

EL NUEVO MARCO JURÍDICO DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158  
EN RELACIÓN CON LA ADAPTACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO  
A LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES Y FAMILIARES  
DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

NEW LEGAL FRAMEWORK OF DIRECTIVE (UE) 2019/1158 IN  
RELATION TO THE ADAPTATION OF WORKING TIME TO  
PERSONAL AND FAMILY CIRCUMSTANCES OF WORKERS\*

Juan Molins García-Atance\*\*  
Tribunal Supremo

**SUMARIO:** I. Permisos finalistas y derecho a solicitar medidas de trabajo flexible. –II. Contenido del derecho a solicitar medidas de trabajo flexible; 1. Atender o responder a la solicitud; 2. Negociación de buena fe y ponderación de intereses; A) Negociación de buena fe; B) Ponderación de los intereses de las dos partes contractuales. –III. Trabajadores que pueden solicitar estas medidas: concepto de trabajador. –IV. Familiares y cuidadores. –V. Fórmulas de trabajo flexible: el teletrabajo. –VI. Trabajadores especialmente protegidos. –VII. Modalidad procesal del art. 139 LRJS.

---

RESUMEN

*La Directiva (UE) 2019/1158 regula permisos finalistas y el derecho a solicitar medidas de trabajo flexible. Hay que precisar el contenido del derecho a solicitar medidas de trabajo flexible, el concepto de trabajador en esa directiva, así como quiénes son los familiares y cuidadores que permiten el ejercicio de este derecho. Se debe determinar su alcance respecto de los trabajadores especialmente protegidos y la problemática en relación con la modalidad procesal de ejercicio de este derecho.*

ABSTRACT

*Directive (UE) 2019/1158 regulates finalist permits and flexible work measures. It is necessary to specify the content of the right to request flexible work measures, the concept of worker in that directive, and who are the family members and caregivers who allow the exercise of this right. Its scope must be determined with respect to specially protected workers and the problem in relation to the procedural modality.*

**Palabras clave:** igualdad de género, conciliación, medidas de trabajo flexible.

**Key words:** gender equality, work-life balance, flexible work measures.

---

\*Recibido el 13 de marzo de 2021. Aprobado el 27 de abril de 2021.

Este artículo se basa en la ponencia presentada en la VII Jornada de Derecho Social de la UE Europea, con la colaboración de AEDEUR, AEDTSS y ASNALA, celebrada on line el 6 de noviembre de 2020.

\*\* Magistrado del Tribunal Supremo.

## I. PERMISOS FINALISTAS Y DERECHO A SOLICITAR MEDIDAS DE TRABAJO FLEXIBLE

El Pilar Europeo de Derechos Sociales recoge el «*Equilibrio entre vida profesional y vida privada*», reconociendo a los padres y a las personas con responsabilidades asistenciales el derecho a permisos adecuados, flexibilidad laboral y servicios de asistencia. Además, establece que las mujeres y los hombres tienen igualdad de acceso a permisos asistenciales.

La Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, persigue dos objetivos. Su art. 1 explica su objeto: «*establece requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional.*»

Por consiguiente, persigue dos finalidades distintas: conseguir la igualdad laboral de hombres y mujeres, así como la conciliación familiar y profesional de los progenitores y cuidadores. Parte de la doctrina científica sostiene que esta directiva ha perdido la oportunidad de unificar el marco normativo de la conciliación con una perspectiva de género comprometida<sup>1</sup>.

Esta directiva contiene dos regulaciones diferenciadas:

1) Sus arts. 4, 5, 6 y 7 reconocen el derecho del trabajador a unos permisos finalistas: de paternidad, parental, para cuidadores de convivientes y de ausencia de trabajo por causa de fuerza mayor.

La reciente STS de 5 de febrero de 2021, recurso 2102/2018, niega que la regulación de la excedencia por cuidado de hijos y por cuidado de familiares del art. 46.3 del ET plantee problema alguno de compatibilidad con la Directiva 2019/1158, que se relaciona más bien con las causas de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo y causas similares del art. 48.4 y concordantes del ET.

