

LAS MEDIDAS LABORALES DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019, DE 1 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTÍA DE LA IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN: UN PASO HACIA LA EFECTIVIDAD DE LA IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES DESDE LA CORRESPONSABILIDAD.

Albert Pastor Martínez
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Autònoma de Barcelona

Abstract

Análisis jurídico de los contenidos laborales del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

Legal analysis of the labour content of Royal Decree-law 6/2019, of 1 March, on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities for women and men in employment and occupation.

Title: Labour measures of Royal Decree-Law 6/2019 of March 1st on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation: a step from co-responsibility towards the effectiveness of equal treatment and opportunities.

Palabras clave: igualdad, conciliación, corresponsabilidad, tiempo de trabajo
Keywords: equality, conciliation, co-responsibility, working time

IUSLabor 1/2019, ISSN 1699-2938, p. 187-209
DOI. 10.31009/IUSLabor.2019.i01.03

Sumario

1. Introducción
2. La revitalización del plan de igualdad.
3. Medidas contra la discriminación. Una especial referencia a la discriminación salarial.
4. Un importante paso para la corresponsabilidad: el nuevo permiso por nacimiento de hijo y las otras medidas de fomento de la corresponsabilidad.

5. El nuevo artículo 34.8 del TRLET. Entre la adaptación de la ordenación del tiempo de trabajo y un más amplio derecho a la adaptación de la prestación de servicios por conciliación de la vida familiar y laboral.
6. Bibliografía

1. Introducción

El 7 de marzo, el BOE publicaba el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹. La norma simbólicamente entraba en vigor, sin perjuicio de sus importantes normas de derecho transitorio, el día de la mujer (8 de marzo) y constituía la primera de las normas que han conformado los denominados viernes sociales. Una vez más la reforma laboral, se corporizaba por goteo y a través de la figura del Real Decreto-ley. Sin entrar, en el debate sobre si concurría la “extraordinaria y urgente necesidad” que exige, el artículo 86.1 CE, como presupuesto habilitante para este tipo de normas, la urgencia, la ausencia de debate y preparación parlamentaria, constituyen factores que explican su cuestionable calidad técnica y que no se hayan tenido en consideración los importantes trabajos parlamentarios que ya se habían desarrollado².

Se trata, como se tendrá oportunidad de ver, de una norma importante que pretende, según su exposición de motivos, hacer efectivo el principio de igualdad de género a través de la elaboración de un nuevo texto articulado integral y transversal en materia de empleo y ocupación³.

¹ La norma ha sido convalidada por Resolución de 3 de abril de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE de 10 de abril de 2019)

² Así, pueden destacarse la Proposición de ley para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres (BOCG de 10 de noviembre de 2017) presentada en el Congreso el 24 de octubre de 2017 por el grupo confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem; la Proposición de ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia retributiva (BOCG de 2 de marzo de 2018) del Grupo Socialista; la Proposición de ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOCG de 16 de marzo de 2018) presentada por el Grupo Socialista; la Proposición de ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (BOCG de 7 de mayo de 2018) del Grupo Confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem y, por último, la Proposición de ley de tiempo de trabajo corresponsable (BOCG de 16 de noviembre de 2018) del Grupo Confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem. La tramitación de algunos de estos proyectos ya había entrado en la fase de enmiendas.

³ Una visión crítica de la norma en BALLESTER PASTOR, María Amparo, “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 5, nº 2, 2019 (<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS>, consultada versión digital). Coincidimos con la misma en que el mismo presenta defectos técnicos que podrían haber sido resueltos y que dista aún de ser una norma auténticamente integral y transversal.

2. La revitalización del Plan de Igualdad

El RD Ley realiza una importante tarea de promoción de la figura del Plan de Igualdad, creado por la Ley Orgánica de Igualdad, como instrumento esencial para la superación de las desigualdades por razón de género en el ámbito de la empresa. En coherencia con su carácter instrumental para la consecución de valores y derechos que deberían tener un ámbito de aplicación universal, la norma amplía el ámbito en el que resulta obligatoria la realización de planes de igualdad, intenta mejorar su contenido y elaboración e impulsa mecanismos de control y seguimiento⁴.

De esta forma, la medida más llamativa, es la extensión de la exigencia de elaboración de los planes de igualdad a empresas de cincuenta o más trabajadores. Una extensión que no opera de manera automática, sino que inserta, tal y como establece la nueva disposición transitoria decima segunda de la LOIE, progresivamente en función del número de trabajadores de la empresa:

- Empresas de más de ciento cincuenta personas trabajadoras y hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras contarán con un periodo de un año para la aprobación de los planes de igualdad.
- Las empresas de más de cien y hasta ciento cincuenta personas trabajadoras, dispondrán de un periodo de dos años.
- Y, por último, las empresas de cincuenta a cien personas trabajadoras dispondrán de un periodo de tres años⁵.

La norma nada indica sobre la forma en que debe realizarse el cómputo de los trabajadores, sobre el periodo de referencia, respecto qué tipo de trabajadores deben de computarse, ni el ámbito en el que debe realizarse. Una ausencia de especificaciones que obliga a adoptar un criterio de interpretación literal, coincidente con el empleado en la valoración de la exigencia establecida inicialmente en la aplicación del artículo 45 de la LOIE, conforme al cual deberán computarse todos los trabajadores, con independencia de la naturaleza de su vínculo contractual, que presten servicios en la

⁴ Cabe mencionar por la importancia que tiene para la negociación de planes de igualdad cuando ello resulte obligatorio la STS 832/2018 de 13 de septiembre (RC 213/2017).

