, la demanda de la trabajadora tripulante de cabina de pasajeros de prestación de riesgo durante la lactancia ha sido considerada conforme a derecho porque 1) la distribución del horario de trabajo y el lugar de prestación de servicios impiden tanto la pauta de las tomas propias de la lactancia natural, así como la extracción de la leche materna y su conservación; 2) el impedimento de las tomas y de la extracción pueden comportar tanto problemas de salud para la madre (mastitis) como riesgo para la propia subsistencia de la lactancia natural (inhibición definitiva de la leche)<sup>24</sup>.

Sin embargo, en otro grupo de sentencias<sup>25</sup> referidas a personal de enfermería de los hospitales el riesgo que para la continuidad de la lactancia materna suponen las condiciones de trabajo a turnos y/o con turnos nocturnos no ha sido considerado igualmente importante o, en todo caso, suficientemente específico<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Citado en el antecedente de hecho primero (punto 14) de la STS 22/11/2012, rcud. 8635/12.

<sup>24</sup> Con anterioridad a la unificación de la doctrina en los casos de asistentes de vuelo, podemos encontrar una STSJ MAD 10279/2011, de 15 de julio, referida a una vigilante de seguridad para la que la prestación por riesgo para la lactancia natural se fundamenta en que «es un trabajo sin horario fijo, pues se efectúa a turnos, y que conlleva además trabajo nocturno. En definitiva, es un trabajo que conlleva situaciones de estrés, que supone una irregularidad horaria y que compromete el tiempo nocturno, elementos todos que hacen penosa y no sólo incómoda la lactancia natural, siendo oportuna la cita por la Juez «a quo» de la STC de 21-02-07 pues esta prestación hay que contemplarla tanto como una técnica de compatibilidad de la maternidad y el trabajo, cuanto de protección de la salud del hijo. La lactancia natural exige un mayor compromiso asistencial de la madre, un compromiso más íntimo, que la ley protege no sólo por el plus de atención, sino también porque la misma mejora las condiciones de salud del hijo. Es una doble protección que las empresas y las entidades gestoras han de proteger y facilitar por suponer una inversión de igualdad de las mujeres y en la idoneidad sanitaria de los ciudadanos futuros».

<sup>25</sup> SSTs 18/03/2011 –rcud. 1290/2010–; 25/01/2012 –rcud. 4541/2010–; 01/10/2012 –rcud. 2372/2011–; STSJ AS 2589/2012, de 22 de junio.

<sup>26</sup> STSJ AS 2589/2012, de 22 de junio (fund. jco. Tercero): «Razona detalladamente [el Juzgado de lo Social] que solo en los dos o tres primeros meses posteriores al parto, los niveles de prolactina influyen en la producción materna por lo que la turnicidad o nocturnidad, una vez superado ese período, no afectan a la cantidad ni a la calidad de la leche además que a la fecha de finalización de la baja maternal el bebé realiza tomas más espaciadas y, desde los cuatro meses, comienza con la alimentación complementaria. El resto de

### 3.2.2 *La jerarquización de las medidas previstas*

Como ya hemos dicho, la suspensión del contrato de trabajo por riesgo para la lactancia natural que da lugar a la prestación es, según la legislación y la doctrina unificada del TS, una medida subsidiaria de segundo grado. Es decir, una vez acertado el riesgo, corresponde a la empresa iniciar una serie de procedimientos: en primer lugar adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora; en segundo lugar, cuando esta adaptación no resulte posible o sea ineficaz para garantizar la salud de la trabajadora, ésta debe ser trasladada a otro puesto de trabajo o función compatible con su estado; en tercer lugar, y si no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Sólo cuando este último cambio de puesto tampoco resultara técnica u objetivamente posible, o no pudiese razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia hasta que el hijo cumpla nueve meses o pueda reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado, devengando por ese tiempo el derecho a la prestación económica del art. 135 ter LGSS.

Se trata, por tanto, según el TS de una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque la misma no responde sólo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a un puesto de trabajo compatible con la situación de la lactante. La doctrina unificada del TS ha insistido en que la adopción o, en su caso, la justificación de la imposibilidad de adoptar estas medidas corresponde a la parte empleadora y que de su inacción no se puede derivar un perjuicio para la trabajadora. Así, en los casos citados relativos a las azafatas de vuelo, el Tribunal Supremo rechaza que el ofrecimiento de acumular el permi-

---

las circunstancias aducidas, estrés, falta de lugar adecuado para la extracción de la leche o conservación de la misma, también están adecuadamente examinadas coincidiendo plenamente la Sala con la Juzgadora «a quo» en que, de existir, podrían suponer cierta incomodidad, pero nunca constituir un riesgo para la lactancia que justifique la prestación solicitada».

so de lactancia en jornadas completas<sup>27</sup> pueda sustituir la actividad preventiva de la empresa. Así, en la STS de 24 de abril de 2012:

*La situación de riesgo para la lactancia (...) exigía la evaluación previa por parte de la empresa e inclusión del riesgo y de las medidas para evitarlo en el plan de prevención. De haber sido ésa la forma de proceder, la empresa hubiera estado capacitada para ofrecer medidas alternativas a la prestación de servicios en la situación de riesgo constatada (...) medidas que pasan (...) por un cambio en el sistema de distribución del tiempo de trabajo y en las condiciones de intimidad e higiene al alcance de las trabajadoras a efectos de efectuar la extracción y conservación de la leche.*

*Ahora bien, la falta de ofrecimiento alternativo no puede llevarnos a otra conclusión que la de la inexistencia efectiva de ese puesto con condiciones alternativas y exentas de riesgo. Ante tal tesitura lo que se constata es una realidad en la que a la trabajadora no le queda otra posibilidad que la de seguir prestando servicios con riesgo para la lactancia natural, situación inadmisibles, y, por tanto, procedía la suspensión del contrato como medida última de salvaguarda de la salud propia o del lactante.*

*Nos encontramos ante un supuesto de verdadera inactividad por parte de la empresa que eludió el seguimiento de los pasos prescritos en los conceptos legales que venimos invocando, pero de cuyas consecuencias no puede derivarse perjuicio para la trabajadora. Por ello, con independencia de las acciones que la Mutua pudiera ostentar frente a la empresa, procedía estimar la pretensión de la demandante.<sup>28</sup>*

### 3.3 Extinción del contrato y otros actos discriminatorios

Una parte consistente de las sentencias que componen la muestra (25,6 %) se refieren a casos de despido o extinción de la relación contractual. Si bien es cierto que en muchas de estas sentencias no se

---

<sup>27</sup> El TS indica además que tal oferta implica una clara confusión entre las medidas de protección de la trabajadora, relacionadas estrictamente con la salud y los derechos de conciliación de la vida familiar; instituciones que obedecen a finalidades diferentes (STS, de 6 de junio de 2012).

<sup>28</sup> Igualmente SSTs 21/06/2012 –rcud. 2661/2011–; 22/11/2012 –rcud. 1298/2001–; STSJ CAT 12830/2012, de 12 de diciembre.

discuten situaciones relativas a la lactancia en manera exclusiva, puesto que a menudo concurren IT por enfermedad común antes del parto, permisos de maternidad, y solicitudes de reducción de jornada o excedencia por cuidado de hijos menores, podemos examinar de todos modos los principales elementos de la evolución de la jurisprudencia en relación con el despido de trabajadoras que están en el período protegido de lactancia o que han disfrutado de este permiso.

Como decíamos al analizar el marco normativo uno de los principales problemas que trasciende de las sentencias es el de la correcta calificación del despido. En el período examinado no ha habido todavía una labor de unificación de la doctrina por parte del TS<sup>29</sup>, pero podemos contar con una variedad de pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia que evalúan la procedencia de los despidos cuando la empresa alega causas económicas, técnicas u organizativas, y en qué manera se relaciona el despido durante el período del permiso de lactancia (u otros permisos parentales igualmente protegidos) con la prohibición del despido por motivos discriminatorios o con vulneración de los derechos fundamentales.

Así, la STSJ de Castilla-León considera, siguiendo la doctrina constitucional, que las protecciones introducidas en el Estatuto de los Trabajadores en relación con el despido a raíz de la Ley 39/1999 sobre conciliación y de la LOIMH, constituyen un mecanismo de garantía reforzada, que consiste en que la nulidad del despido «opera con un carácter objetivo y automático que se vincula exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora [y aquí se añadiría el hecho de haber solicitado o estar disfrutando de uno de los permisos a los que se refiere el art. 37] y a la no consideración del despido como procedente»<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Hay, sin embargo, una serie de Autos desestimatorios en recursos de casación para la unificación de doctrina en este tema, por ejemplo AATS 5964/2012, de 10 de mayo; 11562/2011, de 13 de octubre; 9241/2011, de 8 de septiembre; 6225/2011, de 26 de mayo; 949/2011, de 13 de enero; 14850/2010, de 10 de noviembre; 8057/2010, de 29 de abril.

<sup>30</sup> STSJ CL 5244/2011, de 24 de octubre, fund. jco. Tercero. Igualmente, STSJ CV 5993/2012, de 18 de septiembre; STSJ CAT 2604/2010, de 16 de marzo.

La trabajadora o el trabajador deben, por tanto, acreditar la situación de disfrutar o haber solicitado un permiso de lactancia o una reducción de jornada por lactancia<sup>31</sup>.

La no consideración del despido como procedente se deduce de las cláusulas correspondientes en los artículos 53.4 y 55.5, que establecen que la nulidad del despido no será de aplicación cuando «se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados». La empresa debe, por tanto, acreditar la existencia de una justa causa de despido ajena a las circunstancias protegidas.

Entre los recursos de suplicación analizados en la muestra de sentencias encontramos casos tanto de despido por causas objetivas como despidos disciplinarios<sup>32</sup>.

En el caso de los despidos por causas objetivas, los Tribunales han solido aceptar la invocación por parte de las empresas de causas económicas y organizativas. Aunque no de manera sistemática, una parte importante de las sentencias en caso de despido objetivo recoge la doctrina constitucional que considera insuficiente la acreditación de las dificultades económicas o pérdidas a la hora de justificar el despido. Así, la sentencia antes citada del TSJ de Castilla-León establece la necesidad de que la empresa acredite «cuanto menos en qué medida y cuándo habría reducido su plantilla para adaptarse a las nuevas circunstancias, y cuánto personal y qué necesidades tenía en administración al despedir a la actora, lo que no hace (...) [la protección del art. 55.5 ET] entendemos obligaba a la empresa,

---

<sup>31</sup> STSJ GAL 7045/2011 en donde la demanda de la trabajadora de declarar el despido nulo no fue acogida, entre otros, porque la demandante no había acreditado su situación de lactancia. Es decir, no es suficiente estar en el período que daría derecho a solicitar el permiso o la reducción de jornada, sino que se tiene que haber solicitado o estar disfrutando de dicho permiso.

<sup>32</sup> En los casos de despido disciplinario concurren a justificar la falta de relación del despido con la situación de permiso por lactancia circunstancias como la presencia de otras trabajadoras en situación de maternidad o lactancia, la falta de acreditación de situaciones de hostigamiento, acoso u hostilidad en el trabajo, la persistencia de las quejas y amonestaciones, etc. STSJ CV 2953/2012, de 17 de abril; STSJ AND 7983/2012, de 18 de julio; STSJ GAL 7054/2011, de 23 de septiembre.

para excluir razonablemente cualquier panorama de despido relacionado con la situación de embarazo o el disfrute del permiso parental por aquella, a justificar en mayor medida que la situación existente entonces en administración hacía innecesarios ya sus servicios y a acreditar cuando menos las circunstancias, experiencia y capacidad de aquella otra trabajadora que se dice pasó a encargarse de las tareas administrativas y a la que mantiene el empleo, que no se encontraba, o al menos no consta probado, en situación equiparable de protección legal tan objetiva e imperativa como la de la actora»<sup>33</sup>. En suma, esta sentencia muestra que la justificación aducida por la empresa debe versar no únicamente sobre las causas económicas, técnicas u organizativas que llevarían a amortizar el puesto de la trabajadora o el trabajador que disfruta del permiso de lactancia, sino que debe incluir las razones por las que, en la reorganización del trabajo, se ha decidido prescindir específicamente de los servicios de esos trabajadores en situación de especial protección. Es decir, se pediría la acreditación no sólo de la efectiva necesidad económica de amortizar puestos de trabajo o de racionalizar la organización de la empresa<sup>34</sup>, sino que habría que justificar que al hacerlo no se ha llevado a cabo una selección discriminatoria de las empleadas o empleados en función de sus responsabilidades familiares y del hecho de que disfrutasen o no de permisos parentales. Por ejemplo, la STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2012 que estima el recurso de suplicación de la trabajadora contra la sentencia del Juzgado de lo Social porque «la resolución recurrida ha obviado cualquier pronunciamiento sobre si ha existido o no una discriminación, por razón de sexo, en la elección del trabajador que debía ser despedido, al haberse limitado a resolver sobre la existencia o no de una causa objetiva, de tipo organizativo, para justificar el despido, pero sin analizar las razones que le han llevado para elegir a la demandante, pese a los indicios (...) aportados»<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> STSJ CL 5244/2011, de 24 de octubre, fund. jco. Tercero.

<sup>34</sup> El carácter discriminatorio se descarta en algunas sentencias en base a que existan varios procesos extintivos similares y coetáneos contra otros trabajadores, hombres y mujeres, que se acrediten causas económicas, pérdidas o descenso de ingresos, y la asunción de las funciones de la trabajadora por otros empleados, con amortización de su puesto, supresión de áreas o establecimientos. SSTSJ AND 7575/2012, de 11 de julio y 7983/2012, de 18 de julio.

<sup>35</sup> STSJ MAD 1282/2012, de 20 de marzo.

El carácter discriminatorio de la actuación empresarial que se excluye en base a la justificación objetiva del despido de la trabajadora ha llevado algunos Tribunales a aplicar la disciplina y la doctrina constitucional relativa al despido discriminatorio o atentatorio contra los derechos fundamentales, que se utiliza igualmente en el caso de modificación discriminatoria de las condiciones de trabajo y en las demandas de garantía de la indemnidad<sup>36</sup> cuando la modificación o el despido son parte de una represalia por haber hecho valer el derecho al permiso de lactancia u otros permisos parentales.

En estos casos, el indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra los derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada<sup>37</sup>. Una sentencia del TSJ de Madrid recuerda que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, «la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial (...) Precisamente la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en los arts. 96 y 179.2 LPL»<sup>38</sup>. Sin embargo, para que se produzca la inversión de la carga de la prueba no basta la mera afirmación de la existencia de una causa atentatoria contra los derechos fundamentales, sino que ha de probarse indiciariamente la existencia de aquella causa, es decir, se tiene que poder deducir la posibilidad de que se haya pro-

---

<sup>36</sup> Es reiterada la doctrina del TC según la cual una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y nula, contraria a ese mismo derecho fundamental. Está recogida, por ejemplo, en STSJ GAL 938/2011, de 20 de enero.

<sup>37</sup> STSJ AND 7983/2012, de 18 de julio.

<sup>38</sup> STSJ MAD 11587/2012, de 21 de septiembre, fund. jco. Octavo.

ducido una vulneración de los derechos fundamentales<sup>39</sup>. Sólo una vez que se hayan acreditado tales indicios puede hacerse recaer sobre el empresario la carga de probar, no –como dice la sentencia del TSJ de Andalucía «el hecho negativo– verdadera prueba diabólica de que no haya un móvil lesivo de los derechos fundamentales»<sup>40</sup> – sino que la conducta es extraña a todo propósito contrario a los derechos fundamentales en cuestión y que las causas reales de su conducta tuvieron suficiente entidad como para adoptar la decisión, siendo éste el medio para destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata «de una carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente de por sí mismas su decisión»<sup>41</sup>.