2) Por el contrario, su art. 9 solamente reconoce «*el derecho del trabajador a solicitar*» una medida de trabajo flexible. No reconoce el derecho al trabajo flexible sino a solicitarlo, lo que suscita la duda de cuál es el contenido real de ese derecho. Parte de la doctrina científica sostiene que «*se trata literalmente de un “derecho a solicitar”, por tanto, podría interpretarse como una mera expectativa de derecho*». <sup>2</sup> Es un derecho abierto que atribuye a los trabajadores facultades de concreción de su alcance. Se ha usado la terminología «derechos de conciliación de textura abierta»<sup>3</sup>.

En el mismo sentido, el art. 34.8 del ET reconoce el «*derecho a solicitar*» medidas de trabajo flexible. Se ha afirmado que el art. 34.8 del ET establece un derecho de alcance más amplio, aunque de una menor intensidad, mientras el art. 37.6 del ET establece un derecho de alcance más reducido, aunque de una mayor intensidad<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M.: «Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la directiva (UE) 2019/1158», *Revista Derecho Social y Empresa*, número 12, 2020, p. 7.

<sup>2</sup> RECHE TELLO, N.: «La nueva directiva de conciliación de los progenitores y los cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?», *Revista de Derecho Social*, n.º 89, p. 85.

<sup>3</sup> LOUSADA AROCHENA, F.: «Reducción de jornada y adaptación del trabajo por motivos de conciliación en la doctrina judicial», *Trabajo y Derecho*, n.º 70, 2020, versión *on line*.

<sup>4</sup> LOUSADA AROCHENA, F.: «Reducción de jornada...», *ob. cit.*, versión *on line*.

## II. CONTENIDO DEL DERECHO A SOLICITAR MEDIDAS DE TRABAJO FLEXIBLE

### 1. Atender o responder a la solicitud

Es necesario precisar el alcance del derecho a solicitar medidas de trabajo flexible. Un problema estructural que perjudica la seguridad jurídica radica en que la UE tiene 24 idiomas oficiales. Todas las directivas (y las sentencias de los Tribunales de la UE) se publican en 24 idiomas distintos, sin jerarquía alguna. Como es imposible que las traducciones sean exactas, en la práctica puede haber 24 versiones igualmente válidas de cada norma. En el caso de las sentencias del TJUE, al menos hay una lengua de cada procedimiento, razón por la cual resulta recomendable examinar la versión original de la sentencia en la lengua del procedimiento.

En el caso de las normas de la UE no es así. No hay una versión lingüística original.

La versión en español del art. 9 de esta Directiva 2019/1158 dice: «*los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes*».

La palabra «atender» es ambigua. El diccionario de la RAE explica que el verbo «atender» significa:

- 1) Como verbo transitivo: «Acoger favorablemente».
- 2) Como verbo intransitivo: «Tener en cuenta algo».

No ofrece duda que en esa frase se trata de un uso transitivo. El tenor literal indica que el empleador estudiará y acogerá la pretensión de trabajo flexible, teniendo en cuenta sus necesidades y la de los trabajadores.

En cambio, la versión en inglés dice: «*Employers shall consider and respond*». En inglés, el empleador solo debe considerar y responder a la petición.

La versión en francés obliga a que «*les employers repond*».

La versión que solo obliga a examinar y responder es mayoritaria. Por ejemplo, en italiano se usa el término «*rispondono*».

Si en las lenguas inglesa, francesa e italiana se usa el verbo «*to respond*», «*répond*» y «*rispondere*», de raíz latina, existiendo en español el verbo «responder», en aras a la seguridad jurídica hubiera sido deseable que la versión española, con igual valor jurídica que aquellas, hubiera usado el verbo «responder» y no «atender».

Cuando se produce una divergencia entre las diferentes traducciones de una norma de la UE el TJUE sostiene que dicha divergencia debe resolverse comparando las versiones lingüísticas. Así se ha pronunciado, por ejemplo, la STJUE de 9 de julio de 2020, C-81/19, caso Banca Transilvania.

Ante la existencia de divergencias entre la versión en idioma español de esa directiva y en inglés, francés e italiano, se debe interpretar el verbo «atender» en el sentido de «responder» a la solicitud.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup>Otra errata de la versión española de la Directiva (UE) 2019/1158 está en su art. 12.1. En él se prohíbe el despido por haber solicitado o disfrutado el trabajador del «*tiempo de ausencia del trabajo previsto en el art. 9*». La ausencia del trabajo está regulada en el art. 7, no en el art. 9. Este art. 12.1 se refiere a las fórmulas de trabajo flexible del art. 9. Así aparece en la versión en otros idiomas de ese precepto.