⁵ Unos plazos o periodos de transitoriedad que se computarán, conforme indica el artículo 1. Tres del RDL 6/2019, desde su publicación en el BOE (7 de marzo de 2019). De esta forma, finalizaran:

- Para las empresas de más de 150 personas trabajadoras y hasta 250: 7 de marzo del 2020.
- Las empresas de más de 100 personas trabajadoras y hasta 150: 7 de marzo del 2021.
- Y las empresas de más de 50 personas trabajadoras y hasta 100: 7 de marzo del 2022.

empresa, con independencia de su eventual distribución en uno o diversos centros de trabajo y en el concreto momento en el que se postule la exigencia de elaborar un plan de igualdad. El cómputo “universal” de todas las personas trabajadoras que presten servicios en la empresa resulta coherente con el ámbito de aplicación general que tiene el plan de igualdad conforme el artículo 46.3 de la LOIE⁶. Mayores objeciones, desde la perspectiva de asegurar una cierta estabilidad en el cómputo, presenta la ausencia de un periodo de referencia en el que efectuar dicho cómputo. En este sentido, tal vez hubiera sido conveniente establecer que el número de personas trabajadoras fuese el promedio del existente durante el periodo del año inmediatamente anterior.

Además de hacer más amplio el “universo” en el que será exigible la realización del plan de igualdad, el RDL 6/2019 intenta mejorar su contenido y efectividad. En este sentido, se modifica el artículo 46.2 de la LOIE para incorporar preceptivamente la necesidad de elaborar “*un diagnóstico negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras*” que deberá contener, al menos, las siguientes materias: a) proceso de selección y contratación; b) clasificación profesional; c) formación; d) promoción profesional; e) condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres; f) ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral; g) infrarrepresentación femenina; h) retribuciones; i) prevención del acoso sexual y por razón de sexo. En relación con la anterior versión, ha de destacarse que la nueva redacción torna las materias que era posible incluir en los planes de igualdad, en materias de obligado abordaje en la negociación del diagnóstico. Una negociación que asimismo se facilita al concretar el deber de negociar en buena fe en lo que se refiere a la información a suministrar al banco social al exigir que le sean suministrados “*todos los datos e información necesaria*” en relación con las materias enumeradas y los que se deben de incluir en el nuevo registro retributivo previsto en el artículo 28.2 TRLET. Un listado de materias a negociar que, asimismo, se amplía y mejora con relación al previsto en la LOIE⁷.

⁶ “*Los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo*”.

⁷ Así, por ejemplo lo que antes era «el acceso al empleo», ahora se concreta, para incluir expresamente las dos fases, «proceso de selección y contratación», en que aquél se descompone; se incluye una referencia o cláusula general referida a las «condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial» y no sólo a las retribuciones o a la ordenación del tiempo de trabajo como ocurría antes; la «ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar» se transforma en el más amplio, aunque tal vez menos claro, «Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral» y, por último, se incorpora la «infrarrepresentación femenina».

También en una lógica de favorecer la efectividad de los planes de igualdad deben de situarse las otras tres medidas que el RDL 6/2019 establece con relación a estos instrumentos:

En primer lugar, la obligación de registro. El RDL 6/2019 prevé la creación de un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, que se insertará como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas. La norma establece que las empresas, sin distinción alguna, estarán obligadas a inscribir sus planes de igualdad en el citado registro, remitiéndose a un futuro desarrollo reglamentario por lo que se refiere a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso.

En segundo lugar, la previsión, mucho más etérea e imprecisa de que esa misma norma reglamentaria “*desarrollará el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad*”. Coincidimos con aquellos que han señalado que el desarrollo de esta norma, junto con la regulación que se establezca del acceso al registro y la explotación de sus datos, constituye un elemento básico en orden a hacer auténticamente efectivos los planes de igualdad⁸.

Por último, el artículo 6 efectúa una corrección puntual en el artículo 7.13 LISOS a efectos de que se considere infracción grave, no sólo el incumplimiento obligaciones que en materia de planes de igualdad se establecen en el Estatuto de los Trabajadores o el convenio aplicable, sino también, en general, las medidas de Igualdad que se establezcan en aquellas normas y adicionalmente en la Ley Orgánica de Igualdad⁹.

3. Medidas contra la discriminación. Una especial referencia a la discriminación salarial

⁸ Interesantes propuestas de BALLESTER PASTOR, Maria Amparo, “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad...”, *ob. cit.*, (consultada versión digital), en orden a establecer mecanismos de control vinculados al acceso al registro o, en un momento posterior, ya fuese con intervención del Instituto de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades los equivalentes autonómicos, de la Autoridad laboral o la Inspección de Trabajo

⁹ De nuevo siguiendo a BALLESTER PASTOR, Maria Amparo, la reforma carece en este punto de la entidad suficiente como para terminar con la sensación de impunidad que en materia discriminatoria se advierte en el mundo laboral, “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad...”, *ob. cit.*, (consultada versión digital), Para mejorar la tipificación creemos que hubiera sido especialmente útil referir expresamente la mención al incumplimiento de las “medidas de igualdad” del Plan de igualdad y no sólo de las establecidas en la LOIE, el TRLET o el convenio de aplicación.

El artículo 2 del RDL 6/2019 se dedica a la reforma del TRLET y en él se contienen medidas que se dirigen, de una parte, a reforzar el derecho de los trabajadores a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y, de otra, a la lucha contra la discriminación por razón de sexo, en general, y de modo muy específico, en el ámbito de la discriminación salarial.

La actuación en materia de discriminación salarial, como pone de relieve la propia exposición de motivos del RDL 6/2019, enlaza directamente con la Recomendación de 7 de marzo de 2014 de la Comisión Europea sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia¹⁰. Ciertamente no cuesta mucho situar el origen de las principales medidas adoptadas en el RDL en las distintas orientaciones que se facilitan a los Estados miembros para ayudarlos a aplicar mejor y de forma más eficaz el principio de igualdad de retribución. Unas orientaciones entre las que cabe destacar como más relevantes, en primer lugar, aquellas focalizadas directamente a facilitar la transparencia (puntos 2 a 7); en segundo lugar, la obligación de que los Estados precisen en su legislación el concepto de «trabajo de igual valor» (punto 10); tercero, la promoción de sistemas de evaluación y clasificación de empleos no sexistas (punto 11); y, por último, la adopción de medidas que garanticen que los organismos de fomento de la igualdad puedan acceder a los datos e información sobre igualdad retributiva y facilitar la tutela judicial sobre la materia (puntos 13 a 15)¹¹.