Por ejemplo, en el caso de una trabajadora que ve modificadas sus condiciones de trabajo tras solicitar la reducción de jornada por lactancia –aun cuando tales modificaciones no constituyan modificación sustancial o supuesto de movilidad geográfica ex arts. 40 y 41 ET– el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha establecido que no nos encontramos ante un mero ejercicio por parte de la empleadora del poder de dirección que le es propio, sino que el ejercicio de tal facultad va anudada o aparece consecuente con la solicitud por parte de la trabajadora de la reducción de jornada por lactancia e impone unas condiciones de trabajo que hacen prácticamente ilusorio el disfrute de ese derecho. En este caso, dice el Tribunal, la empleadora tendría que haber centrado sus esfuerzos argumentativos en justificar la necesidad de la actora en su nuevo destino, para lo cual no basta la mera alegación de que ello responde al ejercicio de las facultades que corresponden al empleador. A falta de esta justificación en positivo de la actuación del empleador, el indicio discriminatorio representado por el hecho que la modificación de las condiciones de tra-

---

<sup>39</sup> Ibid. También STSJ AND 7983/2012, de 18 de julio, fund. jco. Tercero.

<sup>40</sup> STSJ AND 7983/2012, de 18 de julio, fund. jco. Tercero.

<sup>41</sup> STSJ MAD 11587/2012, de 21 de septiembre.



bajo, o en su caso el despido, siguen a la solicitud del permiso de lactancia prevalecen y determinan la nulidad del despido o la apreciación de la reclamación de la trabajadora, por ejemplo, por modificación sustancial de condiciones de trabajo<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> STSJ AND 16402/2011, de 16 de marzo. También STSJ CAT 8591/2011, de 15 de julio; STSJ GAL 938/2011, de 20 de enero.

# Capítulo 11

## PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DERECHOS DE CONCILIACIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: SU APLICACIÓN EN EL CASO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

---

**Beatriz Setuáin Mendía**  
*(Universidad de Zaragoza)*

289

### 1. PLANTEAMIENTO

Los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa ya se han pronunciado en una pluralidad de ocasiones sobre los derechos de conciliación reconocidos con carácter general en la LOIMH y reproducidos, en relación específica con los funcionarios, en los artículos 48 y 49 del coetáneo EBEP. Estas normas, actual marco básico a considerar, no han sido sin embargo las primeras en reflejar en el ordenamiento administrativo un conjunto de medidas destinadas a armonizar y compatibilizar la vida familiar y profesional de los empleados públicos, particularmente de los funcionarios. Antes al contrario: textos anteriores, con distinto alcance y extensión según el momento, ya venían reconociendo mecanismos de conciliación semejantes a los actuales, y alguna cuestión sobre ellos habrá ocasión de comentar a lo largo de este trabajo. No obstante, la mayor parte del contenido sustantivo de los mismos está alineada

en la actualidad con los principios inspiradores de aquella Ley general que señala la pauta jurídica a seguir.

El análisis al que va a procederse en las siguientes páginas se aborda desde la ordenación y sistematización por materias de las Sentencias judiciales más representativas dictadas por los Tribunales contencioso-administrativos a lo largo de los años 2010 a 2012. Su localización se ha realizado en CENDOJ. Se presentan así, sucesivamente, los tratamientos jurisprudenciales más significativos existentes en materia de reducción de jornada por cuidado de hijas e hijos, excedencia por la misma causa, licencia por riesgo en el embarazo, permiso por maternidad, permiso por paternidad, permiso por lactancia, permiso por matrimonio y principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito del empleo público.

## 2. REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE HIJAS E HIJOS

### 2.1 **El artículo 48.h del EBEP y su concreción: la pluralidad de las normas de desarrollo de los derechos de conciliación en el seno de la Administración pública**

290

La posibilidad de reducir la jornada laboral por cuidado de hijas e hijos es una de las fórmulas jurídicas más conocidas para armonizar la vida profesional y privada de los trabajadores en general y de los funcionarios públicos en particular. En su relación, el EBEP reconoce (artículo 14.j) el derecho individual de estos últimos a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, concretándose en el artículo 48.h en un derecho a la disminución de jornada (con proporcional reducción de retribuciones) «por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Resulta una obviedad destacarlo, pero este derecho tiene como finalidad hacer buena la conciliación entre ambos planos de la vida de las personas, más concretamente facilitar al funcionario la atención de sus obligaciones de guarda legal. Por eso, la *STSJ Galicia de 17 de marzo de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 468/2009*, consideró un abuso de derecho que la funcionaria beneficiaria de una reducción solicitase completar jornada con horas

Hay que tener presente que, aunque con poca afectación sobre lo que aquí va a considerarse, el artículo 8 del RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, ha dado una nueva redacción a este artículo 48 de la norma básica funcionarial, modificando el régimen de permisos de aplicación supletoria contemplado en el tenor inicial del precepto<sup>2</sup> para transformarlo en bases estatales. En otras palabras: el RDL ha configurado el precepto del EBEP como un listado común, homogéneo y tasado de permisos aplicables a los funcionarios de todas las Administraciones públicas, lo que ha suscitado dudas de inconstitucionalidad por exceso sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos contrario al artículo 149.1.18 CE. De hecho, diversas Comunidades Autónomas han entendido imposible desarrollar el esquema de las bases estatales, lo que vulneraría en su consideración el parámetro constitucional de distribución de competencias. Y más aún cuando el TC ha recordado (por todas, STC 50/1999, de 6 de abril) que la intensidad de las bases debe ser necesariamente menor en las materias relativas a la organización y el funcionamiento interno de las Administraciones públicas cuando no inciden en el trato común con los ciudadanos. En coherencia con esta valoración, el Gobierno Vasco ha presentado recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 8 del RDL (recurso núm. 2218-2013), admitido a trámite por el TC mediante providencia de 21 de mayo de 2013 (BOE núm. 132, de 3 de junio).

Es cierto que, en lo que aquí interesa, la redacción del apartado h del precepto no se ha modificado respecto a la inicial, y en ningún momento ha indicado el alcance, límite y condiciones de la reducción de jornada para el cuidado de hijas e hijos. El legislador tampoco procedió a ello al otorgar, vía LOIMH, un nuevo tenor al artículo 30.1.g LMRFP, en términos prácticamente idénticos a los que un mes después recogería el aludido precepto del EBEP. Según este artículo 30.1.g,

---

complementarias mejor retribuidas. Ratificando la denegación que la Administración hizo de su solicitud, el Tribunal no entiende en ningún momento que por esta causa se haya producido violación del principio de igualdad o de los derechos de conciliación de la vida personal y laboral.

<sup>2</sup> «Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable, los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes...».

«el funcionario que por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación o a una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, *tendrá derecho a la disminución de su jornada de trabajo...*».

Parece, pues, que será la normativa específica que haya podido aprobarse la que indicará en cada caso dichos alcance y condiciones. Hecho éste muy propio del régimen jurídico de los empleados públicos y, más aún, de los funcionarios. Y hecho que introduce complejidad, puesto que son diversas las normas que coexisten en este ámbito material y desarrollan los derechos de conciliación.

## 2.2 La legislación de desarrollo: el ejemplo de la Guardia Civil y de los militares

Para el personal al servicio de la Administración General del Estado es el artículo 56 LOIMH el que reconoce el derecho con carácter general, remitiendo a la normativa aplicable a cada caso la determinación del alcance y condiciones de la misma. Veamos algunos supuestos sectoriales sobre los que se ha pronunciado la jurisprudencia contenciosa.

En el caso de la Guardia Civil, resulta de aplicación la LO 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de este cuerpo, que establece en su artículo 28.2 la consideración de la conciliación de la vida familiar y laboral en la determinación de la jornada y el horario de trabajo de los guardias civiles, «sin perjuicio de las necesidades derivadas del cumplimiento de sus funciones».

Esta cláusula impide defender que nos encontremos ante un derecho incondicionado o absoluto, tratándose en realidad, por determinación normativa, de un derecho de configuración legal susceptible de modulación en atención a aquellas necesidades. Lo que no deja de tener su lógica si consideramos que los funcionarios públicos están sometidos a una relación de sujeción especial que «debilita» –por la supeditación a las mismas– la esfera de los derechos que comprometen su asistencia al trabajo (*STSJ Galicia de 9 de*

marzo de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 315/2010). Como bien ha recordado la STSJ Navarra de 28 de enero de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 295/2009, éste es el motivo por el que debe rechazarse cualquier pretensión de elección horaria exclusiva por parte del solicitante. Por supuesto que, en la medida de lo posible, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, bajo criterios de racionalidad y atendiendo a las circunstancias expuestas –el cuidado de un hijo– se atenderá la preferencia horaria solicitada que, no obstante, no queda garantizada en todo caso.

En semejantes términos se ha manifestado la STSJ Murcia de 8 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 548/2008, pronunciándose en este caso sobre la reducción de jornada en los militares profesionales por razones de guarda legal de hijos menores de 12 años. En aplicación de la normativa específica existente, se reconoce su derecho a minorar hasta en un medio dicha jornada (con proporcional disminución de las retribuciones), así como a ser exonerados de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran en el disfrute la misma «cuando las necesidades del servicio no lo impidan», si bien procurarán atenderse esas necesidades con otros medios y solo en último extremo condicionarán la concesión de la minoración de la jornada laboral. Es de nuevo la misma razón la que conlleva la desestimación de la pretensión de la recurrente de ser exonerada con carácter general.

Pese al carácter no absoluto del derecho, la consecuente posibilidad de condicionar su ejercicio debe estar debidamente justificada en términos concretos que tengan entidad suficiente para oponerse a un derecho reconocido a los funcionarios que guarda relación con la protección de la familia; principio rector de la política social y económica ex artículo 39.1 CE y por ello, informador de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos. En efecto. El ajuste del derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal a la naturaleza y funciones propias del puesto de trabajo deberá de ser una decisión adoptada valorando las circunstancias concurrentes y cualquier otro elemento que no impida la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en aquella reducción. En otras palabras: la Administración debe ponderar si denegar una solicitud de reducción de jornada por no acomodarse al horario

propuesto por la misma –al amparo genérico de aquellas «necesidades del servicio»– constituye un obstáculo para compatibilizar la vida personal y laboral y, en último término, para el disfrute de un derecho fundamental. Como señala la *STSJ Castilla y León de 23 de noviembre de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 496/2010*, la Administración, al resolver la solicitud sin valorar las circunstancias concretas y sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para atender los fines de relevancia constitucional a los que sirve la institución ni cuáles eran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar al centro de trabajo (en este caso, una residencia pública), se constituye en obstáculo para la compatibilidad de la vida profesional y personal de la recurrente, incurriendo en una discriminación indirecta por razón de sexo. No ofrecer alternativas a la propuesta de reducción horaria de la recurrente –entiéndase: a la concreción horaria, no al ejercicio del derecho ni al *quantum*– ni motivar debidamente y bajo criterios de racionalidad las causas que determinan la imposibilidad de acceder a la minoración de jornada de la forma planteada obstaculiza el desarrollo de su derecho a la conciliación, que implica conceder la reducción en la parte de la jornada que convenga a los intereses personales del funcionario cuando así lo permita la organización del trabajo de la estructura administrativa (*STSJ Castilla y León de 21 de octubre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 397/2010*, *STSJ La Rioja de 8 de noviembre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 120/2012*). En ningún caso este hecho vulnera la potestad de autoorganización de las Administraciones públicas (*STSJ Castilla y León de 13 de noviembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 39/2009*), que no puede ejercerse de forma libérrima e ilimitada en detrimento de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

### 3. EXCEDENCIA POR CUIDADOS DE HIJAS E HIJOS

#### 3.1 Reconocimiento y extensión temporal

El artículo 89.4 EBEP reconoce el derecho de los funcionarios de carrera a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de hijos naturales o por adopción o acogimiento. Este periodo es único por cada sujeto causante, de manera que una vez solicitado, concedido, disfrutado y reincorporado el funcionario al servicio activo, no puede presentar una nueva

petición en relación con el mismo hijo hasta agotar el periodo máximo de tres años. Por supuesto, nada impide que, según sus circunstancias, decida apurar dicho plazo máximo. Pero una vez disfrutado (con ésta o con otra extensión temporal menor) y reincorporado a su puesto, su carácter unívoco conlleva su agotamiento. Así lo han interpretado las *SSTSJ Madrid de 9 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 242/2010* y *Castilla-La Mancha de 1 de abril de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 12/2010*, que han considerado inviable, conforme a la literalidad de aquel precepto, el disfrute fraccionado del permiso a conveniencia del funcionario.

### 3.2 Efectos sobre la carrera profesional, en particular sobre los ascensos

De acuerdo con el mismo precepto, el tiempo que los funcionarios permanecen en esta excedencia será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación, pero no de ascensos. Así lo ha querido el legislador, que a lo largo de toda la evolución regulativa de esta situación ha ido introduciendo mejoras en su contenido, pero nunca referidas a este punto y, desde luego, no la ha homologado en cuanto efectos al servicio activo. Este hecho no implica, a juicio de la *STSJ Andalucía 10 noviembre 2010. Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2043/2004*, una afección a los derechos adquiridos del funcionario, que en nada se ven minorados al mantenerse su antigüedad, grado personal y derechos pasivos. Tampoco considera existente una discriminación indirecta por razón de sexo –tratamientos normativos formalmente neutros pero con impacto adverso sobre las mujeres a causa de las condiciones fácticas existentes–, pese a dar la razón a la recurrente en su argumento de que son muchas más las mujeres que piden esta excedencia en comparación con los hombres, y no desdeñar un futuro cambio normativo más beneficioso en este sentido. Sin embargo, ciñéndose a la situación presente, la Sala rechaza dicha discriminación, con un razonamiento que consideramos incontestable: la actual regulación de la excedencia por cuidado de hijos está justificada por la persecución de otros fines constitucionalmente legítimos (los reconocidos en el artículo 23.2 CE), siendo razonable y proporcionada para el alcance de los mismos.



Efectivamente, el artículo 23.2 CE reconoce el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. Es éste, por tanto, un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador señalar los requisitos oportunos para hacerlo efectivo, siempre con el debido respeto a los principios de mérito y capacidad impuestos por el artículo 103.3. CE. Pues bien: en esta línea se sitúa la regulación de la excedencia por cuidado de hijos y, más concretamente, la falta de asimilación de esta situación al servicio activo en lo que hace a los ascensos. Esta regulación lo que pretende es reconocer el mérito y capacidad de quienes han seguido en la experiencia y práctica administrativa, frente a quienes no la han desarrollado en virtud de una opción amparada por la Ley. Porque esa opción existe, y la recurrente hizo uso de ella, precisamente también para garantizar otras finalidades dignas de protección desde la perspectiva constitucional, como es el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos durante la minoría de edad (artículo 39.3 CE).

Peor situación padecía en este punto el personal de las Fuerzas Armadas, cuya legislación específica (Ley 17/1999, de 18 de mayo, de régimen del personal de las fuerzas armadas) antes de la entrada en vigor de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar (que sí lo reconoce, artículo 119.1.a) no consideraba computable a efectos de servicios, trienios y derechos pasivos el tiempo permanecido en situación de excedencia voluntaria. Dada la falta de retroactividad de la nueva norma, que en su Disposición Transitoria Octava solo prevé su aplicación a quienes se encontrasen en esa situación en el momento su entrada en vigor, no puede pretenderse su extensión a situaciones previas a la misma: la falta de amparo jurídico al efecto es evidente, sin que este hecho suponga ninguna violación a los derechos de conciliación que, de hecho, fueron disfrutados –con las consecuencias descritas, eso sí– por los militares sobre cuyos recursos se pronuncian la *SAN de 19 de octubre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 1130/2009* y la *STSJ Castilla y León de 31 de marzo de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 18/2007*. En ambos casos se ratifica la falta de consideración por las autoridades militares del tiempo que ambos estuvieron en situación de excedencia por cuidado de hijos como servicios efectivos a efectos de ascensos.

### 3.3 Su aplicación a los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia

En el caso de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, es el artículo 509.3 LOPJ el que establece las condiciones específicas para el disfrute de la excedencia por cuidado de hijas e hijos. De acuerdo con este precepto, durante el primer año de duración de la misma los funcionarios tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaban y podrán reincorporarse a él sin necesidad de solicitar el reingreso. Esto es precisamente lo que sucedió en el supuesto sobre el que se pronuncia la *STSJ Castilla y León de 15 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2797/2008*, y por ello anula la denegación de incorporación a una funcionaria que se encontraba en esta situación. En nada afecta a esta conclusión el hecho de que la misma solicitase tres días después la baja por maternidad como consecuencia de haber dado a luz en esa fecha. Los defectos formales que achacaba la Administración a la solicitud de ingreso son irrelevantes ante la constatación de su presentación y, sobre todo, ante la innecesariedad de la misma, a la vista del tenor del precepto aludido. La Administración debió declarar la situación de reingreso activo y, conocido el alumbramiento producido casi inmediatamente, conceder la baja por maternidad con todos los efectos que le son propios.