El art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1158 reconoce el derecho del trabajador a solicitar la medida de trabajo flexible y el empleador, en un plazo razonable, debe estudiar y responder la solicitud, teniendo en cuenta las necesidades de ambas partes contractuales. Si la deniega o aplaza deberá justificarlo.

## **2. Negociación de buena fe y ponderación de intereses**

### *A) Negociación de buena fe*

El empleador y el trabajador deben negociar de buena fe. La doctrina jurisprudencial ha desarrollado el alcance de la buena fe negocial en relación con los convenios colectivos, los despidos colectivos y la flexibilidad interna colectiva.

El art. 139.1.a), párrafo 3.º LRJS dispone:

*«El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio».*

Tanto en la negociación previa como en el proceso, el trabajador debe efectuar una propuesta razonada, motivando por qué solicita la flexibilidad laboral, y la empresa debe responder razonadamente, motivando por qué la deniega y exponiendo su contrapropuesta, en su caso.

La STS de 20 de julio de 2000, recurso 3799/1999, que enjuició una reducción de jornada del art. 37.5 del ET, negó el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste porque en la primera concurrió: *«la probada buena fe de la trabajadora [...] Y, finalmente, un principio de ausencia de buena fe de la empleadora»*. Por consiguiente, la buena fe negocial es un elemento determinante.

La STSJ de Aragón de 19 de enero de 2021, recurso 637/2020, interpreta el art. 34 .8 del ET en el sentido siguiente:

*«– la importancia de que se produzca un proceso negociador entre empresa y trabajador, y que la negociación sea efectiva, proponiéndose alternativas [...]*

*– que las partes se esfuercen en justificar los motivos que fundamentan su posición, así como los perjuicios que padecerían si no se aceptara su propuesta.*

*– que las alternativas sean motivadas, en el sentido de razonables y satisfactorias.*

*– que la eventual negativa de la empresa sea igualmente motivada, en el sentido de objetivamente razonada [...] debe exigirse una ponderación de los derechos fundamentales en conflicto y encontrar criterios practicables que permitan la conciliación de las medidas de compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores y las necesidades empresariales, atendiendo a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y evitando su restricción injustificada y desproporcional».*

### *B) Ponderación de los intereses de las dos partes contractuales*

Deben ponderarse *«las necesidades de ambas partes contractuales»*.

Como explica parte de la doctrina científica, se trata de una flexibilidad pro operario, no a favor de la empresa. Pero el hecho de que la empresa y el trabajador persigan fines distintos no significa que sean fines necesariamente contrapuestos. Se trata de buscar la mayor productividad con la mayor conciliación posible.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> LOUSADA AROCHENA, F.: «Reducción de jornada...», ob. cit., versión *on line*.

No es una «prestación a la carta».<sup>7</sup> Son adaptaciones que deben ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades del trabajador (es decir, deben servir a la finalidad de conciliación y estar limitadas temporalmente mientras ella subsista) y también con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. No se le puede exigir a la empresa aquello que sea irrazonable o desproporcionado valorado conforme a criterios empresariales de carácter económico, técnico, organizativo o de producción.<sup>8</sup> El empleador no está obligado a aceptar un trabajo sin valor económico.

La citada STS de 20 de julio de 2000, argumentó: «en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 del ET, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 CE que establece la protección a la familia y a la infancia). Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa».

Si la doctrina jurisprudencial llegó a la conclusión de que el art. 37.5 del ET debe interpretarse en el sentido de que la finalidad de protección a la familia y a la infancia debe prevalecer en las dudas interpretativas referentes a la reducción de jornada por conciliación, el mismo criterio deberá aplicarse en relación con los permisos finalistas y la flexibilidad laboral de esta Directiva 2019/1158.

La STC 26/2011 explica «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), debe prevalecer y servir de orientación para la solución 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».