Así, y, en primer lugar, se modifica el apartado primero del artículo 28 del TRLET para incorporar un segundo párrafo en el que el legislador, siguiendo la Recomendación incluida en punto 10, incorpora el concepto de «trabajo de igual valor». De esta forma, se prescribe que “[u]n trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes”. De esta forma, en la valoración de cuando nos hallamos ante trabajos de igual valor será preciso recurrir a una comparación en base a criterios de orden objetivo como son los requisitos educativos, formativos y profesionales exigidos o la valoración de las condiciones laborales o de los factores profesionales estrictamente relacionados con el desarrollo real del puesto de trabajo. Creemos que el concepto positivizado de «trabajo de igual

¹⁰ DOUE 8 de marzo de 2014 (<https://www.boe.es/doue/2014/069/L00112-00116.pdf>).

¹¹ Un examen de las mismas en ROJO TORRECILLA, Eduardo: “[v]olvamos a hablar de las relaciones laborales y qué hay que cambiar. Examen de propuestas y documentos europeos, internacionales y españoles (a partir de la Moción aprobada el 14 de noviembre por el Congreso)”, en el Blog del mismo autor, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/volvamos-hablar-de-las-relaciones.html> (consultado 20.4.2019).

valor» exige que la comparación se realice conforme a un principio o criterio de realidad, y no de mera comparación entre categorías o requisitos formalmente requeridos o asignados. La norma exige que los requerimientos o aspectos valorados sean los “efectivamente” encomendados, los “estrictamente relacionados con el desempeño” o, finalmente, que las condiciones laborales en las que “en realidad” se llevan a cabo las actividades sean equivalentes¹².

Por lo que se refiere a la transparencia en materia salarial, se introduce, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, en el nuevo apartado segundo del artículo 28 TRLET, la obligatoriedad de que toda empresa lleve un «registro salarial» con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

Al respecto de dicha obligación cabe reseñar que estamos ante una obligación empresarial general e inmediata por cuanto se impone a todas las empresas, con independencia de su tamaño¹³ y sin plazo expreso de transitoriedad alguno¹⁴. La norma nacional prevé el derecho de las personas trabajadoras a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al denominado por la norma, «registro salarial de empresa» (artículo 28.2 párrafo segundo). Cabe plantearse que ha de ocurrir en aquellas muchas empresas en las que se carezca representación legal, sea esta la unitaria o la sindical. A nuestro juicio, y de conformidad, con lo establecido en el punto tercero de aquellas Recomendaciones se debería garantizar que los empleados puedan solicitar, si ya no el acceso al Registro, cuando menos, información sobre los niveles salariales, desglosada por género, para las categorías de trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

¹² Ha de notarse que el artículo 2.º Uno modifica el artículo 9 del TRLET para incorporar un nuevo apartado tercero en el que se positiviza, en forma expresa, la consecuencia lógica de los efectos *ex tunc* que se deriva de la declaración de nulidad por vulneración de derechos fundamentales, estableciéndose que “[e]n caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor”.

¹³ De esta forma, la norma nacional mejora la recomendación prevista en el punto 4 de la Recomendación de 7 de marzo de 2014 cuando establece que los Estados miembros deberán establecer medidas que garanticen que los empleadores de empresas u organizaciones con al menos 50 trabajadores informen periódicamente a los trabajadores, a los representantes de los trabajadores y a los interlocutores sociales de la remuneración media por categoría de trabajador o puesto, desglosada por sexos.

¹⁴ No obstante, creemos que podría ser lógico conceder a las empresas un plazo para cumplir debidamente esa obligación. Ese plazo podría deducirse de la inclusión en el apartado tercero del artículo 64 TRLET de la obligación de informar de ese registro, al menos anualmente, a la representación legal de los trabajadores.

Respecto al contenido que debe incluirse en el registro, ha de notarse que nuestra normativa mejora lo establecido en la Recomendación europea por cuanto aquella siempre se refiere al salario, mientras que el artículo 28.2 TRLET se refiere a los valores medios salariales, los complementos salariales, pero también a las percepciones extrasalariales, configurando, de una forma más garantista para la efectividad de la transparencia, un auténtico registro retributivo más que salarial.

Sin embargo, el legislador ha optado por no incluir la obligación de realizar auditorías salariales prevista en el punto 5 de la Recomendación europea para las empresas y organizaciones de más de 250 trabajadores. No obstante, y situándose a medio camino, sí que establece la obligatoriedad, para las empresas de 50 o más trabajadores, de que, cuando el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deba de incluir en el Registro una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras. Nada dice la norma sobre el valor que haya de darse a dicha justificación, ni a los efectos de su incumplimiento, pero pudiera parecer que la existencia de una diferencia superior al 25% en el promedio de las retribuciones pudiera actuar como una presunción *iuris tantum* de la existencia de una situación discriminatoria que únicamente podría salvarse de acreditarse la realidad de la justificación.

También directamente vinculada al tema de la discriminación salarial y con origen en las Recomendaciones europeas (punto 11), se encuentra la modificación del artículo 22.3 del TRLET cuando en materia de clasificación profesional se establece que “[l]a definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres. Estos criterios y sistemas, en todo caso, cumplirán con lo previsto en el artículo 28.1”. Una obligación metodológica focalizada, principalmente, a detectar y evitar discriminaciones salariales basadas en evaluaciones y clasificaciones profesionales sexistas.

Pero además de la actuación contra la discriminación en materia salarial, el RDL efectúa una actuación antidiscriminatoria en el ámbito de la extinción del contrato de trabajo reformando tres preceptos: el artículo 14 (periodo de prueba), el artículo 53 (forma y efectos de la extinción por causas objetivas) y el artículo 55 (forma y efectos del despido disciplinario).

Por lo que se refiere a la reforma de la regulación del periodo de prueba, se modifica el texto del artículo 14 para adecuarlo a la nueva regulación del permiso por nacimiento¹⁵ y, sobretodo, para incluir una presunción *iuris tantum* de nulidad automática del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba cuando la trabajadora está en situación de embarazo. De esta forma, la nueva regulación establece que “*la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad*”. Con esta reforma, se equipara la protección de la trabajadora embarazada en los supuestos de desistimiento por no superación del periodo de prueba con la que se dispensa en el caso del despido objetivo y disciplinario, estableciendo una presunción *iuris tantum* que, admite prueba en contrario de los motivos ajenos al embarazo o a la maternidad, y que determina una nulidad automática, “*desde la fecha de inicio del embarazo*”, sin que sea necesario acreditar el conocimiento por el empresario de la situación de embarazo ni cualquier otro indicio de actuación discriminatoria¹⁶.