#### 4. LICENCIA POR RIESGO EN EL EMBARAZO: EL CASO PARTICULAR DE LOS FUNCIONARIOS DE JUSTICIA

Como señala el artículo 58 LOIMH, «cuando las condiciones del puesto de trabajo de una funcionaria incluida en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer, del hijo e hija, podrá concederse licencia por riesgo durante el embarazo, en los mismos términos y condiciones previstas en la normativa aplicable. En estos casos, se garantizará la plenitud de los derechos económicos de la funcionaria durante toda la duración de la licencia, *de acuerdo con lo establecido en la legislación específica*».

Por lo tanto, en consonancia con su carácter general, la LOIMH remite a la legislación sectorial la determinación de la extensión de las

retribuciones en el caso de licencia por riesgo en el embarazo. En el caso de los funcionarios de Justicia, esta normativa específica es el RD-Leg. 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre régimen de la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia, que en su artículo 20.1.b establece como límite a la cuantía mensual a percibir por la funcionaria en esta situación «el importe de las percepciones obtenidas durante el primer mes de licencia», de forma que la suma de las retribuciones básicas, el subsidio por dicha licencia y, en su caso, la prestación por hijo a cargo no supere aquel importe. Este límite, homogéneo para todo el territorio nacional so pena de desigualdades contrarias al ordenamiento jurídico (los de la Administración de Justicia son cuerpos nacionales situados bajo el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo desarrollado por MUGEJU, organización de ámbito estatal que actúa bajo la vigencia de una norma estatutaria uniforme –RD 1909/2000, de 24 de noviembre–), impide, como pretendían las recurrentes cuyas demandas resuelven las *SSTSJ Galicia de 11 y 25 de mayo de 2011, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 1277/2008 y 1510/2008*, la consideración dentro de las retribuciones a percibir de un complemento transitorio autonómico. Ni éste tiene carácter permanente y unitario para todo el territorio –compadeciéndose mal con la esencialidad del carácter homogéneo de la estructura retributiva– ni respeta aquel límite cuantitativo descrito. Las apelaciones en ese punto a aquel precepto de la LOIMH carecen, pues, de sentido: no se trata de una medida discriminatoria por razón de sexo, ateniéndose por el contrario al contenido del artículo 58, que remite a la legislación específica como aval de la garantía de plenitud de los derechos económicos de la funcionaria durante la duración de la licencia.

## 5. PERMISO DE MATERNIDAD

El permiso de maternidad es la denominación genérica que suele utilizarse para aglutinar lo que el EBEP intitula «permiso por parto» y «permiso por adopción o acogimiento», reconocidos respectivamente en los apartados a y b del artículo 49 de esta norma. Son muchas las cuestiones en torno a los mismos que son objeto de pronunciamiento por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sobre todo, en lo referente al permiso por parto.

## 5.1 Alcance del permiso de maternidad: derecho de la madre susceptible de cesión versus derecho individual de hombres y mujeres

En efecto: acerca del alcance de este permiso en concreto existe una interesante jurisprudencia que va a describirse a continuación, si bien antes conviene reproducir, pese a su extensión, el tenor de aquel artículo 49.a EBEP para favorecer el seguimiento de la exposición. Según este precepto:

*«El permiso por parto tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo y, por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso.*

*No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.*

*En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de discapacidad del hijo o de parto múltiple.*

*Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determinen.*

*En los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, este permiso se ampliará en tantos días*

*como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.*

*Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.»*

La controversia que existe en los Tribunales contenciosos en torno a la naturaleza y extensión de este derecho funcional oscila entre dos posiciones principales. Una primera, que supone la jurisprudencia mayoritaria, y que también ha sido ratificada por el TC (SSTC 109/1993, de 25 de marzo, 324/2006, de 20 de noviembre, entre otras), está integrada por Sentencias que lo estiman un derecho exclusivo de la mujer, cuyo disfrute –excepción hecha de las seis primeras semanas después del parto, que son consideradas de descanso obligatorio para la madre–, podrá realizarse indistintamente por ambos progenitores, siempre a opción de la madre (que renunciaría al mismo, cediéndolo al otro progenitor) en el caso de que ambos trabajen. Junta a ella, otros pronunciamientos minoritarios –de hecho, solo se ha encontrado una Sentencia en el lapso temporal analizado alineada con esta interpretación– lo entienden conferido por igual a hombres y mujeres, situándose el límite de su disfrute en la duplicidad en su ejercicio.

De la primera tesis son buenas muestras las *Sentencias (ambas de las Salas de lo Contencioso) del TSJ Madrid de 24 de enero de 2012, recurso núm. 121/2009* y del *TSJ Castilla-La Mancha de 20 de julio de 2011, recurso núm. 60/2010*. La primera de ellas, por ejemplo, niega el disfrute del permiso a un funcionario público porque la madre, también funcionaria, y titular a su juicio del derecho, no se encontraba trabajando al hallarse de baja. La Sala afirma que mientras permanezca en esta situación «no puede generar el derecho ni puede cederlo al actor», pues al no ser trabajadora en alta en ningún régimen de la Seguridad Social carece del derecho a la suspensión de la relación funcional con reserva de puesto y no es sujeto causante del subsidio por maternidad. Y mal puede derivar en el padre un derecho que no tiene. El permiso de maternidad no es, por tanto, un derecho del padre –que de ejercerlo, lo hará como derivación del derecho de la madre–, pero tampoco un derecho absoluto de ésta, dado que resulta inherente al desempeño de una función o trabajo por la misma, a la que se reconoce con la finalidad de recuperarse física-

mente. En resumen: solo el acto de cesión de la titular del derecho (la madre) permitiría que el padre lo disfrutase en su lugar. Pero para poder cederlo, debe estar en situación de poder disfrutarlo: trabajando y necesitando dejar de hacerlo para recuperarse y atender a su hijo. La falta de esta circunstancia determina la negación referida. También la *STSJ Madrid de 21 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 1030/2012* recuerda la necesidad de que ambos progenitores se encuentren en activo para poder hacer uso de la opción de disfrute del permiso por el progenitor distinto de la madre. Solo en este caso se cumplirá la exigencia normativa y la correspondiente percepción íntegra de las retribuciones funcionariales, sin que quepa deducción alguna de haberes.

Por su parte, la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, partiendo de la misma premisa, introduce una variable importante: el hecho de que la madre titular del derecho al permiso sea trabajadora por cuenta ajena (funcionaria pública o personal laboral al servicio de la Administración o de una empresa) o por cuenta propia, lo que a su entender tiene incidencia sobre la posibilidad de disfrute efectivo por el padre funcionario.

Sobre esta cuestión –bien que ceñida al régimen laboral– ya se había pronunciado el TC en su Sentencia 75/2011, de 19 de mayo, posteriormente reiterada por la STC 78/2011, de 6 de junio. En ella, el intérprete constitucional aclaró la redacción precedente del artículo 48.4 ET, que restringía el derecho al permiso de maternidad y a la correspondiente prestación a la mujer trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social. Y entendió que la negación a un trabajador por cuenta ajena del derecho a disfrutar del mismo por no estar la madre dada de alta en ninguno de los anteriores no es contraria al artículo 14 CE desde su perspectiva del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo. Por dos motivos principales. Por un lado, porque considera que se trata de un derecho exclusivamente femenino ligado a una realidad biológica diferencial objeto de protección y, por tanto, las ventajas o excepciones que conlleve para la mujer no pueden entenderse discriminatorias para el hombre<sup>3</sup>. Y por otro, y porque así se desprende de nuestro sistema

---

<sup>3</sup> En concreto, este derecho va directamente dirigido a la doble finalidad de asegurar la protección de la condición biológica de la mujer después de su embarazo y a preservar las

de Seguridad Social, porque se configura como un derecho que también causa derecho a prestación –aquí está el *quid* de la cuestión– solo en la medida en que la madre está dada de alta en uno de los regímenes de la misma. La falta de estos condicionantes necesarios determina la ausencia del derecho.

Ello no obsta que, como también señala el TC, el legislador, ejerciendo su amplia libertad para configurar el sistema de Seguridad Social, decida en un momento dado incorporar al ordenamiento jurídico el derecho de los padres trabajadores por cuenta ajena a suspender su contrato (con derecho en su caso a percibir el subsidio por maternidad) cuando la madre no desempeñe actividad laboral o realice una actividad profesional que no dé lugar a su ubicación en aquel sistema. Y eso es precisamente lo que hizo, incluyendo en aquel 48.4 ET, a través de la Disposición Adicional Decimoprimeras de la LOIMH, la posibilidad de suspensión de contrato y percepción de la prestación por maternidad del otro progenitor en el caso en que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad.

El tema, pues, está claro en relación con los trabajadores por cuenta ajena sometidos al ámbito de aplicación subjetiva del ET. Pero no lo está tanto en la redacción del EBEP, que no contempla especificación parecida a la incorporada en la norma laboral. De hecho, la Sentencia castellano-manchega a la que nos referimos se ve en la obligación de interpretar el alcance del artículo 49.a de la norma básica funcionarial, para dilucidar si la negativa a un funcionario del derecho a disfrutar del permiso de maternidad siendo la madre trabajadora por cuenta propia es o no conforme a derecho. Para la Sala de lo Contencioso del TSJ, el hecho indicado no debe impedir el reconocimiento del derecho al permiso de maternidad en favor del padre, toda vez que aquel precepto solo exige que ambos progenitores trabajen, sin expresar que deba ser con sujeción a un régimen determinado. Si el artículo 48.4 ET fue modificado por la LOIMH en los términos que acaban de indicarse, el EBEP, norma coetánea e inspirada en la misma voluntad del legislador estatal, debe interpre-

---

particulares relaciones entre madre e hijo tras el parto.

tarse bajo los mismos parámetros. Esto es: con el propósito de facilitar la conciliación de la vida familiar y un trato más igual entre los dos cónyuges trabajadores, con independencia de a qué régimen jurídico esté sujeto su ejercicio profesional. Es verdad que, en contraprestación, el artículo 4.3.g de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (aplicable a la situación laboral de la madre) no menciona aquel derecho de forma clara e indubitada. Pero tampoco lo elude ya que, conforme a este precepto, la trabajadora por cuenta propia tiene derecho «a la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar, con el derecho a suspender su actividad en las situaciones de maternidad (...), en los términos previstos en la legislación de la Seguridad Social», en lo que implica una remisión expresa al RDLeg. 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Esta norma establece en su Disposición Adicional Undécima bis, y bajo la rúbrica «Prestaciones por maternidad y por paternidad en los Regímenes Especiales», un reconocimiento a los trabajadores por cuenta ajena y propia incluidos en los regímenes especiales del sistema (caso del régimen especial «trabajadores autónomos») del derecho a las prestaciones establecidas en el Capítulo IV bis y en el Capítulo IV ter del Título II de la misma Ley (entre ellas la prestación por maternidad anudada al permiso de maternidad), *con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones allí previstos para los trabajadores del Régimen General*. Eso sí, con una condición imprescindible: hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Cumpliendo este requisito, como así sucedía en el supuesto encausado, la madre tiene derecho al permiso retribuido de maternidad y, en cuanto titular del mismo, puede cedérselo al padre para su disfrute efectivo.

La Sala asume pues que la igualdad entre trabajadores autónomos y trabajadores por cuenta ajena ya es una exigencia del derecho positivo, y no cabe admitir la discriminación que implicaría negar dicha cesión con el argumento de que no hay un amparo legal expreso a este permiso en favor de las madres trabajadoras por cuenta propia. El mandato del artículo 3.1 del Código Civil acerca de interpretar las normas en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas impele a considerar la dedicación equilibrada de los dos progenitores, con independencia de su sexo, en el



cuidado de los hijos, y a remover los obstáculos que entorpezcan esta tendencia como, por otra parte, ordena la LOIMH.

La SAN de 11 de febrero de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 85/2010, sin embargo, se alinea con la tesis contraria, considerando que el permiso de maternidad es un derecho atribuido por el EBEP a ambos progenitores, sin perjuicio de que en caso de concurrir dos trabajadores con derecho a la cobertura, corresponda a la madre decidir si es ella quien lo va a disfrutar en su integridad o lo va a compartir con el padre. En concreto, la Sentencia se pronuncia sobre la solicitud de disfrute de dicho permiso hecha por un padre funcionario cuya mujer, madre del hijo recién nacido, era trabajadora afiliada a una mutualidad profesional que no le hacía acreedora a subsidio por maternidad con prestación económica por no estar dada de alta en ningún régimen de la Seguridad Social. La Administración desestimó, en su momento dicha solicitud, con el argumento ya conocido de que el permiso de maternidad es un derecho de la madre y que, no disponiendo de él en este caso, era imposible que lo cediera a favor del padre. Pero en vía judicial, la Sala rechaza esta interpretación habitual, y considera que el analizado es un permiso individual de los trabajadores, hombres y mujeres, y no exclusivo de la mujer que lo cede al hombre. El argumento jurídico al que vincula esta decisión radica en una interpretación de la Cláusula 2 de la Directiva 96/34, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por UNICE, CEEP y CES (hoy derogada por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010), que establece como obligación finalista para los Estados miembros el reconocimiento de un permiso parental a los trabajadores, hombres y mujeres, por motivo del nacimiento o adopción de un hijo para ocuparse del mismo un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años, y que deberán definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales. En base a este criterio, y dado que la madre no tiene reconocido el derecho al permiso retribuido (por lo que no cabe que haga uso de la opción prevista en el EBEP para el caso de concurrencia de derechos), corresponde su disfrute al único progenitor que lo tiene normativamente atribuido: el padre. Entender lo contrario implicaría afirmar que este permiso sí existiría en el caso de que el padre fuese autónomo pero no cuando esa condición la tiene la

madre, lo que va en contra de la idea de igualdad y de reparto de las tareas domésticas.

## 5.2 Duración del permiso de maternidad. *Dies a quo* en la caso de permiso por acogimiento o adopción

Conforme se ha transcrito *supra*, la duración del permiso de maternidad establecida por el artículo 49 EBEP es de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos más en el supuesto de discapacidad del hijo y, por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple. Al margen de las seis primeras semanas de descanso obligatorio para la madre, el resto podrán ser disfrutadas ininterrumpidamente por cualquiera de los progenitores trabajadores. Por esa razón, la *STSJ Castilla-La Mancha de 16 de diciembre de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 943/2006*, declara la nulidad del precepto de un Acuerdo Marco para funcionarios que preveía una duración exacta de 28 días para el permiso de maternidad a disfrutar por el padre en estos supuestos. El artículo 30.3 LMRFP, vigente en el momento de producirse la resolución encausada si bien hoy derogado por el EBEP (que sin embargo, se refiere a dicho permiso en semejantes términos), no contemplaba este límite temporal, planteándolo como un permiso por periodo indeterminado e ininterrumpido.

Esta misma Sentencia recuerda asimismo que, ex mismo precepto, el permiso comenzará a disfrutarse en los casos de adopción o acogimiento a partir de que se dicte la resolución judicial por la que se constituya la adopción o desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento; supuesto éste no recogido en el Acuerdo recurrido, lo que determina su nulidad también en este punto.

## 5.3 Coincidencia entre permiso de maternidad y vacaciones

Interesa destacar asimismo las *Sentencias TSJ Cantabria de 31 de marzo de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 114/2009* y *TSJ Canarias de 15 de marzo de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 165/2010* que, en aplicación del artículo 59 LOIMH, recuerdan la posibilidad de mejorar vía negociación colectiva el plazo

hasta el que los empleados públicos podrán disfrutar sus vacaciones cuando coincidan con el permiso por maternidad. Plazo que, además, puede exceder el año natural al que correspondan, resultando nulas instrucciones de servicio contrarias a este precepto. La posibilidad del disfrute de vacaciones sin restricciones de este tipo ha sido reconocido con insistencia por la jurisprudencia del TJUE (Sentencias de 20 de enero y de 24 de junio de 2009, entre otras).