Las STSJ de Galicia de 5 de diciembre de 2019, recurso 5209/2019 y 13 de noviembre de 2020, recurso 2415/2020, sostienen que el «art. 34.8 del ET se integra en el derecho fundamental a la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. No quiere decir que sea un derecho absoluto, pero sí que sus limitaciones en función del interés empresarial solo son admisibles en atención a un triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por ello, la actitud silente de la empresa ante la solicitud de la persona trabajadora debe entenderse como una vulneración de derechos fundamentales».

El ejercicio de la flexibilidad laboral del art. 9 puede afectar a otros trabajadores, en particular en las pequeñas empresas. Por ejemplo, así sucedería en el caso de un empleador que tiene una tienda con solo dos trabajadores, uno en turno de mañana y otro en turno de tarde, en caso de que el trabajador con el turno vespertino solicite su cambio al turno matutino por razones de conciliación. En principio, la empresa no está obligada a contratar a nuevos trabajadores si dispone de empleados suficientes. En consecuencia, ello puede suponer que el otro trabajador deba modificar su turno.

Desde esa perspectiva habría que diferenciar entre las medidas de flexibilidad laboral que no afectan a otros trabajadores, como el teletrabajo, en las que únicamente hay que ponderar los intereses del trabajador y del empleador; y las medidas de flexibilidad laboral que sí que afectan a otros trabajadores de la empresa.

<sup>7</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 441, 2019.

<sup>8</sup> LOUSADA AROCHENA, F.: «Reducción de jornada...», ob. cit., versión *on line*.

### III. TRABAJADORES QUE PUEDEN SOLICITAR ESTAS MEDIDAS: CONCEPTO DE TRABAJADOR

El art. 2 de esta Directiva (UE) 2019/1158 incurre en una cierta contradicción porque dispone:

*«La presente Directiva (UE) 2019/1158 se aplicará a todos los trabajadores [...] que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral tal que definida en la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia».*

Esa norma en primer lugar se remite, en cuanto al concepto de trabajador (que es esencial para concretar su ámbito de aplicación) a la normativa de cada Estado miembro de la UE. En consecuencia, deberíamos aplicar el art. 1.1 del ET. Pero a continuación añade que debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del TJUE.

El considerando 17 de esta Directiva (UE) 2019/1158 explica que, al transponerla, compete a los Estados miembros definir los contratos de trabajo teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE.

El Derecho de la UE Europea no define al trabajador. Se trata de una construcción del TJUE, quien ha instaurado un concepto unitario de trabajador afirmando que deben concurrir tres criterios acumulativos: dependencia, remuneración y actividad económica.

El concepto de trabajador del TJUE no coincide con el del Derecho interno. Un problema del Derecho de la UE es que utiliza los mismos conceptos jurídicos que el Derecho nacional, pero en algunas ocasiones les atribuye un significado distinto del que tienen en el Derecho de cada uno de sus Estados miembros.

Así, el TJUE ha considerado trabajador a efectos del Derecho de la UE: 1) a determinados funcionarios públicos (sentencia Lawrie-Blum); 2) un miembro de la dirección de una sociedad de capital que ejerce su actividad bajo la dirección y control de otro órgano societario, a efectos de los límites numéricos de los despidos colectivos (sentencia Balkaya); 3) quien realiza un trabajo en prácticas sin percibir una retribución del empresario pero sí una ayuda económica del organismo público de fomento de empleo, a los mismos efectos (sentencia Balkaya); 4) a un director y administrador de una sociedad, a efectos de la competencia judicial internacional (sentencia Holterman)...

Son «trabajadores no trabajadores». Es decir, son trabajadores a efectos del Derecho de la UE y no trabajadores a efectos del Derecho interno. La duda afecta al ámbito de aplicación de esta Directiva (UE) 2019/1158. Deben rechazarse interpretaciones que permitan la trasposición de la Directiva al Derecho interno utilizando un concepto restrictivo de trabajador.<sup>9</sup>

### IV. FAMILIARES Y CUIDADORES

Esta Directiva (UE) 2019/1158 menciona en su título: *«la conciliación de la vida familiar y la vida profesional»*. Se trata de una conciliación con la finalidad de atender las necesidades de un tercero: en principio, un familiar. Sin embargo, posteriormente reconoce diversos derechos a favor de los cuidadores que no se ocupan de familiares. El art. 9 reconoce el derecho al trabajo flexible a favor de los trabajadores *«con hijos de hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años, y los cuidadores»*.