En materia de despido, el RDL 6/2019, realiza dos modificaciones. En primer lugar, se amplía el periodo de protección frente al despido en los supuestos de reincorporación al trabajo tras la finalización de la suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento que pasa de 9 a 12 meses desde la fecha del nacimiento, adopción, guarda o acogimiento (artículo 53.4.c) y artículo 55.5.c) TRLET). Y, en segundo lugar, se modifica en el artículo 53.4 del TRLET la exigencia de “acreditación” en el despido objetivo cuando al regular la excepción a la declaración de nulidad en los supuestos de protección reforzada por motivos relacionados con el embarazo se establece que la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia requerirá acreditar suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere “*concretamente la extinción del contrato de la persona referida*”.

La nueva redacción supone la necesidad de corregir, cuando el despido afecte a personas trabajadoras que se hallen en el ámbito de protección del artículo 53.4 del

¹⁵ Recoge la nueva suspensión por nacimiento, suprimiendo la maternidad y la paternidad, como eventual causa de interrupción del cómputo de la duración del periodo de prueba si así se pacta.

¹⁶ Cabe recordar que la STC 173/2013, de 10 de octubre de 2013, en el marco de la anterior regulación, negó, con voto particular de 4 magistrados, que hubiera de extenderse la regla sobre la nulidad automática del despido en caso de embarazo establecida por el artículo 55.5.b) TRLET, tras la reforma introducida por la Ley 39/1999, al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, considerando que para declarar nula la extinción del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba era precisa la acreditación del carácter discriminatorio de la decisión extintiva.

TRLET¹⁷, la práctica, legitimada por la doctrina del Tribunal Supremo desde 2016, que consideró innecesaria, en el ámbito del despido colectivo, “*la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados en el PDC de que se trate*”¹⁸. Un cambio que, tal y como sostuvo parte de la doctrina¹⁹ y de los Tribunales, era requerido, aunque no con la claridad deseable, por la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16, caso Porrás Guisado contra Bankia. Sin duda, el legislador podría haber optado, en relación a aquellos colectivos, por mecanismos preventivos del despido más garantistas, como se dijo “*ciertamente, la preferencia para no ser despedida, el establecimiento de causas reforzadas o incluso la autorización administrativa hubieran constituido una garantía de mayor intensidad, pero en Porrás Guisado el TJUE indica que la justificación concreta (no general) del despido que recae en las trabajadoras protegidas por la Directiva 92/85 cumple lo establecido en su artículo 10. Algo es algo*”²⁰.

4. Un importante paso para la corresponsabilidad: el nuevo permiso por nacimiento de hijo y las otras medidas de fomento de la corresponsabilidad

Sin duda una de las medidas del RDL 6/2019 que mayor impacto ha tenido y puede tener en un futuro es la creación de un nuevo permiso de nacimiento para ambos progenitores que substituye, equiparándolos en su duración, a los permisos de

¹⁷ “a) *Personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.*”

b) *Trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.*

c) *Personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.*”

¹⁸ Entre otras, de 21 de diciembre de 2016 (RCUD 3181/2015 y 3508/2015); de 12 de septiembre de 2017 (RCUD 3683/2015); de 28 de noviembre de 2017 (RCUD 164/2016); de 8 de febrero de 2018 (RCUD 760/2016); de 8 de marzo de 2018 (RCUD 360/2016); y de 4 de abril de 2018 (RCUD 1354/2016).

¹⁹ BALLESTER PASTOR, María Amparo: “El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada. Lo que dice y lo que quiere decir la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto Porrás Guisado”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 45, 2018 (consultada versión electrónica).

²⁰ BALLESTER PASTOR, María Amparo: “El significado...”, *ob. cit.*

maternidad y paternidad²¹. Este nuevo permiso supondrá en un futuro la suspensión del contrato de trabajo durante 16 semanas para ambos progenitores que, de esta forma, verán equiparados en su duración los permisos causados por el nacimiento, la adopción, la guarda preadoptiva o determinados acogimientos²². Una equiparación en la duración que hay que saludar positivamente, desde la perspectiva de la aplicación del principio de igualdad, máxime después de que la reciente STC 111/2018, de 17 de octubre, descartase que la denegación de una solicitud de equiparación de la duración del permiso de maternidad y paternidad fuese contraria a dicho principio por considerar que ambos permisos constituirían realidades diversas, por su diversa finalidad tuitiva, y que ello justificaba un trato desigual²³. La equiparación en la duración de ambas situaciones,

²¹ La creación de este permiso por nacimiento para ambos progenitores es paralela a la modificación del permiso previsto en el artículo 37.3.b) del TRLET para suprimir el nacimiento como hecho causante del permiso de dos días ampliables a cuatro cuando fuese preciso el desplazamiento. Ha de notarse que el nuevo marco jurídico es aplicable también a los empleados públicos por cuanto el artículo 3 del RDL 6/2019 modifica a estos efectos los artículos 7, 48 y 49 del EBEP para incorporar un régimen análogo al previsto en el TRLET.

²² La duración del permiso de paternidad ha sufrido lo que podemos calificar, siendo benevolentes, como una turbulenta evolución. Creado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres con una duración inicial de 13 días, la Ley 9/2009, de 6 de octubre, previó su ampliación a cuatro semanas, a partir del 1 de enero de 2011. No obstante, la vigencia de esta norma fue repetidamente aplazada por las sucesivas Leyes de presupuestos generales del Estado, entrando finalmente en vigor el 1 de enero de 2017, en virtud de la disposición final undécima de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del Estado para 2016. Las cuatro semanas que se incorporaron al artículo 48.7 del TRLET, fueron modificadas finalmente por la disposición final trigésima octava de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para 2018, que las amplió a cinco semanas.