#### 5.4 **El disfrute efectivo del permiso de maternidad: el rigor formal contrario al derecho material**

Cuando menos desconcertantes resultan tanto la *STSJ Galicia de 31 de marzo de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 304/2009* como la *STSJ Madrid de 19 de diciembre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 566/2010*. Y ello porque, a nuestro juicio, una argumentación en exceso formalista hace quedar sin efecto la auténtica finalidad que fundamenta este derecho: la posibilidad de que las mujeres puedan armonizar su vida personal y laboral. Ésta es la razón por la que, con todo respeto, estimamos ambas discriminatorias por razón de sexo.

En el primer caso, la recurrente solicitó su exclusión temporal de la lista de espera de interinos cuando se encontraba disfrutando de su permiso de maternidad, en concreto una semana después de que transcurrieran las seis semanas de descanso legal obligatorio. De acuerdo con la normativa aplicable (Decreto 37/2006, de 2 de marzo, por el que se regula el nombramiento de personal interino para el desempeño con carácter transitorio de plazas reservadas a funcionarios y la contratación temporal de personal laboral de la Xunta de Galicia), dicha petición produce efectos transcurridos diez días naturales desde su presentación, dándose en este caso la circunstancia de que, antes de cumplido el mismo, la actora fue llamada para cubrir un puesto vacante. Obviamente, este llamamiento no fue atendido. El argumento de la Administración para aplicarle la penalización prevista para esta situación (exclusión de la lista durante un año) estribó precisamente en considerar que aun no tenía reconocida la suspensión, amén de no encontrarse amparada por una causa de fuerza mayor, única circunstancia señalada por la misma norma para inaplicar la consecuencia de una renuncia: el parto y

posterior baja no es una circunstancia imprevisible, inevitable o de procedencia externa; notas que caracterizan a la fuerza mayor. Por esa razón, confirma la decisión administrativa, a la vez que formula un nada velado reproche a la recurrente por la, a su juicio, falta de diligencia que ha impedido una adecuada coordinación entre los intereses públicos y privados.

Por su parte, la Sentencia madrileña ratifica la denegación de la prórroga de su contrato por el mismo tiempo que disfrutó de un permiso por nacimiento de hijo a una investigadora beneficiaria del Programa «Ramón y Cajal». Si bien es cierto que la LO 13/1986, de 14 de abril, de fomento y coordinación general de la promoción científica y técnica (hoy derogada por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación, pero aplicable al supuesto resuelto, acaecido durante su vigencia) reconocía esta eventualidad en su artículo 17 («las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento durante el periodo de duración del contrato interrumpirán su cómputo»), no es menos que esta previsión se incorporó a la misma mediante LO 4/2007, de 12 de abril, de modificación de la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Es decir, con posterioridad al momento de disfrute del permiso, aunque no al de finalización del contrato. La Universidad recurrente apela a este hecho para considerar legítima su petición –no es hasta el momento en que se finalice el contrato cuando se tiene que considerar su prórroga, pudiendo solicitarse en ese preciso momento– que, sin embargo, es rechazada por el Tribunal. ¿La razón?: una interpretación estricta de la retroactividad de las leyes, que exige específica mención en su favor por parte de una norma legal, a imagen y semejanza de lo dispuesto por la Disposición Transitoria Sexta de la LOIMH en relación con las medidas de conciliación incorporadas a la LMRFP<sup>4</sup>. Esta falta de mención le lleva a considerar aplicable la previsión desde su entrada en vigor, posterior al permiso de maternidad de la contratada, sin que quepa interrupción del cómputo. En otras palabras: considera que la retroactividad de la norma se extenderá y causará plenos efectos solo en aquellos supuestos en los que estén vigentes los pre-

---

<sup>4</sup> «Los preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública modificados por esta Ley tendrán carácter retroactivo respecto de los hechos causantes originados y vigentes a 1 de enero de 2006 en el ámbito de la Administración General del Estado». A esta Disposición se aludirá con posterioridad.

supuestos de hecho exigidos, entendiendo por tal el permiso de maternidad, no la vigencia del contrato: el permiso ha pasado, y por ello decae el derecho.

## 6. PERMISO DE PATERNIDAD

El permiso de paternidad de quince días de duración, a disfrutar por el padre u otro progenitor distinto de la mujer que da a luz en el caso de parto o del que disfrute en exclusiva el permiso de maternidad en caso de adopción o acogimiento<sup>5</sup>, e independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad, se generalizó en nuestro ordenamiento tras la aprobación de la LOIMH, si bien previamente ya venía reconociéndose a los funcionarios públicos por parte de algunas normas autonómicas con distinto alcance y condiciones. Este permiso ha sido objetivo de diversos pronunciamientos por parte de la jurisprudencia contenciosa.

### 6.1 Silencio estimatorio en caso de falta de resolución administrativa sobre su solicitud

Es el caso de la *STSJ Galicia de 10 de noviembre de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 953/2008*, que confirma el sentido positivo del silencio en los casos en que la Administración no dicte resolución expresa ante la solicitud del permiso de paternidad por parte del funcionario. No podía ser de otro modo, ya que se trata de un procedimiento iniciado a solicitud del interesado que no se encuentra en ninguno de los supuestos de excepción del artículo 43.1 de la Ley 30/1992.

### 6.2 Inicio del cómputo del plazo

Por lo que respecta al inicio del cómputo de aquel plazo, fijado en el artículo 49.c en la fecha del nacimiento, la *STSJ Galicia de 27 octubre de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 77/2010, re-*

---

<sup>5</sup> O, por fin, del que elijan los progenitores en caso de que el permiso de maternidad se disfrute por ambos.

cuerda la inaplicación de la regla común al efecto prevista en el artículo 48.4 de la Ley 30/1992 –«los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o la desestimación por silencio administrativo»–. Esta regla está pensada para plazos acaecidos dentro de un procedimiento, y de cara al ejercicio de un derecho a partir de un acto comunicado. Destaca asimismo la irracionalidad que supondría excluir el primer día que se menciona, que precisamente es el del nacimiento: en ningún caso tiene sentido obligar a trabajar al funcionario ese día.

### 6.3 Reconocimiento retroactivo: Disposición Transitoria Sexta LOIMH

En relación con el reconocimiento retroactivo del permiso de paternidad al amparo de la antecitada Disposición Transitoria Sexta de la LOIMH se ha pronunciado la *STSJ Madrid de 10 de febrero de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 644/2007*. Sin ningún tipo de titubeo, y reproduciendo una previa doctrina propia de 27 de febrero de 2009, recurso núm. 908/2007, reconoce el derecho de un funcionario público a disfrutar de los cinco días que le restan hasta completar los quince establecidos en el artículo 30.1.a LMRFP (aplicable a este supuesto), rechazando las alegaciones de la Administración acerca de la presunta finalidad ontológica del mismo (a su juicio, el cuidado de un recién nacido), que impediría otorgarlo pasados esos primeros momentos de la vida de una persona. Prescindiendo de la inexactitud de esta valoración –dicha finalidad es, en realidad, el cuidado de un hijo, que aun no recién nacido, sigue requiriendo atención constante–, lo cierto es que en términos puramente jurídicos ninguna excepción o flexibilización hace la Disposición Transitoria Sexta de la LOIMH: se retrotraen los hechos causantes a 1 de enero de 2006, fecha a partir de la cual se produjo el nacimiento del hijo del actor (9 de diciembre de ese mismo año). En nada afecta a la efectividad del derecho el hecho de que la solicitud se formulase cuando fue posible: una vez aprobada y en vigor la Ley se reconocen tanto los quince días de permiso como su aplicación retroactiva, con el límite temporal indicado.

#### 6.4 **Normativa específica: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, funcionarios de la Administración de Justicia**

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no se sitúan como destinatarios directos de las previsiones de la LMRFP y del EBEP. Por eso, ha de estarse a lo que diga su normativa específica, que en el caso de la Guardia Civil es la actual LO 11/2007, de 22 de octubre, antes citada.

En una remisión circular, esta LO dispone a su vez la aplicación de las anteriores, y en este sentido reconoce a los miembros del Cuerpo el derecho a disfrutar de las vacaciones, permisos y licencias previstos por la legislación general de los funcionarios de la Administración General del Estado, adaptado reglamentariamente a las funciones y cometidos del mismo (artículo 29). La adaptación reglamentaria se ha llevado a cabo mediante diversas Órdenes, hoy refundidas en la Orden General número 2, de 8 de abril de 2013, por la que se aprueba el Texto refundido que regula las normas de vacaciones, permisos y licencias del personal del Cuerpo de la Guardia Civil. Y de nuevo en esta norma se reitera la analogía de condiciones en el régimen de permisos de los guardias civiles y de los demás funcionarios, de conformidad con las previsiones del EBEP y de las Leyes reguladoras de la función pública de la Administración General del Estado que se aprueben en desarrollo del mismo. Sin embargo, el supuesto sobre el que se pronuncia la *STSJ Andalucía de 13 de enero de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 468/2006*, no se encuentra bajo el ámbito de vigencia de estas normas, debiendo estarse a lo dispuesto en las normas previas, que reconocieron ese derecho solo a partir del 18 de febrero de 2006 y con una duración de diez días. El nacimiento de la hija del actor fue previo, por lo que no puede beneficiarse del mismo.

También se rigen por su normativa específica los funcionarios de la Administración de Justicia, que habrán de estar a lo dispuesto sobre esta cuestión en la LOPJ. Es cierto que esta Ley establece en su artículo 503 la equivalencia de los permisos de estos funcionarios y los de la Administración General del Estado, en lo que implica una nueva remisión al EBEP. Lo que desde luego no procede, como destaca la *STSJ de Galicia de 17 de marzo de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 302/2009*, es la aplicación a los mismos de las previsiones de la normativa autonómica sobre funcionarios públicos.

## 6.5 Retribuciones

Durante el disfrute del permiso de paternidad, igual que en el caso del de maternidad, los funcionarios públicos tienen derecho a percibir íntegramente sus retribuciones (artículo 49.c EBEP), considerando que computará como servicio activo a todos los efectos (*STS de 8 de julio de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 63/2009*). Ello incluye el complemento de productividad, anudado al especial rendimiento, actividad extraordinaria o interés e iniciativa por parte del funcionario. En su diseño normativo, se configura como una retribución complementaria desvinculada de las condiciones objetivas del puesto de trabajo (que se retribuyen a través del complemento específico o del complemento de destino) e íntimamente ligada a la acción subjetiva del empleado, por lo que debiera implicar una apreciación y valoración continuada de su desempeño por parte de su superior jerárquico. Sí se procedió tales evaluaciones en el supuesto sobre el que se pronuncia la *STSJ Baleares de 14 de abril de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 51/2008*, por lo que la minoración de su cuantía en coincidencia con el disfrute por la recurrente de su permiso de maternidad no es atribuible a este hecho, demostrándose suficientemente su correspondencia con las cantidades percibidas en los meses inmediatamente anteriores y la falta de incremento tras la incorporación de la funcionaria.

Sin embargo, no es ocasional encontrar en la práctica pactos y acuerdos derivados de la negociación colectiva funcional que, al regular condiciones de trabajo, las establezcan este complemento con carácter genérico para categorías o grupos completos, en lo que es un claro desvirtuamiento de la figura. Por eso no se comprende demasiado bien que la *STSJ Comunidad Valenciana de 2 febrero 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 610/2009*, apele a esta distorsión para respaldar su cobro por un funcionario durante los quince días de duración del permiso de paternidad. La justificación, desde luego, no viene dada por la desnaturalización del concepto jurídico –que, en todo caso, determinaría la anulación del Acuerdo que la realiza–, sino que deriva directamente del propio diseño de la retribución ex aquel artículo del EBEP.

En todo caso, en nada afecta a la integridad de dichas retribuciones la negación formulada por la *STSJ Cataluña de 23 de junio de 2011*,



*Sala de lo Contencioso, recurso núm. 1870/2008*, acerca de la pretensión de un funcionario de percibir la indemnización por residencia eventual a causa del desempeño de una comisión de servicio los días que disfrutó en su domicilio del permiso de paternidad. Como con toda razonabilidad se pronuncia la Sala, «el funcionario que desempeña una comisión de servicios percibe una indemnización por los gastos que ello le puede ocasionar, siendo obvio que, encontrándose de permiso, ningún gasto ha tenido por motivo de la comisión». El interesado deja de desempeñarla los días de permiso de paternidad, en que se reintegra a su domicilio habitual. Allí, con obvia obiedad, la indemnización concedida carece de sentido, so pena de constituir un supuesto de enriquecimiento injusto o sin causa.

## 7. PERMISO DE LACTANCIA. ALCANCE: DERECHO INDISTINTO DE AMBOS PROGENITORES

A diferencia del permiso de maternidad, el permiso de lactancia sí está configurado en el EBEP (artículo 48.f) como un derecho no exclusivo de las mujeres, cuya titularidad puede detentar también el otro progenitor en los casos de parto natural. Por esta razón, su ejercicio no depende de una previa cesión por parte de la madre, viniendo legalmente atribuido de manera indistinta a ambos progenitores en el caso de que los dos trabajen.

No aciertan por tanto las *Sentencias de los TSJ de Madrid de 7 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 222/2009 y Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 865/2008*, cuando aluden al mismo como un derecho cedido por la mujer en favor del padre. Y menos aún la segunda, cuando limita su tiempo de disfrute en el caso de un funcionario desde los doce meses máximos que contempla el EBEP al tope de nueve meses fijado por el artículo 37 ET para los trabajadores por cuenta ajena, con el pretexto de que la madre, sujeta al ámbito de aplicación de éste, no puede ceder más de lo que tiene. Cuando menos el primer pronunciamiento, aún partiendo de aquella valoración que entendemos equivocada, considera que el objeto de cesión es «el derecho mismo a disfrutar del permiso, pero no el que le reconoce su norma laboral a ella, sino el derecho al disfrute del permiso de igual naturaleza que le reconoce a él su propia norma-

tiva (...), la que configura su estatuto y su relación con la Administración». Es decir, el EBEP.

En efecto. De acuerdo con el antecitado artículo 48.f de esta norma, los funcionarios públicos

*«... por lactancia de un hijo menor de doce meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrán dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen. Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.»*

El tenor de este precepto demuestra la superación clara de concepciones restrictivas que identificaban la lactancia solo con la natural –y en consecuencia con la maternidad biológica–, de tal manera que el permiso al efecto hoy se entiende vinculado no tanto a la alimentación del menor de corta edad sino a su cuidado y atención en los primeros momentos de su vida. Y estos cuidados pueden desempeñarse por cualquiera de los progenitores. Por ello, negar al padre el derecho a disfrutar del mismo ha de considerarse como un trato discriminatorio e injustificado. Así lo han defendido en la jurisprudencia contenciosa, entre muchas otras, la STSJ Andalucía de 1 de julio de 2002, recurso núm. 4630/1997, la STSJ Castilla y León de 10 de febrero de 2009, recurso núm. 770/2008, o la STSJ Aragón de 11 de abril de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 242/2009.

El hecho de ser un derecho propio del padre que nadie le cede hace irrelevante para su disfrute el régimen laboral al que esté sujeta la madre. Basta con que ésta trabaje, ya sea por cuenta ajena o propia. En ello insisten las Sentencias TSJ Madrid de 16 de enero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 1869/2008 y TSJ Castilla-La Mancha de 20 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 60/2010, que frente a dudas expresadas por la Administración recurrida, entienden –sobre todo la primera– que una

interpretación literal, sistemática y teleológica lleva a esta conclusión. Resulta determinante para esta consideración el fallo contenido en la Sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2010 (asunto C-104/09), caso Roca Álvarez que, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, declara contrarios al artículo 2 apartados 1, 3 y 4 y al artículo 5 de la Directiva 76/2007/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, las medidas nacionales que, como la anterior interpretación del artículo 37.4 ET, impedían a los padres trabajadores por cuenta ajena disfrutar del permiso de lactancia cuando la madre sea trabajadora por cuenta propia sobre la base de su titularidad exclusiva femenina. Esta interpretación contribuye a perpetuar los roles y estereotipos de género, manteniendo a los hombres en una posición subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de la función parental, respondiendo a una división sexista de los papeles en las responsabilidades familiares. Desde el momento en que la lactancia se desvincula del hecho de amamantar, el permiso correspondiente se desvincula de la protección biológica de la mujer, habiendo de anudarse a la protección del hijo y considerarse un tiempo para su cuidado y una medida de conciliación de la vida laboral y familiar. Aunque esta Sentencia se refiere a un trabajador laboral, la doctrina es perfectamente extensible a los funcionarios públicos.