El art. 3.1.d) de esta Directiva (UE) 2019/1158 define al *«cuidador»* como al *«trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave»*.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M.: «Conciliación de responsabilidades...», ob. cit., p. 11.

Se incluyen personas que no están unidas al trabajador por un vínculo de parentesco pero viven en su hogar. Por consiguiente, entre las personas que permiten que un trabajador pueda solicitar el trabajo flexible se incluyen:

1.º) Hijos hasta una determinada edad.

2.º) Familiares. El tenor literal es: «*familiar o persona que viva en el mismo hogar*». Por ejemplo, un trabajador cuyo progenitor vive solo en su propio domicilio pero debido a su avanzada edad y problemas médicos, el hijo debe ir todos los días a asearlo, preparar la comida... En tal caso, el trabajador tendrá derecho a la flexibilidad laboral aunque no viva con él.

3.º) Convivientes. Son personas que, aunque no tengan relación de parentesco con el cuidador, viven en el mismo hogar familiar y precisan de su cuidado. Un trabajador que acoge en su domicilio a un amigo en situación de necesidad y le proporciona cuidados, puede solicitar dicha flexibilidad laboral aunque no tenga parentesco alguno, ni integre una pareja de hecho.

La diferencia es que si se trata de un hijo menor de ocho años o un familiar no es necesario que viva en el mismo domicilio que el trabajador. Por ejemplo, un trabajador separado o divorciado con un hijo menor de ocho años cuya guarda y custodia esté atribuida al otro progenitor pero que tenga obligaciones en relación con el menor (llevarlo al colegio, recogerlo y ocuparse de él a la salida del centro escolar...) podría solicitar dicha flexibilidad laboral.

## V. FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE: EL TELETRABAJO

La expresión «fórmulas de trabajo flexible» es amplísima. Hay medidas de flexibilidad que ahora mismo no podemos ni imaginar y que se propondrán en el futuro. El límite es que no se vulneren normas de Derecho necesario.

El art. 34.8 del ET:

1) Intenta enumerar todas las formas de conciliación posible: «*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*».

2) No precisa cuándo se podrán solicitar dichas medidas.

Por el contrario, el art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1158:

1.º) Utiliza la expresión «fórmulas de trabajo flexible». El art. 3.1.f) de esta directiva precisa el alcance de este concepto jurídico: «*la posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo.*» Ese precepto enumera la flexibilidad laboral relativa: a) al lugar de trabajo, b) horario y c) jornada.

2.º) Establece cuándo se podrán acordar: cuando haya obligaciones de cuidado de hijos menores, familiares y convivientes que necesiten asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave.

Una fórmula de trabajo flexible que se ha visto potenciada por la pandemia ha sido el teletrabajo. Hay que diferenciar:

1.º) El teletrabajo debido al COVID-19 del RDL 8/2020. Su art. 5 establecía el carácter preferente del trabajo a distancia.

2.º) El teletrabajo regulado en el RDL 28/2020. Es voluntario y reversible para ambas partes. La STSJ Madrid 30-9-1999 asimila a la presencia física, la presencia virtual del trabajador.

3.º) El teletrabajo como medida de trabajo flexible al amparo del art. 34.8 del ET. Ese precepto no menciona expresamente el teletrabajo pero sí «la prestación de su trabajo a distancia». No es voluntario ni reversible para ambas partes. Se acuerda a solicitud del trabajador y mientras subsista la necesidad del trabajador relativa a la conciliación laboral y familiar.

El art. 34.8 del ET y el art. 9 de esta Directiva (UE) 2019/1158 contienen menciones genéricas a medidas de flexibilidad laboral, lo que permite incluir el trabajo a distancia y el teletrabajo. El RDL 28/2020 deberá aplicarse a dicho teletrabajo en la medida en que sea compatible. No podrá aplicarse en cuanto a la voluntariedad del teletrabajo, que puede imponerse al empleador, aunque este no quiera, cuando sea necesario para la conciliación familiar del trabajador y no cause un perjuicio a la empresa. Pero muchas normas del RDL 28/2020 sí que serán aplicables:

- Las normas que regulan el acuerdo de trabajo a distancia.
- El art. 4, que regula la igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación...