²³ La sentencia consideró que la maternidad constituía una exigencia, derivada del artículo 39.2 CE, de preservar la salud de la mujer trabajadora durante su embarazo y después de este y, por otra parte, de proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el período de puerperio. Por el contrario, consideró que “el permiso de paternidad *“obedece a una finalidad tuitiva diferente: favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes (artículo 39.3 CE). Por tanto, la decisión del legislador, desde luego inobjetable, de reconocer a los hombres el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de un hijo, con el correlativo a percibir la prestación por paternidad de la Seguridad Social, tiene una finalidad diferente al supuesto tradicional de suspensión del contrato de trabajo de la mujer trabajadora por parto”*. La sentencia contiene un muy interesante y bien fundamentado voto particular de la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón que considera *“que el Tribunal se confunde en la identificación de las finalidades de los permisos, y este error está en la base de un modelo indefectiblemente discriminatorio. Estando de acuerdo con que la naturaleza del “permiso de paternidad” no es, obviamente, la protección de la maternidad entendida como fenómeno biológico exclusivamente vinculado a las mujeres, es preciso reconocer que la finalidad del “permiso de maternidad” no es única”* considerando que *“ignora que existe un efecto claro de discriminación indirecta de las mujeres, asociado al hecho de la maternidad, que el legislador debiera tratar de erradicar por mandato del artículo 9.2 CE. Un Tribunal Constitucional de este siglo debería haber*

a través de una única suspensión, constituye un paso necesario, aunque no suficiente, para evitar que las medidas de protección de la parentalidad o familia, y los efectos negativos que el mercado de trabajo les asocia, se vinculen exclusiva o principalmente a las mujeres²⁴.

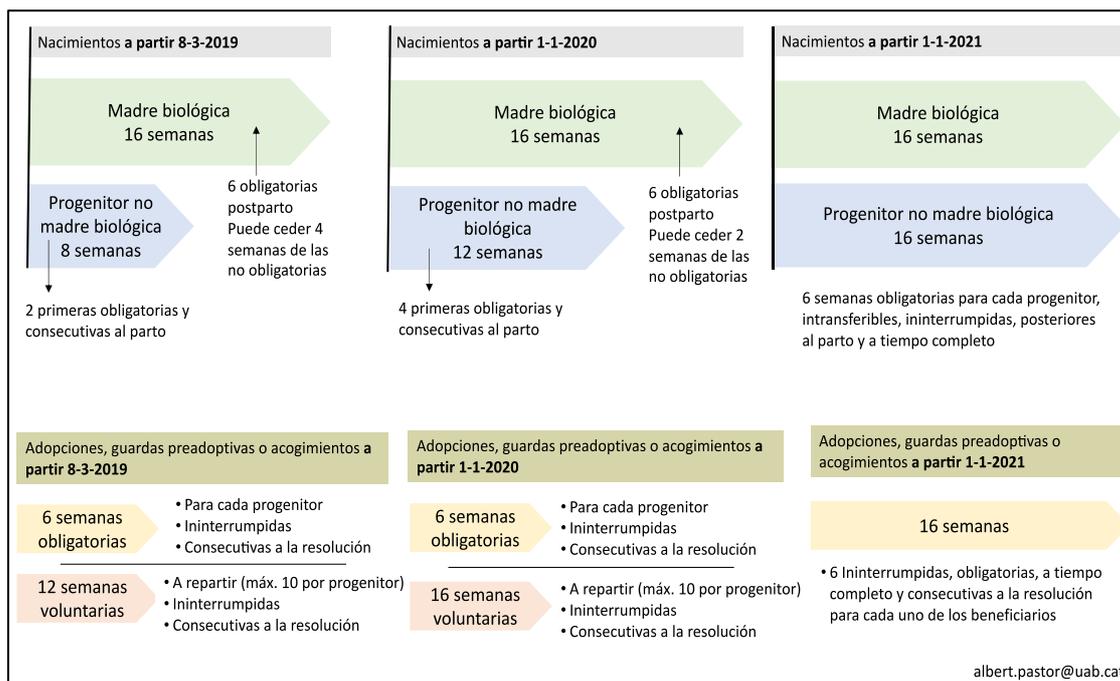
Adicionalmente, la equiparación en la duración y, especialmente, la configuración del permiso de nacimiento como un derecho individual e intransferible y de ejercicio obligatorio para ambos progenitores se erige en un claro factor de promoción de la conciliación de la vida personal y familiar y, sobretodo, del principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores. La madre biológica, como ocurría hasta ahora, deberá disfrutar obligatoriamente de 6 semanas ininterrumpidas y a tiempo completo de descanso postparto, la novedad reside en que ahora el otro progenitor deberá, imperativamente, disfrutar de seis semanas con posterioridad al parto y también de forma ininterrumpida y a tiempo completo. El legislador impone el disfrute de un permiso que tiene su fundamento en el artículo 39 de la CE y de los deberes paternos de asistencia “de todo orden” que allí se prescriben en favor de los hijos. Una búsqueda de la corresponsabilidad que explica otra de las características del nuevo permiso por nacimiento: los derechos al permiso son individuales y no transferibles entre los progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores.

Ha de reseñarse que la implementación del permiso por nacimiento, por lo que se refiere, a su duración y régimen de obligatoriedad, se produce transitoriamente durante un periodo de tres años que finaliza el 1 de enero de 2021.

reconocido la necesaria evolución de la realidad social, y profundizado en el análisis de los efectos reales de las medidas de protección que aquí se cuestionan”.

²⁴ Como en el anterior marco normativo, la duración de la suspensión se amplía en dos semanas, para cada uno de los progenitores, en los supuestos de discapacidad del menor. Igual ampliación procede en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero.

En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo.

Esquema régimen transitorio²⁵:

Por lo que se refiere a la forma de disfrute, el permiso por nacimiento deberá disfrutarse dentro de los doce meses siguientes al nacimiento, resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 48.5 TRLET. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto y en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre biológica o

²⁵ El régimen transitorio contiene algunas especialidades previstas en el artículo 2.18.2 del RDL 6/2019. Las más relevantes se refieren al caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que ésta realizase o no algún trabajo, reconociendo al otro progenitor el derecho a la totalidad de 16 semanas de suspensión previstas para la madre biológica de conformidad con el artículo 48.4 y los supuestos en los que uno de los progenitores no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, estableciéndose que el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por la totalidad de 16 semanas, sin que le sea aplicable ninguna limitación del régimen transitorio.

del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica²⁶.