Por supuesto, tampoco hay que olvidar que la titularidad indistinta del derecho engloba tanto su disfrute efectivo como la posibilidad de acumulación del mismo en jornadas completas. Por ese motivo, la *STSJ Castilla-La Mancha de 16 de diciembre de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 943/2006*, declara nulo el precepto del Acuerdo Marco para funcionarios de un Ayuntamiento que no permite esa eventualidad al progenitor distinto de la madre.

## 8. OTROS PERMISOS: PERMISO POR MATRIMONIO

También hay que citar en este trabajo la *STS de 10 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 836/2011*. Por varias razones. La primera, porque es uno de los escasos pronunciamientos

encontrados que han sido dictados por el Alto Tribunal en relación con la conciliación entre la vida laboral y familiar de los funcionarios públicos. Además, se pronuncia sobre una cuestión –la extensión del permiso por matrimonio a las uniones de hecho– que en la práctica está dando lugar a aplicaciones diversas, dada la existencia de normas estatales y autonómicas que adoptan posiciones contrapuestas. Y en fin, porque al fallo se formula un voto particular discrepante que permite conocer las dos opiniones existentes sobre la cuestión desde una argumentación jurídica.

La recurrente, funcionaria de la Administración de Justicia, formuló solicitud en orden a disfrutar una licencia de quince días tras haberse inscrito en el registro de parejas de hecho, que fue rechazada por el órgano competente. Tras agotar la vía administrativa sin ver satisfecha su pretensión, formuló recurso contencioso reiterándola, pero también la vio desestimada precisamente por la Sentencia que se comenta.

A juicio mayoritario de la Sala, esta petición carece de apoyo legal, toda vez que los artículos 373.1 LOPJ y 217 del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de abril de 2011, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011, de la carrera judicial<sup>6</sup>, limitan el derecho a los casos de matrimonio. Atender el objeto de la demanda implicaría, entiende el Tribunal, aplicar extensivamente los preceptos aludidos, lo que supondría realizar una regulación que solo corresponde al legislador, máxime cuando el TEDH, en Sentencia de 20 de febrero de 2011, ha rechazado la aplicación analógica entre matrimonio y parejas de hecho. La argumentación de la Sala se completa con menciones a la jurisprudencia constitucional, que rechaza la equivalencia entre matrimonio y convivencia extramatrimonial para excluir la analogía a la hora de colmar las lagunas que pudieran existir acudiendo a las normas propias del matrimonio, sin que ello obste que, una vez asentada una realidad familiar sobre dicha convivencia, se apliquen a la misma diversas medidas o beneficios (pensión de viudedad como ejemplo paradigmático).

---

<sup>6</sup> Que establecen respectivamente que «Los jueces y magistrados tendrán derecho a licencias por razón de matrimonio de 15 días de duración», y que «Los jueces y magistrados tendrán derecho a una licencia de quince días hábiles por razón de matrimonio (...) Su otorgamiento será de obligada concesión, debiéndose justificar la celebración del matrimonio».

La parte que más interesa de la argumentación es la que se refiere a la afección de esta interpretación al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (que el TS entiende inexistente por no concernir en exclusiva a las mujeres) y a los derechos de conciliación. Estos derechos están reconocidos en aquellas normas aludidas (excedencia voluntaria para el cuidado de hijos o menores acogidos y familiares, reducciones de jornada, etc.), aunque no en lo que respecta al permiso que reclama la recurrente. Este hecho es motivo suficiente para que la mayoría de Magistrados considere que la voluntad de la Administración de Justicia (expresada a través del citado Acuerdo del CGPJ) es la de equiparar parejas de hecho y matrimonios *en los supuestos en que esto sea necesario por motivos de conciliación y salvaguarda del principio de igualdad*, sin que, por lo visto, ambas razones obliguen a dar el mismo tratamiento en el punto demandado por la recurrente.

Frente a este fallo un Magistrado formula voto particular, al considerar claramente vulnerado el principio de igualdad por el distinto tratamiento de las dos realidades. Distingue, acertadamente a nuestro juicio, dos planos jurídicos en ambos modelos de convivencia: el de los efectos civiles que se produce entre los integrantes de la pareja y el de los efectos que producen frente a terceros, particulares o poderes públicos. Los primeros resulta evidente que no pueden ser iguales, toda vez que las parejas de hecho optan por un modelo de convivencia que pretende voluntariamente evitar las obligaciones personales que derivan de la institución matrimonial en favor de una definición libre de los términos de su relación. Pero los segundos deberían serlo, so pena de contravención del principio de igualdad ante la Ley.

El silencio de la LOPJ en este punto se explicaría para este Magistrado en su fecha de aprobación, muy anterior a la existencia de una regulación jurídica en torno a las uniones de hecho. Sin embargo, la interpretación más favorable a la CE, obligada en toda norma, debería llevar a considerar válida la equiparación *ad extra* de ambas realidades, en particular en lo que se refiere a la extensión del permiso por matrimonio a esta realidad análoga frente a terceros. Además, rechaza las Sentencias utilizadas como fundamento del fallo, por venir referidas a coyunturas diferentes a las uniones de

hecho jurídicamente reconocidas o predicarse de los efectos civiles de estas uniones, y no de su consideración frente a terceros. En resumen: la suma de estos argumentos le lleva a defender en el fallo el derecho de la demandante a la licencia de quince días.

Poco puede decirse a la vista de este argumento, que creemos jurídicamente muy defendible. No cabe ninguna duda de que matrimonio y unión de hecho son institutos diferentes y por ello, objeto de distinto tratamiento jurídico. El primero es un acto jurídico civil que tiene anudado normativamente un régimen específico de derechos y deberes. La segunda, sin serlo, ya ha dejado de considerarse una situación meramente fáctica, puesto que las normas que la regulan (autonómicas) le otorgan efectos jurídicos desde que se procede a su inscripción en uno de los registros administrativos arbitrados para ello. Estos efectos tienen distinto alcance según lo dispuesto en la norma de que se trate, si bien en ningún caso se equiparan a los del matrimonio en atención a la decisión autónoma de los integrantes de la pareja de apartarse voluntariamente del ordenamiento matrimonial. Sin embargo, todo ello no puede conducir a la producción de situaciones de desigualdad injustificadas, siendo obligación de los poderes públicos la promoción de las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (artículo 9.2 CE). Con independencia de eventuales futuras aproximaciones normativas entre los regímenes de ambas figuras, la interpretación de los textos actualmente vigentes debe realizarse en el sentido indicado por la CE, y más cuando, como en este caso, se trata de considerar los efectos *ad extra* de una realidad que, en la percepción social, se estima muy próxima a la unión matrimonial.

## 9. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO

Hay ocasiones en que las circunstancias asociadas al sexo deben ser tenidas en consideración a la hora de desempeñar un empleo al servicio de las Administraciones públicas, so pena de discriminación por dicha razón. Como ha señalado el TC en una consolidada doctrina (entre otras, SSTC 173/1994, de 7 de junio, 136/1996, de 23 de

julio, 20/2001, de 29 de enero, 41/2002, de 25 de febrero, 17/2003, de 30 de enero, 214/2006, de 30 de julio), dicha discriminación existe cuando se produce un tratamiento peyorativo fundado no solo en la pura constatación del sexo biológico de la afectada sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan una conexión directa o inequívoca con él. En evitación de dicha discriminación, y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, las Administraciones públicas tienen la obligación de remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de la misma con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre ambos en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional, así como facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional (artículo 51.a y b LOIMH). En cualquier caso, los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad, sin perjuicio del diseño de un sistema sancionador que prevenga la realización de conductas discriminatorias (artículo 10 de la misma norma).

El embarazo como elemento diferencial que incide exclusivamente en las mujeres es una de las más significativas, y no son ocasionales las referencias jurisprudenciales que la tienen en consideración a la hora de determinar la existencia de discriminación laboral sobre este sexo, precisamente por su causa. Ya el TC, en su Sentencia 182/2005, de 4 de julio, manifestó que «la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causados por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo». Y como no podía por menos, la jurisprudencia ordinaria ha adoptado la misma consideración.

Es el caso de las *SSTSJ Cataluña de 15 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 1805/2008* y *Madrid de 30 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 530/2011*. Ambas anulan sendas denegaciones de renovación de compromisos de permanencia en el ejército de mujeres por escaso rendimiento laboral derivado de sus bajas por embarazo de riesgo y permiso de maternidad. Para ambos Tribunales la relación de causalidad entre los

actos denegatorios recurridos y los embarazos de riesgo padecidos por las recurrentes es clara, constituyendo motivo suficiente para decidir su carácter discriminatorio y proceder a declararlos nulos, reconociendo el derecho de las actoras a una nueva valoración conforme al resto de parámetros a considerar además del rendimiento efectivo y a suscribir un nuevo compromiso. Esta doctrina viene a corregir una previa, singularizada en la *STSJ Madrid de 29 de abril de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 742/2008* que, ante la misma eventualidad, afirmaba que las bajas por embarazo y maternidad, aun justificadas, pueden tenerse en cuenta como elemento destacado en los informes preceptivos sobre rendimiento para no conceder el compromiso citado (FJ 3.º). La apelación al principio de igualdad hecha por la actora no es tenida en consideración, limitándose la Sala a reflexionar sobre el procedimiento de reconocimiento de esta modalidad de servicio y el valor final de sus trámites.

También concluye que nos hallamos ante una resolución discriminatoria por razón de sexo la *STSJ Comunidad Valenciana de 28 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 390/2010*, que anuda la no superación del periodo de prácticas y la consecuente falta de nombramiento como funcionaria de carrera de la recurrente a la imposibilidad de acudir a defender su memoria sobre los trabajos realizados durante el periodo de prácticas por encontrarse de baja laboral por riesgo de embarazo. El encaje del hecho en el supuesto descrito en el artículo 8 LOIMH («constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad») resulta evidente para el juzgador.

En términos semejantes las *SSTSJ Galicia de 20 de julio y 2 de noviembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 112/2010 y 4/2010*, estiman que predicar los mismos efectos –declaración de falta de aptitud y obligación de repetir por una sola vez las prácticas, ocupando el último lugar en la elección de centro donde realizarlas– para los funcionarios en prácticas que no han superado esta fase y las recurrentes (que por incapacidad temporal por embarazo de riesgo y posteriores permisos de maternidad y lactancia no pudieron desarrollarla y elaborar su memoria final) constituye una discriminación por razón de sexo, por lo que procede a reconocer su



derecho a ser declaradas «no evaluadas» y a gozar de las dos oportunidades al respecto.

Igualmente colige esto la *STSJ Cataluña de 14 de diciembre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 512/2012*, que anuló la exclusión de una candidata de la bolsa de trabajo por estar disfrutando del permiso de maternidad en el momento en que fue llamada para proceder a su nombramiento interino. Este hecho supone para el Tribunal una clara violación del artículo 14 CE en su manifestación de prohibición de discriminación por razón de sexo, sin que el posterior ofrecimiento de reincorporación por parte de la Administración sane dicha violación ni elimine la transgresión producida.

Por fin la *STSJ Canarias de 11 de febrero de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 286/2010* y la *SJCA n.º 1 de Vitoria de 27 de marzo de 2012, recurso núm. 239/2011*, pronunciándose sobre casos muy semejantes, declaran probado que el hecho que determinó la falta de prórroga de los contratos de funcionarias interinas que gozaban las actoras fueron razones inherentes a condición de mujer: el disfrute del permiso de maternidad en el primer supuesto y la incapacidad temporal por riesgo en su embarazo en el segundo. Buena prueba de esta causalidad directa fueron las contrataciones en ambos casos de otras personas para cubrir sus bajas; personas a quienes se mantuvo en las funciones propias de los puestos tras no ser renovados los contratos de las recurrentes. En la medida en que el nombramiento como funcionario interino confiere unos derechos de los que no puede privarse a sus titulares más que por causas previstas al efecto –y el embarazo y la maternidad no son una de ellas–, nos encontramos ante tratos discriminatorios por razón de sexo que conllevan la nulidad de los ceses recurridos, así como la obligación de la Administración de abonar los salarios dejados de percibir.

No obstante, no siempre una circunstancia vinculada al sexo avala excepciones laborales. Por ejemplo, la baja por embarazo de riesgo no se considera causa bastante para explicar la falta de cumplimiento de los requisitos impuestos a los beneficiarios de la renta de inserción laboral reconocida por una Comunidad Autónoma. Como señala la *STSJ Extremadura de 26 de febrero de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 1009/2008*, dicha situación (a la que si-

guió otra baja por enfermedad común, como consecuencia de una depresión) no constituye una circunstancia excepcional que explique *per se* el desempeño de solo un tercio del compromiso laboral suscrito por la beneficiaria. La existencia de otros sistemas de superación de la circunstancia –que la Sentencia, sin embargo, no identifica– y la valoración (discutible) de los hechos como «avatares de la vida» llevan a la Sala a revocar la subvención y exigir el reintegro total de las cantidades percibidas, sin que quepa aplicación del principio de proporcionalidad que avale el reintegro parcial al no cumplir el criterio de cálculo exigido por la norma reguladora de la subvención: mantener la actividad al menos el 50% del tiempo acordado.

Desde luego, es evidente que la subvención no responde a una *causa donandi* sino que es una medida de fomento de carácter modal, explicada en la finalidad de la Administración de intervenir en la actividad de los particulares a través de unos condicionamientos libremente aceptados por el beneficiario. Por lo tanto, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por sus beneficiarios conlleva el deber de devolver lo percibido. Sin embargo, con todas las cautelas porque los fundamentos jurídicos de la Sentencia no aportan datos suficientes para conocer con detalle los hechos acontecidos, y reconociendo que resulta llamativo el escaso tiempo que la recurrente desempeñó su tarea, no podemos sino calificar el argumento del juzgador considerando el embarazo de riesgo un «avatar de la vida» y una justificación insuficiente para suspender el cumplimiento de las obligaciones adquiridas –insistimos, con toda la prudencia que merece carecer de la información completa–, cuando menos, de poco afortunado.

También se refiere a la misma baja la *STSJ Andalucía de 25 de abril de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 139/2012*, sin apreciar relación de causalidad entre la misma y el cese de una funcionaria interina. La incorporación de la titular de la plaza es circunstancia objetiva suficiente para no apreciar discriminación por sexo, y si bien es cierto que dicha incorporación se vio inmediatamente seguida de una excedencia voluntaria por interés particular sin reserva de plaza que implicó de nuevo la vacancia, no lo es menos que fue suficiente para determinar un nuevo proceso de cobertura

conforme a los procedimientos legalmente establecidos (en este caso, mediante comisión de servicios). No existe un derecho de la actora a ser nombrada de nuevo en dicha plaza y, en lo que aquí interesa, no se aprecia vulneración del artículo 14 CE: existía una causa objetiva y legal para el cese en la que en nada influye la situación de embarazo de la recurrente.

En el mismo orden de cosas, tampoco se considera discriminatoria la penalización impuesta a una solicitante de empleo público (exclusión de la lista e imposibilidad de obtener nombramiento o contrato durante un año natural) como consecuencia del rechazo de la plaza ofertada por la Administración. Como recuerda la *STSJ Castilla y León de 18 de junio de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 59/2010*, la recurrente se sometió voluntariamente a las condiciones de la convocatoria para confeccionar las listas de empleo, expresándose claramente en ella que solo se considerarían justificadas las renunciaciones en los supuestos de formalización previa de un contrato de trabajo o nombramiento con cualquier Administración pública o sector privado, enfermedad, permiso de maternidad o adopción y cumplimiento de un deber público inexcusable, siempre previa acreditación suficiente de la situación y con obligación de comunicar su finalización por parte del interesado en los plazos y formas establecidos. La apelación genérica al derecho a conciliar la vida laboral y familiar no implica el deber de la Administración de proporcionar a la recurrente la plaza que se acomode a sus horarios familiares; menos aún cuando ésta solicitó participar en una convocatoria cuyas condiciones estaban claramente determinadas. Este sometimiento voluntario excluye el trato discriminatorio.