## VI. TRABAJADORES ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

Un factor decisivo de las relaciones laborales es la «estabilidad impropia»: la posibilidad que tiene el empleador de despedir a un trabajador y, aunque el despido se declare improcedente, optar por la extinción indemnizada del contrato de trabajo en la mayoría de los casos. Por el contrario, los «trabajadores especialmente protegidos» gozan de estabilidad propia.

El art. 11 de esta Directiva (UE) 2019/1158 prohíbe la discriminación por el ejercicio de estos derechos y el art. 12 regula la protección contra el despido y la carga de la prueba. Parte de la doctrina científica sostiene que esta directiva se resiste a reconocer que una discriminación por razón de ejercicio de derechos de conciliación constituya una discriminación por razón de sexo o siquiera una discriminación por causa autónoma.<sup>10</sup>

Los arts. 11 y 12 de esta Directiva (UE) 2019/1158 establecen niveles de protección distinta:

1.º) La prohibición de discriminación beneficia a todos los trabajadores que han ejercido los derechos de los arts. 4, 5, 6, 7 y 9.

2.º) La prohibición de despido solo afecta a los permisos de los arts. 4, 5 y 6 y al trabajo flexible del art. 9 (hay una errata en la traducción). Queda fuera de la protección el derecho del art. 7 (la ausencia del trabajo).

3.º) La obligación del empleador de proporcionar por escrito los motivos del despido y de que se invierta la carga de la prueba solo se aplica a los derechos de los arts. 4, 5 y 6, es decir, los permisos de paternidad, parental y para cuidadores.

Surge la duda de si esos preceptos exigen que se declare nulo *ope legis* el despido de los trabajadores que han solicitado o están disfrutando de la conciliación prevista en el art. 9 de esta Directiva (UE) 2019/1158, a menos que el despido deba declararse procedente.

Parte de la doctrina científica ha interpretado esa directiva en el sentido de que la genérica obligación de los Estados miembros de establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias frente a las infracciones de las disposiciones nacionales de trasposición de la Directiva recogida en el art. 13 debería obligar a que, en estos casos, el despido sea procedente o nulo<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> BALLESTER PASTOR, M. A.: «De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 11, 2019, p. 1112.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M.: «Conciliación de responsabilidades...», ob. cit., p. 28.

En sentido contrario, se ha afirmado que esa directiva no obliga a que la consecuencia de un despido sin causa que recaiga en alguna persona que ejerce sus derechos de conciliación sea forzosamente la nulidad del mismo, aunque se ha criticado la infraprotección injustificada de los sujetos que solicitan trabajo flexible en comparación con aquellos que solicitan un permiso parental y que sí que están protegidos con la calificación de nulidad del despido sin causa.<sup>12</sup>

*De lege data* hay que diferenciar. Si un trabajador ejercita su derecho del art. 34.8 del ET y a continuación es despedido, se tratará de un despido discriminatorio que se declarará nulo.

Pero un supuesto distinto sería el de un trabajador que lleva años disfrutando de una flexibilidad laboral amparada en el art. 34.8 y la empresa procede a despedir a todos los trabajadores de su departamento por causas objetivas. Pero finalmente la carta de despido está redactada defectuosamente, por lo que el despido debería declararse improcedente, salvo para los trabajadores especialmente protegidos.

Los arts. 53.4 y 55.5 del ET regulan las causas de despido nulo en los despidos objetivo y disciplinario. En ambos se considera nulo el despido «*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*».

Aunque esas normas mencionan los permisos del art. 37.6 del ET, este precepto no regula un permiso sino una reducción de jornada. Se trata de un error material. El trabajador que solicita o disfruta de la reducción de jornada prevista en el art. 37.6 del ET goza de protección contra el despido. En ese sentido se ha pronunciado la STS de 20-1-2015, recurso 2415/2013.

Los arts. 53.4 y 55.5 del ET mencionan expresamente el art. 37 pero omiten el art. 34.8 del ET.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, añadió los apartados 4, 5 y 6 al art. 37 del ET. Asimismo, reformó los arts. 53 y 55, incluyendo dichos supuestos entre los que determinaban la nulidad del despido.