Importantes novedades presenta la distribución que los titulares del permiso de nacimiento pueden hacer de las semanas siguientes a las obligatoriamente posteriores al parto. Con una lógica claramente favorecedora del interés de los progenitores, adoptantes, guardadores y del menor la nueva regulación introduce una importante dosis de flexibilidad. La norma permite que, a voluntad de los titulares, el permiso pueda distribuirse en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida, con la única obligación de que cada periodo semanal o, en su caso, de la acumulación deba comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días²⁷.

La posibilidad de fraccionamiento semanal del permiso plantea la duda de su eventual compatibilidad con el artículo 8.1 de la Directiva 92/85²⁸ cuando establece que el permiso de maternidad correspondiente a la madre debe consistir en, al menos, catorce semanas “ininterrumpidas”. Si, por una parte, el fraccionamiento, por las posibilidades de gestión flexible que introduce y por constituir una mera opción que no impide el disfrute continuado, podría ser apreciado como una mejora al régimen de la Directiva, de otra parte, el carácter ininterrumpido también se puede observar como una garantía que asegura el disfrute del permiso. Seguramente, el debate se podría haber salvado dándole un mayor protagonismo a la gestión autónoma del disfrute a tiempo parcial que continúa supeditado al acuerdo con la empresa. De esta forma, además de salvarse una eventual incompatibilidad con la norma europea se habrían evitado las complejidades que, para la gestión empresarial, se pueden derivar de un ejercicio semanal del permiso con un preaviso quincenal, al tiempo que se habría garantizado un ejercicio del permiso

²⁶ Continúa estableciéndose que en los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

²⁷ El único supuesto en el que se admite que la lógica empresarial condicione la forma de disfrute es aquel en el que ambos progenitores trabajen para la misma empresa. En ese supuesto, como ocurría ya con la anterior normativa, la dirección empresarial podrá limitar el ejercicio simultáneo, pero sólo si existen razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito. Unas razones que, a nuestro juicio, dada la configuración del derecho como un derecho individual con clara dimensión constitucional, que persigue la corresponsabilidad, deberían ser apreciadas en forma muy estricta por los Tribunales, no admitiéndose razones genéricas y claramente justificadas.

²⁸ Se establece que “1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

que a la par que flexible es el más garantista para una conciliación del trabajo y las necesidades familiares.

La extensión del derecho a la reducción de jornada por lactancia, ahora denominado permiso para el cuidado del lactante, a los dos progenitores constituye otra de las novedades del RDL 6/2019 (artículo 2. nueve y artículo 3.dos) en las que más claramente se aprecia la lógica de la corresponsabilidad. La modificación operada en el artículo 37.4 del TRLET y en el artículo 48.f) del EBEP para extender el derecho a los dos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro, supone un claro avance en la lógica de la corresponsabilidad coherente con las facilidades existentes para que la lactancia sea desarrollada por cualquiera de los dos sujetos con independencia de su sexo²⁹.

En este supuesto, la norma trata de favorecer el ejercicio corresponsable del derecho, no ya a través de fórmulas impositivas u obligatorias sino de incentivo, así se posibilita ampliar el periodo de disfrute más allá de los nueve meses hasta que el lactante cumpla doce meses cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan el derecho con la misma duración y régimen. En el caso de que se produzca esa equiparación en el disfrute y ejercicio del derecho, que deberá ser acreditada a través de una certificación de reducción de jornada por las empresas a desarrollar reglamentariamente, se producirá una paralela reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses. Esa reducción proporcional del salario que trata de evitar el impacto económico en las empresas de la extensión del derecho, se compensa con la creación de una nueva prestación para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante en los artículos 183 y ss. del TRLGS (artículo 4.ocho del RDL 6/2019)

Por último y para finalizar en lo que a la mejora de los derechos de conciliación, en clave de ejercicio corresponsable, se refiere debemos mencionar la extensión del derecho a ausentarse del trabajo por nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, a los dos progenitores y no a uno de los dos como ocurría hasta ahora (artículo 37.5 modificado por artículo 2.nueve del RDL 6/2019) y la ampliación del periodo de reserva del puesto de trabajo a 18 meses en la excedencia por cuidado de hijos cuando el derecho se ejerza por ambos progenitores con la misma duración y régimen (artículo 46.3 TRLET modificado por artículo 2.once del RDL 6/2019).

²⁹ La norma prevé también aquí que, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la empresa pueda limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Una limitación que deberá ser comunicada por escrito.

5. El nuevo artículo 34.8 del TRLET. Entre la adaptación de la ordenación del tiempo de trabajo y un más amplio derecho a la adaptación de la prestación de servicios por conciliación de la vida familiar y laboral

En la nueva redacción del artículo 34.8 del TRLET es donde encontramos uno de los aspectos más novedosos del RDL 6/2019 y que, a nuestro juicio, mayor incidencia podría tener en orden a garantizar una prestación de servicios que permita la atención de las necesidades familiares con respeto a la igualdad de trato y de oportunidades³⁰. Si hasta ahora la atención de esas necesidades ha pasado fundamentalmente por el establecimiento de sistemas de reducción de jornadas o de permisos, cabe esperar que la potenciación del mecanismo de la adaptación, convierta a éste en el cauce por el que se arbitren tiempos de trabajo y formas de prestación de servicios más conciliadoras sin los efectos nocivos de aquellos otros³¹.

³⁰ La nueva redacción del artículo 34.8 del TRLET es “[l]as personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora 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”.

³¹ La reducción de la jornada como mecanismo de conciliación provoca, por la detracción salarial que genera, un claro empobrecimiento de aquellos sujetos, mayoritariamente mujeres, que la ejercitan. Ese empobrecimiento es actual, pero se proyecta, por sus efectos en las pensiones, en el futuro. Por su parte, los permisos determinan una ausencia en el trabajo que suponen un menoscabo en el derecho a la ocupación efectiva del sujeto que lo ejercita, de nuevo las mujeres mayoritariamente, que puede incidir negativamente en los derechos promocionales y formativos. Por otra parte, no cabe despreciar el efecto de estímulo que una regulación más efectiva de este derecho a la adaptación individual puede tener para que la negociación arbitre, a modo preventivo, regímenes de jornada más conciliadores.