## 10. REFLEXIONES FINALES

Tras leer los abundantes pronunciamientos jurisprudenciales reflejados a lo largo de estas páginas y reflexionar en torno a los mismos, la percepción inicial acerca del acusado casuismo jurisprudencial existente ha quedado matizada en parte, siendo posible encontrar alguna línea de razonamiento conjunto que ya va configurándose con más o menos nitidez. Sin embargo, de lo que todavía no nos hemos desprendido es de otra impresión que ha ido surgiendo a lo largo del proceso de elaboración del trabajo: la sen-

sación de que queda mucho camino por recorrer y de que, pese a su impresionante y más que meritoria labor, los Tribunales de Justicia están en tránsito de consolidar realmente doctrinas y unificar criterios.

Como ha quedado demostrado, aún se muestran discrepantes acerca de distintas cuestiones, menores algunas, pero nucleares otras que convendría aclarar cuanto antes porque propician fallos contrapuestos en aspectos significativos. Por supuesto, esta situación tiene su explicación, y no es otra que la relativa novedad –en los parámetros temporales en que se mueve la jurisdicción contenciosa– de las normas aplicables (LOIMH y EBEP básicamente). Esto tiene como consecuencia la existencia de abundante litispendencia en su relación, considerando el tránsito de instancias que suelen proseguir las demandas contenciosas. Y acarrea, también como corolario, un número de pronunciamientos aún muy escasos por parte de la más alta instancia judicial, que en segunda instancia o en unificación de doctrina, está llamada a jugar un papel importante en la unidad jurisprudencial reclamada.

La contradicción aludida se percibe muy bien tras analizar las Sentencias existentes acerca de los permisos de maternidad por parto y de lactancia. En torno al primero se ha reflejado una importante controversia jurisprudencial acerca de su propia naturaleza. Y así, frente a una tesis mayoritaria que lo considera un derecho de la madre que, solo previa cesión por su parte en el caso de que ambos progenitores trabajen, podrá ser disfrutado por el padre, una Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2011 lo entiende atribuido indistintamente a ambos progenitores, sin perjuicio de que en caso de concurrir dos trabajadores con derecho a la cobertura, corresponda a la madre decidir si es ella quien lo va a disfrutar entero o lo va a compartir con el padre. La diferencia entre ambas interpretaciones tiene, como puede inferirse fácilmente, una trascendencia jurídica y práctica nada desdeñable, pues implica admitir que el progenitor distinto de la madre pueda reclamar o no –y obtener o no, en función de la consideración aceptada–, sin necesidad de acto de delegación previo, el ejercicio de un derecho del que sería titular por atribución normativa. Análoga dualidad sustantiva se plantea en torno al per-

miso de lactancia que, pese a haber interpretado a nivel comunitario como un derecho no limitado al hecho biológico sino comprensivo de los cuidados parentales –y por ende, atribuible a ambos progenitores con independencia de su sexo– aún es considerado por algunas Sentencias como propio de la madre y necesitado de cesión para su disfrute por el padre.

No todo, sin embargo, es contradicción en la jurisdicción contenciosa. Sobre otros aspectos vinculados a la conciliación y a la igualdad la jurisprudencia aparenta unicidad, sin que exista cuestionamiento sobre el alcance e interpretación de su tratamiento normativo. Es el caso del carácter único de la excedencia por cuidado de hijos, que se agota con su cumplimiento, lo que hace inviable su disfrute fraccionado a conveniencia del funcionario. O del hecho de su no computabilidad a efectos de ascensos. Y también de la reducción de jornada por cuidado de hijas e hijos, en la que todos los fallos referidos a ella han entendido presente un derecho de los funcionarios públicos cuyo ejercicio viene condicionado por las necesidades del servicio, de tal manera que siempre que sea posible se satisfarán sus preferencias horarias pero sin existir garantías al respecto. Estamos así ante un supuesto de discrecionalidad administrativa en ejercicio de la potestad de autoorganización de las Administraciones públicas. Y como tal discrecionalidad, debe ir acompañada de motivación y justificación suficiente acerca de cuáles son las afecciones concretas que la atención de las preferencias horarias expresadas por el funcionario tendría sobre el funcionamiento de los servicios públicos, so pena de arbitrariedad contraria a la CE.

Pese a ello, no queremos dejar pasar la ocasión de llamar la atención sobre algunas interpretaciones jurisprudenciales excesivamente formalistas que hacen perder efectividad a las medidas normativas de conciliación, mucho más amplias en espíritu y finalidad. En efecto. Determinadas aplicaciones rigoristas de las normas terminan por causar un perjuicio evidente a las mujeres, que se ven penalizadas por su condición. Básicamente por su maternidad, como se ha reflejado páginas atrás comentando dos Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que producían este efecto. Con todo respeto a la labor judicial, y siendo conscientes de cuál es su papel –que nunca implica reemplazar al legislador, quién debe seguir

avanzando en su labor en pro de la igualdad con las modificaciones legislativas que resulten precisas–, sí que consideramos necesaria una mayor reflexión en este tipo de razonamientos para, desde luego con el límite citado y con la seguridad jurídica como referente inexcusable, explorar interpretaciones más favorables al principio de igualdad efectiva entre hombre y mujeres, removiendo los obstáculos que impidan su consecución. Algo a lo que, por otra parte, vienen obligados ex artículo 9.2 CE. La conciliación de la vida familiar y laboral y un trato más igual ambos sexos deben ser facilitados, no obstaculizados. Y sinceramente, creemos posibles argumentaciones cercanas a una voluntad conciliadora que el legislador estatal ha dejado clara en las normas que viene aprobando desde 2007 para regular estas cuestiones.

Por supuesto, también cabe percibir, y así hay que remarcarlo, sensibilidades muy proclives al avance hacia esa igualdad. De hombres y mujeres, pero sobre todo de las situaciones personales y laborales que viven esos hombres y mujeres. La equiparación institucional *ad extra* entre matrimonio y parejas de hecho a efectos del permiso por matrimonio formulada en el voto particular a la STS de 10 de mayo de 2012 antes referida es un buen ejemplo de ello. E igualmente toda la jurisprudencia que anula decisiones administrativas que implican utilizar el embarazo como elemento discriminatorio de género. Los Tribunales están desarrollando en este punto una labor de control y reivindicación de la no discriminación por sexo realmente destacable.

Para finalizar, aún desea formularse una última apreciación, ya más sociológica que jurídica. La simple lectura del conjunto jurisprudencial revisado permite constatar una realidad socialmente muy conocida que, como tal, se traslada a la casuística judicial: con habitualidad, siguen siendo las mujeres las que continúan asumiendo de forma mayoritaria la atención a las responsabilidades familiares y, por eso mismo, las que plantean el ejercicio de los derechos de conciliación y litigan en su defensa. La excepción viene dada, por razones obvias, por el permiso de paternidad, al que se van sumando, si bien tímidamente, otros supuestos como el permiso de lactancia. Cabe afirmar así que el reconocimiento de estos derechos no ha supuesto, cuando menos de momento, un punto de inflexión

en la consideración social del reparto de cargas familiares. La idea de la conciliación ha calado siempre que sea ejercida por las mujeres. Por supuesto, no se cuestiona la incorporación de éstas al mundo laboral mientras sigan atendiendo con carácter preferente las labores propias del hogar y la crianza, y es en este marco en el que se desarrollan los derechos de conciliación. Desde luego, no es ésta –o por lo menos no debería serlo– la razón de ser de dichos derechos, solo justificados desde su consideración neutra. Debe concluirse así que su reconocimiento ha sido un primer paso hacia la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Nunca una meta alcanzada: queda recorrido hasta lograr desligar su ejercicio de, precisamente, la realidad contra la que pretenden luchar: su vinculación exclusiva al género femenino.

## CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE

---

**Ruth Vallejo Da Costa**  
(Universidad de Zaragoza)

Los fines de la LOIMH en relación con los derechos de conciliación se vinculan al objetivo básico de facilitar la conciliación de la actividad laboral y las responsabilidades familiares, haciendo que los hombres participen en esas responsabilidades en las mismas condiciones que las mujeres. Sin embargo, la realidad nos muestra que los derechos de conciliación siguen siendo ejercidos mayoritariamente por las mujeres –salvo el permiso de paternidad–, por lo que, de momento, puede afirmarse que la Ley de Igualdad es más un punto de partida que una norma de llegada. En este sentido, es necesario fomentar la conciliación corresponsable, tanto por parte de los poderes públicos, como por parte de las empresas privadas a través del cumplimiento de sus obligaciones legales en esta materia o como parte de su responsabilidad social. Labor a la que también pueden contribuir los jueces a través de sus resoluciones. Y ello, sin perjuicio de seguir insistiendo en la necesidad de avanzar determinadas modificaciones legislativas más acordes con los objetivos de igualdad de oportunidades perseguidos por la Ley.

Entrando a esbozar las principales reflexiones surgidas del análisis de las decisiones judiciales sobre los derechos de conciliación, hay que destacar, en primer lugar, el carácter de derecho fundamental que se reconoce a los derechos de conciliación. Así, en las distintas resoluciones judiciales analizadas se enfatiza este carácter en la medida en que los derechos de conciliación encuentran su fundamen-



tación jurídica tanto en el artículo 39 CE, referido a la protección de la familia y de la infancia, como en el artículo 14 CE, en tanto que el impedimento al ejercicio de los derechos de conciliación puede constituir una discriminación por razón de sexo o, bien, una discriminación por razón de circunstancias familiares. De manera que, como proclamara el TC en sentencia 3/2007 y reiterará en la sentencia 26/2011, la dimensión constitucional de estos derechos deberá prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Como se ha observado en este estudio, la mayoría de las sentencias analizadas darán cuenta de esta dimensión, aunque también algunas se limitarán a realizar una invocación nominal y un razonamiento meramente formal, para descender después a una interpretación estrictamente apegada a la letra de la Ley.

En todo caso, cabe recordar que, pese a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, estos no constituyen derechos absolutos y, por ello, la negativa al reconocimiento de un derecho de conciliación o la restricción de su ejercicio no siempre constituye una conducta discriminatoria. Es más, como ya dijera el TC en sentencia 3/2007 y, vuelve a reiterar en sentencia 26/2011, el juzgador debe buscar el equilibrio entre las necesidades organizativas del empleador y los intereses de los trabajadores para decidir *«si la decisión empresarial respeta el principio de no discriminación por razones de conciliación o, en otro caso, era posible una decisión alternativa que pudiera satisfacer las necesidades organizativas pero con menor coste con respecto a los derechos fundamentales»*.

Ahora bien ¿todos los derechos de conciliación deben someterse a este canon de interpretación?

Para resolver sobre la cuestión propuesta se debe comenzar recordando que la norma establece, así corroboran los tribunales, que, en caso de conflicto o, falta de acuerdo entre los trabajadores y el empresario en torno al ejercicio de los derechos de conciliación, deberá recurrirse al procedimiento previsto en el artículo 139 LJS (anterior artículo 138 bis LPL). Un procedimiento que, en la actualidad, no se limita a resolver los problemas de concreción horaria y determinación de los periodos de disfrute en los casos de reduc-

ción de jornada, como ocurría con anterioridad, sino que refiere, en general, a todos los conflictos que puedan surgir en relación al ejercicio de los derechos de conciliación, ya vengan estos reconocidos legal o convencionalmente.

Y la pregunta es ¿pueden surgir conflictos entorno al ejercicio de derechos de conciliación relacionados con las excedencias, maternidad o paternidad?

Parece que no. Como manifiesta en su estudio Josefa Ruiz Resa, la concesión de las excedencias no puede considerarse una decisión potestativa de la empresa o de la Administración. Lo mismo cabe decir respecto de los permisos por maternidad o paternidad. Carolina Gala Durán, resalta, en este sentido, que las decisiones judiciales se han mostrado tajantes al afirmar que el permiso de paternidad tiene carácter voluntario, y que su concesión no puede estar sujeta a la discrecionalidad de las Administraciones Públicas, que no puedan alegar necesidades organizativas o inconvenientes en la prestación de servicios. Su concesión es automática una vez se constata la contingencia que lo justifica.

Es más, en la práctica judicial analizada, los conflictos que se han observado, en relación a los permisos de maternidad, paternidad o excedencias, no se han planteado a través del procedimiento previsto en el 139 LJS, sino que estos han tenido que ver con despidos o extinciones que se han producido precisamente por el ejercicio de estos derechos de conciliación, o bien porque el empresario ha modificado las condiciones de trabajo tras la reincorporación al trabajo o, también, porque ha negado sin más el derecho a la reincorporación.

En estos casos, las decisiones empresariales simplemente se han declarado nulas por discriminatorias. Y cuando el empresario ha alegado causas que podrían justificar un despido objetivo, los tribunales han exigido a la empresa un plus de demostración. En el caso de maternidad, Noelia Igareda, ha destacado aquellas resoluciones judiciales en las que se ha establecido que *«no es suficiente por parte de la empresa la mera alegación de pérdidas económicas y la imposibilidad de mantener el departamento donde la trabajadora prestaba sus servicios, y ello, aunque el despido de la trabajadora*

*se hubiera producido junto a 28 personas más, si se demuestra la posibilidad de que podían colocar a la trabajadora en otro puesto». Esta misma doctrina ha resultado de aplicación en los supuestos de permisos por lactancia, tal como se desprende de las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia analizadas por Dolores Morondo, en las que, por resumir, se viene a afirmar que «la justificación aducida por la empresa debe versar no únicamente sobre las causas económicas, técnicas u organizativas que llevarían a amortizar el puesto de la trabajadora que disfrute del permiso de lactancia, sino que debe incluir las razones por las que se ha decidido en la reorganización del trabajo prescindir específicamente de los servicios de la trabajadora en situación de especial protección».*

Pues bien, esta especial protección que se otorga a estos derechos de conciliación en los supuestos en que la empresa alega causas objetivas o procedentes para despedir, contrasta, sin duda, con las causas que puede alegar el empresario para no permitir o limitar el ejercicio de otros derechos de conciliación, básicamente, los referidos a la concreción horaria en los supuestos de reducción de jornada.

Tanto Isabel Garrido como Ruth Vallejo, hemos dado cuenta de pronunciamientos judiciales en lo que se alega, para no acceder a la concreción horaria propuesta por los trabajadores/as en los supuestos de reducción de jornada, que «acceder a la petición de los trabajadores/as, supondría modificar las condiciones de trabajo de otros trabajadores». O aquel otro pronunciamiento del TSJ de la Rioja en el que se establece que «los trabajadores que tienen reconocido un horario determinado por guarda legal pueden ver alteradas sus circunstancias según las necesidades de la empresa, por así preverlo el convenio colectivo, de manera que el hecho de disfrutar de una reducción de jornada no confiere al trabajador el derecho a la regularidad permanente y no modificable».

Pronunciamientos sin duda criticables porque la dimensión constitucional de los derechos de conciliación debería implicar algo más: un plus de garantía de protección, que no se observa en estos casos. En el primer caso, debe tenerse presente que, efectivamente, el ejercicio de los derechos de conciliación, muchas veces, pasa por la reorganización de los recursos humanos en la empresa, igual que

ocurre cuando por problemas de salud de los trabajadores hay que adaptarles el puesto de trabajo y trasladarlos, por ejemplo, a un puesto de trabajo diurno. Debemos entender que, en estos supuestos, existe una causa organizativa que justificaría, en su caso, la decisión empresarial de proceder a la modificación sustancial de condiciones de trabajo de los demás trabajadores. Respecto de la segunda resolución, no podemos aceptar sin más la potestad que se otorga al Convenio Colectivo, que delega en un concepto vago e impreciso de «las necesidades de la empresa» la limitación de los derechos de conciliación. También en el ámbito de las Administraciones Públicas, los órganos judiciales han criticado que se aleguen «necesidades del servicio», para obstaculizar sin más justificación la reducción de jornada propuesta por los funcionarios, tal como nos señala Beatriz Setuáin.

Tal vez, como hemos visto en algún pronunciamiento judicial, en el tema analizado por Isabel Garrido, el derecho a la concreción horario propuesta por los trabajadores podría limitarse *cuando su ejercicio implique un grave perjuicio para la subsistencia de la empresa o afecte gravemente a la producción, o, bien, cuando concurren por la misma causa varios trabajadores*, de manera que, en la medida que se pueda, disfrutará del permiso de reducción de jornada quien antes lo hubiera solicitado.