Posteriormente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introdujo un apartado 8 en el art. 34 del ET. Y dicha norma reformó los arts. 53 y 55 del ET en cuanto a las causas de nulidad de los despidos. Pero no incluyó entre ellos el supuesto del art. 34.8 del ET. Se trata de una norma que expresamente incluye la conciliación familiar y laboral del art. 37.4 a 6 del ET dentro de los supuestos de nulidad del despido y que omite toda mención a la conciliación del art. 34.8 del ET, introducida por la misma norma laboral.

La *voluntas legislatoris* parece clara: si el legislador de 2007 hubiera querido extender a la conciliación del art. 34.8 las garantías que ya existían para la conciliación del art. 37.4 a 6, así lo hubiera acordado. Y no lo hizo.

Parte de la doctrina científica sostiene que la protección contra el despido sin causa establecida en el art. 12 de esta directiva no tiene el mismo alcance que la protección establecida en el art. 10 de la Directiva 92/85 de maternidad para los casos en que la trabajadora embarazada o en situación de parto reciente o maternidad fuera despedida. Este último precepto también establece la prohibición del despido sin causa, pero la justificación solo cabe «en los casos excepcionales no inherentes a su estado». Por tanto, el despido de trabajadora embarazada o en situación de maternidad solo puede quedar justificado por causas excepcionales. Por el contrario, en el caso del despido de persona ejerciente de derechos de conciliación basta con que el despido tenga una justificación cualquiera, siempre y cuando sea diferente del ejercicio de tales derechos.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> BALLESTER PASTOR, M. A.: «De los permisos...», ob. cit., p. 1132.

<sup>13</sup> BALLESTER PASTOR, M. A.: «De los permisos...», ob. cit., p. 1131.

En el mismo sentido, se ha argumentado que se trata de una garantía que no viene necesariamente exigida por la normativa de la UE (art. 12 Directiva (UE) 2019/1158), por lo que, mientras el legislador no haga mención explícita a que la nulidad objetiva alcanza al ejercicio del derecho previsto en el art. 34.8 ET, no resultaría viable aplicar en tales casos esta protección adicional<sup>14</sup>.

En caso de que se interpretasen los arts. 53.4 y 55.5 del ET en el sentido de que se incluye como supuesto de nulidad ex lege del despido la conciliación del art. 9 de esta Directiva 2019/1158 o en el futuro se realizase una reforma legal en dicho sentido, de forma que los trabajadores que disfruten de la flexibilidad laboral del art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1158 también ostenten la condición de trabajadores especialmente protegidos, se suscitará la duda interpretativa del alcance de dicha protección en relación con el teletrabajo.

Ahora mismo hay teletrabajadores por decisión voluntaria del empleado y la empresa, al amparo del RDL 28/2020, y teletrabajadores amparados en el art. 34.8 del ET. Estos últimos se encuentran en situación de teletrabajo a petición del empleado cuando concurre la necesidad de conciliación laboral y familiar. Los primeros no tendrían la condición de trabajadores especialmente protegidos y los segundos sí.

La misma situación (teletrabajador que tiene hijos menores o personas mayores a su cargo) podría generar una protección muy distinta en función del móvil.

Por ejemplo: una empresa tiene diez teletrabajadores, todos ellos con hijos menores o personas mayores a su cargo. Cinco de ellos acuerdan el teletrabajo al amparo del RDL 28/2020 y cinco al amparo del art. 34.8 del ET, como medida de conciliación de la vida laboral y familiar. Cuando llevan varios años teletrabajando, lo que excluye que sea una represalia discriminatoria, la empresa despide a los diez trabajadores por causas objetivas. Pero debido a la deficiente redacción de la carta de despido (o a cualquier otro motivo formal o de fondo) el despido no es procedente. Los cinco trabajadores que accedieron al teletrabajo al amparo del art. 34.8 del ET ostentarían la condición de trabajadores especialmente protegidos y el despido se declararía nulo. El problema serían los otros cinco. También tienen menores o ancianos a su cargo. Pero en el acuerdo de teletrabajo no se ha mencionado que se trate de una medida de conciliación de la vida laboral y familiar. La duda es si su despido sería nulo o improcedente.