La reforma del artículo 34.8 del TRLET pretende dotar de efectividad a un derecho de adaptación que, en su formulación anterior, había sido fuertemente cuestionado por una interpretación que supeditaba, ya no sólo el ejercicio, sino la propia existencia del derecho a la regulación convencional³². La nueva redacción pretende garantizar la existencia del derecho a solicitar la adaptación reconociéndolo directamente a las personas trabajadoras que “*tienen derecho a solicitar las adaptaciones (...) para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*”, desvinculándolo en su existencia de una eventual regulación convencional. Ahora de manera clara, el papel de la negociación será la regulación de “*los términos de su ejercicio*”, que deberán acomodarse, “*a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo*”, pero sin efecto constitutivo alguno por cuanto el derecho a solicitar la adaptación emana directamente de la norma legal³³.

La segunda de las novedades que incorpora la nueva versión del artículo 34.8 del TRLET, y en la que de nuevo se aprecia la voluntad de reforzarlo, se refiere al propio objeto del derecho. Si anteriormente el precepto se ceñía a la duración y distribución de la jornada, ahora, además de incluir ese importantísimo ámbito material, incorpora “*la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia*”. El nuevo artículo 34.8 del TRLET amplía el objeto del derecho sobrepasando la ordenación de la jornada para referirse ahora, de forma un tanto

³² En ese sentido CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Comentario al artículo 34”, en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª ed. 2014, p. 403 o AGOTE EGUIZABAL, Ruben y ARLA CAPDEVILA, María, “Comentario al artículo 34. Jornada” en DEL REY GUANTER, Salvador (Director), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 3ª ed. Madrid, 2013, p. 721.

Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de junio de 2008 (RCUD 897/2007), indicó que “*si bien es cierto, que dicha Ley ha modificado el artículo 34 del E.T., en el sentido de introducir un apartado nuevo, el ocho, que establece el derecho del trabajador a adoptar la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, lo condiciona a los términos en que se establecerán en la negociación colectiva o en el acuerdo que se llegue con el empresario, respetando lo previsto en aquel acuerdo que no existe en el caso de autos; lo contrario sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador*”. Un posicionamiento que reitera la posterior STS de 19 de octubre de 2009 (RCUD 3910/2008).

³³ La anterior redacción podía generar más dudas al establecer que “[e]l 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”, no obstante, ya defendimos que el derecho surgía con la propia norma legal. Véase PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, “La concreción de la reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares. La judicialización de cuestión mal resuelta”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2009, p. 99 y ss. o, más recientemente, en “La ordenación del tiempo de trabajo desde una perspectiva de género”, en AA.VV., *La docencia del derecho con perspectiva de género*, Ed Dykinson, Madrid, 2018.

enigmática, a la “*forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia*”. Un redimensionamiento del ámbito material que cuestiona su ubicación sistemática, lógica en su genética como precepto referido a la adaptación del tiempo de trabajo, pero ahora superada.

Resulta claro que la adaptación, como antes, puede referirse a aspectos vinculados con la dimensión cuantitativa o cualitativa de la jornada. En el primero de los casos, como cauce alternativo a la reducción de la jornada regulada en el artículo 37 del TRLET, por ejemplo, para evitar las limitaciones en la concentración de la reducción que introdujo la reforma del 2012. En el segundo para postular la introducción de fórmulas de jornada continuada, horario flexible o determinadas formulas de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores. Más novedosa, e ilustrativa del “crecimiento” del derecho es la referencia a la posibilidad de solicitar la prestación de trabajo a distancia. La ley, ahora, posibilita que el trabajador/a, para hacer efectivo el derecho a la conciliación de su vida familiar, pueda solicitar el desarrollo de su prestación de servicios a distancia y ello, a nuestro juicio, tanto para aquellos supuestos en los que, por su intensidad, la adaptación implique un cambio en la modalidad contractual y, por ello, la aplicación del artículo 13 del TRLET (cuando la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este) como en aquellos otros en los que la adaptación no implique que preponderantemente se trabaje en el domicilio (por ejemplo, el trabajo a domicilio de dos días laborables y tres en el centro de trabajo).

Mayores dudas plantea la referencia a la posibilidad de solicitar adaptaciones “en la forma de prestación”. La ausencia de referencias normativas que doten de contenido a este concepto obligan a interpretarlo en un sentido amplio, comprensivo del conjunto de condiciones en que se desarrolla la prestación de servicios. Así, una interpretación literal del mismo, como el “*modo o manera en que se hace o en que ocurre algo*” o el “*modo o manera de estar organizado algo*”³⁴ y funcional a la teleología del mismo, permitir la conciliación de la vida familiar, obliga a nuestro juicio, a efectuar una interpretación amplia por cuanto la dimensión constitucional, en palabras de la STC 3/2007, de 15 de enero, “*de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (artículo 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no*

³⁴ Acepciones segunda y tercera del *Diccionario de la lengua española*, Real Academia española, 23ª ed. 2014, Madrid.

contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego". Una interpretación amplia que permitiría, de esta forma, amparar, por ejemplo, solicitudes de cambio de centro de trabajo cuando ello fuese razonable y proporcionado *"en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa"*.

Aunque la norma pretende reforzar el derecho a la adaptación, no estamos ante un derecho absoluto, sino que condicionado en su ejercicio. Así, en primer lugar, debe tenerse en consideración que la ley reconoce el derecho a solicitar las adaptaciones, no a la adaptación. Su efectividad dependerá del cumplimiento de las condiciones que se establezcan en la regulación convencional, en su defecto, del resultado del proceso de negociación que la ley instituye entre el empresario y el trabajador/a solicitante y, en último término, en caso de desacuerdo, de la decisión judicial.

En segundo lugar, se trata de un derecho subordinado a la consecución o efectividad de la conciliación de la vida familiar y laboral. Corresponderá al trabajador/a acreditar que la adaptación es necesaria para hacer efectiva la conciliación, exigiéndose, adicionalmente, que las adaptaciones solicitadas *"deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa"*. Un juicio de razonabilidad y proporcionalidad que, en última instancia, deberá realizar el juez a la luz de las alegaciones realizadas por las partes durante el previo proceso de negociación³⁵.