Una segunda reflexión enlaza con el avance jurisprudencial que se ha observado en relación a la consecución del objetivo de conciliación corresponsable en el que insiste la LOIMH. Y, en esta materia, encontramos dos ejemplos claros: el primero, referido al reconocimiento de una nueva causa de discriminación, por circunstancias familiares, cuando quien ejercita los derechos de conciliación es el varón. Nueva causa de discriminación que el TC, en sentencia 26/2011, defiende en base a argumentos referidos a *«la necesidad de erradicar de nuestro ordenamiento normas e interpretaciones de normas que supongan la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares»*. Otro ejemplo será el reconocimiento como derecho individual del permiso de lactancia al padre o progenitor, tal como ha analizado Dolores Morondo, que nos recuerda la doctrina sentada por el STJUE, en el siguiente sentido: *«pues si el padre solo puede disfrutar del derecho pero no*

*ser titular del mismo, contribuiría a perpetuar el reparto tradicional de roles, más en un tema como la lactancia que se ha desvinculado del hecho biológico».*

Este avance en la jurisprudencia contrasta, sin embargo, con la reforma del apartado 4 del artículo 37 ET llevada a cabo por Ley 3/2012, que condiciona el ejercicio de este derecho si los dos progenitores trabajan, en cuyo caso solo puede ser ejercitado por uno de ellos. Porque este permiso, tal como se ha hecho notar en las resoluciones judiciales analizadas por Dolores Morondo y Beatriz Setuáin «sirve para unificar la relación del progenitor con el hijo así como para conciliar la vida familiar y laboral y fomentar la corresponsabilidad».

En la misma línea también sorprende, en el caso del permiso de maternidad que, a diferencia del interés subyacente en los supuestos de permiso de maternidad por adopción o acogimiento, en el que el *bien jurídico protegido es la integración del nuevo hijo en la familia y el reparto equilibrado de cuidados*—por lo que tal permiso puede ser ejercitado por cualquiera de los dos progenitores—, en el caso de la maternidad biológica, el interés supremo del bebé, sus necesidades de cuidado y la promoción de la corresponsabilidad no constituyen un objetivo, tal como denuncia Noelia Igareda tras el análisis de distintas resoluciones judiciales en este sentido. El permiso de maternidad, por lo tanto, no es un derecho del padre, que de ejercerlo lo hará como derivación del derecho de la madre (salvo en casos excepcionales que se han reconocido en el Estatuto de los Trabajadores de fallecimiento de la madre o, en el caso en que la misma trabaje pero no tenga derecho a la prestación por maternidad). Excepciones estas últimas que no aparecen especificadas en el EBEP, tal como denuncia Beatriz Setuáin. No obstante, esta autora resalta una sentencia de la AN de 11 de febrero de 2011, donde se insiste en que el permiso de maternidad es un permiso individual de hombres y mujeres y no exclusivo de la mujer que lo cede al hombre, por lo que si la madre trabajadora no lo tiene reconocido, corresponde su disfrute al otro progenitor. Sentencia de la Audiencia Nacional que basa su argumentación en la cláusula 2.º de la Directiva 96/34, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco Europeo sobre el Permiso Parental.

La tercera reflexión enlaza con el derecho reconocido a trabajadores y trabajadoras de adaptar la duración y distribución del tiempo de trabajo para hacer efectivo el derecho de conciliación (...), que fue incorporado en el apartado 8 del artículo 34 ET, tras la promulgación de la LOIMH. Fueron muchos los que entendimos que con tal redacción se estaba dando un paso de gigante en nuestra realidad social, de manera que los trabajadores podrían adaptar su tiempo de trabajo para conciliar sin necesidad de sufrir una merma económica, en unas economías, por otra parte, bastante maltrechas en la actualidad, lo que, sobretodo, beneficiaba especialmente a las familias monoparentales. Pero los tribunales, tanto el TC como el TS, se mostrarán tajantes al afirmar que *«este precepto no contempla el reconocimiento de un derecho efectivo tangible y exigible, en cuanto que la remisión a la negociación colectiva o, bien al acuerdo individual para su efectiva implantación, comporta que, hasta que la misma no se produzca, estamos ante un derecho carente de contenido eficaz»*. Línea que ha seguido la reforma laboral de 2012, al hacer un llamamiento a los Convenios Colectivos para que regulen otras formas de distribución del tiempo de trabajo de manera que se permita una mayor compatibilidad entre los derechos de conciliación y la mejora de la productividad de las empresas..., (horarios flexibles, teletrabajo, jornadas continuas, etc.).

Sorprende, cuando menos, que la búsqueda del equilibrio entre los intereses de trabajadores y empresarios quede en manos exclusivamente de la negociación colectiva –más cuando en la actualidad no se está negociando precisamente sobre estas cuestiones–, no pudiendo, por tanto, el juez, intervenir en la búsqueda de este equilibrio a través de procedimiento previsto en el artículo 139 LJS.

En esta misma línea resulta también criticable que la acumulación de la reducción de jornada por lactancia se condicione a lo pactado en Convenio Colectivo o, al acuerdo individual (STS 2009), aunque el TSJ Castilla-La Mancha, en una sentencia de 2012, apelará al principio *pro operario* para reconocer esta acumulación.

Y por los mismos argumentos, criticable puede resultar también la modificación incorporada al artículo 37.5 ET por la Ley 3/2012, en relación con la reducción de jornada por guarda legal, –pues la jornada de referencia susceptible de ser reducida *debe ser, en todo*

*caso, la jornada de trabajo diaria...—, lo que promueve la ausencia sin protección por razones familiares o las excedencias, que no son sino inconvenientes para el desarrollo de las carreras profesionales de las personas con responsabilidades familiares. Más en el ámbito de las Administraciones Públicas donde, como hemos visto, las excedencias no computan a efectos de ascensos.*

Con todo, lo más duro es tener que solicitar una excedencia y, a la vez, tener que trabajar en otra empresa que sí te permita conciliar. Por lo menos en este aspecto las resoluciones judiciales se han mostrado benévolas al señalar que *«no se puede prohibir trabajar durante la excedencia, pues significaría privar al trabajador de obtener unos ingresos para cubrir las necesidades de su hijo, y se estaría primando solo a los trabajadores con más recursos económicos y, sobre todo, porque la decisión de cómo atender a los hijos corresponde únicamente a los padres. De lo contrario, estaríamos tropezando con una especie de disciplina social en virtud de la cual se controla el comportamiento de una persona».*

En definitiva, queda mucho camino por recorrer y, como se afirmaba al comienzo de estas reflexiones, también los jueces y magistrados en sus resoluciones pueden contribuir, a través de interpretaciones más favorables y flexibles, a la consecución del principio de igualdad efectiva entre hombres y mujeres, removiendo los obstáculos que impiden su consecución. Y si de lo que se trata es de ganar en competitividad y productividad, debe apostarse por la conciliación, porque, demostrado está, que las empresas que concilian son más productivas.

## Referencias

---

- ABRIL STOFFELS, Ruth (2012): «La conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, la corresponsabilidad en el hogar y la lucha contra los estereotipos: una nueva punta de lanza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia Konstantin Markin c Russie, asunto 30078/06 de 22 de marzo de 2012 de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)», *Revista General de Derecho Europeo* 28 (revista electrónica)
- ALFONSO MELLADO, Carlos L. (2007): «La Ley de Igualdad en la función pública», en *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 143-164.
- (2008): «El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en *Varios Autores, Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid: La Ley, pp. 403-434.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique et al. (2009): *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*, Madrid: lustel.
- ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos y PLAZA ANGULO, Juan José (2009): «El derecho a la reducción de jornada para el cuidado de menores frente a las exigencias organizativos de la empresa», *Aranzadi social*, n.º 6/ vol. 2, pp. 33-43.
- ARASTEY SAHÚN, M. L. (2008): «Relación laboral y avances en materia de corresponsabilidad entre mujeres y hombres», *Revista Actualidad Laboral*, núm. 1 ([www.laley.es](http://www.laley.es)).
- ARTAZCOZ, Lucía; BORREL, Carmen y MERINO, Jordi, Coords. (2002): «Desigualdades de género en salud: la conciliación de la vida laboral y familiar», Informe SESPAS 2002, Grupo de Género y Salud Pública.
- BARCELÓN COBEDO Susana (2012): «La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia. Comentario a la STS de 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 5116)», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 5(5), pp. 273-288.



- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (2012): «Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 116, pp. 153-170.
- (2008): «La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por paternidad a la luz de la LO 3/2007», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2008, pp. 305-328.
- BOU VIDAL, Martín (1962): *El contrato de trabajo en las mujeres*, Barcelona: Librería Bosch.
- CAIRÓS, Dulce M.<sup>a</sup> (2008): «La confirmación constitucional de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada», *Relaciones Laborales 2008/II*, pp. 667-682.
- CORDERO GORDILLO, Vanessa (2011): «La titularidad paterna del permiso por lactancia», *Revista de derecho social*, 53, pp. 175-186.
- CUBERO ROMEO, Víctor (2011): «El «permiso por lactancia» y la igualdad efectiva entre mujeres y hombres: una insospechada contradicción», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 4 (3), pp. 249-252.
- DE LA PUEBLA, Ana (2007): «Instrumentos y garantías para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en García-Perrote, Ignacio y Mercader, Jesús R. (coord.): *La ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid: Lex Nova, pp. 159-186.
- DEL VALLE, Florentino (1949): «El salario, ¿es solución para la vida?», *Fomento Social*, Volumen, IV, n.º 13, enero-marzo.
- ESCOBEDO, Anna (2002): «Las licencias parentales y la atención infantil de los menores de 3 años como ejemplo de las nuevas tendencias de política social europea» en Flaquer, Lluís (ed.): *Políticas familiares en la Unión Europea*, Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, pp. 133-172.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan (2009): «La mujer trabajadora durante el franquismo», en F. Fernández-Crehuet López y D. J. García López, *Derecho, memoria histórica y dictadura*, Granada: Editorial Comares.
- EZQUERRA ESCUDERO, Luis (2008): «La reducción de la jornada por guarda legal», *Aranzadi social*, n.º 14, 2008, pp. 79-107.
- FABREGAT MONFORT, Gema (2009): «El derecho a la conciliación en la ley orgánica 3/2007, para garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres», en M. B. Cardona Rubert coord., *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, Albacete: Bomarzo, pp. 115-129.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén (2008): «El permiso por paternidad como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: aspectos críticos y propuestas de mejora», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 139, pp. 635-657.

- (2009): «La suspensión del contrato de trabajo por paternidad y el permiso retribuido por nacimiento de hijo: dos medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, diferentes y compatibles», *Aranzadi Social* Vol. 2, n.º 1, pp. 45-51.
- FERNÁNDEZ LANDA, Jaione (2012): «Riesgo laboral durante el embarazo y lactancia. Valoración y actuación ante los riesgos laborales durante el embarazo», *Prevención: Revista técnica de seguridad y salud laborales*, 199, pp. 6-21.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (2008): «Las aportaciones de la LO 3/2007»; La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género, La Ley, 2008, La Ley 4092/2010 (laleydigital.laley.es).
- FERNANDEZ ORRICO, Francisco Javier (2004): «El descanso por maternidad: una conciliación posible entre empresarios y trabajadores», *Relaciones laborales*, 2004/I, pp. 335-360.
- FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (2010): «Algunos aspectos relativos a la prevención y protección de la maternidad y la lactancia de las trabajadoras autónomas y trades», *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 23, pp. 245-275.
- GALA, Carolina (2006): «El Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre hombres y mujeres: las novedades incorporadas en el cambio de la maternidad, la paternidad y los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural», *IUS Labor* 2/2006.
- GARCÍA NINET, José Ignacio (2007): Comentarios a la Ley de Igualdad, Valencia: CISS.
- GARCÍA RUBIO, Amparo (2007): «Cuestiones generales», en la obra colectiva Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 11-78.
- (2011): «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica* n.º 2, pp. 729-757.
- (2010): «La facultad de concreción horaria en el derecho del trabajador a la reducción y adaptación de jornada por motivos familiares», en GOELICH PESET, José María y BLASCO PELLICER, Ángel (coords.), Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol, Valencia: Universidad de Valencia, pp. 203-220.
- GARCÍA TESTAL, Elena y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes (2012): «Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en le empresa», Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA VIÑA, J. (2009): «El permiso de paternidad: Cuestiones laborales y de Seguridad Social», *Actualidad Laboral* n.º 19, pp. 1 ss.

- GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo (2008): «Lactancia, reducciones de jornada y permisos por motivos familiares», en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar, VELASCO PORTERO, Teresa y GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo (2008): Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas, Madrid: Dykinson, p. 135-155.
- (2008): «Empleo público y corresponsabilidad familiar: paternidad, protección económica y los claroscuros de una pluralidad de estatutos jurídicos», en la obra colectiva *El Estatuto Básico del empleado público (volumen II)*, Madrid: XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Ministerio de Trabajo e Inmigración, pp. 193-208.
- (2009): «Vida personal, laboral y familiar y tiempo de trabajo: mecanismos flexibilizadores «clásicos» en la ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres», *Revista Asparkía*, 20, pp. 59-79.
- GIRÓN DE VELASCO, José Antonio (1951): «Quince años de política social dirigida por Francisco Franco», Madrid: Ediciones O. I. D.
- GÓMEZ ETXEBARRIA, Genaro (2011): «Incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo y la lactancia en el régimen especial de los funcionarios», *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, 81, pp. 56-60.
- GONZÁLEZ, Manuel Jesús (1979): «La economía política del franquismo (1940-1970). Dirigismo, mercado y planificación», Madrid: Tecnos.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías y ROBLES CIFUENTES, Herminia (2007): Los aspectos laborales de la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Navarra: Aranzadi.
- GOÑI SEIN, J. L. (2005): «La familia monoparental: ausencias de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer», *TL*, núm. 8.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración (2011): «Configuración y titularidad del permiso de lactancia. Elementos a debate» en AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen (coord.), *Derecho y (des)igualdad por razón de género: una visión multidisciplinar*, pp. 119-140.
- HEIN, Catherine (2006): «Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares», *MTAS*.
- HOLTMAAT, Rikki (1992): *To care for a right? The analysis of the political legal discourse on social assistance*, Zwolle, W. E. J Tjeenk Willink.
- IGAREDA, Noelia (2012): «De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado», Saarburcken: Editorial Académica Española.
- LLANO SÁNCHEZ, Mónica (2013): «Prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo por embarazo o lactancia y por cuidado de menor enfermo», en PIÑEYROA DE LA FUENTE, Antonio José (coord.), *Normativa práctica del sistema español de seguridad social: régimen general y régimen especial de los trabajadores autónomos-RETA*, pp. 142-183.

- LÓPEZ ANIORTE, M.<sup>a</sup> del Carmen (2000): «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Número 18, 2000, pp. 117-130.
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes (2012): «El derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares», en GARCÍA TESTAL, Elena y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes: Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en le empresa, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 109-140.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. (2008): «El tiempo de trabajo, la productividad y la conciliación en la negociación colectiva», *Diario la Ley*, núm 7052 (diariolaley.laley.es).
- (2010): «El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as: a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez», *Diario La Ley*, 7536.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda (2013): «La titularidad indiferente del permiso de lactancia: el caso Roca Álvarez», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, pp. 213-228.
- MEIL, G; GARCIA SAINZ, C; LUQUE, M. A y AYUSO, L. (2007): «El desafío de la conciliación de la vida privada y laboral en las grandes empresas», Universidad Autónoma de Madrid.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva dir. (2012): La Administración promotora de la igualdad de género, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MIRANZO DÍEZ, José Javier (2009): «Reducción de jornada en el contrato a tiempo parcial, modificación sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales para recurrir», *Aranzadi social*, n.º 10, pp. 31-40.
- MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, Rocío (2004): «La protección jurídica de la mujer trabajadora», Madrid: Consejo Económico y Social.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2008): «Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal. A propósito de las SSTs, 4.<sup>a</sup>, 13 y 18 de junio de 2008», *Diario La Ley*, núm., 7057, La Ley 40719/2008 (diariolaley.laley.es).
- MOLÍNS GARCÍA-ATANCE, Juan (2009): «Los permisos retribuidos, la reducción de jornadas y las excedencias por motivos familiares tras la Ley Orgánica 3/2007», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, n.º 313, pp. 77-112.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (1975): Ideología y lenguaje de las primeras leyes laborales en España, Madrid: Cuadernos Civitas.
- MORA RUIZ, Manuela dir. (2010), Formación y objeto del derecho antidiscriminatorio de género, Barcelona: Atelier.
- MORENO JIMÉNEZ, B y BÁEZ LEÓN, C. (2010): «Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas». Ministerio de Trabajo e Inmigración, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Universidad Autónoma de Madrid (NIPO 792-11-088-1).