Si finalmente se llegase a la conclusión de que todos los teletrabajadores que tienen hijos menores o personas mayores a su cargo en realidad acceden al teletrabajo como medida de conciliación laboral y familiar, aunque no esté recogido expresamente en el acuerdo de teletrabajo, pasando a ser trabajadores especialmente protegidos, la consecuencia sería que los empresarios tendrían un desincentivo para aceptar el teletrabajo, aunque pueda favorecer la competitividad de la empresa, en la medida en que convertiría a sus empleados en trabajadores especialmente protegidos.

## VII. MODALIDAD PROCESAL DEL ART. 139 LRJS

Se trata de una modalidad procesal que finaliza con una sentencia excluida del recurso de suplicación por razones de celeridad y eficacia. El problema de excluir la suplicación es que ello también impide el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina, lo que imposibilita el dictado de doctrina jurisprudencial que unifique la interpretación de estas normas.

<sup>14</sup> GARCÍA RUBIO, M. A.: «Despido por causas empresariales y conciliación familiar: garantías de las personas trabajadoras a la luz de la actual normativa y jurisprudencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 236, 2020, versión on line, quien cita a favor de dichas tesis las sentencias del TSJ de Andalucía/Sevilla de 5 de diciembre de 2018, rec. 3605/2017; País Vasco de 5 de febrero de 2019, rec. 74/2019; Madrid de 18 de mayo de 2020, rec. 1308/2019; Cataluña de 6 de junio de 2019, rec. 371/2019; y de 27 de mayo de 2020, rec. 5542/2019; Galicia de 9 de junio de 2020, rec. 32/2020; C. Valenciana de 30 de junio de 2020, rec. 3240/2019.

La praxis judicial evidencia las grandes diferencias en la ponderación de los valores en juego entre unos y otros Juzgados de lo Social, lo que conlleva importantes diferencias en la aplicación de estas normas. Por ello, sería aconsejable el acceso a suplicación para unificar sus pronunciamientos, sin perjuicio de que la sentencia de instancia fuera ejecutable provisionalmente para evitar la desprotección del trabajador.

Solo cabe el acceso a suplicación en dos casos:

1.º) Cuando «*se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación*». Si el trabajador reclama una indemnización de daños y perjuicios de más de 3.000 euros.

2.º) Cuando se invoca la violación de derechos fundamentales.

En la práctica, ello supone que el acceso a suplicación queda al albur del demandante. Si éste denuncia la vulneración de algún derecho fundamental o acumula una reclamación de una indemnización de daños morales superior a 3.000 euros, la sentencia será recurrible en suplicación, con la única salvedad del fraude de ley.

El fraude procesal no se presume y solo existirá si la invocación del derecho fundamental carece patentemente de cualquier fundamento y tiene como única finalidad permitir el acceso a suplicación de la sentencia de instancia que, en otro caso, estaría exceptuada de él.

El riesgo es que ello podría llevar a un uso estratégico del recurso de suplicación, en función de que el TSJ encargado de resolverlo haya evidenciado un sesgo más o menos proclive a las tesis del actor que el Juez de lo Social.

Siempre ha habido fueros alternativos territoriales; la posibilidad de acumular subjetivamente acciones, de forma que una de ellas exceda de 3.000 euros y todas tengan acceso a suplicación; la elección de si articular una pretensión mediante una demanda colectiva o varias demandas individuales acumuladas, etc. Y ello no suponía la vulneración del principio de igualdad de armas procesales, que se integra en el art. 24 CE, derecho a la tutela judicial efectiva, y no en el art. 14 CE.

La diferencia radica en que en la actualidad se están desarrollando sistemas predictivos aplicados a los tribunales. La aplicación del *big data* a millones de resoluciones judiciales puede transformar el funcionamiento de la justicia, en perjuicio de la igualdad de armas procesales. Las partes que puedan afrontar el elevado coste de estos sistemas predictivos podrán acceder a ellos, que les informarán con una gran precisión de los sesgos que inevitablemente tiene cada juez y tribunal. Debería limitarse al máximo posible la posibilidad de que las partes procesales puedan elegir el acceso o no a suplicación (o la elección de fuero territorial), para evitar que las partes con más medios económicos (lo que les permite el acceso a sistemas predictivos más perfeccionados y costosos) los usen para elegir si el pleito debe acceder al recurso devolutivo en función del sesgo más o menos favorable del TSJ en cada pleito respecto del Juez de lo Social. En definitiva, para evitar la desigualdad de las partes procesales.