Debe notarse que a diferencia de lo que ocurría en la anterior versión, donde la adaptación se podía solicitar para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, ahora se elimina la referencia a la vida personal para mantenerse exclusivamente la vida familiar. De esta forma, con la nueva regulación, la atención de necesidades personales como pudieran ser las de tipo formativo o educativo deberá canalizarse por otras vías, como las más específicas del artículo 23 del TRLET o por lo que pudieran prever los convenios colectivos.

Mayores críticas suscita el segundo párrafo, cuando establece que *"[e]n el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha*

³⁵ Resulta necesario recalcar que el carácter instrumental del derecho a la adaptación a la conciliación de la vida familiar nos sitúa, en palabras de la STC 3/2007, de 15 de enero y de la STC 26/2011, de 14 de marzo, ante un derecho cuya dimensión constitucional *"ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa"*.

solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años”. Dos interpretaciones resultan posibles. Una primera, minimalista, que reduciría el derecho a solicitar las adaptaciones exclusivamente al supuesto de que se tengan hijos o hijas menores de 12 años, otra en la que, sin limitar el derecho a esa hipótesis, limitaría su ejercicio en el escenario de que la adaptación se solicite para el cuidado de hijos. La interpretación minimalista resulta, a nuestro juicio, contraria, a la interpretación literal del precepto y a sus antecedentes legislativos. El párrafo primero del artículo 34.8 TRLET al caracterizar el derecho, configurando su contenido y fundamento, se refiere genéricamente a la atención del derecho a la conciliación de la vida familiar y lo refiere a unas genéricas “*necesidades de la persona trabajadora*”, no al cuidado de hijos. Asimismo, la fórmula circunstancial empleada para dar inicio al párrafo segundo, “*en el caso de que tengan hijos o hijas*”, circunscribe su regulación a esa concreta hipótesis no al resto de supuestos.

Una atención a la conciliación de la vida familiar, sin limitación al cuidado de hijos, que tampoco aparecía en la versión anterior del artículo 34.8 TRLET y que resultaría contradictoria con la voluntad expresada por el legislador, en la exposición de motivos de la norma, de que la reforma de TRLET plantea resumidamente “*remarcar el derecho de los trabajadores a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”.

La segunda de las interpretaciones posibles, basada en una exegesis literal de la norma conforme a la cual la adaptación para el cuidado de hijos o hijas sólo resultaría posible hasta que éstos cumplan los doce años, es igualmente insatisfactoria, por cuanto resultaría incoherente con la posibilidad de solicitar la adaptación para la atención o cuidado de otros familiares que el precepto no condiciona a ningún otro requisito que el genérico de que sea razonable y proporcionado en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. Resultaría del todo conveniente una mejora de la redacción legal que podría pasar por la incorporación de una regla que facilitase la acreditación de la necesidad de conciliación en los supuestos del cuidado directo de hijos e hijas menores de 12 años.

Sin duda, una de las novedades más interesantes del precepto, es la juridificación que opera del proceso de negociación que deberá de abrirse entre la empresa y el trabajador/a que solicite la adaptación. Un proceso de negociación que, aunque la ley parece condicionarlo a la ausencia de regulación en el convenio colectivo, creemos necesario o, cuando menos conveniente, que se abra siempre con la única excepción, seguramente absolutamente infrecuente, en la que el convenio reconozca de manera incondicionada y automática el ejercicio del derecho. La ley configura un proceso de negociación individual que se desarrolla entre la empresa y la persona trabajadora durante un periodo máximo de 30 días. A salvo de las críticas que merece la estipulación de un plazo tan amplio, duplica los 15 días previstos para la modificación

sustancial del artículo 41 TRLET, creemos que el carácter individual no habría de impedir que el/la solicitante pudiera recabar la participación de la representación de los trabajadores. Y si bien la ley no ha prescrito expresamente el deber de negociar en buena fe, como seguramente hubiera sido recomendable, sí que ha positivizado algunas de sus expresiones clásicas como el deber de contestar motivadamente y por escrito las solicitudes de la contraparte.

Por último, hay que destacar que el precepto establece que la persona trabajadora tendrá “derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto”. Ha de notarse, al respecto, que el precepto se refiere a un derecho a solicitar el regreso y que el mismo se refiere a la jornada o modalidad contractual. Seguramente hubiese sido conveniente que se hubiera referido a las anteriores condiciones de trabajo y que se hubiese garantizado expresamente un derecho a la reincorporación si se quiere con un plazo de preaviso³⁶.

6. Bibliografía

AGOTE EGUIZABAL, Ruben y ARLA CAPDEVILA, María, “Comentario al artículo 34. Jornada” en DEL REY GUANTER, Salvador (Director), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 3ª ed. Madrid, 2013

BALLESTER PASTOR, Maria Amparo, “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 5, nº 2, 2019 (disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS>).

BALLESTER PASTOR, Maria Amparo: “El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada. Lo que dice y lo que quiere decir la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto Porras Guisado”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 45, 2018.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Comentario al artículo 34”, en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª ed. 2014.

PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, “La concreción de la reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares. La judicialización de cuestión mal resuelta”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2009.

³⁶ Debe subrayarse que el legislador, en la reforma de los artículos 53.4.b) y 55.5.b) del TRLET, no ha incluido a las personas trabajadoras que estuviesen disfrutando de este derecho a la adaptación dentro de los colectivos protegidos por la nulidad automática del despido.

PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, “La ordenación del tiempo de trabajo desde una perspectiva de género”, en AA.VV., *La docencia del derecho con perspectiva de género*, Ed Dykinson, Madrid, 2018.

ROJO TORRECILLA, Eduardo: “[v]olvamos a hablar de las relaciones laborales y qué hay que cambiar. Examen de propuestas y documentos europeos, internacionales y españoles (a partir de la Moción aprobada el 14 de noviembre por el Congreso)”, en el Blog del mismo autor, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* (disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/volvamos-hablar-de-las-relaciones.html>).

Fecha recepción: 30.4.2019

Fecha aceptación: 3.5.2019