- NAVARRO NIETO, Federico R. (2012): «La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 5, pp. 41-71.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar y GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo (2008): «El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad», *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social* 300, pp. 69-110.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar, VELASCO PORTERO, Teresa y GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo (2008): *Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas*, Madrid: Dykinson.
- PALANCAR, María (1947): «La mujer y el trabajo», *Revista de Estudios Políticos, Suplemento de Política Social*, 5 (disponible también en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).
- PANIZO ROBLES, J. A. (2007): «Conciliación personal, familiar y laboral y Seguridad Social (Modificaciones incorporadas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario.
- PARICIO TALAYERO, J. M. (2004): «Aspectos históricos de la alimentación al seno materno», *Guía de lactancia materna. Monografías de la Asociación Española de Pediatría* n.º 5, Madrid.
- PÉREZ ALONSO, María Antonia (2007): «La excedencia laboral. Aspectos laborales y de Seguridad Social», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 10.
- PÉREZ ALONSO, María Antonia, et al. dir. (2013): «Derecho del empleo público», Valencia: Tirant lo Blanch.
- POQUET QUESADA, Raquel (2013): «La prestación por riesgo durante la lactancia natural. Debate judicial», *Revista de derecho social*, 64, pp. 153-174.
- PORRAS MARTÍN, Inmaculada (2010): «La deficiente aplicación del reconocimiento de riesgo laboral durante el embarazo y la lactancia», *Salud 2000: Revista de la Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública*, 129, pp. 28-30.
- PRIETO CASTRO, Luis y SANCHO IZQUIERDO, Miguel (1938): *Ilustración popular del Fuero al Trabajo*, Zaragoza-Granada: Editorial Imperio.
- PUÑET GÓMEZ, Pilar (2008): «Las medidas para la promoción de la igualdad efectiva en la función pública», en AAWV coord. *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid: La Ley, pp. 185-210.
- QUESADA SEGURA, Rosa (2013): «Los nuevos derechos del trabajador», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 34.

- RANDSTAD INSTITUTO DE ESTUDIOS LABORALES (IEL) (2004): «Calidad del trabajo en la Europa de los Quince» ([www.randstad.es](http://www.randstad.es)).
- RIVAS VALLEJO, P. (2012): Salud y Género, Tomo II, *Tratado de Salud Laboral, Aranzadi*.
- RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa (2009): «La excedencia por cuidado de hijos, ¿medida para facilitar la conciliación familia-trabajo?», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 53 (disponible también en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2013): Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas, Albacete: Bomarzo.
- RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo (2011): «Las prestaciones por riesgo durante el embarazo y lactancia natural. Doctrina judicial», *Economía española y Protección Social*, 3, pp. 117-143.
- ROMERO LUCAS, Isabel María (2009): «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional del empleado público tras la ley orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia al personal militar», *Revista española de derecho militar* n.º 94, pp. 119-180.
- RON LATAS, Ricardo Pedro (2011): «Las consecuencias de la negativa empresarial al reingreso de los trabajadores/as tras excedencia por cuidado de hijo/a», *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 29, pp. 30-41
- RUIZ-RICO RUIZ, Catalina (2012): «La conciliación de la vida laboral, familiar y personal en el actual contexto económico ¿derecho social o principio rector?», en Cascajo Castro et al. dirs. *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, pp. 665-676.
- (2012): «El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal», Valencia: Tirant lo Blanch.
- SALA FRANCO, Tomás y BALLESTER PASTOR, M.ª Amparo (2009): Reducción y adaptación de jornada por conciliación, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SALINAS, Carmen (1967): «La mujer en el fuero del Trabajo», *Revista de Trabajo*, 2.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel dir. (2007): «Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público», Valladolid: Lex Nova.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen (2012): «Conciliación de la vida familiar en la reforma laboral de 2012. Lactancia», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1, pp. 227-234
- TORO FLORES, Rafael (2010): «Evolución histórica de la lactancia materna: derechos y conciliación familiar», *Revista ROL de enfermería*, 33(12), pp. 48-54.

TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel (2011): «El disfrute paterno del permiso de lactancia y su interpretación por el TJUE», *Revista de derecho social*, 56, pp. 135-148.

VICENTE HERRERO, Teófila; TORRES ALBERICH, José Ignacio; RAMÍREZ ÍÑIGUEZ DE LA TORRE, María Victoria; TERRADILLOS GARCÍA, María Jesús; MUÑOZ RUIPÉREZ, Carmen; LÓPEZ GONZÁLEZ, Ángel Arturo (2013): «Embarazo-lactancia natural y riesgos laborales en España. A propósito de una sentencia: una misma trabajadora y dos situaciones preventivas distintas», *Revista CONAMED*, 18(2), pp. 75-81.

# Índice general

---

RELACIÓN DE TABLAS Y GRÁFICOS .....	7
LISTADO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS .....	11
INTRODUCCIÓN .....	15

## **PRIMERA PARTE: INVESTIGACIÓN EMPÍRICA**

*Manuel Calvo, Teresa Picontó, David Vila,  
Fernando Arlettaz y Jorge Gracia*

**343**

### **Capítulo 1**

#### ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN

1. LA CONFLICTIVIDAD JUDICIAL EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CONCILIACIÓN .....	32
2. DISTRIBUCIÓN CRONOLÓGICA DE LAS DECISIONES SOBRE CONCILIACIÓN ANALIZADAS .....	34
3. DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL .....	36
4. ORDEN JURISDICCIONAL Y TIPO DE ÓRGANO JUDICIAL ..	38
5. OBJETO ESPECÍFICO DE LOS CONFLICTOS JUDICIALIZADOS SOBRE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL .....	40

### **Capítulo 2**

#### PRIMERA INSTANCIA

1. LA LITIGIOSIDAD SOBRE DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA .....	46
--	----



2. OBJETO ESPECÍFICO DE LAS PETICIONES SOBRE DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA ANALIZADAS .....	51
3. ASPECTOS TÉCNICO-JURÍDICOS: NORMAS INVOCADAS, JURISPRUDENCIA Y TIPO DE RESOLUCIÓN .....	55

### **Capítulo 3**

#### **RECURSOS**

1. CARACTERÍSTICAS Y CONDICIONES DE LAS PARTES .....	67
2. OBJETO ESPECÍFICO DE LAS SENTENCIAS SOBRE RECURSOS .....	72
3. ASPECTOS TÉCNICO-JURÍDICOS: NORMAS INVOCADAS, JURISPRUDENCIA Y TIPO DE RESOLUCIÓN .....	81

### **Capítulo 4**

#### **LUCES Y SOMBRAS EN TORNO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PERSONAL Y LA VIDA LABORAL PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES**

1. LOS VALORES Y FINES DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL ..	96
2. REFLEXIONES SOBRE CONCILIACIÓN E IGUALDAD EN LA PRAXIS .....	98

**344**

## **SEGUNDA PARTE: ESTUDIOS**

### **Capítulo 5**

#### **REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS E HIJAS Y POR CUIDADO DE FAMILIARES**

*M.<sup>a</sup> Isabel Garrido Gómez*

1. CONSIDERACIONES SOBRE EL MARCO GENERAL DE LA REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DEL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA .....	117
2. TITULARES DEL DERECHO .....	119
3. CANTIDAD DE JORNADA QUE SE REDUCE .....	122
3.1 Horarios de trabajo y concreción .....	124
3.2 Cambio de jornada .....	125
3.3 Adaptación de horario .....	126
3.4 Distribución horaria .....	126

3.5	Acumulación de jornadas .....	127
3.6	Turnos .....	128
4.	ALGUNOS ASPECTOS FORMALES Y EL PODER DEL TITULAR DEL DERECHO .....	129
4.1	Presentación de la prueba .....	130
4.2	El derecho de resistencia del titular del derecho .....	131
4.3	Limitaciones .....	132
4.4	Especial consideración de la negociación colectiva .....	134
5.	PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIONES .....	135
6.	COLISIÓN DE INTERESES Y PONDERACIÓN EN LA RESOLUCIÓN .....	137
7.	LAS IMPLICACIONES ECONÓMICAS .....	141
8.	LA NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL DE PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS .....	143

### Capítulo 6

#### EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS E HIJAS Y DE FAMILIARES *Josefa Dolores Ruiz Resa*

1.	INTRODUCCIÓN .....	145
2.	EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS Y FAMILIARES .....	149
3.	CASOS Y SOLUCIONES: ANÁLISIS DE SENTENCIAS RECAÍDAS ENTRE 2011 Y 2012 SOBRE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS E HIJAS Y FAMILIARES .....	157
3.1	La reserva del puesto de trabajo .....	158
3.2	La concurrencia entre la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares y otras medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral .....	162
3.3	El tiempo de excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares .....	167
3.4	¿Se puede trabajar mientras se está en excedencia por cuidado de hijos e hijas o familiares? .....	170
3.5	El disfrute de prestaciones sociales y la excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares .....	172
4.	CONCLUSIONES .....	176

### Capítulo 7

#### LA ORDENACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

*Ruth Vallejo Da Costa*

1. INTRODUCCIÓN .....	177
2. LA CONCILIACIÓN COMO INSTRUMENTO DE IGUALDAD Y PARA LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES: LA CON- CILIACIÓN CORRESPONSABLE .....	180
3. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABO- RAL: ANÁLISIS DE LAS SSTC 3/2007 Y 26/2011 .....	185
4. UN PASO ATRÁS EN LA POLÍTICA JURÍDICA DE CONCILIA- CIÓN: ANÁLISIS DE LA STC 24/2011, DE 14 DE MARZO DE 2011, Y OTRAS SENTENCIAS AFINES .....	193
5. UNA RESOLUCIÓN EN LÍNEA CON LA DIMENSIÓN CONSTI- TUCIONAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN: STSJ DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2011 .....	200
6. SOBRE EL PAPEL DEL JUEZ EN LA RESOLUCIÓN DE LAS DIS- CREPANCIAS EN TORNO AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN .....	202
7. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN, LA INTERVENCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y REFLEXIONES FINALES ..	206

### Capítulo 8

#### LICENCIAS POR MATERNIDAD Y LICENCIAS POR MATERNIDAD EN CASO DE ABORTO

*Noelia Igareda González*

1. NORMATIVA APLICABLE A LA LICENCIA POR MATERNIDAD ..	211
2. ANÁLISIS DE SENTENCIAS .....	220
2.1 Exigencia de alta o situaciones asimiladas al alta para la licencia de maternidad .....	221
2.2 Discriminación salarial durante la licencia por materni- dad .....	226
2.3 Equiparación de la licencia de maternidad como situa- ción de fuerza mayor en la trayectoria profesional de las mujeres .....	226
2.4 Incompatibilidades de la prestación de maternidad .....	227

2.5	La acción protectora del SOVI y la maternidad .....	228
2.6	Despidos y maternidad .....	228
2.7	Discriminación por razón de sexo y maternidad .....	230
2.8	Permiso de lactancia y de maternidad .....	232
2.9	Faltas de asistencia y puntualidad y licencia de maternidad .....	232
2.10	Prestación por maternidad .....	233
2.11	Despidos y aborto .....	233
3.	CONCLUSIONES .....	233

### Capítulo 9

#### EL PERMISO POR PATERNIDAD: ASPECTOS LEGALES Y PROBLEMÁTICA JUDICIAL

*Carolina Gala Durán*

1.	EL ALCANCE DE LA REGULACIÓN VIGENTE EN EL MARCO DEL PERMISO POR PATERNIDAD .....	235
1.1	El permiso por paternidad regulado en el Estatuto de los Trabajadores .....	236
1.2	La normativa aplicable a los funcionarios públicos .....	238
1.3	Elementos comunes: La protección en materia de Seguridad Social .....	239
2.	LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES: BALANCE .....	242
2.1	Aspectos generales .....	242
2.2	Reclamaciones en torno a la normativa aplicable al permiso por paternidad .....	243
2.3	La determinación de los sujetos beneficiarios en el caso de adopción .....	245
2.4	El debate sobre la forma de concesión del permiso de paternidad .....	247
2.5	La delimitación de la fecha de efectos del permiso por paternidad y los problemas existentes en cuanto a su duración .....	249
2.6	Las posibles repercusiones desde la perspectiva retributiva .....	251
2.7	Las consecuencias derivadas de un posible despido .....	254
3.	CONCLUSIONES .....	256

## Capítulo 10

### LOS DERECHOS DE IGUALDAD ASOCIADOS A LA LACTANCIA: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y CONCILIACIÓN

*Dolores Morondo*

1. INTRODUCCIÓN .....	259
2. EL MARCO NORMATIVO RELATIVO A LA LACTANCIA Y SU EVOLUCIÓN EN EL PERÍODO EXAMINADO (2010-2012) .....	261
2.1 Permiso de lactancia y reducción de jornada .....	263
2.2 Extinción del contrato de trabajo .....	266
2.3 Medidas para la prevención del riesgo durante la lactancia natural .....	268
3. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL .....	271
3.1 Titularidad del derecho: la situación del padre .....	271
3.2 Riesgo durante la lactancia materna, medidas y prestación .....	275
3.2.1 <i>El riesgo: descripción, valoración y acreditación</i> ..	276
3.2.2 <i>La jerarquización de las medidas previstas</i> .....	279
3.3 Extinción del contrato y otros actos discriminatorios .....	280

348

## Capítulo 11

### PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DERECHOS DE CONCILIACIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: SU APLICACIÓN EN EL CASO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

*Beatriz Setuáin Mendía*

1. PLANTEAMIENTO .....	287
2. REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE HIJAS E HIJOS .....	288
2.1 El artículo 48.h del EBEP y su concreción: la pluralidad de las normas de desarrollo de los derechos de conciliación en el seno de la Administración pública .....	288
2.2 La legislación de desarrollo: el ejemplo de la Guardia Civil y de los militares .....	290

3.	EXCEDENCIA POR CUIDADOS DE HIJAS E HIJOS .....	292
3.1	Reconocimiento y extensión temporal .....	292
3.2	Efectos sobre la carrera profesional, en particular sobre los ascensos .....	293
3.3	Su aplicación a los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia .....	295
4.	LICENCIA POR RIESGO EN EL EMBARAZO: EL CASO PARTICULAR DE LOS FUNCIONARIOS DE JUSTICIA .....	295
5.	PERMISO DE MATERNIDAD .....	296
5.1	Alcance del permiso de maternidad: derecho de la madre susceptible de cesión versus derecho individual de hombres y mujeres .....	297
5.2	Duración del permiso de maternidad. <i>Dies a quo</i> en la caso de permiso por acogimiento o adopción .....	303
5.3	Coincidencia entre permiso de maternidad y vacaciones ..	303
5.4	El disfrute efectivo del permiso de maternidad: el rigor formal contrario al derecho material .....	304
6.	PERMISO DE PATERNIDAD .....	306
6.1	Silencio estimatorio en caso de falta de resolución administrativa sobre su solicitud .....	306
6.2	Inicio del cómputo del plazo .....	306
6.3	Reconocimiento retroactivo: Disposición Transitoria Sexta LOIMH .....	307
6.4	Normativa específica: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, funcionarios de la Administración de Justicia .....	308
6.5	Retribuciones .....	309
7.	PERMISO DE LACTANCIA. ALCANCE: DERECHO INDISTINTO DE AMBOS PROGENITORES .....	310
8.	OTROS PERMISOS: PERMISO POR MATRIMONIO .....	312
9.	PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO .....	315
10.	REFLEXIONES FINALES .....	320
	CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE	
	<i>Ruth Vallejo Da Costa</i> .....	325
	REFERENCIAS .....	333







